



HAL
open science

L'influence de la cour de cassation sur le droit : analyse en droit de la famille

Célia Hoffstetter

► **To cite this version:**

Célia Hoffstetter. L'influence de la cour de cassation sur le droit : analyse en droit de la famille. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA034 . tel-02918033

HAL Id: tel-02918033

<https://theses.hal.science/tel-02918033>

Submitted on 20 Aug 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 DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

Centre de droit privé fondamental

THÈSE présentée par :

Célia HOFFSTETTER

soutenue le : **14 décembre 2015**

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

Discipline/ Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

L'INFLUENCE DE LA COUR DE CASSATION SUR LE DROIT
Analyse en droit de la famille

THÈSE dirigée par :

Madame Frédérique GRANET-LAMBRECHTS
Monsieur Georges WIEDERKEHR

Professeur à l'Université de Strasbourg
Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame Natalie FRICERO
Monsieur Yann Favier

Professeur à l'Université de Nice
Professeur à l'Université de Saint Etienne

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame Catherine PHILIPPE
Monsieur Nicolas NORD

Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté
Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse. Ceux-ci sont propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Doyen Georges Wiederkehr et Madame le Professeur Frédérique Granet pour avoir accepté de diriger cette thèse. Madame Granet, vos conseils avisés et votre disponibilité à mon égard malgré les difficultés rencontrées furent remarquables et je tiens à vous faire part de mon admiration et de ma grande reconnaissance.

Mesdames et Messieurs les membres du jury, votre présence m'honore. Soyez en remerciés.

Mes pensées les plus sincères s'adressent également à ma famille et à mes proches, tout particulièrement à mes parents et à ma belle-famille, pour m'avoir toujours incitée à poursuivre sur cette voie.

Enfin, je remercie mon époux Fabrice, qui a partagé avec moi les joies et les peines de ce travail pourtant solitaire.

Liste des principales abréviations

<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJ fam.</i>	Actualité Juridique Famille
al.	Alinéa
art.	Article
AN	Assemblée Nationale
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bur. Sup. aide jud.</i>	Bureau supérieur de l'aide juridictionnelle
CA	Arrêt de cour d'appel
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
Cass. ch. mixte	Arrêt de la Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. ch. réunies	Arrêt de la Cour de cassation (chambres réunies)
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. ch. requêtes	Arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes)
Cass. com.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. soc.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale)
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'Etat
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Const.	Constitution
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
CEDH	Arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
<i>contra</i>	En sens contraire
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
<i>D.</i>	Recueil Dalloz

<i>D. Act.</i>	Dalloz actualités
Décr.	Décret
(dir.)	Sous la direction de
Doc.	Document
Doc. franç.	Documentation Française
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique de jurisprudence Dalloz
<i>Dr. et patr.</i>	Revue droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	Revue droit de la famille
éd.	Edition
encycl.	Encyclopédie
fasc.	Fascicule
ex.	Exemple
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCl.</i>	Encyclopédies du juriste
<i>JCP G</i>	La Semaine juridique (édition générale)
<i>JCP N</i>	La Semaine juridique (édition notariale)
<i>JDI</i>	Journal du droit international Clunet
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Mél.</i>	Mél.
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
L. org.	Loi organique
p.	Page
préc.	Précité
prem. prés.	Premier président
PUAM	Presse universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
Règl.	Règlement
<i>Rép. Defr.</i>	Répertoire général du notariat Defrénois
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGP</i>	Revue générale des procédures
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé

<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes et familles
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>S.</i>	Recueil de jurisprudence Sirey
<i>s.</i>	Suivants
<i>t.</i>	Tome
<i>TCFDIP</i>	Travaux du comité français de droit international privé
<i>th.</i>	Thèse
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>Trib.</i>	Tribunal
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS 1

SOMMAIRE 5

PARTIE I : L'INFLUENCE DE LA COUR DE CASSATION EN DROIT
DE LA FAMILLE : SES MODALITES D'EXERCICE 29

TITRE 1 : LE POURVOI EN CASSATION, CONDITION DE LA
FONCTION DE CASSATION 31

CHAPITRE 1 : LES DECISIONS SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UN
POURVOI EN CASSATION 33

CHAPITRE 2 : L'INSTANCE DEVANT LA COUR DE CASSATION 99

CONCLUSION DU TITRE I 171

TITRE II : LES FONCTIONS DE LA COUR DE CASSATION 173

CHAPITRE 1 : LA FONCTION DE CASSATION 175

CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS ANNEXES DE LA COUR DE CASSATION 249

CONCLUSION DU TITRE II 317

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 319

PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA COUR DE CASSATION EN DROIT DE LA FAMILLE : L'EXAMEN DU POURVOI.....321

TITRE I : LA SOUPLESSE DE LA TECHNIQUE DE CASSATION AU BENEFICE DU DROIT DE LA FAMILLE323

CHAPITRE 1 : LES CAS D'OUVERTURE A CASSATION.....325

CHAPITRE 2 : LES MOYENS DE CASSATION377

CONCLUSION DU TITRE I.....423

TITRE II : LA REPOSE APPOREE PAR LA COUR DE CASSATION AUX EVOLUTIONS DU DROIT DE LA FAMILLE.....425

CHAPITRE 1 : L'ADAPTATION DU CONTROLE DE LEGALITE A L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE LA FAMILLE.....427

CHAPITRE 2 : L'INCURSION DU FAIT DANS LE CONTROLE DE LEGALITE 543

CONCLUSION DU TITRE II.....623

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE625

CONCLUSION627

TABLE DES MATIERES635

INDEX647

LISTE DES CONVENTIONS ET TRAITES655

BIBLIOGRAPHIE.....658

A Madame le Professeur

Frédérique Granet

A Fabrice, Judith et Aimie

A mes parents

« La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude (...). On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois ».

Discours préliminaire prononcé lors de la
présentation du premier projet de Code civil

Jean-Etienne-Marie PORTALIS, 1801

L'INFLUENCE DE LA COUR DE CASSATION SUR LE DROIT :

ANALYSE EN DROIT DE LA FAMILLE

I. La famille est le premier groupement structuré d'individus, avant toute autre organisation politique ou associative¹. Transcendant les thèmes de recherche, elle est concernée tant par les sciences naturelles que par les sciences humaines et sociales. Platon et Aristote s'y étaient déjà intéressés², suivis par d'innombrables auteurs au fil des siècles. Dans la Grèce et la Rome antique, au Moyen Age et jusqu'à la fin de l'Ancien régime, les rapports de famille étaient largement conçus. En proclamant le respect des droits et des libertés individuelles, la Révolution incita la famille à se replier sur elle-même. Les principaux acquis révolutionnaires furent conservés sous le règne de Napoléon. Il organisa la famille autour du mariage et de la filiation légitime et imposa le respect de l'autorité paternelle. La famille étendue recula et céda, comme chacun sait, devant la famille nucléaire, qui est à présent « *la cellule sociale par excellence* »³. La réception des valeurs et la soumission à l'autorité d'autrui, parentale puis étatique, y sont inculquées. Au-delà de cet aspect sociologique, elle revêt une importance économique considérable⁴. Les rapports familiaux ont une incidence directe sur la transmission des biens entre les individus. Le lien entre la propriété et la famille est étroit : le patrimoine suit des règles de dévolution qui dépendent le plus souvent des degrés de parenté. Assimilée à une unité de production, la famille détermine aussi le choix de nombreuses

¹ « *On a peine à concevoir une communauté sociale dans laquelle aucun groupement ne viendrait s'interposer entre l'individu et l'Etat ; une telle société ne serait pas viable ; elle représenterait une poussière d'individus ; c'est la famille qui, par une première synthèse, non pas artificielle, mais naturelle et bienfaisante, vient préparer la synthèse plus vaste que réalise le concept de la nation ; elle est un élément de cohésion, une condition de l'équilibre social* », JOSSERAND, E., *Cours de droit positif français*, 3^e éd., t. I, 1938, n° 676.

² Platon subordonnait le règne de l'union parfaite entre les gardiens de la cité (magistrats et guerriers) à l'organisation d'une communauté des biens, mais également des femmes et des enfants, où la procréation était réglementée. Aristote rejetait le communisme de Platon, en reconnaissant la famille comme une institution naturelle au sein de laquelle la femme doit garder une personnalité libre.

³ La formule, fréquemment utilisée, est entrée dans le langage courant. Voir sur ce point : MAZEAUD L., MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., CHABAS, F. et LEVENEUR, L., édité par LAROCHE-GISSEROT, F., *Leçons de droit civil. Tome 1. Vol. 2. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, Montchrestien, 8^e éd., 1997, p. 9.

⁴ Voir par ex. : MAZEAUD, L., MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., CHABAS, F. et LEVENEUR, L., *op. cit.*, p. 11 ; CARBONNIER, J., *Droit civil, t. 2. La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., 2002, PUF, p. 12 ; MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *La famille*, Defrénois, 2011, p. 7.

politiques étatiques. Particulièrement visibles en temps de crise, les manifestations de solidarité familiale illustrent cette dimension socio-économique.

2. « Vitale pour l'enfant comme pour la société »⁵, la famille est perçue au travers de ses fonctions plutôt que selon sa nature. Elle est difficile à définir, puisque plurielle. Il s'agit d'un groupement formé par des personnes qui, en raison de leurs liens de parenté ou de leur qualité d'époux, sont soumises à la même communauté de vie⁶ et dont les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle⁷. Cette approche, subordonnée au mariage et à la parenté légitime, est toutefois insuffisante pour décrire la complexité des familles contemporaines. La diversification des modes de conjugalité, incarnée entre autres par la consécration législative du concubinage⁸ et la reconnaissance des partenariats enregistrés⁹, empêche de réserver le terme aux seuls époux et à ceux qui en sont nés. La modification des relations entre parents et enfants, accentuée par le manque de pérennité des unions conjugales ouvrant la porte à des configurations recomposées, influe sur les schémas familiaux. La transformation des normes et des modèles¹⁰ entraîne une crise de la famille¹¹. Ce n'est plus le groupe qui sert de référence, mais la place de l'individu en son sein.

3. Corollaire de cette perception individualiste de la société, la consécration de la volonté individuelle entraîne la confiscation progressive de certains aspects du droit de la famille par la sphère privée. Le contrôle étatique s'est assoupli¹², malgré la résurgence de courants plus conservateurs. Le modèle familial traditionnel, fondé sur la filiation légitime et le mariage, est contesté par ceux qui aspirent à la dissolution du statut

⁵ ALLAND, D. et RIALS, S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 698.

⁶ C. civ., art. 215.

⁷ MAZEAUD, L., MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., CHABAS, F. et LEVENEUR, L., édité par LAROCHE-GISSEROT, F., *op. cit.*, p. 6.

⁸ C. civ, art. 515-8.

⁹ L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, n° 265, 16 nov. 1999, p. 16959, n° 1.

¹⁰ THERY, 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, ministre de la Justice, éd. Odile Jacob, 1998.

¹¹ MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *op. cit.*, p. 45.

¹² Il « se heurte aujourd'hui à l'exaltation de l'individu et de ses droits : les interdits tombent, les structures familiales traditionnelles sont mises au service des aspirations de l'individu qui n'y voit que l'instrument juridique lui permettant de faire respecter « ses droits » » - MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *op. cit.*, p. 46.

matrimonial dans un nouveau cadre englobant tous les types d'unions¹³, ou par ceux qui revendiquent un droit à l'enfant, quel que soit le procédé ayant permis sa naissance. Ces évolutions induisent la naissance d'une « *famille Lego* »¹⁴ laissée à la disposition de chacun. Loin d'être un simple constat, la célèbre formule de Carbonnier, « *à chacun sa famille, à chacun son droit* »¹⁵, est plus que jamais d'actualité.

4. L'importance de la famille est aujourd'hui proclamée par les instruments les plus élevés dans la hiérarchie des normes¹⁶. Nulle partie distincte du Code civil ne lui est consacrée¹⁷, mais elle est présente partout ou presque. Elle est « *une des valeurs essentielles sur laquelle est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation* »¹⁸. L'intervention du droit dans la sphère familiale n'a pourtant pas été constante au cours des âges. Longtemps cantonné à un simple rôle régulateur, laissant presque toute latitude à l'autorité patriarcale, le droit de la famille a progressivement changé de nature, jusqu'à devenir un corpus normatif à finalité protectrice. A la suite de bouleversements socio-économiques et d'une libéralisation des mœurs, la famille devint une source de préoccupations. L'indépendance de la femme conduisit à l'affaiblissement de la toute-puissance de son mari¹⁹ ; l'entrée dans le monde de l'usine d'enfants de plus en plus jeunes aboutit aux prémices des droits de l'enfant²⁰. La production éparse de règles d'opportunité, en réponse à ces besoins, révéla la nécessité de procéder à une réforme

¹³ LEMOULAND, J. - J., « Vers un droit commun du couple ? », *LPA*, n° 254, 20 déc. 2007, p. 13 ; LABBEE, X., *Le droit commun du couple*, Presses Universitaires du Septentrion, 2010.

¹⁴ MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *op. cit.*, p. 45.

¹⁵ CARBONNIER, J., *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, 2^e éd. ; chacun ne peut cependant agir à sa guise : « *tout ce qui est permis n'est point convenable. En libérant certains comportements de la sanction juridique, le législateur a entendu les renvoyer à d'autres systèmes normatifs, mœurs, morale, religion. Plaçant ainsi chacun sous sa propre responsabilité...* ».

¹⁶ Préambule de la Constitution du 23 octobre 1946, art. 10 ; CESDH, art. 8.

¹⁷ Le droit de la famille est présent partout ou presque, dans le livre 1^{er} relatif aux personnes, dans celui traitant des biens, et en conséquence des manières dont on acquiert la propriété, où le droit des libéralités et des successions, qui fait apparaître en filigrane les rapports familiaux et leur structure, occupe une place importante.

¹⁸ C. action soc. et fam., art. R.112-1.

¹⁹ Au regard du mouvement d'émancipation féminine au cours du siècle dernier, « *la loi libère le corps de la femme dans les limites d'un ordre public qui se réduit à la taille d'un simple string* », LABBEE, X., *op. cit.*, p. 23.

²⁰ L. du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines et ateliers, dite « loi Guizot », qui interdit le travail aux enfants de moins de huit ans ; L. du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie, *Bull. AN*, XII, B. CCIV., n° 3094 ; L. du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et des femmes dans les établissements industriels. Ces textes sont disponibles sur le site du ministère du travail : www.travail-emploi.gouv.fr.

d'ensemble du système. Ce vaste chantier fut confié à Carbonnier. Les gouvernements suivants firent de même, ce qui conféra aux réformes entreprises une cohésion jamais égalée. Ces lois furent élaborées en suivant une méthode particulière, à forte connotation sociologique, et marquées par le respect de trois grands principes. La liberté individuelle y fut renforcée par la suppression définitive de l'autorité paternelle au profit de l'autorité parentale. L'égalité entre les époux, puis entre les enfants légitimes et naturels, fut proclamée, tandis que la diversité des schémas familiaux s'exprima par la pluralité des statuts reconnus.

5. La grande qualité de ces textes permit une stabilité exemplaire pendant plus de vingt ans, avant que le droit de la famille entre à nouveau dans une période trouble au cours de laquelle le législateur, semblant ne plus croire lui-même à la légitimité des règles posées²¹, édicta des lois nouvelles. Ce faisant, il rompit avec le travail antérieurement effectué, ou, selon certains auteurs, poursuivit au contraire cette œuvre destructrice et la promotion d'un courant empreint d'individualisme²². La volonté d'établir des normes d'une grande neutralité²³ participa à l'éclatement du droit de la famille. Désormais, de nombreux textes intéressent la famille en dehors du Code civil²⁴. C'est le cas de diverses dispositions, contenues dans le Code de l'action sociale et des familles et relatives à l'accouchement sous X ou à la protection de l'enfance maltraitée²⁵, ou encore incluses dans le Code de la santé publique²⁶. Ces textes constituent le « *droit non civil de la famille* »²⁷, qui comprend aussi des pratiques administratives, des coutumes ou des accords de volonté, et des sources supranationales. Parmi elles, le droit de l'Union européenne, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁸ et la Convention internationale des droits de l'enfant²⁹

²¹ EGEA, V., *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. Aix-Marseille, Defrénois, 2009, p. 2.

²² LABBEE, X., *op. cit.*, p. 20 à 26.

²³ DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Modèles et normes en droit contemporain de la famille*, in *Mél. Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281 et s.

²⁴ FENOUILLET, D., « Le droit civil hors le Code civil », *LPA*, n° 188, 21 sept. 2005, p. 3.

²⁵ C. action soc. et fam., art. L.122-6 et L226-1.

²⁶ C. santé publique, art. L.2141-1 et s.

²⁷ MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *op. cit.*, p. 28 et s.

²⁸ La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été adoptée le 4 novembre 1950 par les Etats membres du Conseil de l'Europe.

²⁹ La Convention internationale sur les droits de l'enfant a été adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies, ratifiée par la France par la loi du 2 juillet 1990 et publiée par le décret du 8 octobre 1990.

adoptée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies en 1989³⁰ occupent une place importante. Cette évolution fait suite à l'expansion des droits et des libertés fondamentales³¹ et répond aux conséquences juridiques des mouvements de population au-delà des frontières étatiques.

6. L'influence de ces instruments supranationaux sur la pratique juridictionnelle est indubitable. Ne s'étant pas vu reconnaître une force contraignante ou une applicabilité directe, certains sont utilisés comme source d'inspiration dans le système judiciaire national. Contrairement à ce que le texte conventionnel avait érigé en principe, ce fut longtemps le cas de la Convention internationale des droits de l'enfant³². La Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen³³ est dépourvue de force obligatoire, alors que d'autres instruments particuliers, comme la Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux d'enfants³⁴, ont été invoqués devant les juridictions françaises dès leur ratification. Dans l'espace du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen et la Cour européenne des droits de l'homme ont une incidence incontestable et sans aucun doute croissante sur le droit de la famille³⁵, d'autant que les justiciables disposent d'un droit de recours individuel devant les juges de Strasbourg³⁶. Dotée à l'origine d'une vocation purement économique, l'Union européenne s'est également immiscée dans la sphère familiale en adoptant des

³⁰ RUBELLIN-DEVICHI, J. « La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP G*, n° 26, 27 juin 2001, p. 1271.

³¹ LEMOULAND, J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997. Chron. 133 ; MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., « Evolution du droit français de la famille », *Rép. Defr.*, n° 13, sept. 2009, p. 1351.

³² Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n° 91-11.310, *Bull. civ. I*, n° 103. La Cour de cassation est ensuite revenue sur sa position, bien que l'applicabilité directe ne profite pas à tous les articles de l'instrument. Voir sur ce point : Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *JCP G* 2005. II. 10081, obs. GRANET et STRICKLER ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, obs. COURDIER-CUISINIER ; *Rép. Defr.* 2005. 1418, note MASSIP ; *AJ fam.* 2005. 274, obs. FOSSIER. Voir aussi : Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 245, *D.* 2005. 2790, note BOULANGER ; *JCP G* 2005. II. 10115, concl. PETIT, note CHABERT.

³³ La Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948.

³⁴ La Convention de La Haye relative aux enlèvements internationaux d'enfants a été adoptée le 25 octobre 1980 et est entrée en vigueur en France le 1^{er} décembre 1983.

³⁵ GOUTTENOIRE, A., « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2008, p. 13.

³⁶ La France a admis l'existence d'un droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme en 1981.

instruments de droit international privé, tels que le règlement Bruxelles 2 bis³⁷ et le règlement Rome 3³⁸. La Charte européenne des droits de l'homme³⁹ concerne aussi la famille, puisque certaines de ses dispositions lui sont consacrées.

7. Ce phénomène d'internationalisation n'est pas la seule cause de l'incursion de règles supralégislatives en droit de la famille. Le droit constitutionnel occupe une place de plus en plus grande, soulignée par l'instauration de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité⁴⁰. Le Conseil constitutionnel avait déjà démontré son intérêt pour ces questions, en consacrant la valeur constitutionnelle de la liberté du mariage et la protection du droit à une vie familiale normale⁴¹. Les parties à une instance peuvent désormais déclencher un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Sur renvoi de la Cour de cassation, le Conseil examine ainsi la contrariété d'une règle législative aux droits et libertés fondamentales protégés par la Constitution. Le succès de la réforme fut immédiat en droit de la famille, en raison de son champ d'application potentiellement très large. La question prioritaire de constitutionnalité n'est toutefois pas laissée à la libre disposition des justiciables. Sa mise en œuvre est strictement encadrée.

8. Inexorablement, l'éparpillement des sources du droit de la famille favorise leur multiplication. Des règles nouvelles apparaissent constamment, dont l'application et l'interprétation soulèvent des difficultés. De plus, la place occupée par le droit de la famille évolue. Carbonnier considérait que le droit privé reposait sur trois piliers⁴² : la famille, la propriété et le contrat, à présent intrinsèquement liés. Les relations familiales ont toujours participé à la détermination des modalités de transmission de la propriété. L'immixtion du contrat dans la sphère familiale est plus récente, mais elle ne cesse de

³⁷ Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, « Bruxelles 2 bis », relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, entré en application le 1^{er} septembre 2005.

³⁸ Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, « Rome 3 », mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, entré en vigueur le 21 juin 2012.

³⁹ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été adoptée à Nice le 7 décembre 2000 et est entrée en vigueur suite à la ratification du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

⁴⁰ Const. 4 oct. 1958, art. 61-1.

⁴¹ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *RCDIP* 1994.1, note TURPIN ; *D.* 1994, 101, 15 juin 1994, comm. ROUAULT ; 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, *D.* 2004. 1405, obs. LECUCQ ; *RTD Civ.*, 2004. 65, obs. HAUSER.

⁴² CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur.*, LGDJ, 1992, 7^e éd., p. 201 et s.

s'accentuer⁴³. Définie comme le mouvement par lequel les relations contractuelles entre les personnes se développent et se multiplient, au point de devenir un mode normal ou habituel de leurs rapports⁴⁴, la contractualisation affecte le droit de la famille. La place réservée aux rencontres de volontés, envisagées dans le Code civil ou dans d'autres instruments juridiques, ne cesse de croître. L'un de ses symboles les plus marquants fut la reconnaissance d'unions fondées sur un accord de volonté entre les partenaires, au travers d'un pacte civil de solidarité, qui connaît un indéniable succès⁴⁵. A l'origine envisagé comme un moyen de protéger les unions homosexuelles, le PACS est préféré au mariage par de nombreux couples hétérosexuels. Offrant des possibilités de désengagement simplifiées à l'heure où l'on décompte la faillite de plus d'un mariage sur trois, ce contrat régit essentiellement les modalités patrimoniales de la vie en couple des parties. Les époux sont également libres de convenir d'un changement de régime matrimonial⁴⁶, tandis que les parents peuvent s'accorder sur le nom de leur enfant⁴⁷ ou sur son lieu de résidence après leur séparation⁴⁸. L'évolution de la législation relative à l'autorité parentale illustre la faveur accordée au consensualisme en droit de la famille. Considérée à l'origine comme relevant de l'ordre public, l'autorité parentale, définie par le Code civil comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* »⁴⁹, fut longtemps indisponible. La loi du 8 janvier 1993⁵⁰ permit aux parents de conclure des accords fixant le lieu de résidence habituelle de l'enfant et incita le juge à les prendre en compte. Le législateur prévoit dorénavant⁵¹ la possibilité pour les parents d'établir une convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, soumise à homologation judiciaire⁵². Le juge exerce son contrôle⁵³, selon l'intérêt de l'enfant.

⁴³ FENOUILLET, D., DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

⁴⁴ PONTIER, J.-M., « Contractualisation et planification », *Revue du droit public*, n° 3, p. 1993

⁴⁵ En 2009, on a décompté deux PACS pour trois mariages ; 95% de ces PACS ont été conclus par des partenaires hétérosexuels (INSEE).

⁴⁶ C. civ., art. 230 et 1397.

⁴⁷ C. civ., art. 57 et 311-21.

⁴⁸ C. civ., art. 230 et 372.

⁴⁹ C. civ., art. 371.

⁵⁰ L. n° 93-22 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales du 8 janvier 1993, *JORF*, n° 7, 9 jan. 1993, p. 495, art. 36.

⁵¹ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF*, n° 3, 5 mars 2002, p. 4161.

⁵² C. civ., art. 373-2-10.

⁵³ C. civ., art. 373-2-11.

9. Ces particularités perturbent le droit de la famille, au risque de mettre en péril la cohérence d'ensemble de cette branche fondamentale du système juridique. Le droit est généralement l'expression d'une organisation des rapports entre personnes, « *d'autrui, l'un par rapport à l'autre* »⁵⁴. C'est le cas en droit des obligations, en droit des affaires, en droit des biens : les individus sont le plus souvent des tiers et ont en commun une relation juridique déterminée. Le droit de la famille ne satisfait pas à ce constat⁵⁵. Les sujets qui composent la famille ne sont pas étrangers les uns aux autres. Il est difficile de modifier les liens qui les unissent sans toucher à l'équilibre global de la famille⁵⁶. Or le droit est parfois rigide⁵⁷. Ce manque de flexibilité entrave l'adaptation de la matière au pluralisme grandissant des structures familiales. Les difficultés ne peuvent être résolues par l'application de principes juridiques abstraits ou par des instruments trop précis ou contraignants⁵⁸. Aucune protection pérenne ne peut être apportée à la famille sans que soient pris en considération les rapports juridiques existants entre ceux qui en sont membres. Le juge doit pouvoir adapter la règle de droit à chaque situation, puisque le législateur ne peut tout prévoir⁵⁹. A ces fins, la loi renvoie à des notions dont le contenu est déterminé au regard de la famille concernée. C'est le cas en matière d'autorité parentale, où il importe d'examiner « *la pratique que les parents avaient précédemment suivie* »⁶⁰. De même, la référence aux « *besoins de la vie courante* »⁶¹, ou à une « *vie familiale normale* »⁶², offre au juge une marge de manœuvre indispensable. Malheureusement, la prolifération législative observée ces dernières années, dénoncée

⁵⁴ SERIAUX, A., « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, n° 6, 1^{er} juin 2001, p. 4.

⁵⁵ DREYFUSS-NETTER, F., *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion (C.E.D.A.G.) de l'Université Paris V (13 janvier 2000)*, Economica, 2001, p. 111.

⁵⁶ « *Du point de vue de l'intérêt privé, il faut remarquer tout d'abord que la famille, plus encore que le contrat, représente le « petit microcosme » dont parlait Demogue, à l'intérieur duquel les actes accomplis par un individu ont des répercussions immédiates sur la sphère juridique des autres* » - *Ibid.*

⁵⁷ SERIAUX, A., art. préc.

⁵⁸ CARBONNIER, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ FAYE, E., *La Cour de cassation : traité de ses attributions, de sa compétence, et de la procédure observée en matière civile suivie du code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, E. Duchemin et Detlev Auvermann, 1970, réimpression de l'ouvrage de 1903, n° 110.

⁶⁰ C. civ., art. 373-2-11.

⁶¹ C. civ., art. 220 al. 3.

⁶² CESDH, art. 8.

par de nombreux auteurs⁶³, constitue une menace. En tentant d'apporter une solution juridique à tous les problèmes, le législateur se perd, édicte des règles casuistiques, sans tenir compte des incidences probables de ses réformes successives, quand il ne se contente pas d'énoncer des lois se résumant à des déclarations d'intention sans réelle portée normative.

10. Le recours permanent à la production de normes aboutit à une confusion des sources⁶⁴ qui va à l'encontre de la sécurité à laquelle la famille aspire. Ce désordre⁶⁵ perturbe l'analyse de la matière et complique la tâche du juge. La pluralité des schémas familiaux, associée à la détérioration qualitative de l'arsenal législatif, tend à empêcher l'application et l'interprétation uniforme des règles de droit sur le territoire national. La pratique judiciaire doit permettre de combler ces lacunes, afin que les problèmes soient résolus et non déplacés ou résurgents. L'intervention du juge n'est cependant pas chose aisée⁶⁶. La famille a tendance à refuser les contraintes dictées par ceux qui lui sont extérieurs, d'autant que les obstacles qu'elle rencontre lui sont propres et touchent souvent à ce qu'il y a de plus intime en chacun. Censés assurer stabilité et protection à la famille et tenus de respecter au mieux les intérêts de chacun tout en déterminant un intérêt global⁶⁷, les juges du fond font face à de lourdes responsabilités. L'incapacité juridique qui frappe le mineur, comme les difficultés probatoires, peuvent perturber la régulation de l'instance⁶⁸. En outre, le pouvoir d'interprétation est accru par l'apparition de « *notions à contenu variable* »⁶⁹, et non déterminé par la loi. Pourtant, l'existence d'une unité d'application et d'interprétation des textes devant toute juridiction d'un même degré est

⁶³ Voir par ex. : LIBCHABER, R., *Réflexions sur le désordre juridique français*, in *Une certaine idée du droit. Mél. André Decocq*, Litec, 2004, p. 407 ; MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., « Evolution du droit français de la famille », *Rép. Defr.*, n° 13, 2009, p. 1353.

⁶⁴ HAUSER, J., cité par FENOUILLET, D., « Le droit civil hors le Code civil », *LPA*, n° 188, 21 sept. 2005, p. 3.

⁶⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *op. cit.*, p. 298. Voir aussi : DECOCQ, A., *Le désordre juridique français*, in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 150 ; LIBCHABER, R., *op. cit.*, p. 409.

⁶⁶ EGEA, V., *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. Aix-Marseille, Defrénois, 2009 ; POMART, C., *La magistrature familiale*, th. Lille, L'Harmattan, 2003.

⁶⁷ FRAISSINIER, V., « L'intérêt de la famille : une notion « standard » à contenu variable », *LPA*, n° 260, 28 déc. 2007, p. 4.

⁶⁸ VIAL, G., *La preuve en droit extra patrimonial de la famille*, th. Grenoble, Dalloz, 2008.

⁶⁹ CARBONNIER, J., *Les notions à contenu variable en droit de la famille*, in *Les notions à contenu variable*, Etudes publiées par Chaïm Perelman et R. Vander Elst, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984.

indispensable pour préserver la sécurité juridique⁷⁰. Un traitement judiciaire égalitaire contraint à exclure les interprétations aventureuses et le manque d'uniformité dans l'application des normes juridiques. L'efficacité du droit de la famille est subordonnée à la mise en place d'un système répondant à ces objectifs et la Cour de cassation dispose des compétences nécessaires à ces fins.

11. Dénommée Tribunal de cassation et créée par un décret général du 27 novembre - 1^{er} décembre 1790, la Cour garantit l'application et l'interprétation uniforme de la loi sur le territoire de la République. Méfiants à l'égard des juges, les révolutionnaires avaient placé le Tribunal sous la dépendance du pouvoir législatif⁷¹, afin de contrôler pleinement son fonctionnement. La possibilité de casser les arrêts des Parlements était auparavant offerte au souverain par l'ordonnance de Blois de mai 1579⁷², encore qu'il en existât des traces plus anciennes. A l'origine, la fonction de cassation lui était exclusivement réservée et apparaissait comme le corollaire de son droit de légiférer. Les justiciables n'y participaient pas, si ce n'est au travers de dénonciations officieuses, mais le roi pouvait faire appel aux plaideurs pour obtenir des précisions relatives à l'instance critiquée. Le droit pour les particuliers de recourir eux-mêmes à la voie de la cassation fut accordé en 1578, lors de la création du Conseil des Parties. Il devint la « *sanction générale de toutes les ordonnances* »⁷³. En l'absence d'obligation de motivation de ses décisions, le Conseil des parties ne revêtit jamais une véritable nature juridictionnelle. Il ne pouvait assurer l'unité d'application du droit dans un système coutumier et cessa naturellement d'exister dès 1789.

12. La nécessité de mettre en place une institution susceptible de remplir ces missions dans une république libre, fraternelle et égalitaire s'imposa dès la Révolution. Il n'était toutefois pas concevable d'accorder des compétences trop larges à l'autorité judiciaire. Le culte voué à la loi ne pouvait permettre que sa qualité ou sa clarté fût mise en doute en procédant à une quelconque interprétation. Seule l'application des textes législatifs devait être contrôlée, puisque « *dans un Etat qui a une constitution, une*

⁷⁰ RIVERO, J., « Apologie des faiseurs de systèmes », *D.* 1951. Chron. 99

⁷¹ Décr. 27 novembre -1^{er} décembre 1790, art 1^{er} : « *Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif* ».

⁷² Ord. Blois, 1579, art. 208.

⁷³ BORE, J. et L., *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5^e éd., 2015, n° 01.51, p. 8.

législation, la jurisprudence n'est autre que la loi ; alors il y a identité de jurisprudence »⁷⁴. A l'origine, le Tribunal de cassation eut pour seule fonction d'assurer l'unité de la législation qui ne pouvait, semblait-il, qu'entraîner l'unité jurisprudentielle⁷⁵. Elus, les magistrats siégeant au Tribunal de cassation s'intéressaient à la lettre du texte de loi et non à son esprit, l'omnipotence du législateur ne pouvant être discutée. Dans l'hypothèse où la loi était trop obscure pour être appliquée par le juge, celui-ci devait renoncer à toute interprétation du texte litigieux pour s'en remettre à la technique du référé législatif permettant de questionner le législateur sur la teneur de la norme en cause. La dénomination du Tribunal de cassation, « *établi près le corps législatif* », se voulait « *humiliante* »⁷⁶, marquant la subordination des juges au législateur. Par conséquent, les décisions portant manifestement atteinte à la loi étaient seules susceptibles d'encourir la cassation, ce qui présupposait que le point en litige fût réglé par un texte qu'aucune circonstance de fait ne pouvait détourner de son application, et que le jugement attaqué et la loi fussent en flagrante opposition⁷⁷. En outre, l'influence du Tribunal de cassation était limitée par le peu d'autorité dont bénéficiaient ses arrêts. Censé être placé au sommet de la hiérarchie judiciaire, il n'était pas en mesure d'imposer ses décisions aux juges du fond. L'obligation qui lui était faite, en cas de résistance des juridictions de renvoi, de s'en remettre au pouvoir législatif au travers d'un référé législatif obligatoire, empêchait de reconnaître sa suprématie.

13. Bien qu'imparfaite, cette institution présentait un avantage considérable par rapport au système préexistant. Soumis à une obligation de motivation⁷⁸ et contraint au respect d'une procédure stricte, publique et fortement teintée de contradictoire, le Tribunal de cassation présentait une nature juridictionnelle qui lui permit de gagner progressivement son indépendance⁷⁹. Le Code civil oeuvra en ce sens en prohibant le déni de justice⁸⁰. Le législateur obligea le juge à interpréter la loi, proclamant ainsi l'abandon

⁷⁴ ROBESPIERRE, séance 18 nov. 1790, *Archives parlementaires* XX, p. 516, cité par BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 10.

⁷⁵ Décr. 27 nov.-1^{er} déc. 1790, art. 3.

⁷⁶ GRIDEL, J.-P., « La Cour de cassation, au printemps 2009... La théorie, la pratique, et l'activité usuelle d'un conseiller au civil (1^{ère} partie) », *Gaz. Pal.* 2009. Rec. 1106.

⁷⁷ De PANSEY, H., *De l'autorité judiciaire*, 1827, p. 412, cité par BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 10, n° 01.62.

⁷⁸ Décr. 4 germinal an II, art. 6.

⁷⁹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 12, n° 01.81 et s.

⁸⁰ C. civ., art. 4.

définitif de la technique du référé législatif facultatif, puis du référé législatif obligatoire. Le Tribunal, devenu Cour de cassation en 1804⁸¹, pu asseoir pleinement son autorité. Il fut ensuite imposé aux juridictions de renvoi de se conformer aux décisions rendues en formation plénière⁸². La Cour cessa d'examiner uniquement l'application de la loi aux justiciables, porta son attention sur l'interprétation des textes et étendit les modalités de son contrôle.

14. Cantonnée à son origine à jouer le rôle d'« *une sentinelle établie pour le maintien des lois* »⁸³, chargée d'assurer le respect des notions juridiques clairement définies par le législateur, la Cour de cassation s'imposa rapidement. Portalis, qui estimait qu'« *on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois* »⁸⁴, l'appela à accroître son contrôle en lui reconnaissant formellement un pouvoir d'interprétation par voie de doctrine. Elle acquit la faculté de dire le droit en cas de silence ou d'obscurité de la loi, et d'interpréter les textes conformément aux nécessités du moment. La portée de ses décisions s'accrut. Les modalités de son contrôle évoluèrent. La référence à la « *contravention expresse au texte de la loi* » fut abandonnée dès 1791, la Constitution se contentant de prévoir la cassation pour tout jugement « *rendu sur une procédure dans laquelle les formes auront été violées, ou qui contiendra une contravention expresse à la loi* »⁸⁵. Cette dernière condition tomba rapidement en désuétude. Le Tribunal de cassation cassa des décisions pour fausse application de la loi dès 1801⁸⁶. Ce pur contrôle de légalité ne permettait cependant pas de résoudre tous les problèmes soulevés par l'application de la loi. La restriction des cas d'ouverture à cassation offrait aux juges du fond la possibilité de se soustraire au contrôle exercé par la Cour en gardant le silence sur leurs motifs.

15. La nécessité d'un contrôle plus étendu, portant sur la motivation des arrêts faisant l'objet d'un pourvoi, apparut au grand jour. La loi du 20 avril 1810 institua le défaut de motif en vice de forme. La Cour étendit ce cas d'ouverture à cassation à toutes les hypothèses où une motivation insuffisante l'empêchait de procéder à un contrôle

⁸¹ Const. 28 floréal an XII, art. 136.

⁸² L. 1^{er} avril 1837, *Bulletin des lois*, n° 6769.

⁸³ PRIEUR, séance 9 nov. 1790, *Archives parlementaires XX*, p. 351, cité par BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 10.

⁸⁴ PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil. Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Presses Universitaires de Caen, 2010, p. 12.

⁸⁵ Const. 1791, art. 20.

⁸⁶ Arrêt 22 messidor an IX, Jur. Gén., cité par BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 01.101, p. 15.

effectif de la décision attaquée, révélant ainsi les prémices du défaut de base légale⁸⁷. Elle put ainsi vérifier les conditions du jugement critiqué, garantir le bon fonctionnement de la justice et pallier l'interdiction de s'intéresser aux faits de l'espèce. L'utilité du manque de base légale est à présent incontestable. Ce cas d'ouverture à cassation repousse toujours davantage le risque d'une justice arbitraire et incohérente.

16. L'accroissement progressif du domaine du contrôle dessina progressivement les contours de la fonction de cassation, dont l'objet est énoncé en termes généraux : le pourvoi tend à censurer la non-conformité du jugement attaqué aux règles de droit⁸⁸. La Cour exerce donc son contrôle sur les seules questions de droit⁸⁹, comme l'avaient souhaité les créateurs du Tribunal de cassation. La distinction entre fait et droit n'a cependant fait l'objet d'aucun consensus et continue à susciter le débat⁹⁰. Elle peut être entendue de manière étroite ou extensive, selon que l'on considère la règle comme un simple critère de compétence ou qu'on lui confère une portée politico-juridique permettant sa manipulation en vue de finalités déterminées. Cette seconde conception semble devoir être retenue. La Cour étend ou restreint son contrôle, se montrant plus ou moins stricte à l'égard des qualifications juridiques⁹¹ selon l'objet du pourvoi. Elle fixe elle-même les limites de sa compétence, dans le respect de la distinction entre le fait et le droit. L'étendue du contrôle exercé sur les motifs de droit varie selon la qualification contrôlée, tandis que le manque de base légale permet une analyse des motifs de fait. Mouvante au gré des évolutions jurisprudentielles et des matières, la distinction du fait et du droit incite à la réflexion et perturbe les tentatives de systématisation de la fonction de cassation.

17. Ce critère n'est pas le seul à avoir évolué au fil des ans. Les instruments juridiques dont la Cour assure le respect se sont multipliés. L'accroissement exponentiel de l'œuvre législative, les critiques à l'encontre de sa qualité mais également l'internationalisation du droit ont des incidences sur la fonction de cassation. Ces

⁸⁷ Voir : MOTULSKY, H., *Ecrits et notes de procédure civile. Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*, Dalloz, 2010, p. 31 ; *JCP*. 1949. 1. 775.

⁸⁸ CPC, art. 604.

⁸⁹ COJ, art. L.411-2.

⁹⁰ Voir sur ce point : MARTY, G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Sirey, 1929.

⁹¹ Pour un exemple d'évolution du contrôle effectué par la Cour de cassation en matière de divorce : POULET, L., « Quelques observations sur le pourvoi en cassation en matière de divorce », *D*. 2005. 2636.

complications sont particulièrement apparentes lorsque la Cour est confrontée à un instrument juridique supranational, dont l'interprétation est parfois liée. De plus, la recevabilité du pourvoi n'est pas toujours aisée à déterminer⁹². Il doit être dirigé contre un jugement rendu en dernier ressort⁹³, plus difficile à identifier lorsque la décision critiquée présente un caractère provisoire, ou quand elle résulte d'une homologation judiciaire, ou de l'octroi de la force exécutoire⁹⁴. L'encombrement de la juridiction tend aussi à limiter les apports jurisprudentiels, en portant atteinte au bon fonctionnement de l'institution judiciaire. L'autorité revêtue par les arrêts de cassation participe à la séduction exercée par le pourvoi sur les plaideurs. Déçus par la décision rendue par les juges du fond, ils considèrent trop souvent et à tort la Cour comme un troisième degré de juridiction.

18. L'organisation de la Cour de cassation a été modifiée à plusieurs reprises pour lutter contre ce phénomène. Composé à son origine d'un bureau des requêtes et d'une section de cassation, le Tribunal de cassation vit son fonctionnement nivelé sous le Directoire par l'élévation du bureau des requêtes en véritable section juridictionnelle chargée de l'examen des pourvois. La loi du 2 brumaire an IV et le Senatus consulte du 28 floréal an XII divisèrent la Cour de cassation en trois chambres distinctes, l'une chargée des affaires civiles, l'autre de la matière criminelle, tout en maintenant le filtrage des pourvois par la chambre des requêtes. Cette structure tripartite persista jusqu'à la suppression de la chambre des requêtes par la loi du 22 juillet 1947, afin d'alléger la procédure. Dans le but de traiter plus rapidement les affaires, il fut décidé de créer deux nouvelles chambres civiles⁹⁵. Cette tentative de désengorgement n'ayant pas démontré son efficacité, deux chambres supplémentaires furent instituées en 1952⁹⁶ et en 1967⁹⁷, tandis que d'autres réformes eurent lieu. La création de conseillers référendaires, ayant voix consultative et chargés de présenter les pourvois, fut réalisée pour accélérer la

⁹² CPC, art. 604 et s.

⁹³ CPC, art. 605.

⁹⁴ FRICERO, N., « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *RJPF*, n° 1, jan. 2010, p. 8.

⁹⁵ L. n° 47-366 du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation, *JORF*, 15 sept. 1947, n° 19.

⁹⁶ L. n°52-853 du 21 juillet 1952 relative à l'organisation de la Cour de cassation et à la procédure de ladite Cour, *JORF*, 22 juil. 1952, p. 7356.

⁹⁷ L. n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, *JORF*, 4 juil. 1967, p. 6651.

procédure⁹⁸. Ils obtinrent voix délibérative⁹⁹. Chaque chambre fut dotée d'une formation restreinte appelée à se prononcer sur les pourvois irrecevables ou manifestement infondés¹⁰⁰. La saisine de l'Assemblée plénière fut rendue possible dès le premier pourvoi soulevant une question de principe¹⁰¹ et la Cour acquit le droit de casser sans renvoi lorsque « *les faits tels que souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent de leur appliquer la règle de droit appropriée* »¹⁰². Le nombre de pourvois ne cessa cependant pas d'augmenter, empêchant le fonctionnement normal de l'institution et portant atteinte à la célérité de la justice de cassation. Des décisions plus radicales furent prises, telle que l'instauration d'une procédure de non-admission¹⁰³, qui fit l'objet de vives critiques doctrinales en raison de son opacité¹⁰⁴. L'avènement de cette procédure, dont le fonctionnement n'est pas sans points communs avec la chambre des requêtes disparue, démontre un souci constant de limiter la surcharge de la Cour de cassation.

19. Cet objectif est d'autant plus difficile à atteindre que la Cour a acquis des compétences non juridictionnelles. La loi du 15 mai 1991 lui a confié une mission consultative au travers de la saisine pour avis¹⁰⁵. Le Code de l'organisation judiciaire autorise les juges du fond à solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, si elle présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges¹⁰⁶. Cette fonction revêt une dimension normative¹⁰⁷. Elle vise à prévenir les contentieux en mettant fin aux incertitudes du droit¹⁰⁸, afin de désengorger la juridiction¹⁰⁹. Malheureusement, ces objectifs n'ont pas

⁹⁸ L. n° 67-130 du 20 février 1967 modifiant et complétant l'ordonnance 581270 relative au statut de la magistrature, *JORF*, 21 fév. 1967, p. 1827.

⁹⁹ L. n° 78-735 du 12 juillet 1978 modifiant l'article L.131-7 du Code de l'organisation judiciaire, *JORF*, 13 juil. 1978, p. 2787.

¹⁰⁰ L. n° 79-9 du 3 janvier 1979 modifiant certaines dispositions relatives à la Cour de cassation, *JORF*, 4 janv. 1979, p. 19.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ L. org. n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF*, 26 juin 2001, n° 1847, p. 10119.

¹⁰⁴ CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S. (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005 ; PERDRIAU, A., « La non-admission des pourvois », *JCP G* 2002. I. 181.

¹⁰⁵ L. n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, *JORF*, 18 mai 1991, n° 115, p. 6790.

¹⁰⁶ COJ, art. L.441-1 ; CPC, art. 1031-1 et s.

¹⁰⁷ MOURY, J., *De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio (en droit judiciaire privé)*, in *Mél. Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 304.

¹⁰⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 76, n° 24.11.

¹⁰⁹ MOURY, J., *op. cit.*, p. 304.

encore été atteints. Certains avis ont toutefois permis d'éclaircir tant la doctrine que les praticiens sur des points sujets à controverse¹¹⁰. L'examen des questions prioritaires de constitutionnalité a aussi été confié à la Cour, qui statue sur leur renvoi au Conseil Constitutionnel. Il ne fait aucun doute ce filtrage n'est pas envisagé de manière purement mécanique¹¹¹.

20. Matière complexe soumise à des influences extrêmement diverses, le droit de la famille est très représentatif des difficultés auxquelles est confrontée la Cour de cassation, qu'elles soient relatives à la fonction de cassation ou aux fonctions annexes. Les pourvois qui y ont trait sont nombreux et participent à son encombrement. Les particularités du droit de la famille, qu'elles aient pour origine l'internationalisation des sources, les spécificités intrinsèques des normes ou les difficultés relatives à l'application et à l'interprétation des règles, doivent être prises en considération. La distinction entre le fait et le droit semble aussi plus délicate à appréhender, en raison notamment de la dimension affective des liens familiaux, que le droit peine à traduire. La diminution qualitative du travail législatif dénoncée en droit de la famille, associée au pluralisme croissant des schémas familiaux, obligent à faire preuve de grandes facultés d'adaptation. L'emploi de la seule méthode exégétique ne permet pas d'interpréter toutes les règles de droit de la famille. Le manque de clarté et l'excessive neutralité de certains textes¹¹² rendent la recherche de la volonté du législateur très compliquée. Il est d'ailleurs impossible que celui-ci puisse prévoir toutes les situations, tant la diversité structurelle des familles est grande. Si la loi fonde l'office du juge, elle n'est plus son seul horizon¹¹³.

21. La modulation des textes par le pouvoir judiciaire est seule à pouvoir garantir l'efficacité du droit de la famille¹¹⁴. Le juge ne peut toutefois agir que dans les

¹¹⁰ Cass. avis, 1^{er} mars 2004, n° 00-40.001, *D.* 2004. 1627, note HUYETTE ; *D.* 2005, 1821, note DOUCHY-OUUDOT.

¹¹¹ DE BECHILLON, D., « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP G*, n° 24, 14 juin 2010, p. 1264 ; CASSIA, P. et SAULNIER-CASSIA, E., « Imbroglie autour de la question préjudicielle de constitutionnalité », *D.* 2010. 1234.

¹¹² MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *op. cit.*, p. 44.

¹¹³ Voir en ce sens : FRISON-ROCHE, M.-A., *Les offices du juge*, in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 474.

¹¹⁴ « *L'affaiblissement de la règle ouvre la voie à un droit flou, qui ne trouve sa perfection que par l'entrée en lice du juge (...)* » - LIBCHABER, R., *op. cit.* Voir aussi : « *Le juge est ainsi gardien du système juridique, les codificateurs ayant eu la sagesse de viser la règle de droit et non sa manifestation particulière qu'est la loi. En cela, par un renversement de la pyramide kelsenienne montré par Charles Eisenmann, le juge est le maître du système* », FRISON-ROCHE, M.-A., *op. cit.*, p. 469.

limites de ses fonctions, avec prudence. Il ne doit pas s'écarter de la loi au profit de sa propre conception de la justice et de l'équité, au risque de priver la famille de toute protection juridique¹¹⁵. Sa mission consiste à créer de la sécurité par la stabilité et la généralité de la règle¹¹⁶. Or cet objectif n'est atteint que si l'application et l'interprétation des normes font l'objet d'un consensus. Seule la Cour de cassation semble bénéficier d'une légitimité suffisante pour assurer cette fonction. Bien que certains critiquent son conservatisme¹¹⁷, elle sait contourner les innombrables contraintes présentes dans une matière en constante évolution, dans le respect des compétences qui lui ont été attribuées et en adaptant sans cesse sa technique. Par sa place au sommet de la hiérarchie judiciaire, elle assure le respect des valeurs fondamentales du droit de la famille, quel que soit le cadre de sa saisine. En tentant d'initier certaines évolutions susceptibles de favoriser l'adéquation des normes de droit de la famille aux nécessités sociologiques du moment, elle maintient une indispensable cohérence.

22. Les compétences de la Cour de cassation, qu'elles soient juridictionnelles ou non, participent au dynamisme du droit de la famille. Ses décisions, portant sur l'application ou l'interprétation d'une règle de droit substantielle ou procédurale, rendues suite à une saisine pour avis ou relatives à une question prioritaire de constitutionnalité, sont extrêmement importantes. Aucun doute ne subsiste sur l'existence d'une logique de perfectionnement du droit¹¹⁸. La technique de cassation doit être suffisamment rigide pour permettre une interprétation uniforme des règles, tout en demeurant assez souple pour faire face aux particularités du droit de la famille contemporain. La flexibilité des règles est aujourd'hui une nécessité, tant les réalités familiales sont variées. Mais spolier la famille d'un encadrement juridique suffisamment précis, au risque de déstabiliser la société dans son ensemble, n'est pas envisageable. L'équilibre entre ces deux tendances

¹¹⁵ Il importe d'éviter que le juge exerce son office « à la Jesse James » - *ibid.*

¹¹⁶ RIVERO, J. art. préc.

¹¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 05-16. 627. Voir : FULCHIRON, H. « Un homme, une femme, la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *D.* 2007. Chron. 1375. ; AZAVANT, M., « La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel », *Dr. fam.*, n° 4, avr. 2007, comm. 176 ; MARGUENAUD, J.-P., « Le mariage homosexuel renvoyé aux calendes grecques ? », *RTD Civ.* n° 3, juin 2007, p. 287 ; AGOSTINI, E., « Mariage homosexuel : le législateur tranchera », *D.* 2007. 1395 ; DEUMIER, P., « Quand la Cour de cassation se prononce « selon la loi française » ou « en l'état de la législation française » », *RTD Civ.*, 2008.438.

¹¹⁸ Certains critiquent néanmoins le trop grand nombre de libertés que la Cour se serait arrogé. Voir par ex. : SERIAUX, A., *Mél. Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 177.

n'est pas facile à atteindre. Il s'agit d'un travail en perpétuelle continuation. La fonction de cassation suppose que soit formé un pourvoi et permet l'élaboration d'une jurisprudence abondante, complétée par les fonctions annexes, tandis que l'examen du pourvoi contraint à prendre en considération les phénomènes affectant la matière, mettant ainsi en lumière les lacunes et les incohérences du droit de la famille, tout en préservant l'unité de son application et de son interprétation. Le rôle de la Cour de cassation, accentué par le développement de ses fonctions annexes, dépend des conditions dans lesquelles elle est appelée à intervenir. L'étude de ces mécanismes révèle les modalités par lesquelles elle exerce son influence en droit de la famille (partie 1), ainsi que ses facultés d'adaptation pour apporter une réponse à tous les pourvois (partie 2).

PARTIE I : L'INFLUENCE DE LA COUR DE
CASSATION EN DROIT DE LA FAMILLE : SES
MODALITES D'EXERCICE

23. Le pourvoi en cassation tend à dénoncer la non-conformité de la décision critiquée aux règles de droit en vigueur. Les contours de la fonction de cassation doivent être suffisamment précis pour satisfaire à cet objectif. Le contexte dans lequel le pourvoi est formé est donc soumis à un strict encadrement. Ces règles définissent son domaine en droit de la famille, sans que toutes les difficultés soient levées pour autant (Titre 1). Le développement des missions confiées à la Cour de cassation renforce également son influence sur les évolutions observées à l'heure actuelle. Les contours de la fonction de cassation et l'adjonction progressive de fonctions annexes le démontrent (Titre 2).

TITRE 1 : LE POURVOI EN CASSATION, CONDITION DE LA FONCTION DE CASSATION

24. L'auteur d'un pourvoi ne peut critiquer toutes les mesures prises au cours d'une instance à caractère familial. Il doit respecter les conditions énoncées par le Code de procédure civile et précisées par la Cour de cassation (Chapitre 1). Les critères relatifs à la décision critiquée ne suffisent pas à garantir l'admission du pourvoi. D'autres écueils peuvent surgir. L'instance de cassation, comme toute autre action en justice, s'inscrit dans un cadre procédural déterminé, notamment lorsque le pourvoi a trait au droit de la famille (Chapitre 2).

Chapitre 1 : LES DECISIONS SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UN POURVOI EN CASSATION

25. Le pourvoi en cassation est ouvert à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort¹¹⁹. Le respect de cette exigence est fondamental, mais n'est pas seul à conditionner la recevabilité du pourvoi. La définition du jugement, auquel la doctrine moderne préfère substituer le terme d'acte juridictionnel¹²⁰, est elle-même sujette à débat. Pour qui souhaite critiquer une décision rendue en droit de la famille, les orientations retenues aggravent les difficultés. Les principes gouvernant le pourvoi en cassation doivent être précisés, afin de cerner le domaine du contrôle exercé par la Cour. Ces exigences relèvent de deux ordres, selon qu'elles ont trait à la qualification de l'acte attaqué (I) ou qu'elles influent sur le temps du pourvoi (II).

I. La notion de jugement en droit de la famille

26. Résultat de l'action de juger, le terme de jugement s'entend de la décision conforme aux exigences du Code de procédure civile¹²¹. Ces dispositions ne permettent pas d'éviter les controverses. Le débat doctrinal a des racines anciennes¹²². Les indices censés révéler l'existence d'un acte juridictionnel sont tantôt insuffisants, tantôt dénués de pertinence ou trop abstraits, mais leur combinaison aide à préciser les contours du jugement. Communément admise¹²³, la distinction entre critères formels (§1) et matériels (§2) dissipe les incertitudes pesant sur la définition de l'acte juridictionnel, comme le démontre opportunément les décisions rendues en droit de la famille.

¹¹⁹ CPC, art. 605.

¹²⁰ SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, tome 1, Sirey, 1961, p. 426, n° 465.

¹²¹ CPC, art. 430 à 499.

¹²² « La détermination d'un critère de l'acte juridictionnel (...) constitue l'un de ces problèmes juridiques qui ne procurent jamais à celui qui les étudie une impression de complète satisfaction » - GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *Procédure civile. Droit interne et communautaire*, Dalloz, coll. Précis, 32^e éd., 2014, p. 703, n° 1004

¹²³ Voir par ex. : SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 426 et s. ; GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 705 et s. ; COUCHEZ, G. et LAGARDE, X., *Procédure civile*, Sirey, 17^e éd., 2014, p. 221 et s. ; CROZE, H., MOREL, C. et FRADIN, O., *Procédure civile*, Litec, 5^e éd., 2014, n° 44 et s.

§1. Les critères formels de la notion de jugement

27. Eriger l'origine juridictionnelle de l'acte en critère formel de qualification du jugement équivaut à souligner une évidence, bien qu'il faille au préalable s'entendre sur la notion de juridiction. Le terme renvoie à la composition de la formation ayant élaboré l'acte, et à des considérations procédurales. La caractérisation du jugement en droit de la famille tient à son origine organique (A), ainsi qu'aux règles applicables devant les juridictions compétentes en la matière (B).

A. La composition des juridictions familiales

28. Au sens formel du terme, la juridiction s'entend des organes exerçant le pouvoir de juger¹²⁴. La voie de la cassation étant fermée à l'encontre des jugements étrangers, seules les juridictions de l'ordre judiciaire français sont habilitées à établir des actes susceptibles d'être frappés de pourvoi¹²⁵. Leur composition est prévue par des textes spécifiques, qui déterminent la compétence des magistrats (1). Il n'existe pas de juridiction qui soit chargée de l'ensemble des instances en droit de la famille, bien qu'une orientation en ce sens soit esquissée (2).

1) Les juges compétents en droit de la famille

29. Le juge aux affaires familiales occupe une place particulièrement importante en droit de la famille. Successeur du juge aux affaires matrimoniales¹²⁶, il est rattaché au tribunal de grande instance et délégué par son président¹²⁷. Il est compétent dans les litiges ayant trait aux intérêts patrimoniaux de tous les couples, et pour les procédures relatives aux demandes de séparation de corps ou de divorce¹²⁸. Il a également pour mission de protéger la personne craignant ou ayant subi des violences commises par son concubin, conjoint ou partenaire, ex-conjoint, ex-concubin ou ex-partenaire¹²⁹, et

¹²⁴ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p. 587.

¹²⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 102, n° 33.11 et s.

¹²⁶ Voir sur ce point : LIENHARD, C., *Le juge aux affaires familiales*, Dalloz, 1995.

¹²⁷ COJ, art. L.213-3.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

celle menacée par un mariage forcé¹³⁰. Le couple n'est toutefois pas le seul objet des préoccupations du juge aux affaires familiales, qui est aussi compétent pour répondre aux demandes relatives à l'exercice ou à la délégation de l'autorité parentale¹³¹, ainsi qu'à celles formées aux fins de changement de prénom¹³². Il est juge des référés et de la mise en état pour la matière familiale devant le tribunal de grande instance¹³³. Le récent accroissement de ses missions a abouti à une véritable généralisation de sa fonction, le situant au cœur de l'organisation procédurale en droit de la famille¹³⁴.

30. La compétence de principe confiée à la formation collégiale du tribunal de grande instance, bien qu'inscrite dans les textes, s'en trouve amoindrie¹³⁵. Les affaires qui lui sont soumises sont quantitativement moins importantes que celles relevant de la compétence du juge aux affaires familiales, mais la faculté de renvoyer à la formation collégiale subsiste en toutes circonstances¹³⁶. Son maintien empêche l'avènement du juge aux affaires familiales comme seul interlocuteur de la famille. Les instances relatives à la filiation, comme celles portant sur l'adoption, lui sont néanmoins réservées.

31. De plus, des compétences spécifiques à l'enfant lui échappent. Elles sont détenues par le juge des enfants, qui offre une protection à l'enfant en danger. Les procédures d'assistance éducative relèvent de sa compétence exclusive¹³⁷. Siégeant à juge unique, il est rattaché au tribunal de grande instance, mais est organiquement indépendant. Il intervient à la marge du droit de la famille, quand l'enfant se trouve dans une situation qui l'expose à un risque nécessitant protection. Les compétences du juge des enfants peuvent alors entrer en conflit avec les attributions du juge aux affaires familiales¹³⁸. Un décret est d'ailleurs venu encadrer la collaboration entre ces deux magistrats, favorisant la bonne administration de la justice¹³⁹.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ CPC, art. 1073.

¹³⁴ GEBLER, L., « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* n° 6, juin 2009, p. 24.

¹³⁵ COJ, art. L.211-3.

¹³⁶ COJ, art. L.213-4.

¹³⁷ CPC, art. 1181 ; COJ, art. L.252-2.

¹³⁸ MULON, E., « Compétence distincte du juge des enfants et du juge aux affaires familiales : rappel », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2007, n° 06-18.104, *Gaz. Pal.*, 23 nov. 2008, p. 28.

¹³⁹ Voir : LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Quand le décret du 10 avril 2009 organise la circulation de l'information entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles », *Dr. fam.*, n°

32. Le juge des tutelles, rattaché au tribunal d'instance, occupe désormais une place résiduelle. Les demandes formées par un époux, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, aux fins d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de ce dernier était nécessaire ou pour le représenter¹⁴⁰, sont portées devant lui. Cette compétence particulière l'autorise à intervenir indirectement dans l'organisation des rapports patrimoniaux entre époux. Elle est aujourd'hui la seule dévolue au juge des tutelles en droit de la famille puisque la loi du 12 mai 2009 lui a en retiré les prérogatives de tutelle des mineurs¹⁴¹. Le législateur les a confiées au juge aux affaires familiales¹⁴² pour rassembler toutes les instances concernant l'enfant devant le tribunal de grande instance.

2) Le pôle famille

33. Les juridictions familiales ont récemment connu de profonds bouleversements, allant pour certains jusqu'à la constatation « *d'une petite révolution* »¹⁴³. Suite au scandale de l'affaire dite d'Outreau, Monsieur Guinchard fut chargé de rédiger un rapport sur l'organisation des contentieux. Remis en juin 2008 au Garde des Sceaux, ce document consacre des développements conséquents aux aspects processuels du droit de la famille¹⁴⁴. La création d'un pôle famille au sein de chaque tribunal de grande instance, centré sur le juge aux affaires familiales, fut recommandée, marquant clairement la volonté d'instituer une juridiction familiale unique. Cette idée s'est avérée impossible à généraliser dans l'immédiat, faute de moyens humains et matériels suffisants. La mise en place d'un réseau judiciaire en matière familiale, permettant une coopération accrue entre les différents acteurs des procédures familiales, lui fut préférée, afin de faciliter la concentration des instances devant le tribunal de grande instance et plus particulièrement devant le juge aux affaires familiales. Le rapport plaide

5, mai 2009, p. 1 ; LA MESTA, M., LEBORGNE, J. et BARBE, E., « Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles. Présentation du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 », *AJ fam.*, n° 5, mai 2009, p. 16.

¹⁴⁰ C. civ., art. 217 ; C. civ., art. 219 ; CPC, art. 1212.

¹⁴¹ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, 13 mai 2009, n° 0110, p. 7920.

¹⁴² COJ, art. L.213-3.

¹⁴³ FOSSIER, T., « Le réseau famille », *AJ fam.* 2008, p. 319.

¹⁴⁴ GUINCHARD, S., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, www.ladocumentationfrancaise.fr.

également pour l'instauration d'un véritable dispositif fonctionnel de communication entre les magistrats confrontés à une affaire impliquant un même enfant mineur.

34. La prise en considération des principales propositions du rapport par le législateur révèle l'intérêt porté aux juridictions familiales en droit processuel contemporain. « *Porteur de promesses multiples, pour les professionnels et surtout pour les usagers* »¹⁴⁵, le rapport Guinchard n'a pourtant pas donné lieu à une réforme d'ensemble. La satisfaction des objectifs visés par la commission et la rectification des imperfections du système actuel sont réalisées pierre par pierre. La proposition visant à organiser une nouvelle communication entre les juges de l'enfant mineur a pour sa part été suivie d'effets¹⁴⁶. Ce décret reprend la solution retenue par la Cour de cassation, qui avait été saisie pour avis sur la question en 2004¹⁴⁷. Symbolisant la réforme des procédures à caractère familial, la loi du 12 mai 2009 fut la première étape vers la création d'un pôle famille au sein du tribunal de grande instance¹⁴⁸. En renforçant les compétences du juge aux affaires familiales, elle lui a confié le rôle de juge de toutes les familles. Il a acquis ainsi de nouvelles prérogatives en matière de liquidation des intérêts patrimoniaux de tous les couples, et de tutelle des mineurs. Les incidences de la massification du contentieux sur l'élaboration des décisions de justice¹⁴⁹, liées tant à l'augmentation du nombre de divorces qu'aux imperfections procédurales obligeant à recourir à plusieurs reprises au juge aux affaires familiales, ont également été prises en considération. L'accroissement de la charge de travail du magistrat est tempéré par la volonté affichée d'octroyer une place au droit participatif¹⁵⁰. La diffusion d'une table de référence

¹⁴⁵ FOSSIER, T., art. préc.

¹⁴⁶ Décr. n° 2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la transmission de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *JORF*, 12 avr. 2009, n° 0087, p. 6418.

¹⁴⁷ HUYETTE, M., « La communication des dossiers d'assistance éducative aux juges aux affaires familiales », *D.* 2004. 1627.

¹⁴⁸ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, préc. Voir par ex. : CARON-DEGLISE, A., « La loi du 12 mai 2009 modifie les règles de procédure applicables au droit des personnes et de la famille », *RJPF*, n° 7-8, juil.-août 2009, p. 12 ; LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2009, p. 9.

¹⁴⁹ GUINCHARD, S., rapp. préc.

¹⁵⁰ *Ibid.*

indicative de la contribution aux frais d'éducation et d'entretien de l'enfant¹⁵¹ est aussi d'une grande utilité, face à un abondant contentieux.

35. Ces modifications n'ont pas toujours été couronnées de succès. Elles se sont parfois heurtées à une réalité du terrain défavorable, obligeant à apporter des corrections discutables. Ainsi, le transfert de compétences opéré par la loi du 12 mai 2009 entre le juge des tutelles et le juge aux affaires familiales en matière de tutelle des mineurs s'est révélé délicat à mettre en œuvre. Cet objectif, qui supposait une réforme importante de l'organisation des tribunaux et un difficile transfert de dossiers, n'a pu être atteint. Dès 2010, une circulaire du Ministère de la Justice a offert aux juridictions la possibilité de désigner, en tant que juge aux affaires familiales, le juge des tutelles du tribunal d'instance¹⁵². Les magistrats chargés du service d'un tribunal d'instance peuvent en effet être appelés à siéger au tribunal de grande instance dont ils sont membres¹⁵³. La circulaire a été vivement critiquée par la doctrine qui y a vu, à juste titre, un renoncement, voire un détournement évident de la volonté du législateur¹⁵⁴. Aussi, même si le juge des tutelles dispose théoriquement d'une compétence résiduelle en droit de la famille, en pratique, l'organisation judiciaire du contentieux familial autour de la gestion des biens du mineur est restée inchangée. Le juge des tutelles a pu conserver ses dossiers en exerçant la fonction du juge aux affaires familiales devant le tribunal de grande instance.

36. L'élan législatif vers l'instauration d'un pôle famille au sein du tribunal de grande instance se poursuit néanmoins. Le clivage usuel entre droit patrimonial et droit extrapatrimonial de la famille, au travers des compétences nouvelles accordées au juge aux affaires familiales en matière de liquidation des intérêts patrimoniaux de tous les couples, a été abandonné. Le législateur a aussi envisagé une incursion du droit pénal dans la sphère familiale. La loi sur la prévention des violences conjugales¹⁵⁵ reconnaît au juge aux affaires familiales des prérogatives ayant vocation à compléter le dispositif de

¹⁵¹ BARDOUT, J.-C. et LORTHIOS, I., « La table de références des contributions aux frais d'éducation et d'entretien », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2009, p. 10.

¹⁵² LAMARCHE, M., « Exemples de droit de la famille pour un cours d'introduction générale au droit : n'appliquons pas la loi ! », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2009, p. 3.

¹⁵³ COJ, art. R.212-6.

¹⁵⁴ LAMARCHE, M., art. préc.

¹⁵⁵ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF*, 10 juil. 2010, n° 0158, p. 12762.

l'article 220-1 du Code civil. Le magistrat peut à présent délivrer une ordonnance de protection sur demande de toute personne déclarant avoir subi des violences commises par son conjoint, son concubin ou son partenaire et craignant leur réitération¹⁵⁶. La personne menacée par un mariage forcée peut aussi demander à être protégée¹⁵⁷. La violation des mesures prescrites dans l'ordonnance de protection expose son auteur à des sanctions pénales¹⁵⁸.

37. Le traitement judiciaire des instances à caractère familial dépasse aujourd'hui les divisions entre droit civil et répressif, intérêts personnels et patrimoniaux. En outre, la désignation d'un magistrat chargé de coordonner l'activité judiciaire en droit de la famille devant la cour d'appel et le tribunal de grande instance est dorénavant obligatoire¹⁵⁹. Le réseau famille est encore inachevé, mais les orientations retenues attestent d'une réelle volonté de réorganisation, pour favoriser la cohérence du traitement judiciaire des problèmes rencontrés par les familles. Le critère organique n'est donc pas exclusif de la qualification de jugement en droit de la famille, en raison notamment de la diversité des magistrats susceptible d'intervenir. Le respect des règles de procédure constitue un autre indice révélateur.

B. Les particularités de la procédure familiale

38. Tout acte juridictionnel est le fruit d'une procédure déterminée. Seule la décision prise dans le respect des règles de procédure applicables encourt cette qualification. En droit de la famille, la détermination de ce régime procédural soulève des difficultés. Le Code de procédure civile y consacre pourtant de nombreuses dispositions¹⁶⁰. La diversité des intérêts en présence, comme la dimension intime des préoccupations des parties, sont à l'origine de nombreuses particularités, afin de respecter au mieux la vie privée des justiciables. Le déroulement de l'instance est aménagé, dans le respect du droit à un procès équitable (a). L'association du justiciable à la procédure

¹⁵⁶ C. civ, art. 515-9 à 515-13.

¹⁵⁷ COJ, art. L.213-3.

¹⁵⁸ CP, art. 227-4-2 et 227-4-3.

¹⁵⁹ Décr. n° 2010-1395 du 12 nov. 2010. Voir : CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S., « Droit judiciaire privé », *JCP G*, n° 22-23, 30 mai 2011, p. 1119.

¹⁶⁰ CPC, art. 1070 et s.

tend également à s'accroître, marquant encore davantage la singularité de la procédure en droit de la famille (b).

1) Les aménagements nécessaires en droit de la famille

39. Le souci d'adapter la procédure civile aux spécificités du droit de la famille se manifeste tout au long de l'instance (2), de la composition de la juridiction (1) au prononcé du jugement.

a) Le droit à un juge impartial et indépendant

40. Les règles gouvernant la composition des juridictions ont été précisées par le droit européen¹⁶¹ et le droit interne. Au premier rang de ces principes figure le droit à un juge impartial et indépendant¹⁶², condition d'un procès équitable. L'indépendance du juge ne doit pas être confondue avec sa nécessaire impartialité. Elle s'apprécie sur le plan organique : le magistrat ne doit pas être subordonné dans ses fonctions à une autre autorité étatique. L'impartialité s'entend des relations entre le juge et les parties : le magistrat doit faire preuve d'une neutralité absolue vis-à-vis des revendications de chacun. La Constitution de 1958 confie au Président de la République le soin de protéger l'indépendance de l'autorité judiciaire¹⁶³. L'indépendance des juges de la famille est aussi assurée par le statut de la magistrature, qui garantit leur inamovibilité. Le respect du droit à un juge impartial n'est pas aussi aisé à vérifier. L'impartialité est évaluée selon deux techniques distinctes. Le juge est objectivement impartial dès lors qu'il n'existe aucune confusion dans ses attributions susceptible de semer le doute sur un éventuel parti pris, au regard des fonctions qu'il a exercées et des actes qu'il a accomplis antérieurement¹⁶⁴. La Cour de cassation a retenu cette conception objective comme critère d'appréciation¹⁶⁵. L'impartialité subjective est fondée sur les pensées intimes du juge. L'analyse est délicate, d'autant que démontrer l'impartialité soulève des difficultés probatoires qui

¹⁶¹ GERARDIN-SELLIER, N., « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 961.

¹⁶² CESDH, art. 6.

¹⁶³ Const. 4 oct. 1958, art. 64.

¹⁶⁴ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 727, n° 1033.

¹⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, n° 94-20.986, *Bull. civ.* I, n° 427.

empêchent souvent de la constater¹⁶⁶. La Cour européenne des droits de l'homme recommande néanmoins d'entreprendre un raisonnement objectif et subjectif, seul à même de permettre une juste appréciation¹⁶⁷.

41. Le juge aux affaires familiales est concerné par ces préoccupations. L'étendue de ses compétences l'expose à un accroissement du risque de partialité. La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises sur la pratique consistant à faire siéger auprès de la cour d'appel le juge aux affaires familiales ayant statué en première instance¹⁶⁸. Elle considère que la possibilité de demander la récusation du conseiller mis en cause¹⁶⁹ évite le risque d'impartialité, dès lors que la composition de la formation collégiale pouvait être connue à l'avance par les parties. L'absence de demande aux fins de récusation avant la clôture des débats vaut alors renonciation à ce droit. En se retranchant derrière la condition de connaissance de la composition de la juridiction, la Cour de cassation conserve une marge de manœuvre¹⁷⁰.

42. En outre, la mission de conciliation du juge aux affaires familiales expose également son impartialité à la critique. Ce rôle l'oblige à prendre connaissance de certains éléments du dossier pouvant influencer sur sa décision, en cas d'échec de la tentative de conciliation¹⁷¹. Or la notion suppose l'absence de toute idée préconçue, de toute connaissance antérieure des données du litige. Les attributions dévolues au juge aux affaires familiales semblent aller à l'encontre de cette exigence. La partie ayant fait preuve d'une trop faible propension au dialogue lors de la phase de conciliation pourrait douter de la bienveillance du juge à son égard lors des débats sur le fond. Pour le moment, ce questionnement ne semble préoccuper ni le législateur, ni la Cour de cassation. Même si elle ne retient pas une appréciation très large de l'exigence d'impartialité, elle reste

¹⁶⁶ GUINCHARD, S., *Droit processuel*, Dalloz, 8^e éd. 2015, p. 869, n° 363.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ GARE, T., « Le JAF ayant connu d'une instance de divorce peut valablement siéger dans la formation d'appel », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2007, n° 05-11. 945, *RJPF*, n° 3, mars 2007, p. 17 ; HAUSER, J., « Le juge aux affaires familiales et la juridiction impartiale », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., n° 06-14. 643, *RTD Civ.*, n° 2, fév. 2007, p. 318.

¹⁶⁹ CPC, art. 341.

¹⁷⁰ NORMAND, J., « Le droit à un juge impartial (art. 6 § 1 Conv. EDH). La recevabilité du moyen pris de ce que les conditions de l'impartialité objective n'étaient pas réunies (Cass. ass. plén. 24 nov. 2000, *Comet*) », *RTD Civ.* 2001. 192.

¹⁷¹ GERARDIN-SELLIER, N., art. préc.

vigilante à l'égard de cette condition essentielle¹⁷². La composition des juridictions familiales satisfait aux règles du procès équitable et les décisions rendues encourrent la qualification de jugements.

43. L'absence d'inscription du principe de collégialité au titre des conditions du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme facilite aussi le respect de ce droit, malgré les recommandations de la doctrine¹⁷³. En effet, le juge conserve toujours la faculté de renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance¹⁷⁴. De plus, faire face à un interlocuteur unique diminue la solennité de l'instance, ce qui peut faciliter l'intervention de l'autorité judiciaire dans la sphère familiale. Le recours à cette formation favorise également le droit à un délai de jugement raisonnable, en augmentant la disponibilité des juges et en limitant l'encombrement des juridictions. D'autres aménagements ont lieu, tout au long de l'instance.

b) Les exceptions aux grands principes du droit processuel

44. En droit de la famille, les règles encadrant le procès sont parfois dérogoires, notamment pour les formalités de publicité. En effet, les débats ont le plus souvent lieu en chambre du conseil¹⁷⁵, hors de la présence du public¹⁷⁶, tandis qu'en règle générale, l'audience est publique devant le tribunal de grande instance¹⁷⁷. Le principe de publicité des débats relève d'ailleurs des exigences relatives au droit à un procès équitable, consacré par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁸. La mise à l'écart des éventuels curieux vise à protéger la vie privée et familiale, garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge peut décider de son propre chef que les débats auront lieu en chambre du conseil, quelle que soit la matière, lorsque leur publicité serait susceptible de porter atteinte à l'intimité de la vie privée¹⁷⁹. Quand le

¹⁷² Cass. 1^{ère} civ., 29 sept. 2004, n° 02-16.436, *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2005, p. 23, note GOUTTENOIRE.

¹⁷³ VILLACEQUE, J., « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995. 318.

¹⁷⁴ COJ, art. L.213-4.

¹⁷⁵ CPC, art. 1074.

¹⁷⁶ CPC, art. 436.

¹⁷⁷ CPC, art. 451.

¹⁷⁸ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F. *op. cit.*, p. 525, n° 724 et s.

¹⁷⁹ CPC, art. 435.

juge aux affaires familiales ou le juge des enfants sont saisis, les formalités de publicité sont encore moins contraignantes, particulièrement si la demande présente un caractère gracieux. L'audience a alors fréquemment lieu dans le bureau du magistrat.

45. Le jugement est rendu en audience publique quand la décision a trait au contentieux du mariage¹⁸⁰, au divorce¹⁸¹, aux successions¹⁸², à la filiation et aux subsides¹⁸³, au nom et prénom¹⁸⁴ ou à une déclaration d'abandon¹⁸⁵. Lorsque le juge aux affaires familiales, le juge des enfants ou le tribunal de grande instance sont appelés à statuer sur une demande relative à l'autorité parentale ou à l'assistance éducative, le jugement est communiqué aux parties hors de la présence du public¹⁸⁶. Les décisions qui touchent à l'état des personnes font ainsi l'objet de mesures assurant leur publicité auprès des tiers. Il en va différemment lorsqu'elles portent sur l'organisation des relations entre parent et enfant. La publicité est en ce cas inutile, le jugement ayant été lu en présence des parties. Ces aménagements, dont l'utilité est évidente, visent à protéger la vie privée d'éventuelles atteintes résultant de la confrontation avec la justice.

46. La volonté de préserver l'intimité de la famille se heurte parfois au respect d'un autre impératif : le respect de la contradiction doit être assuré tout au long de l'instance, comme celui des droits de la défense. Ces principes sont eux-mêmes susceptibles d'être aménagés. Des incertitudes persistent sur les moyens permettant la contradiction, suite à l'audition de l'enfant en justice par exemple¹⁸⁷. Un compte rendu est indispensable, puisque chaque partie doit pouvoir prendre connaissance de la teneur des mots du mineur¹⁸⁸. Les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation important. Les modalités de cette retranscription n'ont pas été précisées dans l'intérêt de l'enfant qui, dans la tourmente du conflit familial, risque de s'attirer les reproches de la partie déçue par les sentiments exprimés. Il en va de même de l'interprétation du principe de loyauté de la preuve, indispensable à la protection des droits de la défense. Son respect

¹⁸⁰ CPC, art. 452.

¹⁸¹ CPC, art. 1074.

¹⁸² CPC, art. 452.

¹⁸³ CPC, art. 1149.

¹⁸⁴ CPC, art. 1074.

¹⁸⁵ CPC, art. 1161.

¹⁸⁶ CPC, art. 1189.

¹⁸⁷ Voir n° 1014 et s.

¹⁸⁸ Voir n° 1015 et s.

est sujet à discussion, car la vie familiale et les rapports qui la gouvernent relèvent eux-mêmes de la vie privée des intéressés¹⁸⁹. Ces questions, nombreuses, donnent lieu à une jurisprudence abondante¹⁹⁰.

47. En droit de la famille, des aménagements sont visibles à chaque étape de la procédure, qu'ils portent sur les formalités de publicité ou sur une application parfois singulière des principes fondamentaux du droit processuel. Les dérogations sont multiples et diverses, selon la nature de l'instance, les parties en présence et les intérêts nécessitant protection. La singularité de la procédure familiale est aussi révélée par l'association de plus en plus importante du justiciable à la procédure.

2) L'association des parties à la justice familiale

48. La procédure en droit de la famille est marquée par la participation croissante du justiciable à la fonction de juger, qui emprunte fréquemment la voie de la conciliation (a). L'émergence du droit collaboratif de la famille tend à accentuer ce phénomène (b).

a) La place importante réservée à la conciliation

49. Puisque « *mieux vaut s'entendre que combattre* »¹⁹¹, le Code de procédure civile énonce qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* »¹⁹². Les domaines dans lesquels la mission conciliatrice confiée au juge dépasse la simple déclaration d'intention sont de plus en plus nombreux. Les divorces contentieux illustrent ce phénomène. Selon la loi, le juge doit convoquer les parties à une audience de conciliation, afin qu'elles s'entendent sur le principe du divorce et sur ses effets. Même si aucun accord entre les époux ne semble envisageable, l'audience de conciliation a lieu¹⁹³. Ce n'est qu'après cette étape obligatoire que le divorce pourra être prononcé. Si un accord est trouvé, l'établissement d'une convention de divorce soumise à

¹⁸⁹ Voir : VIAL, G., th. préc.

¹⁹⁰ Voir n° 1002 et s.

¹⁹¹ NICOLETTI, M., « La médiation familiale et le juge », *LPA*, n° 129, 30 juin 2009, p. 4.

¹⁹² CPC, art. 21.

¹⁹³ CPC, art. 1108.

homologation judiciaire fait basculer la procédure dans le domaine gracieux. La phase de conciliation précontentieuse permet tantôt d'éviter de saisir le tribunal, tantôt de pacifier l'opposition entre les parties en déterminant plus aisément leurs intérêts et préoccupations. A ce titre, le rôle confié au juge aux affaires familiales transcende la conception classique de la fonction juridictionnelle.

50. Révélée par ses manifestations lors de la procédure de divorce, l'utilité de la conciliation apparaît également en d'autres circonstances. Dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, le juge a des attributions similaires. Il doit s'efforcer de concilier les parties en cas de désaccord¹⁹⁴. Aucune phase préalable de conciliation n'est toutefois imposée. La promotion du dialogue s'exprime aussi par la possibilité de recourir à la médiation¹⁹⁵. Le juge a la faculté de désigner un médiateur, pour créer un processus adapté à la dynamique complexe des intérêts divergents des parties¹⁹⁶. L'issue de la médiation dépend des parties. Si celles-ci parviennent à un accord, une convention en reprenant les termes est établie et soumise à homologation¹⁹⁷. La médiation familiale n'est pas conçue comme une voie de déjudiciarisation du contentieux, mais comme un outil à la disposition du magistrat. Elle consiste à apaiser le conflit existant entre les parents¹⁹⁸ par une transformation de la fonction classique de juger¹⁹⁹, sans remplacer le juge pour autant²⁰⁰. Un décret facilite la mise en œuvre de l'injonction faite aux parents de rencontrer un médiateur familial pour régler leur désaccord sur l'exercice de l'autorité parentale²⁰¹. Le juge peut recourir à la médiation à l'occasion de tout litige en droit de la famille²⁰². Toutefois, il ne peut pas imposer la mesure aux parties, puisque leur accord est nécessaire²⁰³.

¹⁹⁴ C. civ., art. 373-2-10.

¹⁹⁵ CPC, art. 131-2 et s.

¹⁹⁶ NICOLETTI, M., art. préc.

¹⁹⁷ CPC, art. 131-12.

¹⁹⁸ CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S., « Droit judiciaire privé », *JCP G*, n° 22-23, 30 mai 2011, p. 1116.

¹⁹⁹ RONGEAT-LOUDIN, F., « Droit de la famille collaboratif et médiation familiale : union ou désunion ? », *RJPF*, n° 2, fév. 2011, p. 8.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Décr. n° 2010-1395 du 12 novembre 2010, *JORF*, n° 0265, 16 nov. 2010, p. 20405. Voir par ex. : DOUCHY-LOUDIN, M., « Activité judiciaire en matière familiale », *Procédures*, n° 1, janvier 2011, p. 21.

²⁰² CPC, art. 1071 al. 2.

²⁰³ *Ibid.*

51. La promotion du dialogue n'entraîne pas pour autant la mise à l'écart du juge. Même lorsque la conciliation est couronnée de succès ou qu'un accord est conclu suite à une mesure de médiation, la procédure conserve un caractère juridictionnel. Un glissement vers une procédure gracieuse s'opère, l'office subséquent du juge consistant le plus souvent en une homologation judiciaire. L'apparition récente de techniques procédurales inspirées de la justice participative tend cependant à sortir le droit de la famille de son carcan juridictionnel traditionnel.

b) Le droit collaboratif, facteur perturbateur de la procédure familiale

52. L'avènement récent des techniques alternatives de règlement des conflits familiaux révèle l'intérêt croissant du législateur pour une nouvelle forme de justice, inspirée de la « *collaborative law* » originaire des pays anglo-saxons²⁰⁴. Pouvant impliquer un désengagement de l'autorité judiciaire dans la résolution des litiges au profit des parties et des auxiliaires de justice, le droit collaboratif trouve depuis peu sa place dans le corpus normatif français. La loi du 22 décembre 2010 a en effet marqué l'avènement de la convention de procédure participative²⁰⁵, qui permet aux parties de fixer à l'avance le cadre d'un litige futur²⁰⁶. En cas de succès, l'accord établi est soumis à l'homologation du juge. Le domaine d'application de la convention participative est limité à la résolution de problèmes portant sur des droits disponibles²⁰⁷. L'hypothèse est néanmoins expressément envisagée par le Code civil en matière de divorce ou de séparation de corps : les époux sont incités à rechercher une résolution consensuelle²⁰⁸, mais la dissolution de leur lien n'emprunte jamais la seule voie conventionnelle. En effet, « *la demande en divorce ou en séparation de corps présentée à la suite d'une convention de procédure participative est formée et jugée* »²⁰⁹ selon les règles applicables à la procédure de divorce. La conclusion d'un tel acte au cours d'un litige familial est envisageable, surtout en droit patrimonial de la famille.

²⁰⁴ DEFLERS, E. et BUTRUILLE-CARDEW, C., « Le droit de la famille collaboratif (*collaborative law*), *RJPF*, n° 3, mars 2007, p. 32.

²⁰⁵ CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S. art. préc., p. 1116.

²⁰⁶ Voir : AMRANI-MEKKI, S., « La convention de procédure participative », *D.* 2011. 3007.

²⁰⁷ C. civ., art. 2063.

²⁰⁸ C. civ., art. 2067 al. 1.

²⁰⁹ C. civ., art. 2067 al. 2.

53. L'incursion de cette alternative à la fonction de juger traditionnelle est remarquable. Elle témoigne non seulement de la perméabilité du système juridique français aux techniques issues du droit étranger, mais surtout d'un phénomène de mise à disposition de la procédure prégnant en droit contemporain. Le droit de la famille n'y fait pas exception, loin s'en faut. Les techniques collaboratives sont d'ailleurs surtout utilisées en cette matière²¹⁰. Il ne s'agit que d'une première étape²¹¹. Le développement de la justice participative a vocation à conférer de nouvelles prérogatives aux auxiliaires de justice. L'avocat dispose par exemple d'un véritable monopole pour établir une convention participative²¹². Mais la soumission des accords conclus entre les parties à cette formalisation extra-judiciaire entraîne la négation de leur caractère juridictionnel. Ils ne pourront à l'évidence être critiqués par un pourvoi. Cette relative exclusion du contrôle dont la Cour est chargée se justifie par la prise en compte d'autres impératifs. L'association de l'individu à la justice facilite d'abord l'intervention judiciaire dans un domaine privé et intime. Ensuite, la solution est souvent satisfaisante pour les parties et se rapproche fréquemment de ce qui est le plus juste²¹³. Enfin, l'abondance du contentieux familial étant de nature à encombrer les prétoires, le droit collaboratif participe à l'élan de déjudiciarisation observé à l'heure actuelle²¹⁴. La présence de gardes-fous est toutefois essentielle. Il est difficile d'étendre ce dispositif à l'ensemble du droit de la famille sans nuire à sa finalité protectrice.

54. Ces considérations sont pourtant inaptes à caractériser le jugement, en raison de la diversité des procédures. Qu'elle repose sur un critère organique ou procédural, l'approche formelle de la notion d'acte juridictionnel ne suffit pas. Aucun critère n'est exclusif de cette qualification, bien qu'il soit utile de s'y référer²¹⁵. L'étude des caractéristiques substantielles de l'acte est indispensable à la révélation de l'essence du jugement, dont l'identification est nécessaire pour former un pourvoi en cassation²¹⁶.

²¹⁰ AMRANI-MEKKI, S., art. préc.

²¹¹ FRICERO, N., *Qui a peur de la procédure participative ?*, in *Mél. Serge Guinhard*, Dalloz, 2010, p. 146.

²¹² C. civ., art. 2064. Voir également : AMRANI-MEKKI, S., art. préc.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 434, n° 474.

²¹⁶ « Si les points de vue organique (c'est-à-dire le caractère juridictionnel de l'organe qui accomplit l'acte) et formel (c'est-à-dire le caractère juridictionnel de la procédure, qui se traduit essentiellement par le

§2. Les critères matériels de la notion de jugement en droit de la famille

55. Le critère matériel du jugement peut être approché selon trois angles particuliers. La qualification découle de la finalité et de l'objet du jugement (A), mais également de sa structure complexe (B).

A. La finalité et l'objet du jugement en droit de la famille

56. Les critères tirés de la finalité du jugement et de l'existence d'une contestation permettent de mieux cerner l'acte juridictionnel. Ils n'ont cependant pas la même utilité, ni la même pertinence. L'étude de la finalité de l'acte juridictionnel conduit à exclure de la qualification les mesures qui tendent vers un but autre que celui poursuivi par le jugement (1). L'existence d'un litige, qui a longtemps fait figure de principal indice révélateur de l'acte juridictionnel, est moins pertinente (2).

1) L'incidence de la finalité de l'acte au regard de la recevabilité du pourvoi

57. Sans ancrage concret, le critère finaliste du jugement présente un faible intérêt (a). Il sert surtout à justifier l'exclusion de diverses catégories d'actes (b).

a) La notion de finalité de l'acte juridictionnel

58. Les tenants de la théorie finaliste du jugement ont cherché à établir une différence de nature entre acte juridictionnel et acte administratif, susceptible de révéler la fonction juridictionnelle. Selon eux, l'acte juridictionnel est celui qui a pour but de s'assurer que les activités de chacun sont conformes à la règle de droit, en redressant, le cas échéant, les déviations qui auraient pu se produire²¹⁷, tandis que l'acte administratif tend à satisfaire les intérêts de l'Etat²¹⁸. Mais certaines nuances semblent avoir été éludées

*principe du contradictoire) ne doivent pas être négligés (...), s'ils contribuent à définir l'acte juridictionnel parfait, celui qui en produit tous les effets, le point de vue matériel reste le point de vue fondamental » - VIZIOZ, H., *Etudes de procédure*, Dalloz, rééd. 2011, p. 239.*

²¹⁷ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 435, n° 476.

²¹⁸ *Ibid.*

par les partisans de cette approche²¹⁹. Il est téméraire de chercher à définir un acte de la sorte alors qu'un même but peut être atteint par des moyens différents²²⁰. Les finalités respectives des fonctions administrative et juridictionnelle tendent à s'imbriquer l'une dans l'autre puisque toutes deux participent à la satisfaction du droit et de la justice.

59. De plus, l'abstraction dont est empreint le critère finaliste nuit à sa pertinence. Résultat d'une opération purement intellectuelle, la détermination de la finalité d'un acte, juridictionnel ou administratif, ne se rattache à aucun élément stable et aisément identifiable. Pour pallier cette difficulté, des auteurs ont cherché à doter la finalité de l'acte juridictionnel d'un contenu concret : lorsque le but de l'acte est de procéder à une constatation ou à une vérification, celui-ci présente un caractère juridictionnel²²¹. Enoncé sous ces termes, la teneur du critère finaliste apparaît plus tangible. Cette « *marque profonde de l'activité du juge* »²²² est toutefois insuffisante.

60. L'imprécision de la notion de finalité empêche son admission en tant que critère exclusif du jugement²²³. Il n'existe pas de véritable différence de nature entre la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. La théorie finaliste ne doit cependant pas être totalement écartée du champ de l'étude. Si sa pertinence est moindre en raison de son abstraction, l'étude du but poursuivi par le jugement facilite la discrimination entre fonction purement administrative et fonction juridictionnelle. L'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé à l'encontre de certains actes ne poursuivant à l'évidence aucune finalité juridictionnelle est donc justifiée.

²¹⁹ La distinction entre l'objectif poursuivi par l'activité administrative et celui de la fonction juridictionnelle « *repose sur une base quelque peu artificielle. En effet, s'il est exact que les tribunaux ont pour mission essentielle d'assurer l'application de la règle de droit, l'expérience prouve que les impératifs tirés de l'ordre public et de la satisfaction des intérêts généraux de la collectivité ne sont jamais entièrement exclus. Inversement, et surtout, il serait erroné et dangereux de prétendre que l'administration, à la différence du juge, n'a pas à se préoccuper du droit sous prétexte qu'il exerce une fonction agissante ; l'organisation des recours administratifs (en particulier le recours pour excès de pouvoir) démontre au contraire que l'administrateur ne peut s'affranchir arbitrairement de la soumission à la loi pour mieux servir l'Etat* » - *ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Voir : GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 711, n° 1013.

²²² *Ibid.*

²²³ En définitive, « *ce qui est vrai, c'est que la sauvegarde du droit est pour le juge l'objet même de sa fonction, alors que pour un administrateur, le respect de la légalité n'apparaît que comme une limite au pouvoir dont il est le détenteur* » - SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 434, n° 476.

b) L'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé à l'encontre d'un acte dépourvu de finalité juridictionnelle

61. Lorsque l'acte présente une finalité autre que celle d'un jugement, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par les parties. Ainsi en est-il des décisions purement administratives prises par une autorité non juridictionnelle, tel que le placement d'un enfant par l'aide sociale à l'enfance²²⁴, même si celui-ci a une incidence sur le contentieux. Il en va de même pour les diverses déclarations reçues par le greffe du tribunal, en matière de pacte civil de solidarité²²⁵ par exemple. Les autorisations délivrées par le président du tribunal, comme celle requise dans le but de recourir à une assistance médicale à la procréation²²⁶, ne peuvent davantage être qualifiées de jugement. Ces hypothèses ne soulèvent guère de difficultés, d'autant que ces actes ne répondent pas aux critères formels. Ils poursuivent un but administratif, consistant en un enregistrement ou en l'obtention d'une mesure non juridictionnelle.

62. La question est plus délicate pour les mesures d'administration judiciaire. Leur identification pose problème, en raison de l'absence de définition. Le Code de procédure civile s'y réfère pourtant à plusieurs reprises, précisant même leur régime. L'article 537 du CPC énonce que « *les mesures d'administration judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours* »²²⁷. La voie de la cassation est fermée à leur encontre : la Cour ne contrôle pas la conformité de ces actes aux règles de droit. La justification de leur exclusion du domaine du pourvoi en cassation s'explique par la faible importance qu'ils sont censés revêtir²²⁸. Toutefois, ce constat ne vaut plus pour toute l'activité interne des juridictions²²⁹. L'importance quantitative et qualitative des mesures d'administration

²²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1989, n° 87-05.069, *Bull. civ. I*, n° 192.

²²⁵ C. civ., art. 515-3.

²²⁶ CPC, art. 1157-3.

²²⁷ Selon le Code de procédure civile, les mesures d'administration judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours. Il est toutefois nécessaire de nuancer cet énoncé lapidaire, puisqu'un pourvoi en annulation pour excès de pouvoir exercé par le procureur général près la Cour de cassation sur ordre du garde des Sceaux peut être formé contre une mesure d'administration judiciaire (CPC, art. 339-3 ; L. 3 juillet 1967, art. 18, préc.). Voir à ce sujet : THERON, J, « Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010. 2246 ; DEGOTTE, M. et JEULAND, E., *Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problème de qualification*, in *Mél. Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141.

²²⁸ CHOLET, D., « Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions », *Gaz. Pal.*, n° 286, 13 oct. 2007, p. 8.

²²⁹ *Ibid.*

judiciaire s'est considérablement accrue au cours de ces dernières années²³⁰, que la qualification soit expresse ou jurisprudentielle²³¹. De plus, leur incidence sur les intérêts des parties ne doit pas être négligée²³². Ces actes ne sont pas d'une absolue neutralité, ce qui peut inciter à se prononcer en faveur de l'instauration de voies de recours nouvelles, extra-juridictionnelles, afin d'offrir aux justiciables la possibilité de les remettre en cause²³³.

63. Le principal problème soulevé par les mesures d'administration judiciaire ne serait pas pour autant résolu. La fermeture des voies de recours à leur encontre, et plus particulièrement l'impossibilité de former un pourvoi en cassation, n'est que la conséquence de la qualification. Elle ne caractérise pas la nature propre des mesures d'administration judiciaire. La doctrine s'est penchée sur la question, cherchant à établir un critère d'identification, sans toutefois y parvenir. Certains auteurs se sont attardés sur la notion d'absence de grief²³⁴. Cette définition a d'ailleurs été admise par la Cour de cassation, puisqu'elle jugea que la décision susceptible d'avoir une incidence sur les droits et obligations d'une partie ne pouvait être qualifiée de mesure d'administration judiciaire²³⁵. La pertinence de la distinction fondée sur l'existence d'un grief doit pourtant être nuancée. Il serait tentant de considérer que la qualification de mesure d'administration judiciaire ne pourrait être octroyée aux actes qui causent un préjudice sur le fond du droit, alors qu'elle serait encourue lorsque le grief ne touche que la procédure. Mais il est des mesures qui ne concernent pas le fond du droit et qui sont des mesures d'administration judiciaire, et des mesures qui mettent en cause les droits procéduraux des parties tout en affectant leurs intérêts²³⁶. Outre ce premier écueil, ce critère reflète deux acceptions distinctes : l'absence totale de grief peut singulariser la mesure d'administration judiciaire mais la faiblesse du grief serait aussi un signe

²³⁰ THERON, J., art. préc.

²³¹ Ainsi, les chambres civiles de la Cour de cassation ont rendu 116 arrêts contenant le bloc de mots « mesure(s) d'administration judiciaire(s) » entre le 1^{er} janvier 1990 et le 31 juillet 2001. Voir : PERDRIAU, A., « Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 66, 7 mars 2002, p. 2. Entre le 1^{er} août 2001 et le 10 octobre 2015, 131 des arrêts rendus par les chambres civiles contiennent cette expression.

²³² CHOLET, D., art. préc.

²³³ THERON, J., art. préc.

²³⁴ DEGOFFE, M. et JEULAND, E., *op. cit.*

²³⁵ Cass. Soc. 24 mai 1995, *Bull. civ.* V, n° 168, *RTD civ.*, 1995. 958, obs. PERROT.

²³⁶ PERDRIAU, A., art. préc. Voir également : PERROT, R., « Mesure d'administration judiciaire », note sous arrêt, Cass. Soc. 24 mai 1995, *RTD civ.* 1995.958.

distinctif²³⁷. Un problème de frontière se pose alors. De plus, la référence au grief causé ne révèle pas davantage la nature propre des mesures d'administration judiciaire. L'existence d'un grief est inhérente aux effets de l'acte. Elle ne participe pas à sa définition abstraite et recourir à cette seule notion conduirait à rejeter l'idée que le juge exerce des fonctions distinctes²³⁸. La porosité entre la qualification d'acte juridictionnel et celle de mesure d'administration judiciaire tendrait ainsi à accroître un phénomène de déjuridictionnalisation déjà critiqué²³⁹.

64. La finalité de la mesure d'administration judiciaire peut toutefois servir à son identification²⁴⁰. Elle consiste, pour le juge, à exercer une fonction administrative ayant pour objectif la gestion du service public dont il a la charge. Cette définition de la mesure a le mérite de se rapporter à sa substance propre, mais il est nécessaire de combiner cet élément avec celui tiré de l'existence d'un grief pour mieux délimiter la notion. Par exemple, la qualification des décisions portant sur l'organisation du tribunal n'est pas sujette à débat. Il est évident que les mesures prises aux fins de répartition des affaires et des juges entre les chambres et les diverses formations de la juridiction, ainsi que celles concernant les fonctionnaires auxiliaires de justice ou les jonctions ou disjonctions d'instance, relèvent de cette catégorie. De manière plus générale, toutes les mesures qui ne portent que sur la gestion des moyens matériels et humains en juridiction sont des mesures d'administration judiciaire, puisque le pouvoir décisionnel du juge est exercé dans le seul but d'administrer le service de la justice dont il a la charge.

65. La qualification des actes du juge ayant trait au déroulement du procès est plus délicate. Garant de la bonne marche de l'instance, le juge prend des décisions portant sur la fixation du jour et de la date de l'audience, l'organisation des débats, la détermination des délais, l'acceptation ou le refus d'un renvoi ou d'un sursis, ainsi que la radiation et le retrait du rôle. Certaines mesures d'administration judiciaire participent également au respect du contradictoire et permettent au juge d'exercer son rôle de police. A l'inverse, la décision qui constate le dessaisissement du juge des enfants suite à un changement de domicile n'encourt pas la qualification de mesure d'administration

²³⁷ DEGOFFE, M. et JEULAND, E., *op. cit.*

²³⁸ THERON, J., art. préc.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

judiciaire. Les voies de recours juridictionnelles sont donc ouvertes à son encontre²⁴¹. La Cour de cassation a aussi reconnu la qualité de mesures d'administration judiciaire à des jugements avant-dire droit, prononçant des mesures d'instruction²⁴². Il faudrait alors distinguer selon que la décision concerne ou non la matière litigieuse ou selon qu'elle est déterminée ou non par un élément de l'affaire²⁴³, ce qui ne lève pas toutes les difficultés. Ce critère n'est d'ailleurs n'est pas toujours respecté. En effet, la qualification de mesure d'administration judiciaire accordée à la décision de la chambre spéciale des mineurs d'ordonner une expertise psychologique est discutable²⁴⁴. Les résultats de cette mesure d'instruction ont une incidence sur le fond de l'affaire. Il en va de même pour la mesure d'investigation et d'orientation éducative d'un enfant, qui est une mesure d'administration judiciaire selon la Cour de cassation²⁴⁵.

66. Les actes exclus du domaine du pourvoi en cassation en leur qualité de mesure d'administration judiciaire sont donc nombreux en droit de la famille. Même si la Cour de cassation ne contrôle pas leur conformité aux règles de droit, elle s'intéresse à leur définition en contribuant à la recherche d'un critère permettant de les identifier. Ce faisant, elle participe à la délimitation de sa fonction juridictionnelle, comme lorsqu'elle admet le pourvoi formé à l'encontre d'un jugement rendu en matière gracieuse.

2) La distinction entre les jugements gracieux et contentieux et la recevabilité du pourvoi en cassation

67. L'existence d'un litige a longtemps caractérisé l'acte juridictionnel. L'approche a toutefois perdu de sa pertinence (a), depuis que la formation d'un pourvoi en cassation à l'encontre du jugement rendu en matière gracieuse est expressément autorisée (b).

²⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, *D.* 2009. JP. 1504, note HUYETTE ; *D.* 2010. Pan. 989., obs. DOUCHY- OUDOT.

²⁴² PERDRIAU, A., art. préc.

²⁴³ WIEDERKEHR, G., *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, in *Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 883.

²⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 2001, n° 99-05.108.

²⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 2001, n° 00-05.066.

a) Le critère non pertinent tiré de l'existence d'une contestation

68. D'un abord plus aisé que celui lié à la finalité du jugement, le critère tiré de l'existence d'une contestation est souvent cité comme révélant le caractère juridictionnel d'un acte²⁴⁶. Hauriou tenta de caractériser le jugement en fonction des aspects sociaux du contentieux, s'intéressant ainsi à la sociologie du procès, des recours juridictionnels et, de manière plus générale, de l'activité du juge²⁴⁷. D'après lui, ces considérations définissent le contentieux comme une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public²⁴⁸, l'opposition des intérêts et des prétentions révélée par le procès devant être tranchée pour assurer la paix. La principale lacune affectant ce raisonnement découle de la rigidité du terme, auquel a été substitué celui de litige, qui ne suppose pas nécessairement un conflit de droits entre les parties. La contestation est en effet appréciée différemment selon que l'on y assimile un schéma juridictionnel classique dans lequel s'affrontent deux plaideurs, ou qu'on lui accorde un sens plus large. En élargissant la contestation au litige, la doctrine moderne a fait entrer dans cette catégorie toutes les situations dans lesquelles les intérêts d'une personne ont été lésés par l'attitude d'une autre qui, de façon positive ou négative, ou par simple inertie, résiste à la prétention qui lui est opposée²⁴⁹. Tous les actes ayant pour objet l'apurement d'un litige pourraient ainsi être qualifiés de jugements.

69. Cette approche connaît cependant des détracteurs. Reconnaisant l'attraction d'un critère concret, ils le jugent trop large et trop étroit²⁵⁰. Il présente en effet un inconvénient majeur : considérer que l'existence d'un litige fonde la qualification d'acte juridictionnel entraîne l'éviction de la matière gracieuse de cette catégorie, alors que la place qu'elle occupe croît constamment. Le Code de procédure civile précise en effet que « *le juge statue en matière gracieuse lorsque en l'absence de litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* »²⁵¹. L'unité entre la matière gracieuse et la matière contentieuse est d'ailleurs sous-entendue, puisque le Code de procédure civile

²⁴⁶ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 438, n° 480.

²⁴⁷ VIZIOZ, H., *op. cit.*, p. 98 et s.

²⁴⁸ VIZIOZ, H., *op. cit.*, p. 122 et s.

²⁴⁹ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 439, n° 480.

²⁵⁰ CADIET, L. et JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 8^e éd., 2014, p. 78, n° 75.

²⁵¹ CPC, art. 25.

inclut les dispositions relatives à la juridiction gracieuse dans les dispositions liminaires communes à toute instance. Bien qu'elle éveille l'intérêt et la sympathie des processualistes²⁵², l'existence d'un litige ne peut être considérée comme un critère exclusif de l'acte juridictionnel. Le débat est d'ailleurs dépassé, puisque les décisions gracieuses peuvent dorénavant faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

b) La recevabilité du pourvoi formé à l'encontre d'un jugement gracieux

70. La matière gracieuse a suscité un intérêt tardif. Le Code de procédure civile de 1806 n'y faisait pas référence. Une loi relative à la procédure applicable devant le tribunal civil²⁵³ apporta une ébauche de définition. Le domaine gracieux comprend deux types de demandes : celles qui ne comportent aucun adversaire et ne peuvent donner lieu à contestation de la part des tiers, d'une part, et d'autre part, celles dans lesquelles les parties n'étant pas en désaccord sont tenues, par leurs qualités ou la nature de l'affaire, d'obtenir une décision du tribunal. Ce relatif désintérêt a pris fin avec l'élaboration du Code de procédure civile, qui contient de nombreuses dispositions relatives à la matière gracieuse. Parmi elles, figure la recevabilité du pourvoi en cassation à l'encontre d'un jugement gracieux en l'absence d'adversaire²⁵⁴. La Cour de cassation est donc appelée à exercer son contrôle sur les jugements, même rendus en l'absence de litige. La nature gracieuse de la procédure, de l'instance et de l'acte qui en résulte n'est donc pas un obstacle à la formation du pourvoi en cassation. La précision est importante. Elle étend considérablement le champ du contrôle mené par la Cour en droit de la famille.

71. En effet, la juridiction gracieuse y occupe une place importante. Outre l'exemple classique du divorce par consentement mutuel, le juge est fréquemment conduit à intervenir en l'absence de tout litige ou contestation. Une requête en adoption relève de la matière gracieuse²⁵⁵, par exemple. Il en va de même du changement de régime matrimonial. Les hypothèses dans lesquelles la famille est présente devant la juridiction

²⁵² VIZIOZ, H., *op. cit.*, p. 104.

²⁵³ L. 15 juillet 1944, *JORF*, 26 juil. 1944, p. 1894.

²⁵⁴ La juxtaposition des termes « jugement » et « gracieux » confirme d'ailleurs un changement d'orientation : les décisions issues de la juridiction gracieuse ne sont pas exclues de la catégorie des actes juridictionnels.

²⁵⁵ CPC, art. 1167.

gracieuse sont nombreuses et tendent à se multiplier. L'expansion du domaine de l'homologation judiciaire en droit de la famille le démontre. A première vue, le pourvoi en cassation à l'encontre de tels actes est recevable. Mais si la nature gracieuse d'une décision ne fait pas obstacle en soi à la formation du pourvoi en cassation, tous les actes pris en l'absence de litige ne peuvent pas pour autant être soumis au contrôle de la Cour.

72. En définitive, le critère tiré de l'existence d'une contestation n'est guère utile à la description du domaine du pourvoi. Le caractère gracieux d'un acte, comme la détermination de sa finalité juridictionnelle, n'empêche ni n'autorise en toutes circonstances le recours porté devant la Cour de cassation. Les éléments déterminants de l'acte juridictionnel doivent être recherchés ailleurs. Les exigences tenant à sa structure occupent à cet égard une place prépondérante, la Cour de cassation subordonnant la recevabilité du pourvoi à l'existence d'une décision.

B. L'aspect décisoire de l'acte juridictionnel critiqué

73. L'acte juridictionnel est un acte complexe, comprenant une constatation et une décision qui forment un tout logique et indivisible²⁵⁶. L'analyse de la structure du jugement est particulièrement intéressante pour déterminer le domaine du contrôle incombant à la Cour de cassation en droit de la famille. La recevabilité du pourvoi en est en effet subordonnée à l'aspect décisoire de l'acte critiqué (2). Le respect de cette exigence suscite des difficultés lorsque le pouvoir de décision du juge cède devant la volonté individuelle, conséquence du phénomène de contractualisation affectant le droit de la famille (1).

²⁵⁶ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 438, n° 478.

1) La structure de l'acte visé par le pourvoi : l'exigence d'une décision

74. L'acte critiqué par le pourvoi doit présenter un aspect décisoire (2), exprimé dans le dispositif de l'arrêt (1).

a) La formalisation de la décision : le dispositif

75. L'identification du jugement critiqué étant indispensable, l'auteur du pourvoi est tenu de l'indiquer dans sa déclaration²⁵⁷. Cette condition de recevabilité n'est pas strictement appréciée. La Cour de cassation a précisé, en d'autres matières, que l'erreur ou l'omission de la date n'entraîne pas l'irrecevabilité du recours²⁵⁸, à condition que la déclaration de pourvoi permette de savoir quelle est la décision attaquée²⁵⁹. Le respect de cette exigence ne suscite d'ailleurs guère de difficultés pratiques. Mais s'il est évident que la décision doit exister, encore faut-il pouvoir circonscrire ce qui est contesté. La finalité du pourvoi ne consiste pas à vérifier la conformité aux règles de droit de tous les éléments composant l'acte²⁶⁰. Seule la décision prise par le juge est soumise au contrôle²⁶¹. L'article 455 du Code de procédure civile précise que « *le jugement énonce la décision sous forme de dispositif* », opérant ainsi une indispensable délimitation. L'élément décisoire susceptible d'être contesté est donc matérialisé par le dispositif. La partie qui se limite à critiquer la motivation exposée voit son action rejetée, même si ces motifs sont erronés ou font grief à l'une des parties. L'impossibilité de contester un élément autre que le dispositif révèle l'importance de cette notion.

²⁵⁷ CPC, art. 985.

²⁵⁸ Cass. Soc., 21 oct. 1948, *Bull. civ.* V, n° 881.

²⁵⁹ Cass. Com., 21 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 291.

²⁶⁰ Seuls les pourvois du procureur général près la Cour de cassation dérogent à cette règle. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi peut en effet être dirigé contre les motifs ou contre le dispositif d'une décision, tandis que le pourvoi pour excès de pouvoir peut être dirigé contre tout acte judiciaire (CPC, art. 639-3 ; L. 3 juil. 1967, préc., art. 18).

²⁶¹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 93, n° 31.31.

b) La notion de décision, critère de l'acte juridictionnel

76. Le consensus règne sur la structure générale du jugement qui comprend trois éléments : la question de droit posée au juge, ou prétention, puis la constatation²⁶², et la décision²⁶³. Le débat porte sur leur place respective dans la singularisation de l'acte juridictionnel. Pour certains, la décision est située à la marge²⁶⁴. La constatation, douée d'une force de vérité légale, serait un critère exclusif. Outre le fait qu'elle tende à briser l'unité du jugement²⁶⁵, l'approche ne semble pas coïncider avec la notion telle que retenue par la Cour de cassation. La constatation ne produit aucun effet dans le monde du droit : il s'agit d'une « opération strictement intellectuelle dont la volonté est absente »²⁶⁶. C'est la conclusion que le juge tire des observations qu'il a menées qui confère à l'acte la valeur d'une décision de justice²⁶⁷.

77. La décision est située au cœur de l'activité juridictionnelle. Les parties à l'instance la requièrent du juge, qui la prend en application d'une règle de droit. Après avoir constaté les éléments de fait et de droit, le magistrat en tire une conclusion qui résout le problème présenté par les parties²⁶⁸. Cet exposé classique ne traduit pas la subtilité de la démarche entreprise. La décision suppose toujours une action, celle de juger le point litigieux²⁶⁹ et de prendre un parti²⁷⁰. Quel que soit le domaine dans lequel l'intervention du juge est sollicitée, c'est l'existence d'une démarche à finalité particulière qui confère son aspect décisoire à l'acte. Une approche plus psychologique permet de mieux cerner la notion. Monsieur Croze la décrit comme marquant une rupture entre délibération et passage à l'acte, qui entretient des rapports complexes avec la volonté²⁷¹. Objet central des préoccupations du juge qui la prononce et de ceux qui l'attendent, elle constitue un

²⁶² La constatation apparaît comme une solution fournie par le tribunal à la question posée. Voir : GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 710, n° 1012.

²⁶³ Il s'agit de la « conséquence logique et directe de la constatation et tendant à sa réalisation concrète » - *ibid.*

²⁶⁴ Jèze refusait en effet de porter attention à l'existence d'une décision. Cité par SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 438, n° 479.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ BILON, J.-L., « L'aide informatisée à la décision judiciaire », *RIDC* 1990. 859.

²⁶⁹ ROBERT, P., *Le nouveau petit Robert*, Le Robert, 2007, p. 631.

²⁷⁰ CORNU, G., *op. cit.*, p. 300.

²⁷¹ CROZE, H., *Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision*, in *Mél. Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 127.

objet nouveau qui produit des conséquences propres²⁷². Sa spécificité apparaît : sur la base de considérations préexistantes en fait et en droit qu'il lui faut combiner, le juge décide, apportant aux parties un nouvel élément. Le rôle d'arbitre, de témoin solennel ou de simple promoteur du dialogue est alors dépassé. Seule importe l'innovation produite, la solution retenue.

78. Ces précisions aident à différencier les actes du juge, selon que ceux-ci présentent ou non l'aspect d'une décision. La Cour de cassation s'intéresse à l'existence d'un élément à caractère décisive pour fixer les limites de son contrôle. Les textes relatifs au traitement du pourvoi insistent d'ailleurs sur ce point, en précisant que seuls peuvent en être frappés « *les jugements (...) qui tranchent dans leur dispositif (...)* »²⁷³. Les nouveaux offices confiés au juge compliquent néanmoins l'analyse. Juge arbitre, juge médiateur, juge pacificateur, le magistrat compétent se doit tantôt de prendre position, tantôt d'encourager la recherche d'un consensus. Un problème de qualification se pose quand l'acte résulte de l'incursion du fait contractuel en droit de la famille. Lorsque le juge cesse de décider et se contente de constater la conclusion d'un accord, le caractère juridictionnel disparaît et, avec lui, la possibilité de se pourvoir. La recevabilité du pourvoi en cassation est donc subordonnée à l'office du juge. Que celui-ci se contente de simples constatations, et le pourvoi est irrecevable. Que le magistrat, après avoir adopté un raisonnement syllogistique, dépasse le constat et déduise l'existence d'un nouvel objet juridique, et le recours porté devant la juridiction de cassation est envisageable. En incitant le juge à trouver et à formaliser un accord entre les parties dans de nombreux domaines, le Code de procédure civile a étendu le champ autrefois restreint de ces instruments particuliers en droit de la famille.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ CPC, art. 480, 482, 544 et 606.

2) L'incidence du phénomène de contractualisation du droit de la famille sur la recevabilité du pourvoi en cassation

79. La fonction de juger ne consiste plus seulement à trancher les prétentions des parties²⁷⁴. La place réservée aux accords familiaux, dont certains sont soumis à un contrôle judiciaire, est conséquente (a). La catégorisation des décisions susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation est perturbée par les orientations actuelles du droit de la famille (b).

a) La place grandissante des accords de volonté en droit de la famille

80. Au-delà de la déclaration d'intention incitant le juge à concilier les parties²⁷⁵, nombreuses sont les dispositions spéciales qui réservent une place à l'expression de la volonté individuelle, au sein des relations de couple (1), mais aussi lorsque le problème a trait au lien entre un parent et son enfant (2).

1. Le couple, le juge et le consensualisme

81. L'abandon du principe d'immutabilité du régime matrimonial est l'un des symboles de la place réservée à la volonté dans la sphère familiale²⁷⁶. L'insertion d'une disposition nouvelle autorisant le changement conventionnel de régime matrimonial à la seule condition que les époux aient mené une vie commune pendant deux ans marque les prémices du recul de l'encadrement institutionnel des rapports conjugaux. Le changement de régime matrimonial n'est cependant pas totalement abandonné à la volonté du couple marié. En effet, dès lors que le couple demandant la modification a des enfants mineurs ou qu'une opposition est constatée, il nécessite une homologation judiciaire²⁷⁷. Si l'accord existant entre les époux est indispensable à la modification souhaitée, il est insuffisant. Les conséquences de la rencontre de volonté des époux sur l'issue de l'instance sont également visibles en matière de partage, l'établissement d'un

²⁷⁴ POMART, C., *La magistrature familiale*, th. Lille, L'Harmattan, 2003.

²⁷⁵ CPC, art. 1071.

²⁷⁶ L. n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF*, 14 juil. 1965, p. 6044.

²⁷⁷ C. civ., art. 1397.

acte de partage amiable par le notaire obligeant le juge à constater la clôture de la procédure²⁷⁸.

82. Cet assouplissement dans l'encadrement des relations patrimoniales du couple s'accompagne d'une promotion du consensualisme dans le cadre du divorce. Le législateur permet en effet aux époux de convenir des modalités de la rupture du lien conjugal, tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales. La procédure du divorce par consentement mutuel relève de la matière gracieuse. L'accord des époux est matérialisé dans la convention de divorce qui en règle toutes les conséquences. Le juge ne peut qu'homologuer ou non cette convention²⁷⁹. Il est en droit de soumettre des propositions de modification aux parties, mais ne peut y procéder de son propre chef. De plus, quel que soit le fondement de la demande en divorce, les parties sont à chaque instant incitées à trouver un terrain d'entente, sur le principe de la rupture, sur ses effets, ou sur les mesures provisoires appelées à régir la vie des époux²⁸⁰. La requête initiale en divorce n'est d'ailleurs recevable qu'à condition d'être accompagnée d'un projet liquidatif du régime matrimonial²⁸¹. En outre, le législateur a instauré des passerelles permettant de modifier de la cause du divorce dès qu'un accord entre les parties survient, réduisant ainsi le risque de prolongement d'une procédure contentieuse qui aurait perdu sa raison d'être²⁸². Cette « *pyramide du consensus* »²⁸³, caractérisée par la multiplication des incitations au dialogue et par la place réservée aux accords à toutes les étapes de la procédure, démontre l'inclinaison du législateur envers le consensualisme²⁸⁴.

83. Sans être totalement laissées à la disposition des personnes, les relations de couple peuvent ainsi être régies par la volonté des parties, entraînant un changement perceptible du rôle confié au juge aux affaires familiales. Ce recul de l'encadrement institutionnel des rapports conjugaux existe aussi à l'égard du lien parental.

²⁷⁸ CPC, art. 1372.

²⁷⁹ C. civ., art. 232.

²⁸⁰ CPC, art. 1117.

²⁸¹ CPC, art. 257-2.

²⁸² C. civ., art. 247 et s.

²⁸³ EGEA, V., th. préc, p. 42, n° 42.

²⁸⁴ Voir par ex. : MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *op. cit.*, p. 236, n° 540.

2. L'enfant, le juge et le consensualisme

84. Certains auteurs ont cherché un soubassement contractuel aux règles relatives à la filiation, de manière plus ou moins artificielle. Si le phénomène de contractualisation observé en droit de la famille est relativement récent, ces théories ont pour leur part connu un développement précoce. Dans un article demeuré célèbre, Colin avait déjà avancé une thèse selon laquelle la présomption de paternité trouvait sa source dans le droit commun des obligations²⁸⁵. Il démontrait en effet que le consentement du mari à accepter pour siens les enfants nés de sa femme pouvait être assimilé à un engagement contractuel. Cette théorie subordonnant l'établissement de la filiation à l'existence d'un contrat est sujette à controverse. Si la volonté individuelle permet d'établir un lien de parenté, ce n'est qu'en vue d'intégrer un cadre institutionnel prédéfini. Une convention portant sur la filiation ne saurait entraîner la création d'effets de droits autonomes hors du cadre légal imposé, bien que l'expression d'un consentement libre et éclairé puisse être exigée pour le rattachement de l'enfant à son parent. Monsieur Hauser a d'ailleurs mis en exergue la dimension nécessairement conventionnelle de la filiation d'un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation, ce qui requiert un accord parental préalable²⁸⁶. Une analyse similaire peut être menée pour l'adoption, qui, tout en revêtant un aspect institutionnel, n'existe pas sans la volonté des parties et parfois de l'enfant. Mais l'empreinte du consensualisme reste faible en droit de la filiation. Quelles que soient les circonstances entourant l'établissement ou la contestation du lien de parenté à enfant, la filiation, comme l'état des personnes en général, est indisponible. Le contrat judiciaire n'a guère sa place en ce domaine, au profit du pouvoir de décision confié au juge.

85. Les accords familiaux judiciairisés sont plus fréquents en matière d'exercice de l'autorité parentale. La loi du 4 mars 2002 a offert une place de choix à l'expression de la volonté des parents²⁸⁷. Le Code civil les autorise à établir une convention réglant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, sous réserve d'un

²⁸⁵ COLIN, A., « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.* 1902. 257.

²⁸⁶ HAUSER, J., « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.* 1996. Chron. 182.

²⁸⁷ Voir à ce sujet : LIENHARD, C., « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière familiale », *AJ fam.* 2002.128 ; HILT, P., « La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours », *AJ fam.* 2003. 288.

contrôle exercé par le juge dans l'intérêt de l'enfant²⁸⁸. Le juge est également incité à prendre en considération les « *pactes nus* »²⁸⁹ conclus antérieurement, non soumis à un contrôle judiciaire, et qu'ils soient écrits ou non²⁹⁰. L'intervention du juge est également requise en d'autres hypothèses, lorsque la convention de divorce tranche la question de l'exercice de l'autorité parentale, ou que celle-ci fait l'objet d'une délégation, mais aussi en cas d'accord des parents au titre des mesures provisoires ou dans la décision définitive de divorce. Par ailleurs, la multiplication des recompositions familiales accroît les revendications en faveur d'une délégation de l'autorité parentale au profit d'un tiers, dont les modalités restent à préciser²⁹¹. L'office du juge, qui consistera probablement en une homologation judiciaire, reste pour l'heure assez flou. Il est toutefois certain que la délégation partielle de l'autorité parentale au profit de celui qui reste juridiquement un tiers vis-à-vis de l'enfant supposera la soumission au juge d'un accord préalable entre les intéressés.

86. Ces exemples révèlent l'expansion du fait contractuel en droit de la famille. Les accords familiaux ne sont toutefois pas tous des « *pactes nus* », loin s'en faut. La nécessité de recourir au juge est le plus souvent prépondérante, limitant l'impact de la volonté individuelle en droit de la famille. Le phénomène incite à la réflexion sur à la nature de ces accords familiaux judiciarisés, condition de leur soumission au contrôle mené par la Cour.

b) La recevabilité du pourvoi en cassation formé contre les accords familiaux judiciarisés

87. L'association du justiciable à la fonction de juger est l'une des orientations retenue en droit de la famille²⁹². Les modalités techniques de réalisation du consensus sont multiples, selon la place réservée à la volonté des parties. Le phénomène de contractualisation du droit de la famille s'appuie sur un arsenal procédural complexe.

²⁸⁸ C. civ., art. 373-2-7.

²⁸⁹ FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

²⁹⁰ C. civ., art. 373-2-11.

²⁹¹ Voir à ce sujet : LEONETTI, J., *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, 7 oct. 2009, p. 65 et s., www.gouvernement.fr.

²⁹² Voir : EGEA, V., th. préc., p. 29 à 230.

Lorsque l'autorité judiciaire se contente de conférer force exécutoire à l'accord conclu, l'acte n'a pas valeur de décision. Il s'agit d'un jugement de donné-acte, qui n'est pas susceptible de pourvoi (1). A l'inverse, quand un risque pèse sur les intérêts des parties ou sur l'intérêt de la famille, le recours à la procédure d'homologation judiciaire s'impose (2).

1. L'irrecevabilité du pourvoi formé contre un jugement de donné-acte

88. Lorsqu'un accord survient entre les parties, encore faut-il qu'il acquière force exécutoire. Acte hybride entre la décision de justice et le contrat privé, le jugement de donné-acte officialise la convention. Les accords relatifs aux conséquences pécuniaires du divorce illustrent ces contrats judiciaires en droit de la famille. Les époux sont incités tout au long de la procédure à trouver un terrain d'entente pour les effets de leur séparation. Alors que ces conventions ne trouvaient place que dans l'hypothèse d'un divorce sur requête conjointe, le législateur en a généralisé la pratique à tous les cas de divorce.

89. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser la valeur procédurale de ces actes. Dans une espèce relative à une convention portant sur l'indemnité d'occupation du logement familial, elle se prononça sur la portée des termes d'un jugement de donné-acte²⁹³. Le mari avait consenti au maintien de son épouse dans les lieux à titre gratuit jusqu'à la liquidation effective de la communauté, sous réserve qu'elle survienne dans les plus brefs délais. Le jugement de divorce, qui constatait au surplus l'accord, passait sous silence cette condition dans le dispositif. Lassé d'attendre, l'époux demanda une indemnité pour l'occupation privative du bien indivis. La cour d'appel jugea que le libellé clair du dispositif devait prévaloir et le débouta. La Cour cassa cet arrêt au motif que ses dispositions se bornant à donner acte aux époux de leur accord étaient dépourvues de toute valeur indépendamment de la convention des parties. Précisant qu'un contrat judiciaire ne se forme qu'autant que les parties s'obligent dans les mêmes termes, elle fit prévaloir les dispositions de l'accord conjugal sur les termes du jugement lui-même. Au visa de l'article 1134 du Code civil, il fut ainsi rappelé que l'autorité reconnue à un contrat

²⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2008, n° 07-10.511.

judiciaire découle non de l'octroi de la force exécutoire par le jugement de donné-acte, mais de la seule volonté des parties. Quelques mois plus tard, la Cour de cassation jugea que le chef du dispositif constatant l'accord des époux sur les conséquences pécuniaires du divorce, qui ne tranchait aucune contestation, était dépourvu de l'autorité de la chose jugée²⁹⁴. Une cour d'appel avait en l'espèce conféré au jugement constatant l'accord des époux sur la liquidation du régime matrimonial la même valeur que celle reconnue au jugement de divorce. Sa décision fut cassée.

90. Les précisions apportées par la Cour de cassation démontrent que le jugement de donné-acte n'a pas la valeur d'un acte juridictionnel, puisqu'il n'en présente pas les caractères et n'entraîne pas les mêmes effets. Par conséquent, le pourvoi attaquant la validité d'un contrat judiciaire est irrecevable, conformément à une jurisprudence constante²⁹⁵ selon laquelle le donné-acte est un contrat judiciaire et non une décision de justice²⁹⁶. En effet, le juge ne dit pas le droit lorsqu'il revêt le contrat judiciaire de la formule exécutoire. Le pouvoir de décision est occulté au bénéfice d'un simple constat d'accord et aucun recours juridictionnel ne peut être exercé contre de tels actes. Seule une action en rescision pour lésion ou en nullité pour vice du consentement peut être envisagée.

91. Les hypothèses dans lesquelles la volonté des parties suffit à résoudre le litige ne sont guère nombreuses en droit de la famille. L'indisponibilité des droits en cause, qui prévaut souvent, empêche la conclusion d'accords en dehors de tout contrôle judiciaire sur le fond. La rareté des hypothèses dans lesquelles le jugement de donné acte survient empêche l'appauvrissement du domaine du pourvoi en cassation. La contractualisation affectant le droit de la famille trouve majoritairement sa traduction processuelle au travers du recours à l'homologation judiciaire.

²⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, n° 07-18.114. Voir : LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Le constat judiciaire de l'accord des époux sur les conséquences pécuniaires du divorce n'a pas autorité de chose jugée », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2008, comm. 153 ; HAUSER, J., « Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire », *RTD Civ.* 2008. 662.

²⁹⁵ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 20 octobre 1993, *Bull. civ.* II, n° 289 ; Cass. 3^e civ., 4 mars 1998, *Bull. civ.* III, n° 56 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2002, *JCP G.* 2002. IV. 2318.

²⁹⁶ Il y a d'ailleurs « abus de langage à parler d'un jugement de donné-acte, puisque le donné-acte a précisément pour caractéristique de ne pas être un jugement » et « si le donné acte n'est pas un jugement, c'est bien parce que le juge n'y décide rien », WIEDERKEHR, G., « Procédure civile », *RGP*, n° 4, oct. – déc. 1998, p. 658.

2. La recevabilité du pourvoi formé contre un jugement d'homologation

92. Approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes²⁹⁷, l'homologation occupe une place très importante dans l'arsenal processuel de droit de la famille. La fonction d'homologation judiciaire conduit à des décisions originales²⁹⁸, qui supposent toujours la juxtaposition d'un accord de volonté et d'une intervention du juge²⁹⁹. La procédure relève de la matière gracieuse³⁰⁰.

93. Bien qu'elle suppose également un accord préalable, l'homologation judiciaire diffère du jugement de donné-acte formalisant un contrat judiciaire. Lorsque les parties requièrent l'obtention d'un simple titre exécutoire relatif à leur convention, le juge n'est pas tenu de s'intéresser aux termes de celle-ci. Son intervention n'est pas une condition de validité de l'accord des parties. Dès lors, le refus de délivrance d'un jugement de donné-acte ne peut être justifié qu'au regard des dispositions d'ordre public ou des conditions d'octroi d'un titre exécutoire³⁰¹. La fonction d'homologation, qui trouve place dans les matières spécifiées par le législateur, renforce l'office du juge confronté à l'accord de volonté des parties. Ses obligations sont souvent précisées par la loi. A défaut, la Cour de cassation en détermine la teneur. Ainsi, le juge n'homologue une convention de divorce qu'après acquis la certitude que la volonté de divorcer est réelle et que le consentement des époux est éclairé³⁰². Il peut refuser d'homologuer la convention et subséquemment de prononcer le divorce s'il considère que les intérêts des enfants ou de l'un des époux ne sont pas suffisamment préservés³⁰³. Lorsqu'il est confronté à une demande d'homologation portant sur une convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, il vérifie tant l'intégrité du consentement des parents que le respect de l'intérêt de l'enfant³⁰⁴. De même, en matière de changement de régime matrimonial,

²⁹⁷ CORNU, G., *op. cit.*, p. 509.

²⁹⁸ Ces décisions « se greffent sur des actes juridiques préexistants, qui pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait pas décidé autrement (...) ; l'intervention du juge de l'homologation n'est pas techniquement indispensable, elle ne l'est que par décision de la loi » - BALENSI, I., « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD Civ.* 1978. 46.

²⁹⁹ AMIEL-COSME, L., « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, n° 5, jan. - mars, 1997

³⁰⁰ CPC, art. 131-12 et 1088.

³⁰¹ FRICERO, N., « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *RJPF*, n° 3, jan. 2010, p. 8.

³⁰² C. civ., art. 250-1.

³⁰³ C. civ., art. 232 et CPC, art. 1099 et 1100.

³⁰⁴ C. civ., art. 373-2-7. Voir : REBOURG, M., « Les conventions parentales homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. fam.*, n° 7-8, juillet-août 2004, p. 11.

l'homologation « obéit aux règles applicables à cette procédure devant le tribunal de grande instance »³⁰⁵. La Cour de cassation rappelle la nécessité de prendre en considération le consentement des époux et l'intérêt de la famille³⁰⁶, palliant le flou dû à l'absence de régime général de l'homologation.

94. A la différence du contrat judiciaire, la fonction d'homologation judiciaire requiert *jurisdictio* et *imperium*. Le juge est tenu de procéder à un double contrôle, de légalité et d'opportunité, qui marque la particularité d'une fonction « *traditionnellement liée à un contrôle (...) des intérêts en présence* »³⁰⁷. La dimension conventionnelle de la décision homologuée est matérialisée par la vérification de l'intégrité du consentement des parties. L'élément judiciaire est révélé par l'appréciation de l'équilibre de la convention au regard de notions à contenu variable, telles que l'intérêt de l'enfant ou celui de la famille. Confrontée à une demande d'homologation, l'autorité judiciaire exerce donc son pouvoir de décision. La dimension privée originaire est dépassée par le fait que la validité de l'accord des parties est subordonnée à l'intervention du juge³⁰⁸. Le mécanisme est un processus décisionnel impliquant une prise de position de l'autorité judiciaire, permettant à l'accord privé d'acquérir la valeur d'une décision de justice.

95. La systématisation des voies de recours juridictionnelles à l'encontre des jugements d'homologation n'est cependant pas achevée. Certes, des dispositions spéciales existent dans certains cas. En matière de divorce par consentement mutuel, le Code de procédure civile précise que l'appel est recevable contre le refus d'homologation opposé par le juge, puisqu'il porte grief aux époux. A l'inverse, seul un pourvoi en cassation peut être formé contre la décision homologuant la convention des époux³⁰⁹. Dans les hypothèses où le silence a été gardé, la logique laisse à penser que le pourvoi formé contre la décision d'homologation est recevable, puisqu'il s'agit d'un acte juridictionnel. Mais sa catégorisation fréquente au sein de la matière gracieuse³¹⁰ a pour effet de « grever l'étude de l'homologation judiciaire des incertitudes qui entourent la

³⁰⁵ CPC, art. 1031.

³⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 1976, n° 74-12.212.

³⁰⁷ FRICERO, N., art. préc.

³⁰⁸ WIEDERKEHR, G., art. préc.

³⁰⁹ CPC, art. 1102.

³¹⁰ Voir sur ce point : CADIET, L. et JEULAND, E., *op. cit.*, p. 91, n° 105.

juridiction gracieuse »³¹¹. Bien que le courant majoritaire assimile le jugement gracieux à un acte juridictionnel³¹², l'absence de consensus absolu empêche d'échafauder une théorie des voies de recours sur un tel fondement. Rechercher un critère spécifique aux décisions d'homologation est préférable. Reprenant la distinction entre actes réceptifs, pour lesquels le juge se contente de jouer le rôle d'un témoin solennel, et actes volitifs, impliquant une action à accomplir, Madame Hugon considère que les décisions d'homologation, qui supposent que le juge exerce un contrôle, sont des actes volitifs encourageant la qualification d'actes juridictionnels et susceptibles de recours³¹³. A l'inverse, les contrats judiciaires relèvent pour leur part des actes réceptifs, le juge n'assurant qu'un rôle d'enregistrement de la convention des parties, sans aucune autorité décisionnelle. En effet, le jugement d'homologation contient une décision, matérialisée par le contrôle d'opportunité auquel le juge doit se livrer. Il peut être critiqué par un pourvoi.

96. En conclusion, il semble que la place grandissante réservée à la volonté des parties en droit de la famille n'implique aucun retrait de la Cour de cassation. Seuls les contrats judiciaires échappent à son contrôle. Or la politique législative actuelle n'a pas réduit le juge au rang de simple témoin solennel. La promotion du consensualisme se traduit principalement par la généralisation du recours à la procédure d'homologation qui implique une prise de décision par l'autorité judiciaire, d'autant que les critères matériels et formels du jugement sont aussi respectés. La notion de jugement en droit de la famille s'entend donc largement. Par conséquent, le domaine du pourvoi en cassation en matière familiale est très étendu, même s'il faut encore que l'acte qu'il vise satisfasse à d'autres exigences.

³¹¹ BALENSI, I., art. préc.

³¹² Voir n° 70.

³¹³ HUGON, C., « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, n° 247, 11 décembre 2003, p. 4.

II. Le temps du pourvoi en cassation

97. Le pourvoi en cassation est enfermé dans un cadre temporel précis. Prématurément formé ou présenté trop tardivement, il est irrecevable. Le droit de la famille illustre ces mécanismes. Le moment d'ouverture de la voie de la cassation est déterminé par la nature de la décision critiquée (§1). Des considérations extérieures déterminent également la recevabilité du pourvoi : le jugement visé doit avoir été rendu en dernier ressort et le délai du pourvoi doit être respecté (§2).

§1. Le moment du pourvoi en cassation

98. Seuls les jugements rendus en dernier ressort contenant une disposition définitive peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation³¹⁴. Le dispositif de l'arrêt délimite formellement sa recevabilité³¹⁵, mais celle-ci dépend surtout de l'objet du jugement rendu. Cette approche matérielle suscite davantage de difficultés. Elle détermine l'admission immédiate du pourvoi ou, à l'inverse, son rejet (A). Néanmoins, l'absence de caractère définitif de la disposition attaquée ne clôt pas hermétiquement la voie de la cassation (B).

A. Le caractère définitif du jugement critiqué

99. Selon l'article 606 du Code de procédure civile, le pourvoi en cassation n'est recevable qu'à l'encontre d'un jugement rendu en dernier ressort contenant une disposition définitive³¹⁶ (1). Mais bien qu'elles présentent un caractère provisoire par nature, certaines décisions sont aussi susceptibles d'être immédiatement critiquées devant la Cour de cassation (2).

³¹⁴ CPC, art. 605.

³¹⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 109, n° 34.11.

³¹⁶ A cet égard, les pourvois du procureur général près la Cour de cassation sont dérogatoires. Selon l'article 639-1 du Code de procédure civile, le pourvoi dans l'intérêt de la loi peut être formé contre une décision ayant acquis autorité définitive de chose jugée, qu'elle ait ou non été rendue en dernier ressort, dans les cinq ans suivant son prononcé. Selon l'article 639-3 du Code de procédure civile, le pourvoi pour excès de pouvoir formé par le procureur général près la Cour de cassation, sur ordre du garde de Sceaux, peut être formé contre tout acte judiciaire et à tout moment, dans les cinq ans suivant son prononcé.

1) Les jugements contenant une disposition définitive

100. En subordonnant la recevabilité du pourvoi à l'existence d'une disposition définitive exprimée dans le dispositif du jugement, le Code de procédure civile ouvre immédiatement la voie de la cassation à deux catégories distinctes de décisions : celles qui présentent un caractère définitif (a) ou mixte (b).

a) Les jugements définitifs

101. Le jugement qui tranche l'objet du litige, déterminé par les prétentions respectives des parties³¹⁷, est définitif³¹⁸. Tel est le cas de celui prononçant le divorce des époux ou annulant leur mariage, ou établissant ou anéantissant un lien de filiation, ou encore statuant sur l'attribution de l'autorité parentale. Ces hypothèses ne soulèvent pas de difficultés particulières. Lorsque l'acte juridictionnel est rendu en dernier ressort, la voie de la cassation est ouverte à son encontre³¹⁹. La solution est identique lorsque le jugement ne tranche qu'une partie du principal. Par exemple, la Cour a jugé immédiatement recevable le pourvoi formé contre un arrêt qui, bien que ne statuant pas sur la demande de divorce formée par les parties, se prononçait sur la loi applicable³²⁰. Il tranchait une question substantielle, portant sur l'objet même du litige.

102. De même, le pourvoi est immédiatement recevable contre les jugements rendus en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance³²¹. A l'inverse des jugements sur le fond *stricto sensu*, le caractère définitif résulte alors de l'application de règles procédurales. Le Code de procédure civile définit largement les exceptions de procédure comme « *tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* »³²². Selon la nature de l'exception invoquée, ses effets sur l'instance varient. L'obstacle tiré d'une exception de procédure est le plus souvent

³¹⁷ CPC, art. 4 et 606.

³¹⁸ BLERY, C., *L'efficacité substantielle des jugements*, th. Caen, LGDJ, 2000, n° 358, p. 238.

³¹⁹ CPC, art. 605.

³²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 2005, n° 04-12.955, *Bull. civ. I*, n° 424, *RTD Civ.* 2006.96 et 2006.287, note HAUSER.

³²¹ CPC, art. 607.

³²² CPC, art. 73.

temporaire³²³, mais les exceptions tirées de l'incompétence³²⁴, de la litispendance³²⁵ ou de la connexité³²⁶ sont susceptibles de conduire au dessaisissement du tribunal. Le pourvoi dirigé contre un arrêt par lequel une cour d'appel se prononce sur la compétence peut donc être immédiat, nonobstant l'absence de décision rendue sur le fond du litige³²⁷. Dorénavant, il n'y a plus lieu de distinguer entre les pourvois formés contre un acte juridictionnel tranchant une question relative à la compétence interne et celui décidant de la compétence internationale des juridictions françaises³²⁸. Le Code de procédure civile précise également que la question de l'ouverture des voies de recours à l'encontre des décisions portant sur la litispendance ou la connexité se règle « *comme en matière d'incompétence* »³²⁹ et l'exception de litispendance internationale connaît une solution identique³³⁰.

103. Par contre, le pourvoi n'est pas immédiat à l'encontre d'un jugement statuant sur une exception de nullité. La décision déclarant nul un acte de procédure, pour non-respect d'une règle de fond ou de forme, ne met théoriquement pas fin à l'instance. Celle-ci peut néanmoins s'éteindre de manière incidente. La réitération de l'acte litigieux annulé doit en effet être effectuée par le plaideur dans le délai imparti, sous peine pour lui de se voir opposer une fin de non-recevoir tirée de son expiration. Mais dans une telle hypothèse, l'extinction de la procédure ne résulte plus de l'exception de nullité.

104. Opposant un obstacle définitif à l'action telle qu'elle avait été engagée, la fin de non-recevoir accueillie par le juge met aussi fin à l'instance³³¹. Tel est le cas d'un défaut de qualité ou d'intérêt, de la prescription, du délai préfix et de la chose jugée³³². Cette liste n'est pas exhaustive³³³. Il existe d'ailleurs de nombreuses fins de non-recevoir

³²³ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 283, n° 319.

³²⁴ CPC, art. 75 et s.

³²⁵ CPC, art. 100.

³²⁶ CPC, art. 101.

³²⁷ CPC, art. 607-1.

³²⁸ Décr. n° 2004-1338 du 6 novembre 2014 applicable à la procédure civile devant la Cour de cassation, *JORF*, n° 0259, 18 nov. 2014, p. 18901.

³²⁹ CPC, art. 104.

³³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, n° 04-11.088, *Bull. civ. I*, n° 537 et n° 04-15.099, *Bull. civ. I*, n° 538. Voir : BOLZE, A. et PERREAU-SAUSINE, L., *D.* 2010. 2196.

³³¹ Voir : JAHEL, S., *Fin de non-recevoir et ordre processuel*, in *Mél. Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 146.

³³² CPC, art. 122.

³³³ Cass. ch. mixte, 14 fév. 2003, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 1 ; *RTD Civ.*, 2003. 349, obs. PERROT.

spécifiques en droit de la famille³³⁴. Le non-respect de l'obligation faite aux époux de joindre un projet de règlement de leurs intérêts patrimoniaux à la demande introductive d'instance en divorce par consentement mutuel en est un exemple³³⁵. Les moyens tirés de l'omission de mentions légales sur la requête en divorce peuvent aussi être constitutifs d'une fin de non-recevoir³³⁶. De même, le droit de la filiation apparaît comme un « *terrain de prédilection* »³³⁷ des fins de non-recevoir. Aucune action relative à la filiation d'un enfant qui n'est pas né vivant et viable n'est admise³³⁸, et la loi enferme les actions dans des délais particuliers³³⁹.

105. Invocable en tout état de cause et même en l'absence de grief, la fin de non-recevoir met un terme à l'instance si aucune régularisation, quand ce serait possible, n'est survenue au moment où le juge statue. Lorsqu'il est rendu en dernier ressort, ce jugement est susceptible d'être immédiatement attaqué devant la Cour de cassation. Au contraire, celui qui écarte une fin de non-recevoir et autorise ainsi la poursuite de l'instance n'est pas susceptible d'être frappé d'un pourvoi immédiat³⁴⁰. Tel est le cas de l'arrêt qui ne retient pas l'inexistence ou la nullité du mariage, puisque la décision ne met pas fin à l'instance en divorce au cours de laquelle le moyen a été soulevé³⁴¹.

106. D'autres incidents peuvent mettre un terme à l'instance. A titre principal, tel est le cas de la péremption, ou du désistement d'instance, ou de la caducité de la citation³⁴². L'instance peut aussi s'éteindre accessoirement à l'action, par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie³⁴³. C'est le cas en matière de divorce : la mort de l'un des époux en cours d'instance oblige le juge à constater l'extinction de la procédure³⁴⁴. A l'inverse, l'instance qui a trait à la filiation peut se poursuivre après le

³³⁴ BLOCK, G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, th. Nice, LGDJ, 2002, p. 125 et s.

³³⁵ TGI Strasbourg, 26 mars 1979, *D.* 1981.12, note LIENHARD.

³³⁶ Cass. 2^e civ., 29 nov. 2001, n° 98-21.342, *Bull. civ.* II, n° 177, *RTD Civ.* 2002. 79, note HAUSER.

³³⁷ BLOCK, G., th. préc., p. 129, n° 72 et s.

³³⁸ C. civ., art. 318.

³³⁹ C. civ., art. 321 et 333.

³⁴⁰ CPC, art. 607. Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 6 juin 2002, n° 00-187.87, *Bull. civ.* II, n° 116.

³⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2006, n° 04-10.717, *D.* 2009. 2069, note SOMMER.

³⁴² CPC, art. 385.

³⁴³ CPC, art. 384.

³⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 fév. 1981, *Gaz. Pal.*, 1981. 577, note VIATTE.

décès de l'une des parties, lorsque l'action est transmissible aux héritiers³⁴⁵. L'indisponibilité des droits, fréquente en droit de la famille, tend également à empêcher l'acquiescement, la transaction ou le désistement d'action. La prohibition est parfois expresse, comme lorsque le législateur rappelle que les actions relatives à la filiation ne sont pas susceptibles de renonciation³⁴⁶.

107. Les incidents d'instance emportant la disparition du droit en cause occupent une place résiduelle en droit de la famille. Il en va différemment pour les incidents de procédure, qui affectent l'instance et non l'action³⁴⁷. L'extinction de l'instance peut être constatée suite à un désistement. De même, la péremption est susceptible de mettre un terme à l'instance, sur demande des parties et lorsqu'aucun acte de procédure n'a été effectué pendant un délai de deux ans³⁴⁸. Le prononcé de la caducité est parfois autorisé par des dispositions spéciales³⁴⁹. Il importe de rappeler que l'absence de présentation d'une nouvelle convention de divorce par consentement mutuel dans les six mois suivant le refus d'homologation opposé par le juge aux affaires familiales rend caduque l'ensemble de la procédure³⁵⁰.

108. Le pourvoi dirigé contre un jugement rendu en dernier ressort, qui met fin à l'instance, est donc immédiatement recevable. La solution est logique : qu'ils règlent le problème substantiel posé par les parties, ou qu'ils tranchent un point de procédure, ces jugements présentent indéniablement un caractère définitif autorisant le recours immédiat à la voie de la cassation. Lorsque le jugement est un acte hybride, contenant à la fois des dispositions définitives et provisoires, l'analyse est moins aisée.

b) Les jugements mixtes

109. Actes hybrides entre jugements définitif et avant-dire droit, les jugements mixtes présentent une nature complexe³⁵¹. Le terme désigne le jugement qui tranche de

³⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 1989, *JCP G*, 1990. II. 21547, note CHARLES.

³⁴⁶ C.civ., art. 323.

³⁴⁷ Sur la distinction, voir GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 366, n° 438.

³⁴⁸ CPC, art. 386.

³⁴⁹ CPC, art. 406.

³⁵⁰ C. civ., art. 250-3.

³⁵¹ DURRY, G., « Les jugements dits mixtes », *RTD Civ.* 1960, p. 5.

manière définitive tout ou partie du litige et ordonne une mesure provisoire ou d'instruction³⁵². Si les chefs du dispositif n'ont pas trait à la même demande, il ne s'agit pas d'un jugement mixte, mais de la juxtaposition d'un jugement définitif et d'un jugement avant-dire droit dissociables³⁵³. A ce titre, il faut rappeler l'importance du dispositif, qui sert à la délimitation formelle du jugement mixte. Selon l'article 606 du Code de procédure civile, le jugement rendu en dernier ressort, qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, peut être immédiatement frappé d'un pourvoi en cassation. L'appréciation du principal, qui sous-tend la qualification, doit-elle exclusivement s'entendre de ce qui a trait au fond du litige, ou également du dispositif qui tranche une question procédurale, qu'elle soit relative à une exception soulevée par une partie ou à la recevabilité de la demande ? La solution n'est pas simple³⁵⁴.

110. Les jugements mixtes ne connaissent pas de définition aussi précise que celle attachée aux jugements définitifs. La jurisprudence a cherché à surmonter cet obstacle, restreignant la catégorie aux seuls actes tranchant dans leur dispositif un aspect substantiel du litige³⁵⁵. En droit de la filiation, la question revêt une acuité particulière³⁵⁶. La Cour de cassation a précisé que le jugement qui déclare une demande recevable et ordonne une mesure d'instruction n'est pas un jugement mixte, alors même que le juge se serait prononcé sur une fin de non-recevoir liée au fond. L'affaire était relative aux administrateurs requis avant la réforme de 2005 dans certaines actions en établissement de la filiation³⁵⁷. La solution est identique depuis lors : l'arrêt qui constate la recevabilité de l'action en contestation de filiation légitime et ordonne une expertise biologique ne tranche pas tout ou partie du principal³⁵⁸. Le pourvoi en cassation formé à l'encontre d'un

³⁵² GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 805, n° 1130.

³⁵³ La Cour de cassation a ainsi précisé qu'« une décision qui, bien qu'unique en sa forme, comporte deux chefs distincts sans rapport l'un avec l'autre, ne présente pas un caractère mixte ». Le caractère mixte avait en l'espèce été refusé à une ordonnance du juge de la mise en état qui autorisait un époux à rapporter par voie d'enquête la preuve des faits allégués à l'appui de sa demande en divorce d'une part, d'autre part, réduisait le montant de la pension alimentaire mise à sa charge. Voir : Cass. 2^e civ., 16 octobre 1974, n° 72-13.546.

³⁵⁴ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 812, n° 1144.

³⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, n° 92-17.984 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 février 2006, n° 03-10.561.

³⁵⁶ MURAT, P., « Exercice des voies de recours à l'encontre des jugements ne tranchant pas une partie du principal en matière de filiation », *Dr. fam.*, n° 7-8, juil. 2001, p. 17.

³⁵⁷ C. civ., art. 340 ancien.

³⁵⁸ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2008, n° 07-20.211 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, n° 05-19.279 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-11.107.

tel jugement est irrecevable³⁵⁹. Le jugement mixte est donc celui dont le dispositif contient un chef tranchant tout ou partie du principal, qui a un caractère définitif, et ordonne une mesure provisoire ou une mesure d'instruction.

111. Le Code de procédure civile admet le pourvoi en cassation formé à l'encontre d'un jugement mixte rendu en dernier ressort³⁶⁰, à condition qu'il ne soit pas dirigé exclusivement contre la mesure d'instruction ou provisoire³⁶¹, ce qui oblige à ventiler les chefs du dispositif. Si la conformité aux règles de droit de la disposition du jugement tranchant tout ou partie du principal est mise en cause, la voie de la cassation est ouverte. Dans le cas contraire, le pourvoi est irrecevable en tant qu'il ne vise en réalité qu'un jugement avant-dire droit, non susceptible d'un recours immédiat en dehors des hypothèses prévues par la loi ou d'un excès de pouvoir. Dans une espèce relative au droit des successions, la Cour de cassation a ainsi jugé que même si l'arrêt a tranché une question au fond et a statué sur une demande de dommages et intérêts, le fait que le pourvoi soit dirigé seulement à l'encontre des dispositions ordonnant une mesure d'instruction rendait le pourvoi irrecevable³⁶². Elle a aussi rappelé que le caractère définitif du jugement critiqué doit être apprécié selon la partie à l'origine du pourvoi. Dès lors que le jugement n'a qu'un effet avant-dire droit à son égard, la voie de la cassation lui est fermée³⁶³.

112. Surtout, il importe de préciser que l'immédiateté du pourvoi en cassation formé à l'encontre du jugement mixte rendu en dernier ressort doit être respectée. Lorsque la voie de la cassation est ouverte, le pourvoi doit être formé sans attendre qu'il soit statué sur l'ensemble du litige et donc sans pouvoir différer l'action afin de l'exercer dans le même temps que celle visant le jugement sur le fond, à peine d'irrecevabilité.

³⁵⁹ Voir à ce sujet : FOUSSARD, D., « Le pourvoi en cassation dans le domaine de la mise en état », *LPA*, n° 257, 26 déc. 2000, spéc. p. 6.

³⁶⁰ CPC, art. 606.

³⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 fév. 1984, *D.* 1984.IR.420, obs. JULIEN.

³⁶² Cass. 2^e civ., 20 jan. 2011, n° 10-10.132, *Bull. civ.* II, n° 16.

³⁶³ En effet, « chaque rapport d'instance conserve sa propre autonomie et le fait que chacun d'eux soit inscrit dans un contentieux global concernant plusieurs parties n'autorise pas une appréciation d'ensemble qui conduirait à penser que l'on se trouve en présence d'un jugement mixte. La mixité s'apprécie individuellement à l'égard de chaque plaideur et non point globalement » - PERROT, R., *RTD Civ.* 1985. 216. Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 8 fév. 1984, préc.

2) La recevabilité immédiate du pourvoi contre une décision de la juridiction provisoire autonome

113. Le Code de procédure civile fait distinctement apparaître la spécificité des ordonnances de référé et des ordonnances sur requête, consacrant à chacune d'elles des développements au sein de la catégorie des « *autres jugements* »³⁶⁴. Bien que ces décisions soient provisoires par nature, elles sont pourtant susceptibles d'être frappées d'un pourvoi en cassation, qu'elles soient rendues contradictoirement (a) ou non (b).

a) Le pourvoi formé contre une ordonnance de référé

114. Le Code de procédure civile définit l'ordonnance de référé comme la « *décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires* »³⁶⁵. La notion doit être précisée pour mieux saisir la justification de cette recevabilité immédiate du pourvoi. L'expansion actuelle du recours au référé³⁶⁶ est liée à la multiplication des interactions, parfois litigieuses, entre les individus³⁶⁷. Une réponse rapide est souvent nécessaire³⁶⁸. L'utilité des ordonnances de référé est alors indubitable. Le juge des référés peut ordonner toutes les mesures urgentes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend³⁶⁹. Cette compétence générale cède lorsqu'est prévue la compétence d'un juge spécialisé³⁷⁰.

³⁶⁴ Voir CPC, livre premier, titre XIV, section II, « Les autres jugements ».

³⁶⁵ CPC, art. 484.

³⁶⁶ CADIET, L. et JEULAND, E., *op. cit.*, p. 507, n° 637 ; GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 69, n° 54 ; VUITTON, J. et X., *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale.*, Litec, 2^e éd., 2006.

³⁶⁷ VUITTON, J. et X., *op. cit.*, préface p. XIII, NORMAND, J..

³⁶⁸ PERROT, R., *Du « provisoire » au « définitif »*, in *Mél. Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 447.

³⁶⁹ CPC, art. 808.

³⁷⁰ « Précisions sur la compétence exclusive du JAF comme juge des référés, en matière de mesures provisoires », note sous arrêt, CA Grenoble, 9 fév. 2005, Jurisdata n° 2005-279758, *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2005, p. 29, note LARRIBAU-TERNEYRE.

115. De telles prérogatives ont été confiées au juge aux affaires familiales³⁷¹, dont « *les fonctions ne sont pas réservées à certains litiges* »³⁷². En toute matière relevant de son champ de compétence, il peut « *ordonner toutes les mesures rendues nécessaires par l'urgence avant d'être saisi au fond* »³⁷³. L'objet du référé est variable, à condition que la juridiction soit bien compétente. Le juge ne peut en effet statuer ordinairement en référé qu'après avoir souverainement apprécié l'urgence de la situation et en l'absence de toute contestation sérieuse³⁷⁴. Dans le cas contraire, il serait confronté à un litige sur le fond, l'obligeant à trancher au principal. Que l'urgence tienne à l'organisation de relations entre l'enfant et ses grands-parents³⁷⁵, à l'exercice de l'autorité parentale³⁷⁶ ou à l'administration des biens de la communauté avant sa liquidation³⁷⁷, la saisine en référé du juge aux affaires familiales est envisageable lorsque les conditions en sont réunies.

116. En outre, il existe des cas spéciaux, non soumis aux exigences énoncées par l'article 808 du Code de procédure civile. Le juge des référés peut être saisi aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction *in futurum*³⁷⁸, lorsqu'« *il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* »³⁷⁹. La mesure peut être sollicitée par tout intéressé qui justifie « *d'un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits* »³⁸⁰ en vue de la solution d'un litige au sujet duquel aucun juge n'a encore été saisi³⁸¹. Il est ainsi possible de se voir délivrer une ordonnance autorisant une expertise sanguine préalable à une action relative à la filiation³⁸², ou médico-psychologique lorsque le titulaire de l'autorité parentale

³⁷¹ Décr. n° 2004-1158 du 29 oct. 2004. Voir : THOURET, S., « La nouvelle procédure en matière familiale », *JCP G.*, n° 46, 10 nov. 2004, act. 557.

³⁷² MULON, E., note sous arrêt, Cass. 28 oct. 2009, *Gaz. Pal.*, n° 23, 23 jan. 2010, p. 22.

³⁷³ LEBORGNE, A., « Les décrets de procédure et la matière familiale », *Procédures*, n° 6, juin 2006, étude 12.

³⁷⁴ CPC, art. 808.

³⁷⁵ CA Agen, 24 juil. 1996, *D.* 1997. 578, note NICOLEAU et TALBERT.

³⁷⁶ Cass. 2^e civ., 24 oct. 2002, n° 01-01.335.

³⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2003, n° 01-16.977 ; Cass. 1^{ère} civ., 31 jan. 1984, n° 82-16373, *Bull. civ.* I, n° 39.

³⁷⁸ Voir à ce sujet : DESPRES, I., *Les mesures d'instruction in futurum*, th. Strasbourg, 2004, Dalloz.

³⁷⁹ CPC, art. 145.

³⁸⁰ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 1385, n° 2143.

³⁸¹ La demande fondée sur l'article 145 du CPC est irrecevable dès lors que le juge du fond a déjà été saisi de l'affaire pour laquelle la mesure d'instruction est sollicitée. Voir : Cass. 2^e civ., 20 juil. 1993, n° 91-22.098.

³⁸² Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1994, n° 92-17.911, *Bull. civ.* I, n° 159 ; Cass. 2^e civ., 11 jan. 2006, n° 05-10.846. Certaines critiques s'élèvent d'ailleurs sur le dévoiement du recours à l'article 145 du Code de procédure civile aux fins de voir ordonner une expertise biologique, qui peut parfois aboutir à l'établissement d'un lien génétique autonome. Voir aussi : LE BOURSICOT, M.-C., « Une ordonnance de référé autorise

envisage de demander le retrait d'un droit de visite³⁸³. Le juge aux affaires familiales peut également être saisi en référé « *d'une demande d'expertise psychologique ou d'enquête sociale par un parent qui entend revendiquer ultérieurement le transfert de la résidence principale de l'enfant* »³⁸⁴. Le référé probatoire a aussi son utilité dans un divorce aux fins d'expertiser les biens de la communauté³⁸⁵. En ce cas, le juge n'est pas tenu de constater l'urgence ou l'absence de contestation sérieuse, conditions du référé ordinaire. De même, en cas de dommage imminent et de trouble manifestement illicite, les « *mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement excessif* »³⁸⁶, sont ordonnées en référé. Le juge aux affaires familiales peut aussi délivrer une ordonnance de protection à la personne victime de violences exercées au sein du couple³⁸⁷, qui peut former sa demande en la forme des référés³⁸⁸. La voie de la cassation est ouverte à l'encontre de la décision qui en résulte.

117. En effet, la question de l'ouverture des voies de recours à l'encontre d'une ordonnance de référé est partiellement réglée par le Code de procédure civile. Il est

l'établissement du lien génétique en dehors d'une action relative à la filiation (ou à fins de subsides) », *RJPF*, n° 12, déc. 2009, p. 25.

³⁸³ Cass. 2^e civ., 3 mai 1995, n° 93-12.318.

³⁸⁴ GEBLER, L, art. préc.

³⁸⁵ Cass. 2^e civ., 20 juil. 1993, n° 91-22.098 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2003, n° 01-16.977, *Bull. civ.* I, n° 228.

³⁸⁶ CPC, art. 809.

³⁸⁷ C. civ., art. 515-9. Voir aussi, pour le système prévalant sous l'empire de l'article 220-1, al. 3 du Code civil : HAUSER, J., « Premières applications du référé violence », *RTD Civ.* 2008. 278.

³⁸⁸ CPC, art. 1136-4. Il importe à cet égard de distinguer la saisine en la forme des référés de la juridiction des référés. En effet, lorsque le juge statue en la forme des référés, il se prononce sur le fond du litige (Voir entre autres : GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 1367, n° 2111). Au contraire de l'ordonnance de référé, la décision rendue en la forme des référés a valeur définitive et autorité de chose jugée, même si la procédure est aménagée pour faire face à l'urgence de la situation (Voir : STRICKLER, Y. et FOULON, M., « De l'hybridation en procédure civile », *D.* 2009. 2693). Le recours à la procédure en la forme des référés s'impose ponctuellement en matière familiale, comme lorsque la demande tend à obtenir le retour d'un enfant suite à son déplacement illicite (CPC, art. 1210-5. Voir : DEVERS, A., « L'exécution provisoire de l'ordonnance de retour de l'enfant », *JCP G*, n° 14, 5 avril 2010, p. 710, note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 2010, n° 08-19.267). La Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter d'utiles précisions à ce sujet dans une espèce relative à la fixation de la résidence habituelle de l'enfant suite au divorce de ses parents. Elle a ainsi rappelé que le juge aux affaires familiales peut être saisi « *au fond (...)* en observant la forme de la saisine en référé, (...), mais aussi en tant que juge des référés avec les limites de cette procédure qui requiert l'urgence et interdit de décider au fond ». Voir : HAUSER, J., « Le référé parental : ne pas confondre saisine en la forme des référés et juridiction des référés (Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2009, n° 08-11.245) », *RTD Civ.* 2010. 97 ; EUDIER, F., « Le juge aux affaires familiales, juge des référés », *RJPF*, n° 10, oct. 2010, p. 26 ; GALLMEISTER, I., *AJ. fam.*, 2009. 490.

précisé qu'elle n'est pas susceptible de contredit³⁸⁹, mais qu'elle peut être frappée d'appel, à moins qu'elle émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande³⁹⁰. Lorsqu'elle est rendue par défaut, une opposition peut être formée³⁹¹. La recevabilité du pourvoi en cassation frappant une ordonnance de référé n'a pas été tranchée par la loi et la Cour a mis fin à ce silence³⁹². Elle justifia l'ouverture immédiate du pourvoi en cassation par le dessaisissement du juge à l'issue de l'instance en référé³⁹³. La solution est dorénavant établie : le juge ayant épuisé sa saisine³⁹⁴, l'ordonnance rendue à l'issue de l'instance en référé est susceptible d'être immédiatement attaquée devant la Cour de cassation.

118. Attribut du jugement³⁹⁵, le dessaisissement détermine ainsi l'ouverture des recours à l'encontre de l'ordonnance de référé. Le caractère provisoire par nature de ces actes juridictionnels ne s'oppose donc pas à leur soumission au contrôle mené par la Cour de cassation³⁹⁶, sauf si le juge statuant en référé reste saisi d'un chef de la demande. Le principe de recevabilité immédiate du pourvoi en cassation frappant l'ordonnance de référé présente un grand intérêt. En effet, ces procédures sont fréquentes en pratique, en raison de leur simplicité et de leur rapidité³⁹⁷.

³⁸⁹ CPC, art. 98.

³⁹⁰ CPC, art. 490.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² Voir sur ce point : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 117, n° 34.71.

³⁹³ Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814 et n° 79-12.006 et n° 79- 11.974, *D.* 1982.541.

³⁹⁴ Voir : BLERY, C., th. préc., p. 145, n° 218 ; GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 791, n° 1113. Divers auteurs considèrent à ce propos le dessaisissement comme la conséquence directe de l'autorité de chose jugée octroyée au jugement sur le fond, qui dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche. Pourtant, le Code de procédure civile refuse expressément de reconnaître l'autorité de la chose jugée à l'ordonnance de référé, ce qui incite à conclure à l'impossible dessaisissement du juge des référés et semble rendre *contra legem* la solution retenue par la Cour de cassation. La critique est acerbe mais aussi tempérée par la reconnaissance de l'autorité de chose jugée au provisoire au profit de l'ordonnance de référé. Malgré la controverse, force est de constater que la recevabilité immédiate du pourvoi en cassation à l'encontre de l'ordonnance de référé ayant épuisé la saisine du juge a acquis valeur de principe en droit contemporain.

³⁹⁵ CPC, art. 481.

³⁹⁶ PERDRIAU, A., « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G*, n° 49, 1988. Doctr. 3365.

³⁹⁷ BLERY, C., th. préc., p. 259, n° 391.

b) Le pourvoi formé contre une ordonnance sur requête

119. « *Archétype de la décision unilatérale* »³⁹⁸, l'ordonnance sur requête fait figure de « *rebelle* »³⁹⁹ de la procédure civile. Elle a en effet connu un développement anarchique, dans le silence des textes⁴⁰⁰. La détermination de la recevabilité du pourvoi en cassation formé à son encontre oblige à des précisions préalables. L'ordonnance sur requête est une « *décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* »⁴⁰¹. Elle est rendue par le juge compétent du fait de son objet.

120. Sa délivrance peut être requise « *dans les cas spécifiés par la loi* »⁴⁰². Il s'agit alors d'une ordonnance sur requête nommée⁴⁰³. Par exemple, la rectification des actes de l'état civil est demandée au président du tribunal par voie de requête⁴⁰⁴. Lorsqu'un des époux manque gravement à ses devoirs et met en péril les intérêts de la famille, son conjoint peut aussi requérir du juge aux affaires familiales une ordonnance lui interdisant de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur ses propres biens ou sur ceux de la communauté⁴⁰⁵. De même, le juge est saisi par requête pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant⁴⁰⁶, ainsi qu'aux fins de modification des dispositions de la convention parentale homologuée⁴⁰⁷ ou des décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale⁴⁰⁸. Les exemples sont multiples en droit de la famille, d'autant que le juge « *peut également ordonner sur requête toutes les mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement* »⁴⁰⁹. Cette disposition à vocation générale autorise les demandes urgentes en toute matière. Un parent peut ainsi requérir la délivrance d'une ordonnance l'autorisant à résider

³⁹⁸ PIERRE-MAURICE, S., *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, th. Strasbourg, Dalloz, 2003, p. 1.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ CPC, art. 493.

⁴⁰² BLERY, C., th. préc., p. 266, n° 402.

⁴⁰³ PIERRE-MAURICE, S., th. préc., p. 3, n° 4.

⁴⁰⁴ C. civ., art. 99 al. 3.

⁴⁰⁵ C. civ., art. 220-1 ; CPC, art. 1290.

⁴⁰⁶ CPC, art. 1179-1.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ CPC, art. 1179-1 ; C. civ., art. 268, 373 et 373-2-13.

⁴⁰⁹ CPC, art. 812.

séparément avec les enfants⁴¹⁰. La demande aux fins de désignation d'un administrateur *ad hoc* au profit du mineur emprunte aussi la voie de l'ordonnance sur requête⁴¹¹, lorsque le juge n'y a pas procédé d'office.

121. La référence à l'urgence de la situation incite à rapprocher l'ordonnance sur requête de l'ordonnance de référé. Issues toutes deux de la juridiction provisoire autonome, leurs domaines respectifs ne se confondent pourtant pas, même lorsque les deux modes de saisine semblent autorisés. Tel est le cas par exemple pour la demande aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction *in futurum*⁴¹², ou pour celle qui tend à obtenir des mesures urgentes à l'encontre d'un conjoint non violent mais peu respectueux des intérêts de la famille⁴¹³. La particularité de l'ordonnance sur requête réside dans l'exigence d'un motif légitime autorisant une atteinte à la contradiction⁴¹⁴. L'atteinte au contradictoire doit donc être justifiée par des circonstances particulières. Pour cette raison, l'ordonnance sur requête n'a que valeur subsidiaire lorsque le référé est également envisageable⁴¹⁵.

122. L'examen des voies de recours ouvertes à l'encontre de l'ordonnance sur requête oblige à distinguer plusieurs hypothèses. Il faut préciser d'emblée que celui contre qui l'ordonnance sur requête a été délivrée ne peut user des voies de recours juridictionnelles, ordinaires ou extraordinaires. En raison du caractère non contradictoire de la procédure, l'adversaire ne comparaît pas devant le juge et n'a donc pas qualité pour agir devant la cour d'appel. S'il souhaite contester la mesure ordonnée, il doit saisir le juge d'un référé-rétractation, afin que celui-ci revienne sur sa décision⁴¹⁶. A cet égard, il a été précisé que « *le référé-rétractation ne saurait être qualifié de voie de recours*

⁴¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 juil. 2005, n° 05-10.519. Voir : EUDIER, F., « Un parent est recevable à demander la rétractation d'une ordonnance sur enquête autorisant son conjoint à résider séparément avec les enfants », *RJPF*, n° 12, déc. 2005, p. 22.

⁴¹¹ Cass. ch. mixte, 9 fév. 2001, n° 98-18.661, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 1, *RTD Civ.* 2001. 333, note HAUSER ; *RDSS* 2001.833, note BRUGGEMAN.

⁴¹² CPC, art. 145.

⁴¹³ CPC, art. 1290.

⁴¹⁴ Le requérant « *doit prouver une urgence extrême, incompatible avec l'organisation d'un débat contradictoire, ou encore démontrer que l'effet de surprise est une condition de l'efficacité de la mesure* » - GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 1369, n° 2113.

⁴¹⁵ « *Selon une jurisprudence constante, le président doit s'assurer que la mesure sollicitée par le requérant exige une dérogation à la règle du contradictoire (...). Dans le cas où cette dérogation n'est pas justifiée, il faut agir en référé* » - *ibid.*

⁴¹⁶ CPC, art. 497.

ordinaire ou extraordinaire ; il constitue un recours approprié au sens de l'article 1117 NCPC »⁴¹⁷, à propos d'un arrêt approuvant une cour d'appel qui avait jugé recevable la demande de rétractation visant une ordonnance sur requête autorisant un époux à résider séparément avec les enfants⁴¹⁸. La procédure permet de rétablir la contradiction, offrant à la partie non appelée devant le juge la possibilité de se défendre. En effet, l'atteinte au principe contradictoire ne peut être que « *temporaire* »⁴¹⁹. Celui à l'encontre duquel l'ordonnance sur requête est délivrée n'est donc pas fondé à user directement d'une voie de recours juridictionnelle, ordinaire ou extraordinaire. Il ne peut se pourvoir devant la Cour de cassation pour la contester.

123. Le Code de procédure civile restreint aussi les recours offerts à celui ayant obtenu gain de cause. L'appel n'est ouvert que s'il n'est pas fait droit à la requête, à moins que l'ordonnance émane du premier président de la cour d'appel. Un pourvoi peut ensuite être formé. A l'instar des solutions dégagées en matière de référé, il est immédiatement recevable à l'encontre du jugement qui, rendu en dernier ressort, statue sur la requête. Malgré leur caractère provisoire par nature, ces décisions sont soumises au contrôle de la Cour de cassation dès leur prononcé, à condition toutefois qu'elles aient été rendues en dernier ressort. Il en va différemment des décisions provisoires rendues par le juge du principal en cours d'instance.

B. Le pourvoi différé contre le jugement ne contenant aucune disposition définitive

124. Lorsque le juge du principal rend un jugement non définitif (1), le pourvoi en cassation doit être différé. La voie de la cassation s'ouvre après le prononcé du jugement définitif rendu en dernier ressort (2).

⁴¹⁷ EUDIER, F., art. préc.

⁴¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 juil. 2005, préc.

⁴¹⁹ *Ibid.*

1) Les jugements non susceptibles d'un pourvoi immédiat

125. Le pourvoi en cassation ne peut être immédiatement formé à l'encontre d'un jugement avant-dire droit, ni à l'encontre de celui qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, ne met pas fin à l'instance⁴²⁰, à l'exception de celui statuant sur la compétence⁴²¹.

126. D'abord, le jugement avant-dire droit est celui qui ordonne dans son dispositif une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, sans trancher le principal⁴²². Pour rendre sa décision sur le fond, le juge peut prendre toute mesure d'instruction légalement admissible afin d'établir les faits dont dépend la solution du litige⁴²³. Ces mesures peuvent être ordonnées en tout état de cause, lorsque les éléments sont suffisants pour statuer⁴²⁴. La partie qui ne peut établir les faits allégués peut ainsi demander au juge de délivrer une ordonnance prévoyant une mesure d'instruction⁴²⁵. En droit de la filiation, une expertise biologique est ordonnée quand l'action tend à établir ou à contester le lien de filiation en cause, d'office ou à la demande de l'une des parties, sauf motif légitime de ne pas y procéder⁴²⁶. De même, les parties peuvent requérir du juge une enquête sociale portant sur la situation de la famille ainsi que, le cas échéant, sur les possibilités de réalisation du projet des parents ou de l'un d'eux à propos des modalités d'exercice de l'autorité parentale⁴²⁷.

127. A l'évidence, ces mesures d'instruction ne présentent pas le caractère définitif requis pour former un pourvoi. Cette possibilité est d'ailleurs expressément exclue : la décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction, comme celle relative à son exécution, n'est pas susceptible de pourvoi indépendamment du jugement

⁴²⁰ CPC, art. 607 et 608.

⁴²¹ CPC, art. 607-1.

⁴²² CORNU, G., *op. cit.*, p. 584.

⁴²³ CPC, art. 143.

⁴²⁴ CPC, art. 144.

⁴²⁵ CPC, art. 146.

⁴²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n° 92-12.806, *Bull. civ. I.* n° 103, *D.* 2001. 976, obs. GRANET ; *D.* 2000. 731, obs. GARE ; *RTD Civ.* 2000. 304, note HAUSER ; *D.* 2001.2868, note DESNOYER ; *D.* 2001.1427, note GAUMONT-PRAT.

⁴²⁷ CPC, art. 1072.

sur le fond, hormis les cas spécifiés par la loi⁴²⁸ ou lorsque l'acte est entaché d'un excès de pouvoir⁴²⁹. La confusion avec la mesure d'instruction *in futurum*, ordonnée par le juge des référés ou des requêtes, doit être évitée. Il faut également veiller à déceler le caractère mixte du jugement. Le jugement qui tranche un point de fond relatif à une mission d'expertise peut notamment être immédiatement critiqué par un pourvoi⁴³⁰.

128. Ensuite, des mesures provisoires peuvent être prises par le juge saisi du principal pendant l'instance. Elles ne trouvent exécution que pour la durée de celle-ci, puisqu'elles tendent à protéger les intérêts d'une partie lorsqu'ils sont susceptibles d'être mis en péril au cours du procès⁴³¹. A l'instar des mesures d'instruction, elles sont fréquentes et multiples en droit de la famille⁴³². Par exemple, le juge aux affaires familiales dispose d'un panel non exhaustif de mesures visant à organiser judiciairement les rapports entre les époux jusqu'au prononcé du jugement de divorce⁴³³. Il peut délivrer une ordonnance autorisant la résidence séparée du couple, attribuer provisoirement la jouissance du logement et du mobilier du ménage, ou régler les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants pendant l'instance⁴³⁴. Lors de la procédure d'assistance éducative, le juge des enfants décide du placement provisoire de l'enfant au titre des mesures provisoires, dans le respect de son intérêt⁴³⁵.

129. La fonction des mesures provisoires empêche de leur reconnaître un caractère définitif⁴³⁶. Elles ne sont pas susceptibles d'être immédiatement frappées par un pourvoi, sauf exception prévue par la loi ou excès de pouvoir⁴³⁷. La Cour a rappelé qu'à défaut de dispositions spéciales, un pourvoi est irrecevable s'il est formé indépendamment du jugement sur le fond contre une décision qui avait seulement statué

⁴²⁸ CPC, art. 150 et 170.

⁴²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1986, *Bull. civ. I*, n° 87.

⁴³⁰ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1982, n° 81-11.447.

⁴³¹ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 803, n° 1127.

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ CPC, art. 254.

⁴³⁴ CPC, art. 255.

⁴³⁵ CPC, art. 375-3.

⁴³⁶ « *Incidentales à une instance principale, ces mesures doivent être distinguées des mesures provisoires prises à titre autonomes par les juridictions spécifiquement et exclusivement investies de la juridiction du provisoire, que sont les juges statuant en référé ou sur requête* » - VUITTON, J. et X., *op. cit.*, p. 64

⁴³⁷ Cass. 2^e civ., 16 oct. 2003, *Bull. civ. II*, n° 305.

sur les mesures provisoires prévues pour la durée de l'instance de divorce⁴³⁸. La solution est constante et concerne toutes les mesures qui n'ont vocation qu'à régler les rapports entre les parties à l'instance, pour la durée de celle-ci⁴³⁹, puisqu'elles ne présentent aucun caractère définitif.

130. Enfin, le pourvoi en cassation ne peut être immédiatement reçu contre les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, ne mettent pas fin à l'instance⁴⁴⁰. La Cour de cassation est sévère et constate fréquemment l'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé à l'encontre de ces décisions⁴⁴¹, qui doivent être critiquées avec le jugement sur le fond rendu en dernier ressort.

2) La nécessité de différer le pourvoi en cassation

131. L'absence d'ouverture immédiate de la voie de la cassation à l'encontre d'un jugement avant-dire droit ou d'une décision ne mettant pas fin à l'instance ne signifie pas que ces actes soient exclus du domaine du contrôle de la Cour de cassation. En réalité, le jugement qui ne contient pas de disposition définitive ou qui ne met pas fin à l'instance peut être critiqué après le prononcé de la décision sur le fond rendue en dernier ressort, hormis dans les cas spécifiés par la loi⁴⁴² ou lorsque l'acte est entaché d'un excès de pouvoir⁴⁴³. Ce principe permet de contrôler tout acte juridictionnel, même dépourvu du caractère définitif requis. Ainsi, la Cour de cassation a pu préciser les conditions et les incidences de la réconciliation des époux au cours d'une procédure de divorce⁴⁴⁴. Le caractère définitif de la disposition attaquée n'augure donc pas de la recevabilité ou de l'irrecevabilité du recours en cassation. Il sert à déterminer le moment du pourvoi.

132. La formation d'un pourvoi différé oblige au respect de certaines conditions, au regard du lien de dépendance existant entre l'objet du pourvoi et le

⁴³⁸ Cass. 2^e civ., 10 jan. 1985, *Bull. civ.* II, n° 7.

⁴³⁹ Voir aussi : FOUSSARD, D., art. préc.

⁴⁴⁰ Voir n° 102 et s.

⁴⁴¹ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 2006, n° 05-19.279.

⁴⁴² CPC, art. 608.

⁴⁴³ Voir n° 152.

⁴⁴⁴ CPC, art. 244. Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 4 avr. 1962, *Bull. civ.* II, n° 370.

jugement sur le fond rendu en dernier ressort. La critique de la disposition non définitive doit être présentée en même temps que le pourvoi attaquant la décision principale rendue en dernier ressort. La règle est stricte : la Cour constate l'irrecevabilité du pourvoi différé, formé avant ou après le pourvoi principal. Elle accepte toutefois deux déclarations de pourvoi, l'une relative au jugement ne contenant pas de disposition définitive, l'autre contestant l'acte juridictionnel dont le dispositif tranche le principal en dernier ressort, à condition qu'elles soient déposées à une date identique⁴⁴⁵. Le décret du 6 novembre 2014⁴⁴⁶ a également prévu une autre modalité pour se pourvoir en cassation contre un jugement avant-dire droit : le mémoire ampliatif du pourvoi dirigé contre la décision sur le fond peut viser la décision avant-dire droit, à condition qu'il comporte expressément la mention « *pourvoi additionnel* » pour faciliter l'identification de son objet⁴⁴⁷. Les deux décisions doivent donc être critiquées⁴⁴⁸. La condition est respectée lorsque le moyen avancé contre le jugement définitif ne consiste qu'à demander la cassation par voie de conséquence⁴⁴⁹.

133. En revanche, la Cour est indifférente aux arguments visant à contester la recevabilité du pourvoi différé lorsque celui-ci a déjà été présenté devant elle. Par exception à la règle empêchant la réitération du pourvoi en cassation⁴⁵⁰, « *le fait qu'un premier pourvoi ait été déclaré irrecevable ne constitue pas, en la circonstance, un obstacle à ce qu'il en soit présenté un second* »⁴⁵¹. Il en va de même des incidences du comportement des parties. Que le jugement contesté soit avant-dire droit ou qu'il rejette l'exception de procédure, la fin de non-recevoir ou un incident d'instance, il est doté de la force exécutoire provisoire. Cet attribut empêche de considérer l'exécution de la mesure comme un acquiescement implicite au jugement. Le pourvoi est donc théoriquement recevable même lorsque l'acte attaqué ne présente pas un caractère

⁴⁴⁵ Cass. 3^e civ., 11 jan. 1978, n° 76-12.771, *RTD civ.* 1978.737, obs. PERROT ; Cass. 2^e civ., 10 jan. 1985, n° 83-15.184 et n° 83-15.185 ; Cass. 3^e civ., 30 nov. 2005, n° 04-18.055.

⁴⁴⁶ Décr. n° 2014-1338, préc.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 119, n° 34.91.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ CPC, art. 621.

⁴⁵¹ WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUPHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B. et DUHAMEL, J.-P., *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, 2012, p. 43, n° 122.

définitif, à condition toutefois qu'il soit formé après le prononcé de la décision en dernier ressort, et avant l'expiration du délai imposé.

§2. Le jugement rendu en dernier ressort mais non irrévocable

134. Le pourvoi en cassation n'est admis qu'à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort (A), sauf lorsqu'il est formé par le procureur général près la Cour de cassation dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir⁴⁵². Son auteur doit respecter le délai auquel est soumise son action, à peine d'irrecevabilité (B).

A. L'exigence tenant à la fermeture des autres voies de recours

135. Selon la formule consacrée par le Code de procédure civile, « *le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort* »⁴⁵³. La voie de la cassation peut être envisagée seulement si les autres voies de recours sont fermées (1). Ce principe connaît toutefois des exceptions, la simultanéité entre le pourvoi en cassation, le recours en révision et le recours en rectification étant admise⁴⁵⁴ (2).

1) Le principe : la fermeture des autres voies de recours juridictionnelles

136. L'étude des voies de recours juridictionnelles oblige à prendre en compte la matière dans laquelle la décision a été rendue, mais aussi la qualité de la personne qui souhaite la critiquer. L'appel et le contredit sont ouverts aux parties à l'instance initiale. Seul celui qui n'a pas comparu lors du jugement rendu par défaut peut former opposition,

⁴⁵² CPC, art. 639-1 et 639-3.

⁴⁵³ CPC, art. 605.

⁴⁵⁴ Deux remarques préalables s'imposent quant à la caractérisation des jugements rendus en dernier ressort en matière familiale. Tout d'abord, l'article 536 du Code de procédure civile énonce que la qualification erronée du jugement par les juges qui l'ont rendu est sans effet sur la possibilité d'exercer un recours. De plus, il est intéressant de rappeler l'utilité de l'exigence de notification des jugements. L'acte de notification doit en effet indiquer « *de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte* », comme le précise l'article 680 du Code de procédure civile. Le respect de cette obligation facilite l'appréciation des caractères du jugement attaqué par le pourvoi en cassation.

tandis que la tierce opposition est, quant à elle, exclusivement réservée à ceux n'ayant pas pris part au premier procès lorsqu'ils n'y ont pas été appelés en cause.

137. L'ouverture de l'appel dépend du taux du ressort de la décision rendue en première instance et de son objet, à moins que la loi n'en dispose autrement. L'article 1107 du Code de procédure civile énonce que le jugement qui prononce le divorce par consentement mutuel et homologue la convention des époux est rendu en premier et dernier ressort. Un pourvoi peut immédiatement être formé dans ce cas. Il en va de même pour les jugements statuant sur la nullité d'une délibération du conseil de famille⁴⁵⁵, ainsi que, sur un plan plus général, pour ceux relatifs à l'exequatur des décisions étrangères⁴⁵⁶. Le jugement qui rectifie une décision passée en force de chose jugée est aussi considéré comme rendu en dernier ressort⁴⁵⁷. En dehors de ces hypothèses particulières, l'appel est en principe ouvert quel que soit l'acte juridictionnel rendu à l'issue de l'instance et la cour d'appel compétente *ratione loci* et *ratione materiae* l'est aussi pour rendre un arrêt en dernier ressort. Quiconque souhaite saisir la Cour de cassation doit donc au préalable interjeter appel de la décision qu'il entend contester, à peine d'irrecevabilité du pourvoi. Il en va de même lorsque le jugement statuant sur la compétence est susceptible de contredit.

138. En outre, celui qui dispose d'un droit d'opposition⁴⁵⁸ ne peut former un pourvoi qu'à compter du jour où l'opposition cesse d'être recevable⁴⁵⁹. La formule, claire en apparence, encourt la critique en ce qu'elle semble ouvrir très largement le droit d'opposition, pourtant réservé au défaillant à l'instance⁴⁶⁰. De plus, le recours formé contre la décision rendue par défaut n'est recevable que sous réserve qu'il s'agisse réellement d'un jugement par défaut. En droit positif, le domaine de ces décisions s'est réduit au fil des ans⁴⁶¹, au profit des jugements réputés contradictoires. Cette qualification

⁴⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 30 nov. 1983, n° 82-14.375, *Bull. civ.* I, n° 283.

⁴⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1968, *Bull. civ.* I, n° 266 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 2004, n° 01-17.500 et n° 02-15.186, *Bull. civ.* I, n° 161, *JCP G* 2004. II. 10168, comm. MAHINGA.

⁴⁵⁷ CPC, art. 462 al. 5.

⁴⁵⁸ « *L'opposition est une voie de recours de droit commun et de rétractation qui est ouverte au défaillant, et par l'effet de laquelle l'affaire revient devant le tribunal qui a statué une première fois* » - GUINCHARD, S. CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 836, n° 1174.

⁴⁵⁹ CPC, art. 413.

⁴⁶⁰ CPC, art. 579.

⁴⁶¹ *Ibid.*

est désormais réservée aux jugements rendus en dernier ressort sur une citation qui n'a pu être délivrée à la personne même du défendeur, ou à ceux rendus en dernier ressort à l'égard de plusieurs défendeurs cités pour le même objet, alors que l'une au moins des parties qui n'a pas comparu n'a pas été citée à personne⁴⁶². L'opposition occupe malgré tout une place en droit de la famille. L'époux qui ne comparait pas lors d'une instance en divorce dispose de ce droit, comme la partie absente au cours d'un procès relatif à la filiation. Pour se pourvoir en cassation, le défaillant doit attendre l'expiration du délai d'opposition, qui est d'un mois à compter de la notification du jugement par défaut. Lorsque l'action est exercée, le pourvoi doit être dirigé contre le jugement rendu sur opposition. Il est d'ailleurs recommandé de viser ces deux décisions dans la déclaration de pourvoi⁴⁶³.

139. Lorsque l'intéressé souhaite s'opposer à un jugement pris à l'issue d'une instance au cours de laquelle il n'était pas partie, il doit agir en tierce opposition⁴⁶⁴ avant d'être autorisé à se pourvoir devant la Cour de cassation. Le recours est largement ouvert, puisque la tierce opposition est recevable à l'encontre de tout acte juridictionnel, à moins que la loi n'en dispose autrement⁴⁶⁵. Les conditions d'ouverture sont néanmoins renforcées dans certains cas, à propos d'un jugement prononçant l'adoption par exemple⁴⁶⁶. C'est d'ailleurs là que le recours à la tierce opposition est le plus fréquent en droit de la famille⁴⁶⁷, puisqu'il s'agit de la seule action ouverte aux proches qui contestent le prononcé d'une adoption simple ou plénière. En cas de succès, le jugement attaqué est rétracté ou réformé dans ses effets à l'égard du demandeur, à moins qu'il ne présente un caractère indivisible empêchant sa relativité⁴⁶⁸. En cas d'échec, le jugement confirmé sur tierce opposition continue à produire effet. Mais quelle que soit l'issue de l'instance,

⁴⁶² CPC, art. 471 et s.

⁴⁶³ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 842, n° 1191

⁴⁶⁴ « La tierce opposition peut être définie comme une voie de recours extraordinaire ouverte à tous les tiers quand ils sont lésés ou même simplement menacés d'un préjudice par l'effet d'un jugement auquel ils sont restés étrangers » - GUINCHARD, S., CHAINAIS, C., et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 889, n° 1271.

⁴⁶⁵ CPC, art. 585.

⁴⁶⁶ C. civ., art. 353-2.

⁴⁶⁷ « Sans doute ne faut-il pas s'attacher exagérément au contentieux en ignorant les milliers d'adoption qui réussissent mais on doit tout de même constater que nos tribunaux restent très occupés par les difficultés liées à ce mode d'établissement de la filiation » - HAUSER, J., « Adoption plénière : des conditions de la tierce opposition et du substitut de l'adoption simple », *RTD Civ.* 2009. 107, note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008, n° 07-20.426, et Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008, n° 07-20.868.

⁴⁶⁸ CPC, art. 591.

l'acte juridictionnel « est susceptible des mêmes voies de recours que les décisions rendues par la juridiction qui l'a rendu »⁴⁶⁹.

140. En définitive, dès lors qu'une voie de recours, ordinaire ou extraordinaire, est ouverte pour rejuger l'affaire en fait et en droit, le pourvoi en cassation est irrecevable. La décision doit être critiquée après l'expiration des délais ou suite à l'exercice effectif d'un appel, d'une opposition ou d'une tierce opposition. Il en va différemment lorsqu'un recours en révision, en interprétation ou en rectification peut être intenté par une partie, celle-ci étant alors autorisée à se pourvoir en cassation dans le même temps.

2) Les exceptions : le recours simultané à l'action en révision, en interprétation ou en rectification et à la voie de la cassation

141. La partie qui cherche à obtenir la rectification d'un jugement, comme celle qui découvre l'existence de fraudes ou de manœuvres préjudiciables, peut intenter un recours en révision. Voie extraordinaire de recours, la révision du jugement ne peut être exercée que par celui qui était partie ou représenté en première instance. Elle s'ouvre dans quatre situations⁴⁷⁰. Un recours en révision peut être intenté lorsqu'après le jugement, il apparaît que la décision a été surprise par la fraude de la partie bénéficiaire, ou lorsque des pièces décisives retenues par le fait d'une autre partie ont été découvertes. De même, s'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ou sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement, le recours en révision est admis.

142. L'action est recevable à condition d'établir que son auteur n'a pu faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision passe en force de chose jugée⁴⁷¹. Dans le cas contraire, l'existence de voies de recours juridictionnelles ordinaires fait disparaître l'objet du recours en révision. Par exemple, la preuve d'une dissimulation frauduleuse d'éléments utiles à la solution du litige soumis au juge en première instance, découverte après que la décision soit passée en force de chose jugée, est exigée. Le recours en révision ne peut être intenté à l'encontre d'un jugement ne présentant pas de caractère

⁴⁶⁹ CPC, art. 592.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ CPC, art. 593.

définitif et nul ne peut former un recours en révision contre une ordonnance de référé, une ordonnance sur requête ou un jugement avant-dire droit⁴⁷².

143. Contrairement à d'autres matières⁴⁷³, chercher à tromper le juge n'est pas si rare en droit de la famille, particulièrement lors d'un divorce. Une controverse est d'ailleurs née à propos de la recevabilité du recours en révision formé à l'encontre du jugement de divorce par consentement mutuel⁴⁷⁴. Il arrive qu'après le prononcé du divorce, l'un des époux découvre le caractère mensonger de la déclaration sur l'honneur effectuée par son conjoint en vue du partage. Ces cachotteries ont un impact global sur les effets du divorce, puisqu'elles perturbent le calcul de la prestation compensatoire et la liquidation du régime matrimonial. La tentation est alors grande d'exercer un recours en révision contre ce jugement. Après avoir été quelque peu hésitante sur la question, la jurisprudence est à présent établie. La Cour de cassation admet le recours en révision formé à l'encontre d'un jugement de divorce contentieux⁴⁷⁵. A l'inverse, elle juge l'action irrecevable lorsque le divorce est prononcé par consentement mutuel, en raison du caractère indissociable entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive⁴⁷⁶. La solution, rendue à propos d'un recours en révision partielle ne visant qu'à contester les dispositions du jugement relatives au partage des biens, laisse toutefois penser que la Cour s'est réservée la possibilité de juger différemment la recevabilité d'un recours en révision général⁴⁷⁷.

144. Le recours en révision existe en droit de la famille. Son exercice, subordonné à la découverte d'éléments nouveaux tendant à remettre en cause le jugement passé en force de chose jugée, n'empêche pas de se pourvoir en cassation. Ces voies de recours poursuivent des objectifs distincts, il n'y a donc pas de rivalité entre eux⁴⁷⁸. Le

⁴⁷² Voir par ex. : HAUSER, J., « Exclusion du recours en révision contre une ordonnance fixant les mesures provisoires », note sous arrêt, Cass. 2^e civ., 3 oct. 2002, n° 947, *RTD Civ.* 2003.66 ; LARRIBAUTERNEYRE, V., « Recevabilité du recours en révision en cas d'omission volontaire d'un bien dans la déclaration sur l'honneur », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2008, p. 23.

⁴⁷³ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 821, n° 1153.

⁴⁷⁴ HAUSER, J., « Divorce contentieux : recours en révision », *RTD Civ.* 2008. 462, note sous arrêt, Cass. 2^e civ., 12 juin 2008, n° 07-15.962 ; LESBATS, C., « Divorce par consentement mutuel. L'irrecevabilité du recours en révision », *JCP N*, n° 48, 3 déc. 2010, p. 34.

⁴⁷⁵ HAUSER, J., art. préc.

⁴⁷⁶ LESBATS, C., art. préc.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 137, n° 35. 121.

pourvoi en cassation et le recours en révision peuvent être exercés simultanément. Ils reposent sur des cas d'ouvertures à cassation qui leur sont propres, et le succès de l'une de ces actions prive l'autre de son objet⁴⁷⁹. De plus, en l'absence de disposition contraire, le pourvoi en cassation est recevable à l'encontre de la décision prise sur le recours en révision⁴⁸⁰.

145. Dans d'autres circonstances, le juge peut également revenir sur sa décision, alors même que celle-ci présente un caractère définitif. Les parties peuvent lui demander d'interpréter le jugement rendu⁴⁸¹ ou de le rectifier en cas d'erreur ou d'omission matérielle⁴⁸². Par ailleurs, l'objet de l'instance étant défini par les prétentions des parties, il n'est pas à la disposition du juge. Aussi ce dernier ne peut-il y porter atteinte, en statuant au-delà ou en dehors du litige, ou en omettant de se prononcer sur l'une des prétentions soulevées devant lui⁴⁸³. Lorsque le jugement est entaché par l'une de ces imperfections, un recours particulier est prévu, qui dépasse le cadre de l'action en rectification d'erreur ou d'omission matérielle. La juridiction qui a omis de statuer sur un chef de la demande, qui s'est prononcée sur des choses non demandées ou encore qui a accordé plus qu'il n'était demandé est autorisée à compléter ou à modifier son jugement, sans qu'il soit porté atteinte à la chose jugée sur les autres chefs du dispositif⁴⁸⁴. L'ouverture de ces voies de recours extraordinaires n'empêche pas la formation simultanée d'un pourvoi en cassation, en l'absence de disposition contraire⁴⁸⁵.

146. A l'exception du recours en révision, en interprétation ou en rectification, le pourvoi en cassation ne peut être exercé que lorsque toutes les autres voies de recours, ordinaires ou extraordinaires, sont fermées. La condition est insuffisante pour déterminer le moment du pourvoi qui est également borné en sens inverse : la décision critiquée ne doit pas être irrévocable.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Cass. 3^e civ., 7 mai 1981, *Bull. civ.* III, n° 117, *Gaz. Pal.*, 1982, 1. 1, note VIATTE ; *RTD Civ.* 1982. 214, note PERROT.

⁴⁸¹ CPC, art. 461.

⁴⁸² CPC, art. 462.

⁴⁸³ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 391, n° 477.

⁴⁸⁴ CPC, art. 463 et 464.

⁴⁸⁵ La formation d'un recours en interprétation lorsqu'un appel a été interjeté est pourtant exclue. La doctrine estime que cette disposition ne visant pas le pourvoi en cassation, celui-ci peut être exercé dans le même temps. Voir : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 137, n° 35.121.

B. L'encadrement temporel du pourvoi en cassation

147. Le délai du pourvoi en cassation est de deux mois, sauf disposition contraire⁴⁸⁶. Lorsque le pourvoi est présenté hors délai, il est déclaré irrecevable en tant qu'il vise une décision devenue irrévocable (1). L'écoulement du temps n'est pas la seule circonstance susceptible d'empêcher de se pourvoir, alors qu'inversement, des circonstances particulières conduisent à admettre le pourvoi en cassation sans que l'expiration du délai de deux mois ne s'y oppose (2).

1) Le délai du pourvoi et l'exigence de signification

148. Le Code de procédure civile ne mentionne pas le point de départ du délai du pourvoi en cassation. La jurisprudence a comblé cette lacune, jugeant que « *le délai court à compter de la signification* »⁴⁸⁷ de la décision critiquée. La notification des jugements contentieux emprunte cette voie. Le principe diffère quelque peu en matière gracieuse, puisque c'est alors au secrétaire de la juridiction de notifier le jugement aux parties ainsi qu'aux tiers dont les intérêts risquent d'être affectés par la décision⁴⁸⁸. Jusqu'à récemment, la condition était stricte et le pourvoi ne pouvait être formé avant la signification de la décision attaquée, à peine d'irrecevabilité⁴⁸⁹. Un décret a simplifié la procédure sur ce point⁴⁹⁰. Celui qui se pourvoit en cassation n'est plus tenu par l'obligation de signifier le jugement attaqué pour se pourvoir. La signification de la décision demeure toutefois indispensable pour faire courir le délai commun de deux mois⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ CPC, art. 612. A cet égard, le pourvoi dans l'intérêt de la loi et le pourvoi pour excès de pouvoir formé par le procureur général près la Cour de cassation, sur ordre du garde des Sceaux, sont dérogatoires : ils peuvent être formés dans un délai de cinq ans à compter du prononcé de la décision ou de l'acte judiciaire critiqué (CPC, art. 639-1 et 639-3).

⁴⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1982, *Bull. civ. I.*, n° 222 ; Cass. 2^e civ., 10 mars 1983, *Bull. civ. II.*, n° 75.

⁴⁸⁸ CPC, art. 675.

⁴⁸⁹ Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et n° 06-10.039, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 8 ; *RTD Civ.* 2008. 160, obs. PERROT ; *JCP G* 2007. II.10204, note CHAUVIN ; *Dr. et proc.* 2008. 93, note LEBORGNE ; *Procédures* 2008, comm. 15, DOUCHY-OUDOT ; *RTD Civ.* 2008. 284, obs. HAUSER ; *D.* 2008.1371, note GRANET.

⁴⁹⁰ BORE, L., « Une nouvelle réforme de la Cour de cassation. A propos du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 », *JCP G*, n° 24, 11 juin 2008, p. 3.

⁴⁹¹ CPC, art. 612.

149. Des particularités existent, lorsque le pourvoi est dirigé contre un jugement de divorce par consentement mutuel, par exemple : un époux a quinze jours à compter du prononcé de la décision pour se pourvoir en cassation⁴⁹². Le délai du pourvoi formé contre d'autres catégories de décisions doit d'abord être précisé. En matière de voies de recours, un jugement interprétatif a les mêmes caractères et est soumis aux mêmes règles que le jugement interprété. Par conséquent, un pourvoi doit être formé dans les deux mois à compter de la signification de la décision interprétée rendue en dernier ressort. Le même système s'applique au jugement rectificatif. Le pourvoi en cassation doit être formé dans les deux mois suivant la signification du jugement rectifié. Le Code de procédure civile précise qu'en cas de rectification, le pourvoi n'est reçu qu'à l'encontre du jugement ayant statué sur la rectification⁴⁹³. Le principe du pourvoi différé applicable aux jugements avant-dire droit a aussi une incidence sur le délai du pourvoi. La Cour de cassation a précisé qu'il court à compter de la première signification du jugement survenu sur le fond, sans qu'une signification ultérieure de la décision avant-dire droit n'ouvre un nouveau délai pour se pourvoir en cassation⁴⁹⁴. En outre, le pourvoi ne peut être formé à l'encontre d'un jugement par défaut avant l'expiration du délai d'opposition⁴⁹⁵. La partie défaillante doit se pourvoir dans un délai de deux mois à compter de l'extinction de son droit d'opposition. Si le délai du pourvoi *stricto sensu* est identique, il ne court pas forcément à compter de la signification de la décision attaquée. A l'inverse, la partie qui a comparu ne bénéficie pas d'un aménagement du délai du pourvoi et peut se pourvoir en cassation immédiatement.

150. La règle générale subordonnant la recevabilité du pourvoi en cassation à sa formation dans les deux mois suivant la signification de la décision attaquée connaît des exceptions liées à la nature du jugement en cause. Celles-ci ne posent pas de problèmes particuliers lorsque le jugement attaqué est rendu par défaut ou présente un caractère avant-dire droit. Face à un jugement rectificatif ou interprétatif néanmoins, le risque de forclusion est aggravé. Aussi paraît-il intéressant de recommander à celui qui

⁴⁹² CPC, art. 1103.

⁴⁹³ CPC, art. 616.

⁴⁹⁴ Cass. Com., 7 oct. 2008, *Bull. civ.* IV, n° 166, *RTD Civ.* 2009.171, obs. PERROT.

⁴⁹⁵ CPC, art. 613.

envisage de former un recours interprétatif ou rectificatif d'introduire simultanément un pourvoi le cas échéant.

2) Les cas particuliers

151. La recevabilité du pourvoi est déterminée par des textes particuliers, qui influent tantôt sur l'ouverture, tantôt sur la fermeture de la voie de la cassation pour les parties. D'abord, le pourvoi est déclaré irrecevable lorsque la Cour a déjà été saisie pour la même décision⁴⁹⁶. La réitération est impossible. Ce principe est cependant écarté lorsque le premier pourvoi n'a pas donné lieu à un arrêt⁴⁹⁷. La Cour avait jugé que la déclaration d'irrecevabilité du pourvoi pour défaut de signification ne faisait pas obstacle à sa réitération, dès lors que la signification était survenue dans l'intervalle et en l'absence de forclusion du demandeur⁴⁹⁸. A l'inverse, le pourvoi en cassation est admis sans délai dans certaines circonstances, lorsqu'une contrariété de décisions est invoquée par exemple. Selon le Code de procédure civile, « *la contrariété de décision peut être invoquée lorsque la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée a en vain été opposée devant les juges du fond* »⁴⁹⁹. L'hypothèse, qui n'est pas réservée au droit de la famille, autorise à former un pourvoi en cassation dirigé contre le second jugement constitutif de la contrariété de décisions, même s'il n'a pas été rendu en dernier ressort, et même après expiration du délai du pourvoi⁵⁰⁰.

152. Ensuite, les principes encadrant la formation d'un pourvoi en cas d'excès de pouvoir reproché aux juges du fond connaissent aussi des aménagements⁵⁰¹. La jurisprudence a établi un régime spécifique pour ce cas d'ouverture à cassation, autorisant la formation d'un pourvoi même si le jugement critiqué ne présente pas de caractère définitif⁵⁰². En ce cas, l'atteinte à la légalité paraît si importante qu'elle ne saurait

⁴⁹⁶ CPC, art. 621.

⁴⁹⁷ En réalité, « *ce que la loi ne veut pas, c'est la manœuvre qui consisterait à former un second pourvoi pour relancer le débat sur une décision dont le sort a été définitivement scellé par un précédent arrêt sur le premier pourvoi* » - PERROT, R., « Cassation : réitération d'un pourvoi », note sous arrêt, Cass. ass. plén., 23 nov 2007, n° 05-17.975 et 06-10.039, *RTD Civ.* 2008. 160.

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ CPC, art. 617.

⁵⁰⁰ CPC, art. 618.

⁵⁰¹ FRICERO, N., « L'excès de pouvoir en droit privé », *RGP*, 1998, p. 17.

⁵⁰² Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 193, n° 92-21.685.

subsister. Elle ouvre immédiatement la voie de la cassation à l'encontre de la décision qui en est entachée, même en l'absence de dérogation expresse énoncée par le Code de procédure civile⁵⁰³. Le système est renforcé par l'existence d'un recours dérogatoire exercé par le procureur général près la Cour de cassation sur ordre du Garde des Sceaux⁵⁰⁴. Ce pourvoi spécial peut être exercé à tout moment et dans un délai de cinq ans à compter de l'établissement de l'acte par lequel les juges ont excédé leurs pouvoirs⁵⁰⁵. En cas de succès, l'annulation de la décision vaut à l'égard de tous⁵⁰⁶.

153. Enfin, le procureur général près la Cour de cassation a aussi la faculté de se pourvoir dans l'intérêt de la loi contre une décision entachée d'une violation de la loi, lorsque les parties se sont abstenues de la critiquer⁵⁰⁷. Cela fut le cas, afin de dénoncer un arrêt par lequel une cour d'appel avait fait droit à la requête en adoption plénière formée par une femme ayant eu recours à une maternité de substitution pour mettre au monde un enfant⁵⁰⁸. Saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation cassa la décision critiquée, au motif que ce procédé portait atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et constituait un détournement de l'institution de l'adoption. L'unité de la jurisprudence fut ainsi préservée et le respect des règles juridiques en vigueur garanti. De même, l'impossibilité d'assimiler la kafala à une adoption fut réaffirmée par ce biais. Des pourvois dans l'intérêt de la loi avaient été formés contre deux décisions prononçant l'adoption d'enfants, alors que leur loi personnelle l'interdisait⁵⁰⁹. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi participe à la fonction de cassation, en permettant à la Cour d'examiner la légalité des décisions de justice même en l'absence de pourvoi formé par les parties. Néanmoins, la cassation de la décision ne

⁵⁰³ Voir aussi : SOMMER, J.-M., *L'excès de pouvoir dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1990-2010*, in *Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, Actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, CADIET, L. et LORIFERNE, D. (dir.), IRJS, 2011, p. 151

⁵⁰⁴ CPC, art. 639-3. Voir aussi : L. 3 juil. 1967, préc.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ CPC, art. 639-3.

⁵⁰⁷ CPC, art. 639-1. Voir aussi : L. 3 juil. 1967, préc.

⁵⁰⁸ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1*, Dalloz, 2015, 13^e éd., n° 51, p. 335 ; *D.* 1991. 417, note THOUVENIN ; *D.* 1991.417, note CHARTIER ; *D.* 1992.59, note DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *RTD Civ.* 1991.517, obs. HUET-WEILLER.

⁵⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2006, n° 06-15.264, *Bull. civ. I*, n° 431 et n° 06-15.265, *Bull. civ. I*, n° 432.

leur est pas opposable⁵¹⁰. La finalité particulière de ce recours justifie son régime dérogatoire : il peut être formé contre une décision ayant acquis autorité définitive de chose jugée dans un délai de cinq ans suivant son prononcé, peu importe que l'acte juridictionnel ait été rendu en premier ou en dernier ressort.

154. Les exigences relatives au moment de formation du pourvoi en cassation doivent être respectées, à peine d'irrecevabilité. Cela contraint son auteur à faire preuve de prudence, notamment lorsqu'il entend critiquer un jugement avant-dire droit ou un jugement mixte, fréquents en droit de la famille. Le temps du pourvoi est néanmoins commun à toutes les branches du droit, sous réserve que l'acte juridictionnel critiqué soit un jugement définitif rendu en dernier ressort. En outre, la diversité des décisions susceptibles d'être critiquées devant la Cour de cassation est importante. L'absence de critère exclusif de l'acte juridictionnel renforce la largesse de la qualification. Si certains actes du juge demeurent exclus, nombreux sont ceux qui répondent au terme de jugement. Lorsque ces décisions présentent les spécificités temporelles requises, qui tiennent à la fois au moment du pourvoi et au délai dans lequel l'action est enfermée, un pourvoi en cassation peut être formé à leur encontre. La satisfaction de ces exigences n'est pourtant pas un gage absolu de recevabilité du recours. En effet, d'autres éléments doivent être pris en considération. Ils ont trait aux règles gouvernant l'instance devant la Cour, car elle présente des particularités lorsqu'elle a trait au droit de la famille.

⁵¹⁰ CPC, art. 639-2.

Chapitre 2 : L'INSTANCE DEVANT LA COUR DE CASSATION

155. L'instance désigne à la fois la procédure engagée devant une juridiction et un lien juridique, source de droits et d'obligations pour les parties⁵¹¹. Cette polysémie reflète les conditions entourant la recevabilité de l'action en justice⁵¹². Qu'ils aient trait aux parties (I) ou au déroulement de la procédure (II), les principes applicables à l'instance de cassation présentent un particularisme indéniable, notamment en droit de la famille.

I. Les parties à l'instance devant la Cour de cassation

156. La notion de partie n'est pas définie⁵¹³ par le Code de procédure civile. Pourtant, des conséquences importantes lui sont attachées⁵¹⁴. Laissant à d'autres le soin de préciser le terme, il est opportun d'en retenir une large conception⁵¹⁵. Cette qualité peut être octroyée aux personnes physiques comme aux personnes morales⁵¹⁶. Les contraintes les plus strictes pèsent sur l'auteur du pourvoi, mais le défendeur est aussi soumis au respect de diverses conditions⁵¹⁷ puisque devant la Cour de cassation son existence est admise⁵¹⁸ (§1). En droit de la famille, tous deux doivent être représentés (§2).

⁵¹¹ CORNU, G., *op. cit.*, p. 554.

⁵¹² SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, n° 222, p. 197.

⁵¹³ Sa caractérisation répond à « deux critères : un critère formel, qui consiste dans le fait d'être tenu par le lien juridique d'instance, et un critère matériel, qui se définit comme le fait d'être engagé dans le litige qui forme la matière de l'instance » - BUSSY, F., « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003. 1376.

⁵¹⁴ VIZIOZ, H., *op. cit.*, p. 157.

⁵¹⁵ La partie s'entend de « toute personne qui est dans l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur, soit comme intervenant, y compris le ministère public » - CORNU, G., *op. cit.*, p. 741.

⁵¹⁶ La famille ne dispose pas de la personnalité morale ; il s'agit d'un groupement d'individus dépourvu de personnalité extrinsèque. Voir à ce sujet : MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., CHABAS, F., édité par LAROCHE-GISSEROT, F., *op. cit.*, p. 8, n° 688.

⁵¹⁷ SERINET, Y., « La qualité du défendeur », *RTD Civ.* 2003. 203.

⁵¹⁸ « Ce n'est pas parce qu'un procès est fait à un acte qu'il ne peut pas comporter des parties, en demande comme en défense, l'une demandant l'annulation de l'acte, l'autre le rejet du recours adverse » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 169, n° 40.01. Faye estimait pour sa part que, devant la Cour, « les justiciables ne sont pas en réalité les parties (...) mais les arrêts envisagés uniquement dans leur rapport à la loi » - FAYE, E., *op. cit.*, p. 12.

§1. Les conditions relatives aux parties devant la Cour de cassation

157. Des dispositions spécifiques à l'instance en cassation s'ajoutent aux exigences relatives aux parties, rendant l'analyse plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord. En effet, les notions de capacité à agir (A), d'intérêt et de qualité (B) ne sont pas toujours faciles à appréhender, surtout lorsque le pourvoi soulève une question de droit de la famille.

A. La capacité d'ester en justice des membres de la famille devant la Cour de cassation

158. La capacité à agir suppose la réunion de deux éléments dont l'absence n'a pas la même incidence. La capacité de jouissance, lorsqu'elle fait défaut, oppose un obstacle théoriquement insurmontable à la recevabilité du pourvoi (1). L'incapacité d'exercice n'empêche pas sa formation, mais entraîne des aménagements (2).

1) La capacité de jouissance des membres de la famille et le pourvoi en cassation

159. La capacité de jouissance, condition du droit d'ester en justice, est « l'aptitude à être titulaire du droit d'action, qui appartient, en principe, à toute personne physique ou morale »⁵¹⁹. Si elle existe, toute personne peut agir devant les tribunaux. La question ne présente un intérêt qu'en cas de décès. La mort entraîne l'extinction de la personnalité juridique et la disparition de la capacité de jouissance corrélative. Le pourvoi en cassation est recevable seulement s'il a été formé par une personne vivante⁵²⁰ et dirigé contre une autre personne vivante⁵²¹. Cette affirmation ne souffre théoriquement pas la contradiction, mais elle doit être nuancée. Il faut de distinguer deux hypothèses, selon que le décès a eu lieu avant (a) ou après (b) la formation du pourvoi.

⁵¹⁹ BANDRAC, M., *Vérification de la capacité d'ester en justice*, in *Droit et pratique de la procédure civile*, GUINCHARD, S., (dir.), Dalloz, 2014, p. 36, n° 103.10.

⁵²⁰ Cass. 2^e civ., 23 juil. 1979, *Bull. civ. II*, n° 222.

⁵²¹ Cass. 2^e civ., 22 oct. 1997, n° 93-12.341, *Bull. civ. II*, n° 251.

a) Le décès avant la formation du pourvoi en cassation

160. Le décès d'une personne concernée par un jugement susceptible d'être critiqué devant la Cour de cassation oblige à préciser les conditions de recevabilité de l'action, que le défunt ait eu à se pourvoir ou à se prévaloir de la décision. Ce problème trouve place dans un contexte temporel précis, avant que le pourvoi soit formé mais après la notification du jugement rendu en dernier ressort. Le pourvoi formé au nom du défunt doit théoriquement être rejeté. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour s'est prononcée à plusieurs reprises⁵²². En se fondant sur l'article 32 du Code de procédure civile, elle a précisé que le pourvoi en cassation ne peut être formé au nom d'une personne décédée⁵²³. Lorsque la capacité de jouissance du demandeur fait défaut d'emblée, l'action ne peut être accueillie, mais la justification du rejet du pourvoi demeure hésitante. La doctrine majoritaire estime que le décès entraîne une nullité pour vice de fond, liée au défaut de capacité juridique de la personne décédée⁵²⁴. Certains auteurs le considèrent cependant comme entraînant une fin de non-recevoir résultant d'un défaut du droit d'agir⁵²⁵. La fin de non-recevoir liée à l'inexistence de la capacité d'ester en justice affecte l'action elle-même, tandis que l'exception de nullité de fond ne concerne que la procédure. Puisque l'absence de capacité de jouissance entrave les conditions de l'action, il y aurait lieu d'y voir une fin de non-recevoir plutôt qu'une cause de nullité pour vice de fond. En pratique, le fondement retenu importe peu. Les fins de non-recevoir et les exceptions de nullité produisent la même conséquence : le pourvoi est rejeté⁵²⁶.

161. Il existe cependant des tempéraments à ce principe radical. La doctrine recommande d'accepter l'action intentée par les héritiers en leur nom, même en cas de rejet du premier pourvoi formé au nom du défunt et lié à son décès⁵²⁷, et sans qu'il soit porté atteinte à l'interdiction de réitérer⁵²⁸. En effet, le premier pourvoi formé peut être considéré comme inexistant⁵²⁹. Pour que l'action des héritiers soit recevable, il faut

⁵²² Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 23 juil. 1979, *Bull. civ.* II, n° 222 ; Cass. 2^e civ., 16 avril 1996, n° 94-14.802.

⁵²³ Cass. 2^e civ., 16 avril 1996, n° 94-14.802, *Gaz. Pal.* 1996. Somm. II. 411.

⁵²⁴ CPC, art. 117.

⁵²⁵ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 140, n° 125.

⁵²⁶ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 710, n° 822.

⁵²⁷ NICCO, H., « Les conséquences du décès d'une partie, personne physique, sur la procédure applicable devant les chambres civiles de la Cour de cassation », *Justice et cassation*, 2005, p. 214.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ *Ibid.*

néanmoins qu'elle soit transmissible. Ainsi, les héritiers ne peuvent se pourvoir en cassation contre le jugement prononçant le divorce du défunt. La demande serait dépourvue d'objet, le mariage étant dissout. Le cas est fréquent en droit de la famille, en raison du caractère personnel des actions intentées. Lorsque le titulaire du droit d'agir s'est abstenu d'introduire son action, il est possible de supposer qu'il n'a pas souhaité faire valoir ses droits⁵³⁰.

162. L'analyse diffère en cas de décès de celui qui entendait tirer profit de la décision rendue⁵³¹. Le décès du défendeur avant la formation du pourvoi n'empêche pas de recevoir le pourvoi, sous réserve que le demandeur ait pris la peine de diriger son action contre le défunt et sa succession. La Cour de cassation juge d'ailleurs que le pourvoi formé contre une personne décédée est automatiquement réputé dirigé contre sa succession lorsque le demandeur ignorait le décès de son adversaire⁵³². A l'inverse, en cas de notification du décès au demandeur avant la formation du pourvoi, il lui est reproché de n'en avoir pas tenu compte. Le pourvoi dirigé contre le seul défunt est déclaré irrecevable⁵³³. Les mêmes exceptions trouvent application : si l'objet du pourvoi disparaît, comme en matière de divorce, nul ne peut attirer devant la Cour de cassation les héritiers de l'époux décédé.

163. Le délai du pourvoi demeure inchangé en cas de décès de l'une des parties, mais il est interrompu par la mort de celui à qui la décision a été notifiée⁵³⁴. L'interruption octroie aux héritiers un intervalle temporel leur permettant d'apprécier l'opportunité de se pourvoir. Le délai recommence à courir après la survenance d'une nouvelle notification « faite aux héritiers et représentants, collectivement et sans désignation de noms et qualités »⁵³⁵. Aucune disposition similaire n'existe au profit des héritiers du notifiant. En cas de décès du demandeur à l'action ayant notifié la décision, il est recommandé à ses

⁵³⁰ MASSIP, J., note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 2 décembre 1992, *Rép. Defr.* 1993, p. 710, n° 43

⁵³¹ « Bien que le nouveau Code de procédure civile suggère - dans son article 30 notamment - une symétrie entre les situations du demandeur et du défendeur, l'absence de personnalité du défendeur n'est pas traitée comme celle du demandeur et les tribunaux s'efforcent de contourner ou de réduire l'obstacle procédural qu'elle pourrait constituer » - THERY, P., « Variations sur les moyens de défense : l'inexistence d'une partie ou Hamlet au prétoire... », *RTD Civ.* 2004. 766.

⁵³² Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 1990, n° 89-13.294, *Bull. Civ. I*, n° 215.

⁵³³ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1986, n° 85-111.81 ; Cass. 2^e civ., 19 mai 1980, n° 78-15.728.

⁵³⁴ CPC, art. 532.

⁵³⁵ *Ibid.*

héritiers de se pourvoir immédiatement en cassation, quitte à se désister ensuite de leur action⁵³⁶.

b) Le décès après la formation du pourvoi

164. Lorsque le décès survient après la formation du pourvoi en cassation, il n'y a plus lieu de distinguer entre la situation du demandeur et du défendeur. Le lien d'instance existe déjà. L'évènement n'interrompt pas automatiquement le cours de celle-ci ; sa notification est indispensable. Autrement, la procédure suit son cours et cela suscitera des difficultés évidentes. L'article 370 du Code de procédure civile rappelle en effet que l'instance est interrompue par le décès d'une partie « *à compter de la notification qui en est faite à l'autre partie* ». Puisqu'aucun texte n'instaure de modalités particulières, il y a lieu de considérer que cette notification obéit au droit commun de la procédure civile. Elle incombe aux héritiers, qui sont tenus d'avertir la Cour de cassation du décès⁵³⁷. Lorsqu'elle survient après l'ouverture des débats, elle n'entraîne pas l'interruption de l'instance⁵³⁸. La procédure suit son cours comme si le décès n'avait pas eu lieu et l'arrêt est rendu au nom du défunt⁵³⁹, à charge pour les héritiers de régulariser la situation. La notification régulière du décès avant l'ouverture des débats interrompt l'instance, jusqu'à sa reprise par les ayants-droit du défunt s'ils ont accepté la succession. De plus, l'absence de transmissibilité de l'action aux héritiers entraîne un non-lieu à statuer.

165. La reprise d'instance doit satisfaire à des exigences formelles précises. L'initiative appartient à ceux qui ont notifié le décès de la partie. En cas de décès du demandeur, la reprise est le plus souvent spontanée, par un mémoire en reprise d'instance notifié à la partie adverse. La Cour de cassation juge que les formalités relatives à la notification du décès et celles portant sur la reprise d'instance peuvent être réalisées dans un seul et même acte⁵⁴⁰, par souci de rapidité. A défaut, la Cour invite les héritiers du défunt à reprendre l'instance dans les cinq mois suivant son interruption⁵⁴¹. Les héritiers

⁵³⁶ NICCO, H., art. préc., p. 217.

⁵³⁷ NICCO, H., art. préc., p. 219.

⁵³⁸ CPC, art. 371.

⁵³⁹ Cass. 2^e civ., 19 mai 1980, *RTD Civ.* 1981.211, obs. PERROT.

⁵⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, n° 98-19.297, *Procédures* n° 7, sept. 2001, p. 12, note PERROT.

⁵⁴¹ CPC, art. 376.

du défendeur peuvent également être attraites devant la Cour de cassation par une reprise forcée signifiée à personne ou à avoué lorsqu'ils n'y procèdent pas de manière spontanée⁵⁴². La mort d'une partie, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, et qu'elle survienne avant ou après l'introduction de l'action, n'oppose donc pas un obstacle irréductible au pourvoi, à condition de satisfaire également aux exigences relatives à la capacité d'exercice.

2) La capacité d'exercice des membres de la famille

166. La capacité d'exercice est « *l'aptitude à faire valoir par soi-même et seul un droit dont on est titulaire sans avoir besoin d'être représenté ni assisté à cet effet par un tiers* »⁵⁴³. L'individu, en tant que personne physique, jouit de ses droits, mais n'est pas toujours capable de les exercer lui-même. L'origine des incapacités en droit judiciaire privé est semblable à celles du droit commun⁵⁴⁴ : les droits du mineur (a) et du majeur protégé (b) sont encadrés.

a) Le mineur non émancipé devant la Cour de cassation

167. Le législateur a fixé l'âge de la majorité à dix-huit ans⁵⁴⁵. Auparavant, le mineur n'est pas en mesure d'exercer lui-même la plupart des droits dont il jouit, à moins qu'il n'ait été émancipé à partir de l'âge de seize ans⁵⁴⁶. La sanction attachée à ce défaut de capacité consiste en une exception de nullité⁵⁴⁷ susceptible d'être soulevée d'office par le juge⁵⁴⁸. En dehors de certains cas particuliers⁵⁴⁹, le mineur ne peut introduire ou prendre part directement à l'instance devant la Cour de cassation. L'intervention de son représentant légal est nécessaire. Pourtant, l'enfant joue parfois un rôle actif dans la

⁵⁴² NICCO, H., art. préc., p. 220.

⁵⁴³ CORNU, G., *op. cit.*, p. 148.

⁵⁴⁴ Ce parallélisme est justifié : « *l'exercice d'une action en justice peut se révéler aussi dangereux que toute autre manifestation de l'activité juridique, le droit allégué à l'appui de la demande risquant d'être aussi sérieusement compromis par une action engagée inconsidérément que par un acte juridique inopportun* » - SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, p. 268, n° 290.

⁵⁴⁵ C. civ., art. 414.

⁵⁴⁶ C. civ., art. 413-1 et 413-2.

⁵⁴⁷ CPC, art. 117.

⁵⁴⁸ CPC, art. 120.

⁵⁴⁹ Seules les instances relatives à l'assistance éducative font réellement exception à ce constat.

procédure le concernant : il peut demander à être entendu par le juge dans ces circonstances⁵⁵⁰.

168. Les représentants légaux du mineur sont investis de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant⁵⁵¹. Les parents l'exercent en principe conjointement depuis la loi du 4 mars 2002⁵⁵². Dans l'hypothèse où ceux-ci sont inaptes ou décédés, un tuteur peut être désigné à cet effet⁵⁵³. En cas de conflit d'intérêt entre le mineur et son ou ses représentants légaux, la désignation d'un administrateur *ad hoc* est nécessaire⁵⁵⁴. Elle est valable pour la durée de l'instance au cours de laquelle elle survient, qu'elle soit décidée sur requête de l'enfant, d'un de ses représentants, ou d'office par le juge⁵⁵⁵. La personne désignée dispose des mêmes droits que le mineur durant l'instance pour laquelle elle a été nommée⁵⁵⁶. Son intervention est limitée, bien que son rôle présente une importance fondamentale dans la défense des intérêts de l'enfant. Les conflits d'intérêt entre l'enfant et son ou ses représentants légaux sont fréquents en droit de la famille. Toute question ayant trait aux rapports entre l'enfant et ses parents ou aux conséquences de la séparation parentale présente un risque. Par exemple, la Cour jugea irrecevable un pourvoi formé par un enfant, représenté par un seul de ses parents, contre la disposition de l'arrêt ayant rejeté sa demande d'audition au cours d'une instance relative aux conditions d'exercice de l'autorité parentale⁵⁵⁷. En l'espèce, il n'était pas seulement question d'une opposition d'intérêt. La Cour précisa aussi les limites du pouvoir de représentation des parents.

169. En effet, le représentant légal n'a pas tout pouvoir pour décider au nom de l'enfant. Sa mission diffère selon que l'acte envisagé porte sur un domaine où il peut agir seul, ou sur une matière soumise à l'approbation du conseil de famille, ou sinon, du juge. Le représentant légal est libre d'engager une action portant sur la plupart des biens entrant

⁵⁵⁰ C. civ., art. 388-1.

⁵⁵¹ C. civ., art. 389.

⁵⁵² C. civ., art. 372.

⁵⁵³ C. civ., art. 390.

⁵⁵⁴ C. civ., art. 388-2.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Cass. ch. mixte, 9 février 2001, n° 98-18.661, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 1 ; *Dr. fam.* 2001. comm. 53, obs. GOUTTENOIRE ; *RTD civ.* 2001. 333, obs. HAUSER.

⁵⁵⁷ Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, n° 94-12.671, *Bull. civ.* II, n° 100, *D.* 1997. JP. 340, note MASSIP ; *RTD Civ.* 1996. 582, note HAUSER.

dans le patrimoine du mineur⁵⁵⁸, à l'exception de certains actes de disposition⁵⁵⁹. A l'inverse, l'autorisation du conseil de famille est indispensable lorsque l'instance a trait aux droits extrapatrimoniaux de l'enfant⁵⁶⁰. Dans l'hypothèse classique de la coparentalité, celui qui est à l'origine de l'action doit au préalable recueillir l'accord de l'autre parent. A défaut, il est impossible de former un pourvoi au nom de l'enfant⁵⁶¹. La recevabilité du pourvoi oblige donc à identifier le représentant légal du mineur, puisque sa participation est nécessaire pour tous les actes de la procédure devant la Cour de cassation, de la déclaration de pourvoi au choix de l'avocat aux Conseils. De même, lorsque l'enfant est défendeur à l'instance devant la Cour de cassation, la notification du pourvoi doit être faite à son représentant légal⁵⁶². La violation de ces règles est une irrégularité de fond conduisant à l'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé par ou dirigé contre le mineur⁵⁶³.

170. Des difficultés surgissent quand la majorité survient en cours de procédure. A l'âge de dix-huit ans, le mineur acquiert en principe la pleine capacité d'exercice de ses droits. En vertu de l'adage selon lequel « *nul ne plaide par procureur* », il est seul à pouvoir défendre ses droits en justice, même s'il avait été représenté auparavant devant les juges du fond. Le Code de procédure civile envisage cette hypothèse. Quelle que soit la juridiction saisie, l'instance est interrompue de plein droit par la majorité d'une partie⁵⁶⁴. De même, en cas de recouvrement par une partie de la capacité d'ester en justice ou de cessation de fonctions du représentant légal d'un incapable, l'instance est interrompue de plein droit à compter de la notification de l'évènement à l'autre partie⁵⁶⁵. Chacune de ces dispositions a vocation à s'appliquer à l'acquisition de la capacité d'exercice du jeune majeur. La première hypothèse, qui énonce expressément cette circonstance, doit être retenue. L'interruption de l'instance est donc automatique. Il faut également préciser que la doctrine écarte l'obligation de notification en cas de cessation

⁵⁵⁸ C. civ., art. 389-4.

⁵⁵⁹ C. civ., art. 389-5 al. 3.

⁵⁶⁰ C. civ., art. 389-5 al. 1.

⁵⁶¹ Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, préc.

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ CPC, art. 369.

⁵⁶⁵ CPC, art. 370.

de la fonction du représentant due à la survenance de la majorité du représenté⁵⁶⁶. L'instance se poursuit suite à la reprise d'instance volontaire⁵⁶⁷ par le jeune majeur, en l'état où elle se trouvait au moment où elle fut interrompue⁵⁶⁸. Si la partie ayant acquis la pleine capacité d'exercice de ses droits n'effectue pas les diligences nécessaires à la reprise de l'instance, elle peut s'y trouver contrainte par le juge.

171. En dépit de l'incapacité générale d'exercice de ses droits qui le frappe, le mineur n'est pas empêché de former un pourvoi en cassation ou de défendre à l'instance devant la Cour, à condition qu'il bénéficie du statut de partie depuis son origine ou par intervention. Le principal obstacle au droit d'ester devant le juge de cassation du mineur ne réside pas dans son incapacité à agir par lui-même, mais bien dans la place qui lui est accordée en droit de la famille. Il en va différemment de la recevabilité des actions intentées par le majeur incapable.

b) Le majeur protégé devant la Cour de cassation

172. Le placement du majeur sous sauvegarde de justice et le mandat de protection future n'ont pas d'incidence sur l'instance à laquelle la personne protégée est partie devant la Cour. Des conséquences spécifiques résultent de l'incapacité du majeur uniquement lorsqu'il fait l'objet d'une mesure de tutelle (1) ou de curatelle (2).

1. Le majeur sous tutelle devant la Cour de cassation

173. La tutelle est un régime de protection, comprenant la représentation par un tuteur et un contrôle par le juge des tutelles, sous lequel peut être placé un majeur qui, en raison d'une altération de ses facultés mentales, a besoin d'être représenté de manière continue dans les actes de la vie civile⁵⁶⁹. Elle entraîne la disparition de la capacité d'exercice du majeur, à l'exception des actes nécessitant un consentement strictement personnel. Le juge peut également énumérer, dans le jugement ouvrant la tutelle ou

⁵⁶⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 168, n° 41.72.

⁵⁶⁷ CPC, art. 373.

⁵⁶⁸ CPC, art. 374.

⁵⁶⁹ CORNU, G., *op. cit.*, p. 1044.

ultérieurement, certains actes que la personne aura la capacité de faire seule ou avec la simple assistance du tuteur⁵⁷⁰. La personne sous tutelle a seule la capacité de déclarer la naissance d'un enfant ou de le reconnaître, ainsi que d'exercer les actes de l'autorité parentale, de faire une déclaration du changement du nom d'un enfant et de consentir à sa propre adoption ou à celle de son enfant⁵⁷¹. La tutelle n'est pas un obstacle au mariage, après avoir obtenu le cas échéant l'autorisation du tuteur ou du conseil de famille. Il est par conséquent envisageable qu'un divorce s'ensuive, ou que la personne protégée se retrouve devant les tribunaux afin que soient tranchées des questions relatives à ses biens, voire à ses enfants. Par conséquent, les conditions de la comparution du majeur placé sous tutelle doivent être envisagées.

174. A l'instar du mineur, l'incapacité d'exercice frappant le majeur l'oblige à être représenté en justice. La personne désignée comme tuteur dans le jugement ouvrant la mesure de protection est théoriquement chargée de cette mission, à moins qu'un conflit d'intérêt l'opposant au majeur protégé oblige à désigner un tuteur *ad hoc*⁵⁷². L'article 249-2 du Code civil prévoit expressément cette hypothèse en cas de divorce, lorsque la tutelle avait été confiée au conjoint de la personne protégée. Les pouvoirs du tuteur sont comparables à ceux du représentant légal de l'enfant. Il peut agir seul, en demande ou en défense, pour les actions portant sur les biens patrimoniaux de la personne protégée⁵⁷³. L'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles est nécessaire lorsque l'instance est relative à un droit extrapatrimonial, à une transaction, un partage ou un acquiescement⁵⁷⁴. A moins que les droits en cause ne soient réservés par le jugement de tutelle à la personne protégée, c'est toujours au tuteur qu'il revient de former un pourvoi en cassation ou de défendre devant la Cour⁵⁷⁵. En conséquence, les actes de la procédure doivent impérativement lui être notifiés. La violation de ces exigences est une cause de nullité de la procédure⁵⁷⁶, qui peut être soulevée d'office⁵⁷⁷. Seul le pourvoi formé par le

⁵⁷⁰ CPC, art. 473.

⁵⁷¹ C. civ., art. 458.

⁵⁷² C. civ., art. 455.

⁵⁷³ C. civ., art. 475.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Cass. 3^e civ., 4 mars 1998, n° 95-18.503, *Bull. civ.* III, n° 57.

⁵⁷⁶ CPC, art. 117.

⁵⁷⁷ CPC, art. 120.

majeur protégé à l'encontre de la décision ouvrant la tutelle échappe à la règle⁵⁷⁸. Logique, cette solution n'avait pourtant pas été prévue par les textes.

2. Le majeur sous curatelle devant la Cour de cassation

175. La curatelle est un régime intermédiaire de protection consistant en l'assistance d'un curateur. Elle s'ouvre au profit du majeur qui, tout en étant en état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé et contrôlé dans les actes les plus graves de la vie civile, soit en raison d'une altération de ses facultés personnelles, soit à cause de sa prodigalité ou de son oisiveté⁵⁷⁹. La mesure diffère de la tutelle en ce qu'elle ne nécessite pas de représentation⁵⁸⁰. Certains actes obligent à solliciter une autorisation⁵⁸¹, mais la personne sous curatelle n'est pas assistée pour « *l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel* »⁵⁸². La capacité d'ester en justice subsiste, même si elle connaît des aménagements. Le curateur doit être mis en cause dans l'instance. Toutefois, il n'agit ni ne défend au nom de la personne protégée⁵⁸³. Lors du divorce par exemple, le majeur « *exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur* »⁵⁸⁴ et doit « *se défendre lui-même, avec l'assistance du curateur* »⁵⁸⁵. Le curateur ne peut se substituer à la personne protégée, sauf s'il constate qu'elle compromet gravement ses intérêts⁵⁸⁶. Il peut alors saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé ou provoquer l'ouverture de la tutelle⁵⁸⁷. Le législateur a également prévu la possibilité de désigner un curateur *ad hoc* en cas de conflit d'intérêts entre la personne protégée et son curateur⁵⁸⁸. Il y a lieu de faire usage de cette possibilité en matière de divorce, lorsque le curateur initial n'est autre que le conjoint du majeur protégé⁵⁸⁹.

⁵⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 2006, n° 05-10.954, *Bull. civ. I*, n° 370, *JCP G.* 2007. II. 10020, note BOUZOL.

⁵⁷⁹ CORNU, G., *op. cit.*, p. 292.

⁵⁸⁰ HAUSER, J. « Arrêt *Vaudelle c/ France*, suite : le curatelaire, la procédure pénale et les sophismes judiciaires (Comm. Réexamen, 27 juin 2002, réexamen à la suite de Cour EDH 30 jan. 2001, *Vaudelle c/ France*) », *RTD civ.* 2003. 61.

⁵⁸¹ C. civ., art. 460 et 461.

⁵⁸² C. civ., art. 458.

⁵⁸³ CPC, art. 469.

⁵⁸⁴ C. civ., art. 249.

⁵⁸⁵ C. civ., art. 249-1.

⁵⁸⁶ C. civ., art. 469.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ C. civ., art. 455.

⁵⁸⁹ C. civ., art. 249-2.

176. L'assistance du curateur est inutile pour tous les actes qu'un tuteur pourrait effectuer sans l'autorisation du conseil de famille⁵⁹⁰, comme lorsque les droits en cause présentent un caractère exclusivement patrimonial⁵⁹¹. L'acte introductif d'instance doit dans ce cas être dirigé à l'encontre du majeur protégé ; la signification au seul curateur est une cause d'irrecevabilité de la demande⁵⁹². A l'inverse, la personne protégée doit bénéficier de l'assistance de son curateur pour engager une action extrapatrimoniale, même si celle-ci présente un caractère éminemment personnel. Par exemple, lorsque le majeur sous curatelle entend faire valoir ses droits parentaux, l'assistance de son curateur est requise. S'il refuse, « *la personne en curatelle peut demander au juge l'autorisation de l'accomplir seul* »⁵⁹³.

177. La régularité de la procédure est subordonnée à la mise en cause du curateur. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé cette exigence en matière pénale⁵⁹⁴ et la solution peut être transposée en droit civil, dès lors que l'action touche aux droits extrapatrimoniaux du majeur protégé. En effet, l'obligation d'assistance est formellement garantie par le respect des exigences procédurales relatives à la notification ou à la signification des actes judiciaires. Elles doivent être faites simultanément au majeur protégé et à son curateur⁵⁹⁵. Le non-respect de cette obligation rend irrecevable le pourvoi en cassation formé par ou dirigé contre le majeur sous curatelle⁵⁹⁶. Assimilée à un défaut de capacité d'ester en justice, l'irrégularité est une cause de nullité de la

⁵⁹⁰ CPC, art. 467.

⁵⁹¹ C. civ., art. 467 al. 1 et 475 al. 2.

⁵⁹² Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, n° 92-20.149, *Bull. civ. I*, n° 274, *D.* 1995. JP. 358, note MASSIP ; *JCP G* 1996. II. 676, obs. FOSSIER.

⁵⁹³ C. civ., art. 469.

⁵⁹⁴ CEDH, *Vaudelle c/ France*, 30 janv. 2001, req. n° 35683/97. Voir : MARGUENAUD, J.-P., RAYNARD, J., « De la nécessité d'une réforme du régime de la curatelle pour organiser l'assistance du curatelaire en matière pénale », *RTD Civ.* 2001. 440 ; HAUSER, J., « Incapacités et procédure pénale : les droits de la défense du majeur en curatelle », *RTD Civ.* 2001. 330 ; MASSIP, J., « Majeurs protégés et procédure pénale », *LPA*, n° 230, 19 nov. 2001, p. 12 ; GOUTTENOIRE, A. et RUBI-CAVAGNA, E., « Le majeur sous curatelle et la procédure pénale », *D.* 2002. JP. 353 ; DI RAIMONDO, L., « La protection dont bénéficie un incapable majeur dans tous les actes de la vie civile est applicable à la procédure pénale conduite contre lui », *JCP G.* 2001. I. 10 526.

⁵⁹⁵ C. civ., art. 467 al. 3.

⁵⁹⁶ Cass. 2^è civ., 7 mars 1984, *Bull. civ. II*, n° 45 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, *Rép. Defr.* 1995.1034, n° 99, note MASSIP.

procédure⁵⁹⁷, susceptible d'être soulevée d'office par le juge⁵⁹⁸. L'intervention volontaire du curateur ne permet pas la régularisation⁵⁹⁹.

178. Une précision doit être apportée, que l'instance concerne une personne placée sous tutelle ou sous curatelle. La cessation de fonction du représentant légal d'une personne protégée, ainsi que le recouvrement ou la perte par une partie de la capacité d'ester en justice, doivent faire l'objet d'une notification à la partie adverse⁶⁰⁰. A moins que les débats n'aient déjà été ouverts⁶⁰¹, l'instance est interrompue⁶⁰². Lorsqu'un tel évènement se produit, une reprise d'instance volontaire ou forcée est nécessaire.

179. En définitive, le défaut de capacité de jouissance ou d'exercice d'une partie n'oppose aucun obstacle irréductible au pourvoi. Toutefois, il ne s'agit pas de la seule condition de recevabilité de l'action portée devant la Cour de cassation. Celui qui entend se pourvoir ou contre qui le pourvoi est dirigé doit aussi disposer d'une qualité et d'un intérêt à agir⁶⁰³.

⁵⁹⁷ CPC, art. 117.

⁵⁹⁸ CPC, art. 120.

⁵⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, n° 09-13.867, *Bull. civ. I*, n° 37 ; *RTD Civ.* 2011. 324, obs. HAUSER ; *Dr. fam.*, 2011, n° 4, comm. 58, MARIA ; *Procédures* n° 5, mai 2011, comm. 183, DOUCHY-OUUDOT.

⁶⁰⁰ CPC, art. 370.

⁶⁰¹ CPC, art. 371.

⁶⁰² CPC, art. 370.

⁶⁰³ « *En droit judiciaire privé, une personne a qualité pour agir quand elle est le destinataire de la règle de droit invoquée au soutien de sa demande, et l'intérêt correspond à l'avantage concret que cette personne peut obtenir si la demande qu'elle a émise est déclarée bien fondée* » - MIKALEF-TOUDIC, V., *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, PUAM, 2006, p. 156, n° 194.

B. La qualité et l'intérêt à se pourvoir en cassation

180. A la différence de la capacité à agir en justice, qui présente une dimension objective, la qualité (1) et l'intérêt à agir (2) sont liés aux prétentions respectives des parties à l'instance. En droit de la famille, ces notions obligent à une analyse approfondie. Leur absence, sanctionnée par une fin de non-recevoir, empêche de recevoir le pourvoi⁶⁰⁴.

1) La qualité de la partie à l'instance

181. La qualité à agir renvoie à l'étude de la titularité de l'action, non à l'aptitude générale à prétendre au statut de partie à l'instance. Sa détermination dépend de la nature du litige⁶⁰⁵ car il s'agit du pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice⁶⁰⁶. Devant la Cour de cassation, cette définition suppose la réunion de deux éléments distincts : l'auteur du pourvoi doit être titulaire du droit sur lequel est fondée sa demande (a) et avoir été partie à l'instance devant les juges du fond (b).

a) La titularité du droit invoqué à l'appui du pourvoi

182. La qualité est « *le titre juridique conférant le droit d'agir, c'est-à-dire le droit de solliciter du juge qu'il examine le bien-fondé d'une prétention* »⁶⁰⁷. Le Code de procédure civile n'utilise pas expressément le terme de qualité, mais il ouvre l'action en justice à tous ceux qui y ont un intérêt légitime, « *sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* »⁶⁰⁸. L'utilité du recours à la notion

⁶⁰⁴ CPC, art. 122.

⁶⁰⁵ GIVERDON, C., « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D.* 1952. Chron. 85.

⁶⁰⁶ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, n° 262.

⁶⁰⁷ CADIET, L. et JEULAND, E., *op. cit.*, p. 271, n° 363.

⁶⁰⁸ CPC, art. 31.

de qualité n'apparaît pas lorsque l'action est dite banale, c'est-à-dire sans titulaire désigné⁶⁰⁹. Il en va différemment toutes les fois que l'action est réservée⁶¹⁰.

183. Ces restrictions ont généralement pour origine le caractère personnel du droit en cause. L'hypothèse est fréquente en droit de la famille. L'action en nullité relative du mariage en est un exemple. Seuls les époux peuvent agir lorsque le mariage a été vicié par l'erreur⁶¹¹. L'action du ministère public est prévue lorsque le consentement a été arraché par la violence⁶¹². De même, ceux dont l'autorisation était requise et l'époux qui devait s'y soumettre sont recevables à agir en nullité du mariage sur ce fondement⁶¹³. Les actions attitrées existent également en droit de la filiation. L'action en recherche de maternité ou de paternité et l'action à fins de subsides sont réservées à l'enfant⁶¹⁴. Durant sa minorité, la qualité pour agir est réservée à sa mère ou à son père, selon le cas, même mineurs eux aussi⁶¹⁵. Lorsque l'action vise à contester la paternité ou la maternité alors que l'enfant a la possession d'état conforme à son titre de naissance, seuls l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable ont qualité pour agir⁶¹⁶. En outre, si la filiation est établie par un titre de naissance et la possession d'état conforme depuis cinq ans, la qualité à agir en contestation de paternité ou de maternité n'appartient plus qu'au ministère public⁶¹⁷ si la filiation apparaît invraisemblable ou en cas de fraude à la loi⁶¹⁸. Faute de possession d'état conforme au titre de naissance, la demande en contestation de la filiation peut au contraire être formée par toute personne y ayant intérêt et dans le délai de dix années à compter du jour où elle a commencé à jouir de cet état⁶¹⁹.

⁶⁰⁹ En ce cas, « *le Code ne fait que traduire, qualitativement parlant, la réalité judiciaire où la qualité est absorbée par la notion d'intérêt direct et personnel, chaque fois que le demandeur agit pour défendre son intérêt personnel : l'intérêt lui donne qualité à agir* », GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 152, n° 139. « *La qualité n'apparaît donc pas comme une condition distincte et autonome de recevabilité : elle se confond avec le droit lui-même* », SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, n° 267.

⁶¹⁰ L'instance est alors relative à des « *prétentions qui ne peuvent pas être élevées ou combattues par tous ceux qui y trouveraient un intérêt légitime et juridique* » - BANDRAC, M., *op. cit.*, p. 17, n° 102.11.

⁶¹¹ C. civ., art. 180 al. 2.

⁶¹² C. civ., art. 180 al. 1.

⁶¹³ C. civ., art. 182.

⁶¹⁴ C. civ., art. 325, 327 et 342.

⁶¹⁵ C. civ., art. 328.

⁶¹⁶ C. civ., art. 333 al. 1.

⁶¹⁷ C. civ., art. 333 al. 2.

⁶¹⁸ C. civ., art. 336.

⁶¹⁹ C. civ., art. 334.

184. Les titulaires des actions relatives à l'autorité parentale sont également limitativement désignés par la loi. Puisque les parents du mineur sont titulaires de l'autorité parentale et en ont l'exercice, ils ont qualité pour agir. La Cour de cassation a d'ailleurs eu à trancher un point intéressant sur ce sujet⁶²⁰. Une mère avait consenti à l'adoption simple de son enfant naturel, dont l'adoptant ne se préoccupa guère. Il se contenta de lui procurer une assistance financière, sans chercher à entretenir de liens affectifs. Quand l'enfant fut âgé de huit ans, le père adoptif décida de l'envoyer en internat. La mère naturelle, chez qui l'enfant résidait, y était opposée. Elle demanda que le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire fût transformé en tutelle. Un expert fut désigné pour déterminer la solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant. La Cour accueillit le pourvoi formé par le père adoptif. En décidant de consentir à l'adoption simple de son enfant, la mère avait renoncé à l'exercice de l'autorité parentale. Elle n'avait plus qualité pour contester les décisions prises par le père adoptif sur l'éducation de l'enfant⁶²¹. Faute de qualité pour agir, l'action ne pouvait être admise.

185. A l'évidence⁶²², l'action en divorce est elle aussi, réservée aux époux. Aucun tiers ne peut intervenir à l'instance, même s'il invoque sa qualité de mandataire-liquidateur de la société dirigée par le mari et propriétaire du logement servant de domicile conjugal⁶²³. En cas de perte de la qualité d'époux, les conjoints ne peuvent plus prétendre au statut de parties à l'instance. L'action en divorce intentée par l'épouse après la conversion de la séparation de corps sur demande du mari est par conséquent irrecevable. Le jugement ou l'arrêt ayant acquis force de chose jugée, la femme n'a plus de la qualité d'épouse⁶²⁴. De nombreuses décisions ont été rendues, autorisant à affirmer que « *c'est en matière extrapatrimoniale que ce besoin [d'attribuer l'action] se fait*

⁶²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1977, n° 74-15.104, *Bull. civ. I*, n° 223, *JCP G.* 1978. II. 18833, note CARBONNIER.

⁶²¹ Jean Carbonnier relève le paradoxe existant au sein même de l'article 365 du Code civil. Si la loi réserve l'exercice de l'autorité parentale au seul adoptant, elle précise qu'en cas d'adoption simple par le ou la conjoint(e) du parent naturel, celui-ci conserve seul l'exercice de l'autorité parentale ; « *ne serait-il donc point paradoxal et choquant que la mère, qui garde le premier rôle dans l'autorité parentale lorsque l'enfant est adopté par son époux, en soit au contraire, totalement exclue lorsqu'il est adopté par son concubin ?* », CARBONNIER, J., art. préc., n° II.

⁶²² HAUSER, J., note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2007, *RTD Civ.* 2007. 551.

⁶²³ Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2007, n° 06-18.515, *Bull. civ. I*, n° 216, *AJfam.* 2007. 313, obs. DAVID ; *D.* 2007. 1794 ; *JCP G.* 2007. IV. 2428.

⁶²⁴ CA Lyon, 4 déc. 1951, *D.* 1952. 202, obs. GIVERDON.

particulièrement sentir »⁶²⁵. Le droit patrimonial de la famille n'est cependant pas étranger à ces considérations. Le Code civil réserve l'action en réduction des dispositions entre vifs aux héritiers réservataires, puis à leurs héritiers et ayants-cause⁶²⁶. De même, seul l'époux marié sous le régime de la communauté universelle a qualité pour agir en partage des biens dont il a lui-même hérité⁶²⁷. Son décès n'autorise pas le conjoint à demander le partage, l'action étant réservée au défunt de son vivant. La perte de la qualité d'héritier entraîne également l'irrecevabilité de l'action tendant à la reconnaissance d'un recel successoral⁶²⁸.

186. La place des actions attitrées en droit de la famille est importante. Que le droit d'agir soit attribué à un membre de la famille ou au ministère public, qui peut y jouer un rôle actif, la titularité détermine la recevabilité du pourvoi. Il importe également que l'auteur du pourvoi ait été partie à l'instance devant les juges du fond.

b) La qualité pour agir devant la Cour de cassation

187. Selon une jurisprudence constante, le pourvoi en cassation n'est pas recevable quand il est formé par une personne contre une décision à laquelle elle n'était pas partie et qui n'a prononcé aucune condamnation à son encontre⁶²⁹. Le Code de procédure civile se réfère à cette exigence, en énonçant que « *toute partie qui y a intérêt est recevable à se pourvoir en cassation (...)* »⁶³⁰. Son article 611 tempère néanmoins cette exigence : « *en matière contentieuse, le pourvoi est recevable même lorsqu'une condamnation a été prononcée au profit ou à l'encontre d'une personne qui n'était pas partie à l'instance* ». A titre d'observation liminaire, la distinction entre recevabilité du pourvoi et recevabilité de l'action en justice n'est pas toujours évidente. Ce n'est pas parce que l'action de l'appelant est déclarée irrecevable faute de qualité à agir que celui-ci est empêché de se pourvoir. Il dispose en principe de la qualité pour le

⁶²⁵ HERON, J. et LE BARS, T., *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2015, 6^e éd., n° 60.

⁶²⁶ C. civ., art. 921.

⁶²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2008, n° 07-11.254, *Bull. civ. I*, n° 103, *AJ fam.* 2008. 258, obs. HILT.

⁶²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2009, n° 07-19.573, *D.* 2009. 500, note EGEA ; *JCP G.* 2009. IV. 1356. Voir également : SAUVAGE, F., « Le recel successoral suppose que celui qui s'en prévaut n'a pas perdu sa qualité d'héritier à l'expiration du délai de prescription », *RJPF*, n° 4, avr. 2009, p. 30.

⁶²⁹ Voir par ex. : Cass. Soc., 19 déc. 2003, n° 03-10.014, *Bull. civ. V*, n° 320.

⁶³⁰ CPC, art. 609.

faire contre l'arrêt d'irrecevabilité rendu par les juges du fond. Lorsqu'à l'instar des juges du fond, la Cour conclut à l'absence de qualité pour agir du demandeur, le pourvoi n'est pas accueilli⁶³¹. Dans l'hypothèse inverse, la cassation de l'arrêt critiqué est encourue.

188. A l'appréciation classique de la qualité pour agir, s'ajoute une condition supplémentaire ; être titulaire du droit en cause ne suffit pas. En l'absence de définition de la qualité de partie⁶³², le recours à la technique du faisceau d'indices facilite sa détermination⁶³³. Nul ne peut y prétendre sans avoir été expressément et nommément désigné dans la décision attaquée⁶³⁴. L'erreur matérielle affectant le nom de la personne est cependant dépourvue d'incidence sur la recevabilité de l'action si les actes de la procédure permettent de l'identifier⁶³⁵. Il est d'ailleurs toujours possible d'exercer un recours en rectification⁶³⁶, toutes les fois que le jugement attaqué a omis de désigner la partie qui souhaite se pourvoir en cassation⁶³⁷. De plus, il faut théoriquement avoir conclu devant les juges du fond pour prétendre à la qualité de partie à l'instance⁶³⁸. Bien que cette irrecevabilité ne soit pas insurmontable⁶³⁹, les chances de succès du pourvoi sont alors plus faibles. Des difficultés importantes résultent de l'absence de conclusions, particulièrement pour la recevabilité des moyens de cassation présentés par le demandeur⁶⁴⁰. La qualité ayant permis d'agir devant les juges du fond justifie également la formation du pourvoi, sans que l'adversaire ne puisse la contester devant la Cour de

⁶³¹ C'est en ce sens que s'est prononcé la Cour de cassation le 8 juillet 2009. Saisie d'un pourvoi formé à l'encontre de l'adoption plénière prononcée par une cour d'appel pour un enfant né d'un accouchement sous X, la Cour de cassation jugea irrecevable l'action des grands parents, faute de qualité pour intervenir à cette instance. Voir : Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2009, n° 08-20.153, *Bull. civ. I*, n° 158, *Gaz. Pal.* 30 déc. 2009, p. 4, note MASSIP.

⁶³² BUSSY, F., art. préc.

⁶³³ La recevabilité du pourvoi suppose que son auteur « ait été suffisamment désigné par la décision attaquée et par les actes de procédure ; qu'[il] ait conclu devant les juges du fond contre le défendeur au pourvoi ; qu'[il] procède dans l'instance en cassation en la même qualité que devant le juge du fond » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 174, n° 42.20. De même, « pour être défendeur au pourvoi, il est nécessaire : d'avoir été partie à l'instance ayant abouti à la décision attaquée ou d'avoir bénéficié d'une condamnation prononcée par cette décision ; d'être suffisamment désigné par la décision frappée de pourvoi ; d'avoir conclu contre le demandeur, si l'on était présent ou représenté à l'instance ayant abouti au prononcé de la décision » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 202, n° 45.10.

⁶³⁴ FAYE, E., *op. cit.*, n° 38. Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 15 mai 1961, *Bull. civ. II*, n° 355.

⁶³⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 175, n° 42.21.

⁶³⁶ CPC, art. 462.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 176, n° 42.33.

⁶³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 26 jan. 1988, n° 86-13.186, *Bull. civ. I*, n° 21.

⁶⁴⁰ Voir n° 703 et s.

cassation s'il l'avait précédemment admise⁶⁴¹. Le demandeur ne peut se pourvoir sous une qualité nouvelle et le défendeur doit être attrait en la même qualité que devant les juges du fond. Par conséquent, lorsque la qualité est indivisible, comme celle attachée aux héritiers, le pourvoi doit être dirigé contre toute la succession⁶⁴².

189. Le principe consacré par le Code de procédure civile et par la jurisprudence n'est pas appliqué trop strictement⁶⁴³. Le fait d'être représenté devant les juges du premier et du second degré n'empêche pas de disposer de la qualité de partie. Il en va ainsi pour le mineur⁶⁴⁴ et le majeur placé sous tutelle⁶⁴⁵, mais aussi pour la personne succédant à une partie décédée⁶⁴⁶. L'intervenant devant les juges du fond et le ministère public sont assujettis aux mêmes exigences. Ils disposent de la qualité pour agir à condition d'avoir été parties à l'instance ayant abouti à la décision critiquée. Seul le tiers condamné échappe aux règles déterminant la qualité à agir devant la Cour de cassation⁶⁴⁷. L'hypothèse est peu fréquente et a principalement trait aux condamnations prononcées à l'encontre des professionnels de justice.

190. La recevabilité du pourvoi en cassation est subordonnée à la qualité pour agir de son auteur. Certes, le fait d'avoir été partie devant les juridictions du fond présume la titularité de l'action intentée. L'indice n'est cependant pas d'une force probante absolue. La place importante accordée aux actions attitrées en droit de la famille accroît cette difficulté, d'autant que l'intérêt à se pourvoir doit également être établi.

2) L'intérêt à agir

191. La nécessité d'un intérêt à agir a longtemps été résumée par des adages tels que « *pas d'intérêt, pas d'action* », ou « *l'intérêt est la mesure des actions* »⁶⁴⁸. Le Code de procédure civile a précisé cette condition de l'action en justice, « *ouverte à tous*

⁶⁴¹ FAYE, E., *op. cit.*, n° 38.

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ FAYE, E., *op. cit.*, n° 39.

⁶⁴⁴ Voir n° 167 et s.

⁶⁴⁵ Voir n° 173 et s.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ En effet, « *il faut bien qu'une personne condamnée sans avoir été entendue puisse exercer un recours quelconque contre la décision qui la frappe, et le recours en cassation nous paraît ici la seule voie possible* » - FAYE, E., *op. cit.*, p. 67, note 2.

⁶⁴⁸ BLOCK, G., th. préc., p. 265, n° 144.

ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention »⁶⁴⁹. Selon Henry Vizioz, « *l'intérêt à faire statuer le juge sur le litige est le minimum exigé pour avoir qualité, mais ne suffisant pas toujours à ouvrir l'action* »⁶⁵⁰. L'intérêt ne serait en ce cas qu'une composante de la qualité pour agir. Cette analyse crée un risque de confusion avec les conditions d'ouverture de l'action énoncées par l'article 31 du Code de procédure civile, alors que l'intérêt et la qualité sont des notions voisines que la jurisprudence ne distingue pas toujours nettement⁶⁵¹. Si la qualité s'entend de la titularité d'une action, l'intérêt reflète l'importance de celle-ci pour le demandeur⁶⁵². La partie doit ainsi établir son intérêt positif et concret, juridique ou légitime, né et actuel⁶⁵³ pour que son action soit accueillie. L'appréciation de la notion nécessite de s'intéresser aux critères propres à l'intérêt devant la Cour de cassation (a), mais aussi aux contingences temporelles entourant son existence (b).

a) La notion d'intérêt à agir devant la Cour de cassation

192. Les exigences relatives à l'intérêt à agir présentent un caractère général et dirimant devant toute juridiction. Comme pour l'action intentée devant les juges du fond, la recevabilité du pourvoi en cassation oblige à les respecter. La notion mérite d'être analysée au regard du droit de la famille (1) avant de préciser les particularités de l'intérêt à se pourvoir devant la Cour (2).

1. La notion d'intérêt à agir en justice

193. En s'abstenant de définir ce qu'est l'intérêt à agir, le législateur a permis à la jurisprudence d'apprécier largement le terme. L'intérêt allégué par le demandeur à l'action présente une nature variable selon la cause. L'intérêt moral est reconnu au même titre que l'intérêt matériel, ces deux aspects se conjuguent même fréquemment, dans une action aux fins d'établissement de la filiation par exemple. L'enfant a un intérêt moral au

⁶⁴⁹ CPC, art. 31.

⁶⁵⁰ VIZIOZ, H., *op. cit.*, p. 22.

⁶⁵¹ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 138, n° 121.

⁶⁵² CORNU, G., *op. cit.*, p. 495.

⁶⁵³ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 139, n° 122.

succès de sa demande, consistant à se voir reconnaître un père. Mais il y a également un intérêt matériel, puisque le père judiciairement déclaré sera contraint de participer à son entretien et à son éducation. En outre, il n'existe pas de seuil minimal relatif à cette condition d'ouverture de l'action. La maxime « *de minimis non curat praetor* » n'est plus d'actualité⁶⁵⁴. Persister à l'appliquer compromettrait d'ailleurs l'accès à un tribunal, composante essentielle du droit à un procès équitable. Le quantum de l'intérêt à agir n'a pas d'incidence, dès lors qu'il existe.

194. Le seul critère énoncé par le Code de procédure civile pour l'intérêt à agir tient à son caractère légitime. Il s'agit sans conteste de l'aspect le plus discuté de la notion⁶⁵⁵. Le terme « *embarrasse* »⁶⁵⁶ la doctrine, qui tend à y voir une « *intrusion du fond dans la procédure (...) particulièrement pernicieuse* »⁶⁵⁷. Cette exigence ne suppose pas d'établir la violation du droit allégué. Contraindre le plaideur à cette preuve viderait la demande de son objet car c'est précisément pour ce faire que le justiciable sollicite l'intervention judiciaire⁶⁵⁸. La légitimité de l'intérêt à agir réside ailleurs. Un intérêt légitime juridiquement protégé fut d'abord exigé. Selon ce principe, l'intérêt devait être soutenu par des règles de droit positif le garantissant. Cette interprétation introduisait une dose de morale dans le droit⁶⁵⁹, comme le révéla un jugement rendu par le tribunal de la Seine le 10 juin 1947⁶⁶⁰. Déboutant une femme mariée et vivant en concubinage de son action en réintégrande engagée aux fins d'être remise en possession de l'appartement de son concubin, la décision fut saluée par la doctrine⁶⁶¹. L'intérêt de la femme ne pouvait être admis, puisque son action tendait au rétablissement d'une situation de fait ayant alors pour origine le délit d'adultère⁶⁶². Le lien naturel unissant la vie familiale et la notion de bonnes mœurs fut la cause de multiples exemples similaires. Un grand nombre d'actions en justice relatives au droit patrimonial ou extrapatrimonial de la famille, concernant une

⁶⁵⁴ CARBONNIER, J., *De minimis*, in *Mél. Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 121.

⁶⁵⁵ Voir : WIEDERKEHR, G., *La légitimité de l'intérêt pour agir*, in *Mél. Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 877.

⁶⁵⁶ BOLARD, G., *Notre belle action en justice*, in *Mél. Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 17.

⁶⁵⁷ BLOCK, G., th. préc., p. 99, n° 62.

⁶⁵⁸ BLOCK, G., th. préc., p. 105, n° 62.

⁶⁵⁹ Voir par ex. : MAZEAUD, H., « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile », *D.* 1954. Chron. 39.

⁶⁶⁰ Trib. Seine, 10 juin 1947, *Gaz. Pal.* 1947-2-129.

⁶⁶¹ VIZIOZ, H., note sous arrêt, Trib. Seine, 10 juin 1947, *RTD civ.* 1948. 94.

⁶⁶² *Ibid.*

liaison adultère, un concubinage ou un enfant illégitime furent ainsi déclarées irrecevables faute d'intérêt légitime juridiquement protégé⁶⁶³. Il s'agissait pourtant d'une formule « assez creuse, équivoque et plutôt ésotérique »⁶⁶⁴.

195. Un frein heureux a été porté à ce courant jurisprudentiel, dans une affaire célèbre. La Cour admit l'indemnisation de la concubine pour le préjudice causé par le décès de son compagnon dans un accident de la circulation⁶⁶⁵, alors que le rejet de ces demandes était de rigueur auparavant⁶⁶⁶. Depuis, le bénéfice de l'article 1382 du Code civil cessa d'être subordonné à l'existence d'un lien de droit entre le défunt et celui qui demande à être indemnisé⁶⁶⁷. La reprise du terme « légitime » dans le texte même de l'article 31 du Code de procédure civile permit au débat de perdurer quelque temps⁶⁶⁸. L'abandon définitif du recours à la notion d'intérêt légitime juridiquement protégé fut ensuite décidé. La Cour jugea que l'intérêt à agir ne supposait pas de démontrer préalablement le bien-fondé de l'action⁶⁶⁹. La référence à la légitimité de l'intérêt à agir n'a toutefois pas été expressément supprimée⁶⁷⁰. La levée de cette difficulté aurait été plus simple, si la question avait été posée en terme de licéité⁶⁷¹.

196. Une appréciation *in concreto* de la légitimité de l'intérêt, en fonction des faits et de l'objet de l'action intentée, est nécessaire. Par exemple, la cour d'appel de Paris jugea que des grands-parents ne pouvaient faire valoir aucun intérêt moral pour contester la reconnaissance de leurs petits-enfants⁶⁷². En l'espèce, l'action avait été intentée pour

⁶⁶³ En basant son raisonnement sur cette notion, « le juge constatait que la prétention n'était pas fondée, mais en répondant officiellement sur le terrain de la recevabilité de l'action. En invoquant l'absence d'intérêt légitime juridiquement protégé, le juge, en réalité, se déroba au débat sur le fond pour mieux cacher son refus d'examiner la prétention au fond, au nom des considérations morales du moment » - GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 141, n° 126.

⁶⁶⁴ COMBALDIEU, J.-C., note sous arrêt, Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, cit., D. 1970. JP. 201.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ MAZEAUD, H., art. préc.

⁶⁶⁷ PAULIN, C., note sous arrêt, TGI Belfort, 25 juil. 1995, *JCP G* 1996. II. 22724 ; CORPART, I., « Les problèmes juridiques posés par le décès accidentel du partenaire homosexuel », note sous arrêt, TGI Belfort, 25 juil. 1995, *LPA*, n° 26, 2 mars 1998, p. 13.

⁶⁶⁸ L'inclusion de l'adjectif « légitime » au sein de l'article 31 du Code de procédure civile est d'ailleurs surprenante. En effet, la jurisprudence n'avait érigé cette condition de légitimité de l'intérêt à agir qu'en matière de responsabilité. Les arrêts à l'origine de l'exigence d'un intérêt légitime ont été rendus sous le visa de l'article 1382 du Code civil. Voir : BLOCK, G., th. préc., p. 102.

⁶⁶⁹ Cass. 2^e civ., 13 jan. 2005, n° 03-13.531, *Bull. civ. II*, n° 3, *Gaz. Pal.* 7 jan. 2006, p. 11, note GUERDER.

⁶⁷⁰ BLOCK, G., th. préc., p. 107.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² CA Paris, 17 avr. 1992.

contrarier le couple parental⁶⁷³. La solution inverse fut pourtant retenue quelque temps plus tard par la cour d'appel de Dijon⁶⁷⁴. Les circonstances de l'affaire n'étaient pas rigoureusement identiques, puisque l'enfant avait été élevé par sa grand-mère depuis plus de dix ans. L'action intentée par celle-ci fut accueillie par le juge. Il n'y avait là aucun souci de légitimité, l'intérêt de l'action entreprise par la grand-mère se rapportant à l'intérêt de son petit-fils. La notion doit donc être appréciée tant en fonction des circonstances de l'espèce, que selon la conformité de l'intérêt à l'esprit de la loi.

197. La jurisprudence impose aussi l'établissement d'un intérêt personnel pour agir⁶⁷⁵. L'exigence ne suscite guère de difficultés lorsque l'action a trait au droit patrimonial ou extrapatrimonial de la famille. Le demandeur qui intente une action en divorce dispose d'un intérêt personnel à se séparer de son conjoint, comme celui qui conteste ou cherche à établir un lien de filiation. La Cour de cassation admet également le caractère personnel de l'intérêt des collatéraux à agir en nullité du mariage, en raison de leur vocation successorale⁶⁷⁶. Seul le ministère public échappe à la règle. La loi l'autorise en effet à agir pour protéger l'intérêt général, notamment en droit de la famille⁶⁷⁷. C'est le cas lorsqu'il agit en annulation d'un mariage entaché de nullité absolue⁶⁷⁸ ou vicié par la violence ou la contrainte⁶⁷⁹, ou lorsque la filiation légalement établie est rendue invraisemblable par des indices tirés des actes eux-mêmes ou en cas de fraude à la loi⁶⁸⁰. Hors des hypothèses prévues par la loi, il est aussi autorisé à agir pour la défense de l'ordre public⁶⁸¹, en demandant la nullité de la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger au profit d'un enfant né d'une convention de gestation pour autrui par exemple⁶⁸². En outre, le caractère direct de l'intérêt à agir, exigé par la

⁶⁷³ GRANET, F., note sous arrêt, CA Paris, 17 avr. 1992, *D.* 1993. Somm. 164.

⁶⁷⁴ CA Dijon, 21 oct. 1998, *D.* 1999. Somm. 199.

⁶⁷⁵ Cette référence à l'aspect personnel « signifie qu'une personne ne peut agir en justice que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres et où le résultat de l'action lui profitera personnellement » CADIET, L. et JEULAND, E., *op. cit.*, p. 272, n° 366.

⁶⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n° 09-68.983, *Bull. civ. I*, n° 82, *RTD Civ.* 2011. 515, obs. HAUSER ; *Dr. fam.* n° 10, oct. 2011, comm. 145, LARRIBAU-TERNEYRE.

⁶⁷⁷ MIKALEF-TOUDIC, V., th. préc., p. 249 et s.

⁶⁷⁸ C. civ., art. 184.

⁶⁷⁹ C. civ., art. 180 al. 1.

⁶⁸⁰ C. civ., art. 336. Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176.

⁶⁸¹ CPC, art. 422 et 423.

⁶⁸² Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, *Bull. civ. I*, n° 289, n° 07-20.468, *D.* 2010.604, obs. GALLOUX ; *D.* 2009.1557, obs. COURBE ; *RCDIP* 2009. 320, note LAGARDE. Voir aussi : Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011,

jurisprudence, suppose que la personne soit impliquée dans le litige. La condition rejoint celle d'un intérêt personnel. La jurisprudence exige un rapport de proximité immédiate entre l'avantage recherché et la personne qui l'allègue.

198. La vérification de l'intérêt à agir est nécessaire en droit judiciaire privé. Elle évite les actions inutiles susceptibles d'encombrer le rôle des juridictions⁶⁸³. Cette inquiétude revêt une acuité particulière devant la Cour de cassation, incitant à étudier les caractères de l'intérêt à se pourvoir.

2. La spécificité de l'intérêt à agir devant la Cour de cassation

199. La notion d'intérêt à agir n'est pas identique selon que l'action est portée devant les juges du fond ou devant la Cour de cassation⁶⁸⁴. En théorie, l'intérêt à défendre en justice le droit invoqué a déjà été démontré devant les juges du fond. A moins que le pourvoi ne vise la décision déclarant irrecevable l'action portée devant ces juridictions faute d'intérêt, son auteur est d'ores et déjà considéré comme ayant intérêt à agir. Toutefois, puisque l'instance en cassation est une instance nouvelle, l'intérêt à se pourvoir en cassation doit être établi au regard des conditions particulières d'ouverture du recours. Il est lié « *au fait d'avoir succombé devant la juridiction dont on attaque le jugement* »⁶⁸⁵. La Cour de cassation retient cette interprétation⁶⁸⁶, qui suppose l'existence d'un grief causé au demandeur par la décision critiquée⁶⁸⁷. Par exemple, elle a déclaré irrecevable le pourvoi formé par une mère contre une décision n'autorisant pas son enfant majeur à porter le nom de l'homme dont la paternité contestée était annulée. Le chef de l'arrêt relatif à ce changement de nom ne faisant pas grief à la mère elle-même, celle-ci n'avait pas intérêt à se pourvoir en cassation⁶⁸⁸.

n° 09-66.486 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138, *Bull. civ. I*, n° 176 ; Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 15-50.002 et 14-21.323.

⁶⁸³ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, n° 223.

⁶⁸⁴ BLOCK, G., *th. préc.*, p. 266, n° 145.

⁶⁸⁵ SOLUS, H. et PERROT, R., *op. cit.*, n° 226.

⁶⁸⁶ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 16 juil. 1979, *D.* 1980. IR. 374, obs. JULIEN.

⁶⁸⁷ Voir : FAYE, E., *op. cit.*, p. 73, n° 45 ; BLOCK, G., *th. préc.*, p. 267, n° 145.

⁶⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 9 juil. 2008, *Bull. civ. I*, n° 191, n° 07-16.253.

200. L'intérêt à agir devant la Cour de cassation est donc intrinsèquement lié à la notion de succombance, c'est-à-dire au fait d'avoir été débouté par les juges du fond⁶⁸⁹. Nul ne peut former un recours contre une décision qui lui a donné satisfaction⁶⁹⁰. Le pourvoi est recevable si le demandeur a intérêt à le former, ce qui n'est pas le cas si la décision déférée a été rendue conformément à ses prétentions⁶⁹¹. La décision attaquée doit lui causer un grief, même minime. Tel n'est pas le cas lorsque l'erreur de droit commise n'a aucune incidence. L'action est aussi irrecevable toutes les fois que le préjudice est ancien, c'est-à-dire lorsque la décision attaquée ne tend qu'à confirmer une solution préexistante.

201. Il est à noter que les dernières conclusions des parties occupent une place importante dans la détermination de leur intérêt à se pourvoir⁶⁹². Le fait que l'intérêt à former un pourvoi se mesure en termes de succombance⁶⁹³ ne signifie pas pour autant que la décision attaquée satisfasse en tout point la partie adverse⁶⁹⁴. Le Code de procédure civile précise d'ailleurs que « *toute personne qui y a un intérêt est recevable à se pourvoir en cassation, même si la disposition qui lui est défavorable ne profite pas à son adversaire* »⁶⁹⁵. La Cour de cassation jugea un cas de figure semblable en matière de divorce. L'un des conjoints s'était pourvu en cassation à l'encontre de la décision prononçant un sursis à statuer. L'action était recevable, car le demandeur avait bel et bien intérêt à ce que le divorce soit prononcé le plus vite possible⁶⁹⁶.

202. En définitive, les exigences classiques pesant sur l'intérêt à agir sont reléguées au second plan devant la Cour de cassation. La partie est présumée avoir intérêt à se pourvoir à l'encontre du jugement qui lui porte grief, à condition que cet intérêt soit né et actuel.

⁶⁸⁹ CORNU, G., *op. cit.*, p. 996.

⁶⁹⁰ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 27 fév. 2003, n° 01-12.433 ; Cass. 2^e civ., 9 juin 2005, n° 03-14.205, *Bull. civ. II*, n° 147 ; Cass. 2^e civ., 15 fév. 2005, n° 04-13.456, *Bull. civ. II*, n° 327.

⁶⁹¹ Cass. 2^e civ., 16 juil. 1979, préc.

⁶⁹² C'est en effet « *d'après la décision attaquée et d'après les pièces de la procédure que ce point doit être résolu, la Cour ne pouvant se livrer à l'examen des faits* » - FAYE, E., *op. cit.*, p. 73, n° 45.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 16 mars 2000, *JCP G* 2000. II. 10358, note PERDRIAU.

⁶⁹⁵ CPC, art. 609.

⁶⁹⁶ Cass. 2^e civ., 16 mars 2000, *JCP G* 2000. II. 29.

b) L'intérêt né et actuel à se pourvoir en cassation

203. L'exigence d'un intérêt né et actuel est « *traditionnelle* »⁶⁹⁷. L'intérêt doit exister au moment où l'action est exercée (1), mais cette règle connaît des aménagements devant la Cour de cassation (2).

1. L'intérêt né et actuel à agir en justice

204. Le Code de procédure civile ne précise pas le moment auquel l'intérêt à agir doit être établi⁶⁹⁸. Il est en principe apprécié au jour de son introduction⁶⁹⁹. La jurisprudence en retient une approche assez large⁷⁰⁰. Par exemple, elle admet l'action en inopposabilité d'un jugement étranger non revêtu de l'exequatur⁷⁰¹. Il y a un intérêt né et actuel, bien que la décision ne fasse l'objet d'aucune mesure coercitive au jour d'introduction de la demande. De même, certaines actions à finalité interlocutoire sont expressément prévues par le Code de procédure civile⁷⁰².

205. Devant la Cour de cassation, l'intérêt à agir n'est pas apprécié au jour de formation du pourvoi, mais à la date à laquelle la décision critiquée a été rendue⁷⁰³. La solution est logique. Le pourvoi vise à constater la non-conformité aux règles juridiques en vigueur de la décision qu'il critique. L'intérêt à agir, comme la légalité de l'acte juridictionnel, s'apprécient donc au jour de son prononcé. Il apparaît quand l'auteur du pourvoi a vu ses prétentions rejetées. La survenue de circonstances nouvelles entre le prononcé de la décision critiquée et la formation du pourvoi en cassation sont théoriquement sans incidence sur la caractérisation d'un intérêt à agir né et actuel. Il existe

⁶⁹⁷ THERY, P., « A quel moment apprécier la recevabilité d'une demande ? ...ou l'intérêt ne se perd pas en route », note sous arrêt, Cass. Com. 6 déc. 2005, *RTD Civ.* 2006. 604.

⁶⁹⁸ PERROT, R., « L'intérêt né et actuel et ses incertitudes », note sous arrêt, Cass. 3^e civ., 29 sept. 2004, *RTD civ.* 2004. 774.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ LEBORGNE, A. et VAUVILLE, F., « La vocation successorale des collatéraux constitue un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ. 4 mai 2011, n° 09-68.983, *RJPF* n° 09, sept. 2011, p. 32.

⁷⁰¹ HEBRAUD, P. et RAYNAUD, P., « Action déclaratoire. Action en nullité d'un jugement étranger de divorce », *RTD civ.* 1949. 113 ; Voir aussi : Cass. civ., 22 jan. 1951 et Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1971, *RCDIP* 1972. 123, note MEZGER.

⁷⁰² DESPRES, I., th. préc., p. 23 et s.

⁷⁰³ FAYE, E., *op. cit.*, p. 73, n° 45.

néanmoins des exceptions qui conduisent la Cour de cassation à exercer un pouvoir de police.

2. Les dérogations au principe : le pouvoir de police de la Cour de cassation

206. L'intérêt à se pourvoir est parfois apprécié à un autre jour que celui du prononcé de la décision critiquée. La Cour de cassation s'intéresse aux conséquences virtuelles de l'arrêt en cause, lorsque celles-ci sont susceptibles d'entraîner un préjudice futur⁷⁰⁴. En outre, l'annulation⁷⁰⁵ ou la rétractation⁷⁰⁶ ultérieures de l'acte juridictionnel provoquent la disparition de l'intérêt à se pourvoir⁷⁰⁷.

207. Le contrôle exercé en matière d'assistance éducative illustre ces difficultés. La Cour juge que le caractère provisoire attaché aux mesures prises dans le cadre de la procédure d'assistance éducative empêche d'accueillir le pourvoi, si la décision critiquée a cessé de produire effet⁷⁰⁸. Cette irrecevabilité résulte de la disparition de l'objet du pourvoi, mais le défaut d'intérêt né et actuel est sous-jacent. Le contrôle est possible, puisque la décision critiquée existe. Or la Cour refuse d'examiner sa conformité aux règles de droit en vigueur. Cette dérive a été dénoncée par la doctrine⁷⁰⁹. L'encadrement temporel des mesures d'assistance éducative, associé aux délais de jugement des pourvois, nuit à l'efficacité du contrôle de légalité⁷¹⁰. La reconnaissance d'un pouvoir de police de l'instance au profit du juge est nécessaire, mais il importe de trouver un juste équilibre entre l'irrecevabilité d'une demande promettant de riches enseignements sur la légalité de la décision attaquée, et son admission, qui encombre parfois inutilement la juridiction.

208. Les conditions de recevabilité du pourvoi tenant à la qualité et à l'intérêt pour agir résultent de la théorie générale de l'action. Leur sanction est identique devant

⁷⁰⁴ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 24 mars 1965, *Bull. civ.* II, n° 300.

⁷⁰⁵ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 8 mars 1957, *Bull. civ.* II, n° 216 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1957, *Bull. civ.* I, n° 454.

⁷⁰⁶ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1949, *Bull. civ.* I, n° 98.

⁷⁰⁷ THERY, P., « A quel moment apprécier la recevabilité d'une demande ? ou l'intérêt ne se perd pas en route... », *RTD Civ.* 2006. 604.

⁷⁰⁸ MASSIP, J., « Assistance éducative, pourvoi sans objet et droits de la défense », *D.* 2000. JP. 678.

⁷⁰⁹ MASSIP, J., « Autorité parentale. Assistance éducative. Décision ayant épuisé ses effets. Pourvoi sans objet. », note sous arrêts, *Rép. Defr.* 1998. 1028.

⁷¹⁰ MASSIP, J., art. préc.

les juges du fond et la Cour de cassation. Il s'agit de fins de non-recevoir⁷¹¹, relevées d'office par le juge⁷¹². Les parties à l'instance doivent être capables d'ester en justice, mais aussi avoir intérêt et qualité à agir, sous peine de voir le pourvoi déclaré irrecevable. En droit de la famille, leur représentation est également indispensable.

§2. La représentation et l'assistance des parties devant la Cour de cassation

209. L'auteur d'un pourvoi doit être représenté devant la Cour de cassation⁷¹³, par un avocat aux Conseils qui accomplit en son nom les actes de la procédure (A). La mise en œuvre de cette obligation suscite toutefois des difficultés (B).

A. L'obligation de représentation des parties devant la Cour de cassation

210. Selon le Code de procédure civile, « *les parties sont tenues, sauf disposition contraire, de constituer un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* »⁷¹⁴. Le champ d'application de cette disposition tend à s'accroître (1), confortant le monopole de représentation des avocats aux Conseils (2).

1) La soumission du droit de la famille à l'obligation de représentation

211. L'obligation de représentation des parties devant la Cour de cassation est une exigence presque aussi ancienne que la juridiction elle-même. La règle est imposée par les textes⁷¹⁵ (a). Sa violation rend le pourvoi irrecevable (b).

⁷¹¹ CPC, art 122.

⁷¹² CPC, art. 125.

⁷¹³ CPC, art. 973.

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ Supprimé de 1790 à 1817, ce barreau a ensuite été rétabli grâce à la vigoureuse instance de la Cour de cassation elle-même. Voir : BORE, J., « La fonction d'avocat auprès des Cours suprêmes », *D.* 1989. Chron. XXV.

a) Fondement et portée de l'obligation de représentation devant la Cour de cassation

212. Le domaine de la procédure avec représentation obligatoire concerne dorénavant l'ensemble des pourvois en droit de la famille⁷¹⁶. La Cour de cassation a encouragé cette évolution, en suggérant une extension de la représentation obligatoire devant toutes les chambres dans plusieurs de ses rapports annuels⁷¹⁷. Les questions relatives à l'assistance éducative⁷¹⁸, à la délégation de l'autorité parentale, à la déchéance ou au retrait partiel⁷¹⁹ échappèrent longtemps à cette exigence. Les parties à l'instance sont assujetties au respect de ce principe, à l'exception évidente du ministère public.

213. La Cour de cassation a rappelé l'importance de la représentation à maintes reprises. Elle conclut à l'irrecevabilité du pourvoi formé sans constitution d'avocat dans une matière qui y était soumise à représentation⁷²⁰. Le non-respect des dispositions de l'article 973 du Code de procédure civile oblige à rejeter l'intégralité de la demande, y compris la question prioritaire de constitutionnalité contenue dans le mémoire associé⁷²¹ et quand bien même l'intéressé se serait vu refuser le bénéfice de l'aide juridictionnelle⁷²². Une disposition légale expresse est indispensable pour être dispensé du ministère d'avocat, ce qui n'est pas le cas en droit de la famille. La représentation des parties au cours de l'instance de cassation apparaît comme un gage de bonne justice⁷²³.

⁷¹⁶ Décr. n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile.

⁷¹⁷ Voir entre autres : DUFOUR, O., « Le rapport annuel 2001 met l'accent sur les libertés », *LPA*, n° 96, 14 mai 2002, p. 3 ; et du même auteur, « Le rapport annuel 2000 de la Cour de cassation », *LPA*, n° 91, 8 mai 2001, p. 3.

⁷¹⁸ CPC, art. 1996 ancien.

⁷¹⁹ CPC, art. 1209 ancien.

⁷²⁰ Voir par ex. : Cass. Soc. 10 jan. 2006, n° 05-41.986, *Bull. civ. V*, n° 2 ; Cass. Com. 11 fév. 2003, n° 02-12.761 ; Cass. 2^e civ., 21 fév. 2000, n° 99-13.718 ; Cass. 3^e civ., 17 jan. 1990, n° 89-16.021.

⁷²¹ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2011, n° 11-60.240, *Constitutions* 2013, p. 73, obs. BARTHELEMY et BORE.

⁷²² Cass. 1^{ère} civ., 21 jan. 1992, n° 89-21.709, *Bull. civ. I*, n° 17, *D.* 1992. JP. 498, obs. MASSIP.

⁷²³ L'obligation d'être représenté au cours de l'instance en cassation est justifiée par le souci de désengorger la Cour, notamment par « le caractère dissuasif du coût de la procédure pour le justiciable. [La règle] permet ensuite à l'avocat aux Conseils d'éclairer son client sur les chances d'aboutissement d'un pourvoi afin d'éviter les recours inutiles. Enfin, elle donne un rôle à l'avocat aux Conseils au regard d'une bonne administration de la justice en facilitant la tâche du juge de cassation par l'argumentation juridique cohérente qu'il apporte », AUDEBERT, S., note sous arrêt, Cass. 2^e civ., 31 jan. 1996, *D.* 1997. JP. 246.

b) La finalité de l'exigence de représentation devant la Cour de cassation

214. En droit de la famille, comme en tout autre domaine, l'obligation de représentation devant la Cour de cassation poursuit un but précis et présente des avantages⁷²⁴. Elle favorise l'égalité entre tous les plaideurs⁷²⁵ et tend à faciliter le travail de la Cour en évitant les pourvois inutiles et mal fondés⁷²⁶. En dépit des économies qu'elle permettrait, la dispense de représentation ne profiterait guère aux justiciables⁷²⁷. La démarche serait « *plus démagogique que vraiment sociale* »⁷²⁸. Une étude a démontré que les cassations sont proportionnellement moins fréquentes dans les procédures dispensées de représentation, quelle que soit la matière à laquelle le pourvoi a trait⁷²⁹. Les causes de ce phénomène sont connues⁷³⁰. Les connaissances des justiciables ne permettent pas de pallier la complexité de la technique de cassation⁷³¹. La soumission de toutes les questions relatives au droit de la famille à la procédure avec représentation obligatoire augmente les chances de succès d'un pourvoi. Elle favorise l'égalité d'accès à la Cour de cassation⁷³², par l'intermédiaire des avocats aux Conseils.

2) Le monopole de représentation des avocats aux Conseils

215. Les avocats auprès de la Cour de cassation appartiennent à l'ordre des avocats aux Conseils (a). La légitimité de leur monopole est reconnue en droit interne et en droit européen (b).

⁷²⁴ DUFOUR, O., art. préc.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ CANIVET, G., « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », *LPA*, n° 238, 28 nov. 2002, p. 15.

⁷²⁸ PERDRIAU, A., « La « duperie » que constituent les facilités données pour accéder à la Cour de cassation », *JCP G.* 1997. I. 4063.

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ NADAL, J.-L. et GHALEH-MARZBAN, P., *L'extension de la procédure avec représentation obligatoire devant la Cour de cassation : le point de vue du parquet général*, in *Mél. Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 353.

⁷³¹ CANIVET, G., art. préc., p. 19.

⁷³² *Ibid.*

a) Les avocats aux Conseils

216. L'accès à la profession d'avocats aux Conseils⁷³³ exige d'effectuer un stage spécial au sein d'un cabinet d'avocats aux conseils et la délivrance d'un certificat de fin de formation délivré par le conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils. Nul ne peut prétendre à ce titre sans avoir été préalablement inscrit pendant un an au stage ou au tableau d'un barreau. L'obtention du certificat d'aptitude à la profession d'avocat aux Conseils est également indispensable. Les règles gouvernant l'exercice de la profession sont strictes. Cette rigidité va de pair avec la nature même de la mission. Dotés du statut d'officier ministériel⁷³⁴, ces auxiliaires de justice jouent un rôle essentiel auprès de l'ordre administratif et judiciaire. Leur grande spécialisation participe à l'efficacité des recours portés devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat et facilite l'harmonisation de leurs jurisprudences⁷³⁵.

217. La constitution d'un avocat aux Conseils est une condition de recevabilité de la déclaration de pourvoi⁷³⁶. Sa signature est requise pour la validité de la déclaration⁷³⁷. De même, l'acte de signification du recours adressé au défendeur par le greffe oblige celui-ci à constituer avocat aux Conseils. A défaut, l'arrêt à intervenir ne pourra pas être frappé d'opposition⁷³⁸. En outre, le mémoire ampliatif est régulier sous réserve qu'il soit signé par l'avocat aux Conseils. Au-delà de ces obligations légales, il assume également une mission de conseil d'origine coutumière en délivrant des consultations sur les chances de succès du pourvoi envisagé⁷³⁹. Cette pratique aide à la compréhension du rôle de la Cour de cassation par les justiciables⁷⁴⁰. L'intervention de l'avocat aux Conseils facilite aussi l'acceptation de la décision par le justiciable⁷⁴¹.

⁷³³ Décr. n° 91-1125 du 28 octobre 1991, *JORF*, n° 9, 11 jan. 1991, p. 552 ; Décr. n° 2002-76 du 11 janvier 2002, *JORF*, 12 jan. 2002, p. 1087.

⁷³⁴ Le statut d'officier ministériel des avocats aux Conseils a une origine très ancienne. Il fut pour la première fois consacré par l'Edit de Louis XIV du 2 septembre 1643, qui créa 160 avocats au conseil du roi. Voir : GUGLIELMI, G., *Origine et fondement de l'Ordre. Solis fas cernere solem*, in *Les avocats au conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, GONOD, P. (dir.), Dalloz, 2002, p. 7.

⁷³⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 15.11.

⁷³⁶ CPC, art. 975.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ CPC, art. 980.

⁷³⁹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 50, n° 15.11.

⁷⁴⁰ NADAL, J.-L. et GHALEH-MARZBAN, P., *op. cit.*, p. 359.

⁷⁴¹ *Ibid.*

Véritable interface⁷⁴² entre le justiciable et la Cour de cassation, l'avocat aux Conseils oeuvre au bon déroulement de la procédure, tout en participant à la compréhension des fonctions de la Cour de cassation. Le monopole dont il dispose a pourtant suscité le débat.

b) La reconnaissance du monopole des avocats aux Conseils

218. Les avocats inscrits à l'ordre des avocats aux Conseils sont seuls autorisés à représenter les parties à l'instance devant la Cour. Ce monopole, en vigueur depuis 1817, est contesté par certains⁷⁴³. La principale critique vise la restriction du droit à l'exercice des voies de recours ainsi que l'augmentation de leur coût qui résulte pour partie de la limitation en nombre des avocats aux Conseils⁷⁴⁴. Mais ces arguments peuvent aisément être réfutés par l'examen des pourvois. Il est avéré que le rôle confié par la loi à l'avocat aux Conseils sert la cause du justiciable⁷⁴⁵. Les consultations préalables organisées par ces auxiliaires de justice permettent de réduire l'encombrement de la juridiction. De plus, la spécialisation des avocats auprès de la Cour de cassation maintient le caractère extraordinaire du pourvoi. Confier la représentation des parties à des avocats ordinaires, moins familiers de la technique de cassation, pourrait créer un risque d'assimilation à un troisième degré de juridiction. Sous le gouvernement Mauroy, une commission avait conclu que le maintien d'un ordre spécialisé auprès des cours suprêmes était souhaitable⁷⁴⁶. La question ne se posait d'ailleurs plus vraiment en droit interne, les avantages du système de représentation devant la Cour de cassation ayant été démontrés. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme approuva ce système dans son arrêt *Voisine contre France*⁷⁴⁷, jugeant que la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation pouvait justifier de réserver aux avocats spécialisés le monopole de la prise de parole⁷⁴⁸. L'affaire n'avait pas directement trait au monopole de représentation des

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ BERLIOZ, G., « Le droit français des affaires et ses praticiens face à 1992 », *JCP*, 1989. I. 3383. Voir également : RICHER, L., *Le monopole*, in *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, GONOD, P., (dir.), Dalloz, 2002, p. 21.

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ PERDRIAU, A., art. préc.

⁷⁴⁶ BORE, J., art. préc.

⁷⁴⁷ CEDH, 8 fév. 2000, *Voisine c/ France*, req. n° 27362/95. Voir : MARGUENAUD, J.-P., « Le droit de se défendre soi-même contre les conclusions du parquet de cassation », *RTDH*, 2001, n° 47, p. 825.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

avocats aux Conseils devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. En l'espèce, le requérant se plaignait de ne pas avoir bénéficié d'une communication des conclusions de l'avocat général lors de l'instance devant la chambre criminelle. La Cour avait conclu à la violation de son droit à un procès équitable, tout en reconnaissant et en confortant le monopole de représentation des avocats aux Conseils⁷⁴⁹.

219. L'analyse de l'arrêt autorise sa transposition en matière civile, selon la doctrine majoritaire⁷⁵⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs confirmé cette approche dans une affaire civile⁷⁵¹, tandis que la Cour de cassation a retenu la même solution dans une espèce relative à une contestation d'honoraires⁷⁵², conformément à sa jurisprudence antérieure⁷⁵³. Le monopole des avocats aux Conseils est aussi admis par l'Union européenne⁷⁵⁴. Une directive, relative à l'exercice de la profession d'avocats dans les Etats membres, envisage expressément l'établissement de règles visant le recours à des avocats spécialisés devant les cours suprêmes, pour assurer le bon fonctionnement de la justice⁷⁵⁵. Le monopole de représentation dont disposent les avocats aux Conseils et le principe de la représentation obligatoire en droit de la famille présentent donc une indubitable utilité, malgré la persistance de difficultés.

⁷⁴⁹ THIERRY, J., « Communication des conclusions de l'avocat général et monopole de représentation des parties par les avocats à la Cour de cassation. L'arrêt Voisine de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2000. JP. 651.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ CEDH, 26 juil. 2002, *Meftah et autres c/ France*, req. n° 32911/96, n° 35237/97 et 34595/97. Voir : PUECHAVY, M., *RTDH*, n° 56, 2003, p. 1345.

⁷⁵² Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2000, n° 99-15.696, *Bull. civ. I*, n° 136. Voir : FRICERO, N., « Obligation de constituer avocat à la Cour de cassation et Convention EDH », *D.* 2000. JP. 649.

⁷⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 21 jan. 1992, préc.

⁷⁵⁴ Directive 98/5/CE du 16 fév. 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat autre que celui où la qualification a été acquise.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

B. La mise en œuvre de l'obligation de représentation devant la Cour de cassation

220. Bien qu'il mérite approbation, le rôle des avocats aux Conseils peut entrer en confrontation avec le droit au pourvoi (1). La soumission du droit de la famille à la procédure avec représentation obligatoire oblige à s'interroger sur le bénéfice de l'aide juridictionnelle pour le justiciable (2).

1) La protection du droit au pourvoi

221. Le pourvoi « *tend à faire censurer la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* »⁷⁵⁶. La généralité des termes employés révèle la volonté d'ouvrir assez largement la voie de la cassation⁷⁵⁷. Le Conseil constitutionnel a également rappelé que le pourvoi constitue pour les justiciables une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient à la loi de fixer les règles⁷⁵⁸. La formule incite à rapprocher le droit au pourvoi d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁷⁵⁹. Il n'est toutefois pas inclus parmi les composantes du droit à un procès équitable⁷⁶⁰, qui concerne surtout les juridictions du fond et ne requiert pas l'existence de juridictions supérieures selon la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁶¹. En revanche, lorsque ces voies de recours existent, le droit au recours doit être effectif et respecter les conditions de l'article 6§1 de la Convention. Selon une jurisprudence constante, la Convention a pour but de protéger des droits « *non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* »⁷⁶². La Cour européenne des droits de l'homme s'est donc prononcée sur les conditions du pourvoi, et deux tendances se dégagent de cette

⁷⁵⁶ CPC, art. 604.

⁷⁵⁷ « *Dès lors, s'il est exact que le pourvoi en cassation est une procédure dite « extraordinaire », c'est uniquement parce qu'il repose sur une technique et sur des bases juridiques spécifiques qui le distinguent des autres voies de recours, mais nullement parce qu'il aurait un caractère exceptionnel* » - BARTHELEMY, J., *Le droit au pourvoi*, in *Le juge entre deux millénaires*, Mél. Pierre Drai, Dalloz, 2000, p. 185.

⁷⁵⁸ Cons. const. 14 mai 1980, n° 80-113 L.

⁷⁵⁹ BARTHELEMY, J., *op. cit.*, p. 191.

⁷⁶⁰ Voir par ex. : CEDH, 23 oct. 1996, *Levages prestations contre France*, req. n° 21920/93 ; CEDH, 19 fév. 1998, *Higgins c/ France*, req. n° 20124/92.

⁷⁶¹ CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, req. n° 9186/80.

⁷⁶² Voir par ex. : CEDH, 13 mai 1980, *Artico c/ Italie*, req. n° 6694/74 ; CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73. Voir : BORE, L., « La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, n° 3, 16 jan. 2002, I. 104.

jurisprudence abondante⁷⁶³. En premier lieu, la Cour prend fréquemment en considération la nature particulière de la fonction de cassation pour statuer sur les affaires qui lui sont soumises. Elle accepte certaines restrictions au droit à un procès équitable⁷⁶⁴, notamment à l'égard de la procédure suivie devant la Cour de cassation⁷⁶⁵. Mais une limite essentielle demeure : les restrictions d'accès au juge de cassation doivent poursuivre un but légitime et révéler un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé⁷⁶⁶. En second lieu, en aucun cas, elles ne doivent porter atteinte à la substance même du droit à un tribunal. Or les frais générés par la constitution d'un avocat aux Conseils sont conséquents, notamment pour les parties à une instance en droit de la famille. L'aide juridictionnelle revêt par conséquent une importance primordiale.

2) Le bénéfice de l'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation

222. La soumission du droit de la famille à la procédure avec représentation obligatoire suppose qu'une aide juridictionnelle soit organisée (a). Les conditions de son obtention doivent être précisées (b).

a) Le droit à l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation

223. L'aide juridictionnelle permet à une personne, lorsque ses ressources sont insuffisantes, d'exercer ses droits en justice⁷⁶⁷. Le système est ancien. Il s'est développé sous l'influence des juridictions ecclésiastiques⁷⁶⁸. Depuis, l'aide juridictionnelle a remplacé l'aide judiciaire⁷⁶⁹, et le principe a été étendu à la matière gracieuse ainsi qu'à l'aide à l'accès au droit. Le juge veille sur son respect, condition du droit à un procès équitable⁷⁷⁰. L'aide juridictionnelle peut être demandée devant toute juridiction. Durant

⁷⁶³ Voir par ex. : CEDH, 19 fév. 1998, *Higgins c/ France*, req. n° 20124/92, *RTD Civ.* 1998.516, obs. MARGUENAUD. Voir sur ce point : GUINCHARD, S., *op. cit.*, p. 769 et s.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ PICCA, G. et SAURET, A., « La spécificité de la procédure devant la Cour de cassation au regard de l'article 6 de la C.E.D.H. (C.E.D.H., 25 janvier 2000) », *LPA*, n° 160, 11 août 2000, p. 6.

⁷⁶⁶ Voir : CEDH, 29 juil. 1998, *Guérin c/ France*, n° 51/1997/835/1041.

⁷⁶⁷ CORNU, G., *op. cit.*, p. 51.

⁷⁶⁸ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 211, n° 219.

⁷⁶⁹ L. n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, *JORF*, 13 juil. 1991, n° 0161, p. 9170.

⁷⁷⁰ WAQUET, P., « L'office du juge en matière d'aide juridictionnelle », *D.* 2005. 2827.

l'année 2014, 23% des admissions à son bénéfice concernaient les procédures devant le juge aux affaires familiales⁷⁷¹. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le système participe à l'effectivité du droit d'accès à un tribunal⁷⁷². Les Etats parties ne sont toutefois pas contraints de l'instaurer, du moins en matière civile⁷⁷³. La Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne est plus exigeante, en énonçant que l'aide juridictionnelle « *est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* »⁷⁷⁴. En effet, la mise en place d'un tel dispositif est indispensable, surtout quand la loi oblige à être représenté par un avocat pendant l'instance.

224. Les conditions d'attribution de l'aide juridictionnelle ne sont pas rigoureusement identiques selon que la partie en demande le bénéfice devant les juges du fond ou la Cour de cassation. Aux termes de la loi du 10 juillet 1991, « *l'aide juridictionnelle est accordée à la personne dont l'action n'apparaît pas, manifestement, irrecevable ou dénuée de fondement* »⁷⁷⁵. Le même texte précise que « *l'aide juridictionnelle est refusée au demandeur si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé* »⁷⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'homme jugea d'abord cette exigence contraire au droit à un procès équitable⁷⁷⁷, avant d'infléchir ensuite sa position dans l'affaire *Gnhaoré contre France*⁷⁷⁸. En l'espèce, un père de famille ivoirien entendait se pourvoir en cassation contre une ordonnance de placement provisoire concernant son fils. Faute de ressources suffisantes, il demanda le bénéfice de l'aide juridictionnelle, mais il lui fut refusé au motif que le bureau de l'aide juridictionnelle et le premier président, saisi sur recours, avaient conclu à l'absence de moyen de cassation sérieux à l'appui du

⁷⁷¹ CAMUS, B., « Les chiffres clés de la Justice 2014 », www.justice.gouv.fr.

⁷⁷² CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, préc.

⁷⁷³ « *Quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer ; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice* » - *ibid.*

⁷⁷⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, art. 47.

⁷⁷⁵ L. n° 91-1266 du 10 juillet 1991, préc.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ CEDH, 30 juil. 1998, *Aerts c/ Belgique*, req. n° 25. 357/94, D. 1999. Somm. 270, obs. FRICERO. En l'espèce, la Cour a jugé l'exigence contraire au droit à un tribunal, estimant que seule la Cour de cassation était en droit d'apprécier le caractère sérieux du motif avancé par le plaideur, sans que le bureau de l'aide juridictionnelle ne puisse se substituer à elle pour ce faire.

⁷⁷⁸ CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré c/ France*, req. n° 40031/98.

pourvoi. Ayant saisi la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant dénonçait une atteinte à son droit à un procès équitable⁷⁷⁹. Il fut débouté. S'agissant d'une mesure d'assistance éducative, matière dispensée de représentation obligatoire à cette époque, il pouvait se pourvoir sans l'aide juridictionnelle. Le système mis en place par le législateur français offrant des garanties substantielles aux individus⁷⁸⁰ et un recours contre le refus d'octroi étant toujours possible⁷⁸¹, l'exigence d'un moyen sérieux à l'appui du pourvoi fut jugée conforme aux exigences conventionnelles. Cette solution fut reprise et consacrée dans des affaires portant sur des matières soumises à représentation obligatoire⁷⁸².

225. Le rôle et la composition du bureau de l'aide juridictionnelle ont aussi été approuvés par la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁸³. Réunissant magistrats spécialisés et auxiliaires de justice rompus aux subtilités de la technique de cassation, le bureau de l'aide juridictionnelle est compétent pour la tâche qui lui est confiée⁷⁸⁴. Ses décisions sont dépourvues d'autorité de chose jugée et ne constituent en aucun cas un pré-jugement de l'affaire sur le fond⁷⁸⁵. En outre, les conditions particulières prévues par la loi pour bénéficier de l'aide emportent aussi la conviction⁷⁸⁶, car le principe d'une assistance gratuite accordée sans condition est « *aberrant et chimérique (...)* »⁷⁸⁷. La prise en compte des impératifs économiques est une nécessité absolue qui conditionne la survie de l'aide juridictionnelle. Constante, la jurisprudence européenne admet le système d'assistance judiciaire mis en place auprès de la Cour de cassation et la procédure permettant son obtention.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ CEDH, 26 fév. 2002, *Del Sol c/ France*, préc.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² CEDH, 26 fév. 2002, *Del Sol c/ France*, préc. ; CEDH, 26 fév. 2002, *Essaadi c/ France*, req. n° 49384/99.

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 54, n° 16.25.

⁷⁸⁵ PERDRIAU, A., « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *Gaz. Pal.*, 23 mai 2002, p. 3.

⁷⁸⁶ Voir par ex. : CEDH, *Gnahoré c/ France*, préc. ; *Del Sol c/ France*, préc.

⁷⁸⁷ BARTHELEMY, J., *op. cit.*, p. 188.

b) La demande auprès du bureau de l'aide juridictionnelle

226. Le bénéfice de l'aide juridictionnelle est réservé aux personnes physiques de nationalité française, aux étrangers ayant en France leur résidence habituelle et régulière, et aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne⁷⁸⁸. En matière civile, l'aide est accordée aux étrangers mineurs sans condition de résidence⁷⁸⁹. Les personnes ne remplissant pas ces conditions peuvent aussi y prétendre, mais à titre exceptionnel « *lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès* »⁷⁹⁰. Le demandeur à l'aide juridictionnelle doit justifier de ressources mensuelles moyennes inférieures au plafond fixé le 1^{er} janvier de chaque année, selon l'évolution de la tranche la plus basse de l'impôt sur le revenu⁷⁹¹. Seuls les douze derniers mois de l'année civile en cours servent de base au calcul⁷⁹², à l'exclusion des prestations sociales et familiales versées⁷⁹³. Il est utile de préciser qu'en cas de divorce sur requête conjointe, chacun des époux peut demander à bénéficier de l'aide juridictionnelle, même si l'avocat est commun au couple⁷⁹⁴. Le calcul oblige à prendre en considération les pensions pour l'entretien des enfants mineurs dans l'assiette d'évaluation des ressources⁷⁹⁵. En outre, le mineur entendu en justice dans une procédure le concernant bénéficie de plein droit de l'aide juridictionnelle, s'il choisit d'être assisté par un avocat ou si le juge lui en désigne un⁷⁹⁶.

227. Lorsque l'intéressé y est autorisé par la loi ou qu'une dérogation exceptionnelle a été accordée⁷⁹⁷, la demande aux fins d'obtention de l'aide juridictionnelle est adressée au bureau de l'aide juridictionnelle auprès la Cour de cassation⁷⁹⁸, avant ou après l'instance relative au pourvoi⁷⁹⁹. « *Outre son président et son vice-président, le bureau établi près la Cour de cassation comprend : deux membres*

⁷⁸⁸ L. 10 juil. 1991, art. 3.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ L. 10 juil. 1991, art. 4.

⁷⁹² Décr. 19 déc. 1991, art. 1^{er}.

⁷⁹³ Décr. 19 déc. 1991, art. 2.

⁷⁹⁴ Bur. Sup. aide jud., 20 fév. 1978, *D.* 1978. 467, note LAROCHE de ROUSANE.

⁷⁹⁵ Bur. Sup. aide jud., 30 avr. et 8 oct. 1974, *D.* 1975. 582, note LAROCHE de ROUSANE.

⁷⁹⁶ L. 10 juil. 1991, art. 9-1.

⁷⁹⁷ L. 10 juil. 1991, art. 6.

⁷⁹⁸ L. 10 juil. 1991, art. 14.

⁷⁹⁹ L. 10 juil. 1991, art. 18.

choisis par la Cour de cassation, deux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, un représentant du ministre chargé du budget, un représentant du ministre chargé de l'aide sociale, un membre désigné au titre des usagers »⁸⁰⁰, nommés par le premier président de la Cour de cassation après consultation de la Cour⁸⁰¹. Tous sont soumis au respect du secret professionnel⁸⁰².

228. Les membres du bureau apprécient les critères d'attribution de l'aide juridictionnelle pour l'instance considérée⁸⁰³. Le dépôt de la demande entraîne l'interruption des délais de la procédure, qui recommencent à courir après la notification de la décision du bureau de l'aide juridictionnelle à celui qui l'a requise⁸⁰⁴. L'accueil de la demande est subordonné à l'indication de nombreuses mentions obligatoires⁸⁰⁵ et pièces justificatives⁸⁰⁶. Le bureau, une fois saisi, peut aussi faire recueillir tous renseignements et faire procéder à toutes auditions⁸⁰⁷ afin de vérifier la recevabilité de la requête et le sérieux du moyen de cassation allégué. Ces conditions de fond ne sont pas vérifiées lorsque la partie qui demande le bénéfice de l'aide juridictionnelle est le défendeur devant la Cour⁸⁰⁸.

229. En cas de refus d'octroi total ou partiel, la décision prise par le bureau d'aide juridictionnelle près la Cour de cassation peut faire l'objet d'un recours auprès du président de l'Ordre des avocats aux Conseils⁸⁰⁹. De même, si le bureau découvre que l'aide a été obtenue suite à des déclarations mensongères ou si son bénéficiaire dispose de nouvelles ressources qui auraient conduit au rejet de la demande, le retrait de l'aide accordée peut être demandé⁸¹⁰. Il emporte l'obligation de restituer immédiatement les sommes versées⁸¹¹. L'aide juridictionnelle permet à l'intéressé de bénéficier de l'assistance d'un avocat aux Conseils, rémunéré à titre principal par l'Etat. Elle sert sans

⁸⁰⁰ Décr. 19 déc. 1991, art. 16.

⁸⁰¹ Décr. 19 déc. 1991, art. 11.

⁸⁰² L. 10 juil. 1991, art. 17.

⁸⁰³ BORE, L. et J., *op. cit.*, p. 52, n° 16.21.

⁸⁰⁴ Décr. 19 déc. 1991, art. 39.

⁸⁰⁵ Décr. 19 déc. 1991, art. 33.

⁸⁰⁶ Décr. 19 déc. 1991, art. 34.

⁸⁰⁷ Décr. 19 déc. 1991, art. 42.

⁸⁰⁸ L. 10 juil. 1991, art. 7.

⁸⁰⁹ L. 10 juil. 1991, art. 23.

⁸¹⁰ L. 10 juil. 1991, art. 50 et s.

⁸¹¹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 55, n° 16.43.

aucun doute l'intérêt du justiciable, d'autant que les chambres civiles de la Cour de cassation semblent éviter de prononcer des non-admissions à l'encontre de demandeurs ayant obtenu l'aide juridictionnelle pour se pourvoir⁸¹².

230. Le système participe à l'efficacité du droit au pourvoi, en favorisant l'égalité de tous devant la Cour. L'obstacle principal à l'octroi de l'aide juridictionnelle réside dans l'exigence d'un moyen sérieux invoqué à l'appui du pourvoi en cassation. L'obligation ou la dispense de représentation n'ont théoriquement pas d'incidence en la matière. D'ailleurs, seule l'analyse de la procédure avec représentation obligatoire s'impose dans le cadre de cette étude, puisque le droit de la famille y est soumis.

II. La procédure du pourvoi dirigé contre un jugement en droit de la famille

231. La procédure devant la Cour de cassation obéit aux règles du Code de procédure civile, mais aussi à des usages et coutumes qui se sont développés au fil des temps⁸¹³. Elle est écrite et suppose la production de pièces et mémoires dont la forme et le fond sont strictement encadrés⁸¹⁴. La procédure ordinaire est commune à toutes les instances soumises à représentation obligatoire. Son examen est toutefois nécessaire pour décrire le déroulement de l'instance devant la Cour de cassation (§1). En effet, les diverses étapes rythmant la procédure influent sur la célérité de la justice de cassation, alors que la dimension privée, voire intime des litiges familiaux oblige parfois à une réponse judiciaire accélérée, afin de préserver la paix et l'équilibre des familles. Le traitement du pourvoi peut donc connaître des aménagements (§2).

⁸¹² PERDRIAU, A., « La non admission des pourvois », *JCP* 2002. I. 181, n° 47.

⁸¹³ Voir par ex. : BOUGLE, C., « Au cœur des « traditions mystérieuses de la Cour de cassation », *D.* 2006. 1991.

⁸¹⁴ Voir par ex. : PERDRIAU, A., « Les écritures des procès civils devant la Cour de cassation », *JCP G.* 1991. Doctr. 3479.

§1. La soumission du droit de la famille à la procédure ordinaire

232. La soumission du droit de la famille à l'obligation de représentation participe à l'unité de la procédure. L'introduction du pourvoi, comme son instruction, obéissent aux règles ordinaires devant la Cour de cassation (A). La phase de jugement de la demande est identique en toutes circonstances (B).

A. Les étapes spécifiques de la procédure ordinaire

233. Lorsque la matière est soumise à la représentation obligatoire, le pourvoi en cassation fait l'objet d'un encadrement procédural strict. Son traitement impose l'introduction régulière de la demande (1), afin que l'instruction de l'affaire puisse débiter (2).

1) La formation du pourvoi en cassation

234. Selon l'article 974 du Code de procédure civile, « *le pourvoi en cassation est formé par déclaration au greffe de la Cour de cassation* ». Cette déclaration répond à des conditions précises (a), introduit l'instance en cassation et fait courir les délais de la procédure (b).

a) La recevabilité de la déclaration de pourvoi

235. Le contenu de la déclaration de pourvoi est soumis à un formalisme important, prescrit à peine d'irrecevabilité de la demande (1). Les conditions entourant son dépôt doivent également être précisées (2).

1. Le contenu de la déclaration de pourvoi en cassation

236. Le dépôt d'un acte de déclaration de pourvoi déclenche la procédure devant la Cour de cassation⁸¹⁵. La matière étant soumise à représentation obligatoire, la

⁸¹⁵ CPC, art. 975 et 976.

constitution préalable d'un avocat aux Conseils est exigée. La signature de l'auxiliaire de justice est une condition de recevabilité du recours. Par exemple, il a été jugé que l'indication d'une mention erronée dans le récépissé de déclaration, faisant croire à une dispense de représentation, n'avait pas d'incidence sur le rejet du pourvoi par la Cour de cassation⁸¹⁶. La constitution ultérieure d'avocat ne permet pas de régulariser la situation⁸¹⁷. Le pourvoi est en principe déclaré irrecevable⁸¹⁸, mais le juge peut également prononcer un non-lieu à statuer⁸¹⁹.

237. La signature de l'avocat aux Conseils ne suffit pas à établir son mandat de représentation. Le Code de procédure civile exige que la déclaration de pourvoi indique la constitution d'avocat au titre des mentions obligatoires. La mention des noms, prénoms et domicile du demandeur et du défendeur à la cassation, ainsi que l'indication de la décision attaquée⁸²⁰ sont indispensables. Le cas échéant, l'acte précise les chefs du jugement auxquels le pourvoi est limité⁸²¹. L'omission de ces mentions n'est pas aussi sévèrement sanctionnée que l'absence de signature de la déclaration de pourvoi par l'avocat aux Conseils. Ce vice de forme est une cause de nullité à condition de porter grief⁸²². La jurisprudence considère l'acte recevable lorsque l'identification du demandeur, du défendeur et de la décision critiquée est rendue possible de manière certaine par les autres éléments de la procédure⁸²³. La solution est ancienne⁸²⁴ et constante⁸²⁵. La déclaration de pourvoi, dûment rédigée et signée par l'avocat aux Conseils, est alors déposée.

⁸¹⁶ Cass. 2^e civ., 31 jan. 1996, n° 94-19.832, *Bull. civ.* II, n° 19, *D.* 1997. JP. 246, note AUDEBERT.

⁸¹⁷ Cass. 2^e civ., 21 jan. 1954, *D.* 1954. Somm. 34.

⁸¹⁸ Cass. 2^e civ., 15 déc. 1960, *Bull. civ.* II, n° 775.

⁸¹⁹ Cass. 2^e civ., 31 jan. 1996, préc.

⁸²⁰ CPC, art. 975.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² CPC, art. 114.

⁸²³ Cass. 1^{ère} civ., 21 jan. 1981, *Bull. civ.* I, n° 24 ; Cass. 1^{ère} civ. 11 juil. 2006, *Bull. civ.* I, n° 370 ; Cass. Soc. 21 oct. 1948, *Bull. civ.* III, n° 881 ; Cass. Com. 21 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 291.

⁸²⁴ Voir par ex. : Cass. civ., 8 jan. 1856, *D.* 1856. 1. 12. ; Cass. civ., 12 déc. 1860, *D.* 1861.1.12.

⁸²⁵ FAYE, E., *op. cit.*, p. 229, n° 201.

2. Les formalités relatives au dépôt de la déclaration de pourvoi

238. L'article 976 du Code de procédure civile exige que la déclaration de pourvoi soit remise au greffe de la Cour de cassation « *en autant d'exemplaires qu'il y a de défendeurs, plus deux* ». Il s'agit là des seules pièces à joindre à l'acte déclaratoire. La présentation de la copie de la décision visée n'est plus exigée à ce stade de la procédure. Elle a lieu lors du dépôt du mémoire ampliatif⁸²⁶. De même, la consignation préalable du montant de l'amende encourue en cas de rejet du pourvoi n'a plus cours. Elle était autrefois requise afin de décourager le plaideur téméraire⁸²⁷ et d'opposer un obstacle à la multiplicité des pourvois⁸²⁸.

239. Une copie de la déclaration de pourvoi est adressée à chaque défendeur. Les deux documents restants servent de récépissé à leur auteur, tandis que l'original est conservé par le greffe de la Cour de cassation. La remise de la déclaration de pourvoi est constatée par l'apposition de la date et du visa du greffier sur tous les exemplaires. Le greffier est l'unique autorité habilitée à recevoir la déclaration de pourvoi⁸²⁹. L'acte déposé au greffe de la juridiction ayant rendu la décision critiquée est par conséquent irrecevable⁸³⁰. De même, nulle lettre, même recommandée, ne peut pas remplacer cette formalité⁸³¹.

240. Les conditions du dépôt de la déclaration de pourvoi ont été assouplies par l'arrêté du 17 juin 2008, qui substitue la voie électronique au support papier. Il s'agit là d'une innovation majeure. Les pourvois sont à présent déposés sous forme électronique, par le biais d'un intranet sécurisé. Chaque avocat aux Conseils dispose d'une clé USB pour signer électroniquement tous les actes de la procédure et assurer leur transmission à la Cour par le biais d'un tiers certificateur, dans un souci de dématérialisation des procédures juridictionnelles.

⁸²⁶ CPC, art. 979.

⁸²⁷ FAYE, E., *op. cit.*, p. 209, n° 188.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ FAYE, E., *op. cit.*, p. 226, n° 199.

⁸³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 1981, *Bull. civ. I*, n° 3 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1992, *Bull. civ. I*, n° 295 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1993, *Bull. civ. I*, n° 365.

⁸³¹ Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 1960, *Bull. civ. I*, n° 184 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1987, *Bull. civ. I*, n° 162. ; Cass. 2^e civ., 21 juin 1995, *Bull. civ. II*, n° 191 ; Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, *Bull. civ. II*, n° 205.

241. Les règles gouvernant la formation du pourvoi en cassation dans les matières soumises à représentation obligatoire sont particulièrement strictes. L'aide et l'assistance apportées par les avocats aux Conseils facilitent leur respect, notamment en droit de la famille. Le dépôt de l'acte, par voie électronique ou sous forme d'un écrit traditionnel, marque le début de l'instance.

b) Les conséquences du dépôt de la déclaration de pourvoi

242. Lorsque le greffier de la Cour de cassation a apposé sa signature sur la déclaration de pourvoi qui lui a été déposée, il effectue diverses diligences (1). En outre, la remise du document fait courir les délais de la procédure (2).

1. Les diligences à la charge du greffier suite au dépôt de la déclaration de pourvoi

243. Dès que le greffier a apposé la date et son visa sur les déclarations de pourvoi qui lui ont été déposées, il envoie par lettre simple un exemplaire au(x) défendeur(s)⁸³², rappelant au défendeur que s'il s'engage dans le lien d'instance, il est tenu de constituer avocat⁸³³. En cas de retour de courrier, le greffier informe l'avocat aux conseils ayant effectué le dépôt afin qu'il procède à une signification⁸³⁴. L'acte de signification, comme la lettre simple, mentionne l'obligation pour le défendeur de constituer avocat aux Conseils⁸³⁵. Il s'agit là de la seule obligation incombant au défendeur à ce stade de la procédure, avant que lui soit signifié le mémoire ampliatif.

2. Le dépôt de la déclaration de pourvoi, point de départ de la procédure

244. A l'évidence, la déclaration de pourvoi doit impérativement être apportée au greffe de la Cour de cassation dans le délai du recours. Ce dépôt marque le point de départ des délais spécifiques à la procédure ordinaire devant la Cour de cassation. Il a

⁸³² CPC, art. 977 al. 1.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ CPC, art. 977 al. 2.

⁸³⁵ *Ibid.*

d'ailleurs été précisé qu'en cas de différence entre la présentation de la déclaration et l'enregistrement, la date du pourvoi est celle du dépôt⁸³⁶.

245. A compter de ce jour, l'auteur du pourvoi dispose d'un délai de quatre mois pour remettre les autres pièces de la procédure. S'il ne présente pas de mémoire ampliatif dans ce délai, il est frappé de déchéance⁸³⁷. Il doit aussi déposer la copie de la décision critiquée et la copie de la décision confirmée ou infirmée par la décision attaquée, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office⁸³⁸. Les pièces invoquées à l'appui du pourvoi et une copie des dernières conclusions déposées par les parties devant la juridiction dont émane la décision critiquée sont également exigées⁸³⁹. Ces formalités sont concomitantes à la remise du mémoire ampliatif, qui marque le début de la phase d'instruction du pourvoi en cassation.

2) L'instruction du pourvoi en cassation

246. Pièce maîtresse de la procédure, le mémoire du demandeur contient divers éléments (a). Les circonstances de son dépôt ont été précisées (b). La partie en défense répond à cet écrit par un mémoire en défense, assorti d'un pourvoi incident le cas échéant (c).

a) Le contenu du mémoire ampliatif

247. Le mémoire en demande, communément appelé mémoire ampliatif, contient les moyens de cassation avancés par la partie qui introduit le pourvoi (1), ainsi que diverses pièces (2).

⁸³⁶ FAYE, E., *op. cit.*, n° 199.

⁸³⁷ CPC, art. 978.

⁸³⁸ CPC, art. 979.

⁸³⁹ CPC, art. 979-1.

1. Les moyens de cassation contenus dans le mémoire ampliatif

248. Le moyen de cassation critique la décision visée par le pourvoi⁸⁴⁰. Il est indispensable. En son absence, le pourvoi doit d'office être déclaré irrecevable⁸⁴¹. Sinon, le pourvoi est accueilli, mais l'irrecevabilité du ou des moyens entraîne en principe son rejet. C'est le cas lorsque l'argumentation n'obéit pas aux règles édictées par le Code de procédure civile⁸⁴². Il importe de différencier ces deux sanctions, l'une touchant directement au pourvoi, l'autre ne l'affectant que par ricochet⁸⁴³.

249. Les moyens de cassation contenus dans le mémoire ampliatif obéissent à des conditions de recevabilité formelle strictes⁸⁴⁴. Chacun ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture à cassation⁸⁴⁵. Le respect de cette exigence n'est pas simple. La première difficulté tient à la définition de la notion. Selon l'article 604 du Code de procédure civile, « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». La contrariété vis-à-vis de la loi constitue donc un cas d'ouverture à cassation. Or en imposant à l'auteur du pourvoi de préciser le cas d'ouverture invoqué pour chaque moyen, l'absence d'unité des cas d'ouverture à cassation apparaît. Il n'existe aucun texte qui en énonce la liste. La Cour de cassation exige que le moyen invoqué indique « *sans équivoque et avec une précision suffisante, quels sont les textes violés et en quoi ils ont été violés* »⁸⁴⁶. La tâche, complexe, est confiée aux avocats aux Conseils.

250. Déterminé par la nature et la portée du cas d'ouverture à cassation et du grief invoqué, l'ordre de présentation des moyens a aussi son importance. Conformément aux principes généraux de la procédure civile, les arguments tendant à soulever un vice de forme doivent être exposés en premier, puisqu'ils dispensent d'un examen sur le fond.

⁸⁴⁰ Il s'agit d'une « *argumentation juridique du demandeur au pourvoi qui tend à établir qu'au moins sur un point les juges du fond ont violé un texte de loi ou n'ont pas donné de base légale à leur décision* » - PERDRIAU, A., « Diversité et disparité des solutions apportées aux pourvois en cassation qui ne sont pas accueillis », *LPA*, n° 128, 28 juin 2001, p. 17.

⁸⁴¹ Cass. 2^e civ., 27 jan. 1993, *Bull. civ.* II, n° 20.

⁸⁴² CPC, art. 978.

⁸⁴³ PERDRIAU, A., « Deux irrecevabilités à distinguer : celle du moyen et celle du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.*, n° 177, 1996.

⁸⁴⁴ Seule la question de leur recevabilité sera étudiée ici, les interrogations relatives à leur opérance relevant de considérations de fond qui seront abordées dans la seconde partie.

⁸⁴⁵ CPC, art. 978.

⁸⁴⁶ Cass. 3^e civ., 14 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1. Pan. 4, obs. GUINCHARD.

Le moyen avancé au soutien d'une cassation totale fait suite, avant celui qui ne sert à fonder qu'une cassation partielle. En outre, les moyens principaux sont présentés avant les moyens subsidiaires⁸⁴⁷.

251. La présentation des moyens de cassation contenus dans le mémoire ampliatif est subordonnée au respect d'exigences extrêmement strictes. Ces impératifs ne soulèvent cependant pas de difficultés auxquelles l'intervention obligatoire d'un avocat aux Conseils ne saurait pallier. Celui-ci ne doit pas omettre d'y joindre les pièces requises.

2. Les pièces contenues dans le mémoire ampliatif

252. Le mémoire ampliatif s'accompagne de diverses productions. Aux termes de l'article 979 du Code de procédure civile, une copie de la décision critiquée et de celle confirmée ou infirmée par la décision critiquée doivent être remises au greffe de la Cour de cassation dans le délai de dépôt du mémoire en demande. Le non-respect de cette injonction entraîne l'irrecevabilité du pourvoi, qui peut être prononcée d'office⁸⁴⁸. Cette exigence oppose un obstacle supplémentaire à l'accès à la Cour de cassation. Elle est fort controversée à ce titre, bien que la Cour européenne des droits de l'homme l'ait admise⁸⁴⁹. Lier la recevabilité du pourvoi à la présentation de ces actes introduit une condition extérieure, qui a son incidence sur les délais de la procédure. En l'état actuel d'encombrement des juridictions, l'obtention d'une copie de la décision attaquée et de celle rendue en première instance prend du temps. Le risque de forclusion est donc réel. Il n'existe cependant aucune possibilité de régularisation ultérieure de la procédure. La rigueur excessive de ce texte encourt la critique, au regard du droit à un procès équitable⁸⁵⁰.

253. L'identification des décisions à joindre au mémoire ampliatif a également suscité quelques interrogations, auxquelles la Cour de cassation a apporté des réponses. Il a été ainsi jugé que lorsque le demandeur fonde son pourvoi sur une contrariété de

⁸⁴⁷ FAYE, E., *op. cit.*, n° 60.

⁸⁴⁸ CPC, art. 979.

⁸⁴⁹ CEDH, *Levages prestations c/ France*, préc.

⁸⁵⁰ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 536, n° 92.151.

décisions, toutes les décisions contraires entre elles doivent être produites⁸⁵¹. Il en va de même en cas de pluralité de décisions attaquées⁸⁵². La présentation des copies des décisions en cause est toutefois insuffisante à éclairer totalement la Cour de cassation sur l'affaire. Pour y remédier, le Code de procédure civile oblige le demandeur à « *joindre les pièces invoquées à l'appui du pourvoi et une copie des dernières conclusions que les parties au pourvoi ont déposées devant la juridiction dont émane la décision attaquée* »⁸⁵³. La jurisprudence a apporté des précisions. A peine d'irrecevabilité du pourvoi prononcée d'office, une copie de la décision critiquée et de ses actes de signification, une copie de la décision confirmée ou infirmée, toute autre décision rendue dans le même litige et à laquelle la décision attaquée fait référence doivent également être remises au greffe dans le délai imparti⁸⁵⁴. Il importe en effet que la Cour de cassation ait connaissance des documents et actes nécessaires à l'examen du moyen invoqué par la partie. Par exemple, lorsque le pourvoi est formé à l'encontre du jugement d'homologation rendu par le juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale ou de divorce par consentement mutuel, la jonction de la convention homologuée au dossier de procédure s'impose. Il en va de même lorsque le pourvoi est formé à l'encontre d'un arrêt se référant à un jugement avant-dire droit : la copie du jugement provisoire doit être remise au greffe dans le délai de dépôt du mémoire, à peine d'irrecevabilité du pourvoi⁸⁵⁵.

254. L'obligation de présentation des pièces concerne aussi les dernières conclusions, en demande et en défense. Instaurées par le décret du 28 décembre 1998, elles constituent la synthèse des prétentions et des moyens antérieurs⁸⁵⁶. Les juges du fond ne statuent que sur ces éléments, qui peuvent toutefois renvoyer de manière expresse et précise à des écrits antérieurs spécialement visés⁸⁵⁷. La compréhension du raisonnement mis en œuvre dans la décision attaquée est facilitée par la communication de ces dernières

⁸⁵¹ Cass. civ., 13 avril 1930. Voir aussi : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 537, n° 92.162.

⁸⁵² *Ibid.*

⁸⁵³ CPC, art. 979-1.

⁸⁵⁴ Cass. Com. 9 fév. 1993, *D.* 1993. Somm. 182, obs. JULIEN ; Cass. 3^e civ., 12 mars 2008, n° 07-11.047, *Bull. civ.* III, n° 44.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ BOLARD, G., « Les « dernières conclusions », *JCP G.* 2001. I. 297.

⁸⁵⁷ PERDIAU, A., « Le degré de précision des écritures récapitulatives », note sous arrêt, Cass. 3^e civ., 19 oct. 1999, *JCP G.* II. 10 243.

conclusions. Suivant la même logique, le plaideur est autorisé à joindre à son dossier d'autres pièces afin de porter à la connaissance du juge tout élément utile aux débats. Il faut néanmoins rappeler qu'aucun acte ou document nouveau ne saurait en principe être présenté à la Cour de cassation sans que les limites du contrôle dont elle a la charge soient dépassées.

255. Aucune sanction particulière n'est prévue en cas de non-respect des dispositions de l'article 979-1 du Code de procédure civile. Mais selon la jurisprudence et la doctrine, l'absence de production des conclusions empêcherait la Cour de cassation d'apprécier le bien fondé d'un moyen et entraînerait son irrecevabilité⁸⁵⁸. Une fois constitué le dossier contenant le mémoire, les pièces obligatoires et les pièces utiles, il est déposé au greffe de la Cour de cassation.

b) Le dépôt du mémoire ampliatif et des productions

256. Le demandeur dispose d'un délai de quatre mois suivant la déclaration de pourvoi pour remettre au greffe de la Cour de cassation son mémoire ampliatif⁸⁵⁹, qui doit aussi être notifié aux avocats des autres parties⁸⁶⁰. Si le défendeur à la cassation n'a pas encore constitué avocat aux Conseils, le délai est porté à cinq mois⁸⁶¹. Dans ce cas, la signification est faite à la partie elle-même⁸⁶². L'acte de signification lui rappelle l'obligation de se constituer avocat. En outre, le délai imparti au défendeur pour former un pourvoi incident le cas échéant et pour remettre au greffe son mémoire en défense est indiqué. Le respect de ces impératifs tenant aux délais tend à empêcher la déchéance du pourvoi. La preuve en est rapportée par la production des actes de signification réalisés par exploit d'huissier. Si le délai a expiré sans que ces formalités aient été effectuées, nul

⁸⁵⁸ Voir n° 705.

⁸⁵⁹ CPC, art. 978.

⁸⁶⁰ Ibid. Voir aussi : PERDRIAU, A., « Information du défendeur des moyens invoqués en vue d'une cassation », *JCP G* 2002. II. 10 081.

⁸⁶¹ CPC, art. 978.

⁸⁶² CPC, art. 980 al. 1.

autre pourvoi ne peut être introduit contre la décision⁸⁶³. La déchéance est irrévocable, mais ne semble plus pouvoir être relevée d'office par la Cour de cassation⁸⁶⁴.

257. A l'issue du délai de quatre mois imposé par la loi, aucun moyen additionnel ne peut plus être soulevé par le demandeur. Le dépôt du mémoire en demande, assorti des pièces justificatives requises, fait courir le délai du pourvoi incident⁸⁶⁵.

3) Le dépôt du mémoire en défense et la formation d'un pourvoi incident

258. Après s'être vu signifié le mémoire ampliatif, le défendeur a la possibilité d'adresser en retour un mémoire en défense (a). Il est également autorisé à former un pourvoi incident afin de faire valoir ses propres griefs devant la Cour de cassation (b).

a) Le mémoire en défense

259. La signification du mémoire ampliatif est adressée soit à l'avocat du défendeur, soit à la personne elle-même, si elle n'a pas encore constitué avocat. Le recours à un auxiliaire de justice est indispensable à la production d'un mémoire en défense dans les matières soumises à représentation obligatoire. Seul l'avocat aux Conseils représentant le défendeur est habilité à rédiger un mémoire en défense pour son compte, dans les mêmes formes que le mémoire en demande. Le respect des exigences relatives à la présentation des moyens de cassation n'est pas exigé. Le contenu du mémoire en défense consiste à réfuter la recevabilité et le bien-fondé des moyens avancés par la partie adverse.

260. Le défendeur au pourvoi dispose d'un délai de deux mois à compter de la signification du mémoire du demandeur pour remettre son mémoire au greffe de la Cour de cassation, signé par son avocat aux Conseils. Durant le même délai, le mémoire en défense doit être notifié à l'avocat du demandeur en la forme des notifications entre

⁸⁶³ CPC, art. 621.

⁸⁶⁴ LUXEMBOURG, F., *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. Panthéon Assas, LGDJ, 2007, n° 996.

⁸⁶⁵ CPC, art. 1010.

avocats⁸⁶⁶. Lorsque le délai a expiré, le mémoire en défense est irrecevable⁸⁶⁷, bien que le rapporteur en prenne fréquemment connaissance⁸⁶⁸. Le défendeur peut aussi décider de former un pourvoi incident.

b) Le pourvoi incident

261. Le pourvoi incident répond au pourvoi principal et requiert l'annulation des dispositions de l'arrêt qui font grief à son auteur, s'il a intérêt à la cassation⁸⁶⁹. Le défendeur au pourvoi incident⁸⁷⁰ est le plus souvent le demandeur au pourvoi principal. Mais le pourvoi incident peut aussi être dirigé contre l'une des parties à l'instance devant les juges du fond lorsqu'elle n'a pas encore été atraite devant la Cour de cassation⁸⁷¹. Sa recevabilité est subordonnée à celle du pourvoi principal⁸⁷². Il est présenté sous forme de mémoire contenant les mêmes indications que celui formé par le demandeur⁸⁷³, simultanément ou ultérieurement, et remis au greffe de la Cour de cassation avant l'expiration du délai de deux mois prévu pour le mémoire en réponse⁸⁷⁴. Il est notifié aux avocats des parties⁸⁷⁵. Le défendeur au pourvoi incident ne dispose que d'un délai d'un mois pour y répondre⁸⁷⁶. Lorsque le pourvoi incident est recevable, il est jugé. Son auteur peut aussi décider que le pourvoi est conditionnel ou éventuel ; il n'est alors examiné

⁸⁶⁶ CPC, art. 982 al. 1.

⁸⁶⁷ CPC, art. 982 al. 2.

⁸⁶⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 544, n° 92.205.

⁸⁶⁹ Cass. 2^e civ., 19 nov. 1986, n° 85-12.301, *Bull. civ. II*, n° 65.

⁸⁷⁰ Le pourvoi incident est le pourvoi, formé en réponse au pourvoi principal et après lui, et qui tend à l'annulation des dispositions de l'arrêt qui font grief à son auteur. Il peut être formé par toute partie à l'instance ayant intérêt à la cassation d'une des dispositions de la décision attaquée - Cass. 2^e civ., 19 nov. 1986, n° 85-12.301, *Bull. civ. II*, n° 65.

⁸⁷¹ Cass. 2^e civ., 4 juin 1986, n° 84-12.976, *Bull. civ. III*, n° 85. La solution n'est pas toujours constante, mais « *si un pourvoi principal ou incident modifie la situation juridique d'une partie à la procédure de cassation en lui donnant un intérêt nouveau à remettre en cause dans la procédure de cassation une partie qui n'y avait pas été atraite, le droit à un tribunal impose de le lui permettre* » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 580, n° 95.41.

⁸⁷² CPC, art. 1022. Voir : Cass. 3^e civ., 16 mars 2004, n° 02-19.426 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000, n° 94-17.120.

⁸⁷³ CPC, art. 1010.

⁸⁷⁴ CPC, art. 1010.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

qu'en cas de cassation totale ou partielle prononcée sur le pourvoi principal⁸⁷⁷. A l'expiration du délai de réponse, la phase de jugement du pourvoi commence.

B. Le jugement du pourvoi en cassation

262. Devant la Cour de cassation, la phase de jugement est scindée en deux étapes. Le dossier est d'abord dirigé vers la chambre compétente, pour que ceux qui y siègent en préparent la solution (1). Puis une audience a lieu, qui aboutit au prononcé de la décision (2).

1) La préparation de la décision

263. Après la remise du mémoire ampliatif au greffe de la Cour de cassation, l'affaire est attribuée à la chambre compétente, et à un conseiller rapporteur en son sein (a). Suite à son intervention, le dossier est confié à l'avocat général (b), avant d'être soumis à la conférence réunissant le président de la chambre et le doyen de la chambre ou de la formation de jugement vers laquelle le pourvoi a été orienté (c)

a) Le rôle du conseiller rapporteur

264. Dès le dépôt du mémoire, et au plus tard à l'expiration du délai imparti pour ce faire⁸⁷⁸, l'affaire est distribuée. Il n'existe aucune chambre à vocation purement familiale, mais ce domaine relève dans son ensemble de la première chambre civile⁸⁷⁹, et, lorsque la question posée à la Cour de cassation revêt une importance ou une complexité particulière, la réunion de l'Assemblée plénière s'impose⁸⁸⁰. La réunion d'une chambre mixte peut aussi être décidée si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes, ou si elle relève des attributions de plusieurs d'entre elles, ou encore en cas de partage égal des voix⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 581, n° 95.111.

⁸⁷⁸ CPC, art. 1011.

⁸⁷⁹ Voir n° 394 et s.

⁸⁸⁰ COJ, art. L.431-6.

⁸⁸¹ COJ, art. L.431-5.

265. L'orientation du dossier est d'abord facilitée par l'établissement d'une fiche de traitement du pourvoi par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation, composée de huit auditeurs⁸⁸². Dès le dépôt du mémoire ampliatif, ce service effectue un « « *prétirage* »⁸⁸³, selon les moyens invoqués à l'appui du pourvoi. La pratique est d'origine coutumière, non encadrée par les textes. Ensuite, le président de la formation concernée désigne un conseiller ou un conseiller référendaire y siégeant pour être le rapporteur⁸⁸⁴. Cette répartition a lieu au début de chaque mois, onze fois par an. Elle est effectuée en fonction des spécialités de chacun. La difficulté apparente du cas est prise en considération afin d'assurer une distribution équitable. Enfin, le conseiller rapporteur écarte les moyens erronés et détermine s'il y a lieu de relever d'office un moyen de cassation ou une cause d'irrecevabilité. Pour procéder à d'utiles recherches, il s'adresse au service de documentation et d'études.

266. Une phase préparatoire⁸⁸⁵ succède à ce long examen du dossier. Au cours de celle-ci, le conseiller rapporteur établit plusieurs écrits. Sur sa demande, les avocats des parties lui apportent leur concours par la production de divers éléments⁸⁸⁶. Ils peuvent également lui présenter leurs dernières observations écrites⁸⁸⁷. Le rapport établi par le conseiller résume les faits, la procédure et les prétentions des parties. Il contient aussi l'analyse juridique des questions de droit et l'état de la jurisprudence et de la doctrine sur le ou les points soumis à l'examen de la Cour de cassation. La partie objective du rapport est une pièce du débat contradictoire. Elle est communiquée aux parties à l'instance. Par exception, le rapport peut être oral, lorsque l'affaire est distribuée à la formation restreinte de la chambre compétente. L'hypothèse est peu fréquente, le conseiller rapporteur ayant pour habitude d'avoir recours à l'écrit⁸⁸⁸.

267. Le rôle du conseiller ne se limite pas à cet exposé des éléments constitutifs du dossier. Il exprime son avis sur le problème soulevé par le pourvoi. La seconde partie

⁸⁸² Décr. n° 2002-349 du 8 mars 2002 fixant les effectifs des magistrats de la cour de cassation et du service de documentation et d'études de ladite cour, *JORF*, n° 63, 15 mars 2002, texte 15.

⁸⁸³ CACHELOT, F., « Le rôle du conseiller rapporteur à la Cour de cassation », *Justice et cassation*, 2007, p. 175.

⁸⁸⁴ CPC, art. 1012.

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ CPC, art. 442.

⁸⁸⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 546, n° 92.226.

⁸⁸⁸ CPC, art. 1013.

du rapport contient un projet d'arrêt, la note. Lorsque l'affaire relève de la compétence d'une chambre mixte ou de l'Assemblée plénière, plusieurs projets d'arrêts sont établis⁸⁸⁹. Il en va de même en cas d'hésitation sur l'issue de l'affaire, due à sa complexité ou à sa nouveauté⁸⁹⁰. La note du rapporteur n'est pas portée à la connaissance des parties. Elle est couverte par le secret du délibéré, bien qu'elle lui précède. L'extension de cette protection est justifiée par le fait que la note soit lue au moment du délibéré.

268. Le conseiller rapporteur décide aussi de l'orientation de l'affaire vers la formation de jugement qu'il estime la plus adaptée. Lorsqu'il conclut à l'irrecevabilité évidente du pourvoi ou à son manque de sérieux, il renvoie à la formation restreinte qui ainsi rendre un arrêt de rejet non motivé⁸⁹¹. Si la solution s'impose d'elle-même, le recours à la formation restreinte est suffisant⁸⁹². Les autres procédures sont adressées à la formation de section. Ces recommandations ne sont ni impératives, ni définitives. Une fois sa mission solitaire⁸⁹³ accomplie, le conseiller rapporteur dépose ces documents au greffe de la Cour de cassation. Un avocat général est alors désigné, et il est procédé à l'inscription au rôle de l'instance de jugement de la chambre.

b) Le rôle de l'avocat général

269. Le Code de procédure civile requiert l'avis du ministère public avant que la Cour de cassation statue⁸⁹⁴. Cette injonction suppose la communication du rapport établi par le conseiller rapporteur à l'avocat général. Le document n'est toutefois pas transmis dans son intégralité au parquet. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné cette pratique, jugée contraire au droit à un procès équitable en tant qu'elle porte atteinte à l'indépendance et à l'impartialité de la juridiction⁸⁹⁵. La solution est justifiée, puisque les parties n'ont pas été en mesure de prendre connaissance de l'avis.

⁸⁸⁹ CACHELOT, F., art. préc., p. 177.

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ Voir n° 321 et s.

⁸⁹² COJ, art. L.431-1. Voir également : PERDRIAU, A., « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *JCP G.* 1994. I. 3768.

⁸⁹³ TRICOT, D., *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Mél. André Ponsard*, Litec, 2003, p. 263.

⁸⁹⁴ CPC, art. 1019.

⁸⁹⁵ SOLER, S., « Du caractère équitable de la procédure devant la Cour de cassation », *JCP G.* 1999. II. 10 074.

Certains avaient déjà mis en exergue cette difficulté⁸⁹⁶, allant parfois jusqu'à se prononcer pour la disparition de l'avocat général⁸⁹⁷. D'autres critiquèrent la position radicale adoptée par la Cour de Strasbourg⁸⁹⁸. La solution fut maintenue⁸⁹⁹, contraignant à une évolution du rôle de l'avocat général. Seul le rapport objectif du conseiller rapporteur lui est dorénavant remis, comme il l'est aux parties. Ses conclusions écrites sont déposées au dossier de la procédure, accessible aux avocats aux Conseils. Le représentant du ministère public propose ainsi sa propre solution, qui ne revêt pas la forme d'un projet d'arrêt. Il recommande la cassation ou le rejet du pourvoi et les raisons ayant motivé son choix⁹⁰⁰. Cette intervention *a minima* de l'avocat général satisfait aux exigences du droit à un procès équitable, même si elle ne suscite pas toujours approbation⁹⁰¹. Pour compenser cette perte d'influence, l'avocat général est incité à approfondir ses réflexions sur l'affaire en cause en recherchant toutes informations connexes, économiques ou sociales, qui serviront à la décision des magistrats du siège⁹⁰². L'inscription au rôle d'instance ayant eu lieu, la tenue de la conférence survient après les interventions respectives du conseiller rapporteur et de l'avocat général.

c) La conférence

270. Chaque affaire inscrite au rôle est examinée au cours de la conférence réunissant le président de la chambre saisie et le conseiller-doyen de la formation de jugement vers laquelle le pourvoi a été orienté. A ces fins, ils disposent de l'ensemble du dossier, incluant le rapport objectif, la note et le(s) projet(s) d'arrêt(s) établis par le

⁸⁹⁶A propos d'arrêts antérieurs rendus par la Cour européenne et condamnant la Belgique et le Portugal dans des espèces similaires : PERROT, R., « Ministère public, partie jointe : son rôle et le principe de contradiction », *RTD Civ.* 1997. 992 ; MARGUENAUD, J.-P. et RAYNARD, J., « Affermissement du droit à une procédure contradictoire face au rôle du Parquet de cassation », *RTD civ.* 1997.1006.

⁸⁹⁷BURGELIN, J.-F., *Un anti-conformiste nécessaire : l'avocat général à la Cour de cassation*, in *Mél. Raymond Martin*, LGDJ, 2004, p. 3.

⁸⁹⁸*Ibid.*

⁸⁹⁹Voir par ex. : CEDH, *Meflah et autres c/ France*, préc.

⁹⁰⁰TRICOT, D., art. préc., p. 268.

⁹⁰¹MALAUURIE, P., « La Cour de cassation, son parquet général et la Cour européenne des droits de l'homme. Histoire et enjeux d'une crise. », *LPA*, n° 48, 7 mars 2003, p. 3.

⁹⁰²NADAL, J.-L., « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation », *D.* 2005, p. 800. Voir aussi : Discours de Monsieur Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014*, www.courdecassation.fr.

rapporteur ainsi que les conclusions de l'avocat général, qui n'y assiste plus⁹⁰³. Les participants peuvent demander des précisions au conseiller rapporteur, ou lui suggérer d'explorer d'autres solutions. Le président a aussi la possibilité de solliciter l'avis d'une autre chambre, si la problématique soulevée par le pourvoi relève également de ses compétences. Les parties en sont avisées, pour présenter leurs observations⁹⁰⁴. Cette formalité répond à un souci de transparence indispensable au respect du droit à un procès équitable⁹⁰⁵, mais le contenu de l'avis n'est pas divulgué⁹⁰⁶ car il ne s'agit que d'une faculté à la disposition de la présidence de la formation saisie⁹⁰⁷.

271. La conférence n'est prévue par aucun texte. Elle est pourtant une étape essentielle à l'élaboration de la décision, puisqu'elle permet de centrer le débat sur les éléments les plus pertinents, tout en assurant une réelle cohésion au sein de la chambre saisie. Selon la doctrine majoritaire, son existence devrait par conséquent être institutionnalisée⁹⁰⁸, en vue de faciliter l'audience⁹⁰⁹.

2) La décision

272. Le prononcé de la décision (c) est précédé par l'audience (a), au cours de laquelle les débats ont lieu, et par le délibéré qui aboutit à la solution retenue par la Cour de cassation (b).

⁹⁰³ TRICOT, D., art. préc., p. 269.

⁹⁰⁴ CPC, art. 1015-1.

⁹⁰⁵ PERDRIAU, A., « Les avis entre chambres de la Cour de cassation », *JCP G.* 1999. I. 190.

⁹⁰⁶ JAMIN, C., « Décret n° 99-131 du 26 février 1999 relatif à la Cour de cassation et modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile (JO 27 février 1999, p. 3020) », *RTD Civ* 1999.486.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ FRANK, E. E., « L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg », *D.* 1983. Chron. 120.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

a) L'audience

273. A moins que le président de la chambre n'en ait décidé autrement en vertu de son pouvoir de police de l'instance⁹¹⁰, l'audience a lieu au jour prévu par le rôle. Les parties sont averties par le greffier de la Cour de cassation. La procédure étant écrite, ni les avocats aux conseils ni les parties qu'ils représentent ne sont tenus d'être présents. Les débats sont en principe publics⁹¹¹. Ils se tiennent en chambre du conseil « *s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* »⁹¹². Cela peut être le cas lorsque le pourvoi soulève une question de droit de la famille.

274. Le conseiller rapporteur est le premier à faire son rapport⁹¹³. Il ne résume que la partie objective, le reste étant couvert par le secret du délibéré. Après lui, et si cela s'avère propre à éclairer les magistrats, des intervenants extérieurs comme un *amicus curiae* peuvent prendre la parole à leur tour. C'est ainsi que le Professeur Jean Bernard, président du comité Consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, fut invité à s'exprimer sur les enjeux biologiques et médicaux du recours à la gestation pour autrui⁹¹⁴. L'Assemblée plénière avait jugé cette consultation utile avant de se prononcer sur la prohibition des maternités de substitution⁹¹⁵.

275. Les avocats aux Conseils ont ensuite la possibilité de plaider devant la Cour, bien qu'ils fassent rarement usage de cette faculté⁹¹⁶. En principe, ils sont seuls à s'exprimer⁹¹⁷, mais les parties peuvent requérir du juge une autorisation spéciale à ces fins⁹¹⁸. L'avocat général est le dernier à donner oralement son avis⁹¹⁹. Il ne prend la parole que dans les affaires où il estime utile de le faire⁹²⁰, d'autant que le faible nombre de ces

⁹¹⁰ TRICOT, D., art. préc., p. 269.

⁹¹¹ CPC, art. 1016 al. 1.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ CPC, art. 1017.

⁹¹⁴ TERRE, F., note sous arrêt, Cass. ass. plén. 31 mai 1991, add. Communication de M. Jean BERNARD, *JCP* 1991. II. 21 752.

⁹¹⁵ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc.

⁹¹⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 553, n° 92.242.

⁹¹⁷ CPC, art. 1018.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ CPC, art. 1019.

⁹²⁰ CACHELOT, F., art. préc., p. 180.

magistrats empêche la généralisation de leurs conclusions à l'audience⁹²¹. Le cas échéant, la Cour délibère immédiatement après l'intervention de l'avocat général.

b) Le délibéré

276. En raison du caractère écrit de la procédure, le délibéré a lieu de suite, à l'audience, ou en chambre du conseil lorsque l'affaire présente une difficulté particulière⁹²². Le public n'assiste évidemment pas à la séance. Le secret du délibéré est une tradition ancienne⁹²³, à laquelle le droit français reste très attaché⁹²⁴. Seuls les conseillers de la formation de jugement saisie et le président de la chambre compétente y participent, assistés par le greffier de la Cour de cassation et sans l'avocat général⁹²⁵.

277. Le délibéré débute par l'exposé oral de la seconde partie du rapport établi par le conseiller rapporteur. La note ainsi que le ou les projets d'arrêts servent de base à la discussion⁹²⁶. Le conseiller rapporteur développe sa position, argumente et explique la solution qu'il a proposée. Ses collègues donnent ensuite leur avis sur l'affaire par ordre d'ancienneté. Le président de la chambre s'exprime en dernier. La décision est collégiale. Tous les magistrats présents sont tenus de prendre la parole, sans pouvoir s'abstenir⁹²⁷. Si la décision proposée emporte la majorité des voix, l'arrêt est rédigé par le conseiller rapporteur devant l'ensemble de la formation de jugement. Le délibéré cesse alors, le prononcé de l'arrêt ayant lieu en public⁹²⁸.

c) Le prononcé de l'arrêt

278. Le Code de procédure civile encadre le prononcé de la décision de la Cour de cassation. En droit de la famille, et comme pour toutes les questions touchant à l'état et à la capacité des personnes, la publicité s'impose, notamment par mise à disposition de

⁹²¹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 550, n° 92.256.

⁹²² BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 550, n° 92.261.

⁹²³ CPC, art. 448.

⁹²⁴ DUMAS, J.-P., *Secret de juges*, in *Mél. Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 179 ; PIWNICA, E., « Justice et secret », *Justice et cassation*, 2007, p. 183.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ TRICOT, D., art. préc., p. 271.

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ CPC, art. 1016 al. 2.

la décision au greffe de la Cour de cassation⁹²⁹. L'arrêt doit être signé par le président, le rapporteur et le greffier⁹³⁰. Une copie est adressée à la juridiction ayant rendu la décision critiquée par le pourvoi⁹³¹.

279. Les conditions formelles de l'arrêt sont nombreuses. La règle de droit sur laquelle est fondée la cassation doit être précisée⁹³². L'injonction ne concerne cependant que l'hypothèse de la cassation. La doctrine plaide pour son extension à tous les arrêts, qu'ils concluent à la cassation de la décision attaquée, au rejet ou à l'irrecevabilité du pourvoi⁹³³. Un chapeau succède parfois au visa⁹³⁴ et l'arrêt mentionne « *les noms et qualités des parties, l'exposé sommaire des faits, le résumé des moyens de cassation invoqués par le pourvoi et la réponse à ces moyens* »⁹³⁵. Il est précisé si la décision est destinée ou non à être publiée au bulletin.

280. A l'évidence, le traitement du pourvoi dans les matières soumises à représentation obligatoire est strictement encadré, ce qui peut susciter des difficultés en droit de la famille où une réponse judiciaire accélérée est parfois nécessaire⁹³⁶.

⁹²⁹ CPC, art. 1016 al. 2.

⁹³⁰ CPC, art. 1021.

⁹³¹ CPC, art. 1022.

⁹³² CPC, art. 1020.

⁹³³ PERDRIAU, A., « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* 1995. I. 3866.

⁹³⁴ Voir n° 418 et s.

⁹³⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 551, n° 92.272.

⁹³⁶ AMRANI-MEKKI, S., *th. préc.*, n° 317.

§2. Le cadre temporel du pourvoi en cassation formé en droit de la famille

281. Les règles gouvernant l'instance de cassation en droit de la famille répondent à certaines des particularités de la matière, notamment pour les effets du pourvoi (A). La Cour peut aussi réguler le temps de l'instance selon son objet (B).

A. Les effets du pourvoi sur la situation familiale

282. En règle générale, la formation d'un pourvoi en cassation n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de la décision attaquée (1). Ce principe connaît toutefois des exceptions, qui, pour la plupart, concernent le droit de la famille (2).

1) Le principe de l'effet non suspensif du pourvoi et ses conséquences

283. A l'instar des autres voies de recours extraordinaires, le pourvoi n'entraîne pas la suspension de l'exécution de la décision critiquée⁹³⁷. Cette règle ancienne⁹³⁸ résulte de la présomption de régularité des décisions rendues en dernier ressort par les juges du fond. Elle entraîne diverses conséquences sur la situation des parties engagées dans le lien d'instance devant la Cour de cassation. Un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif a force de chose jugée⁹³⁹ et est exécutoire⁹⁴⁰ à condition d'avoir été notifié à ceux auxquels il est opposé⁹⁴¹. Par conséquent, la partie attraitée devant la Cour dispose d'un droit à l'exécution qui ne peut donc lui être imputée à faute⁹⁴².

284. A l'inverse, l'absence d'exécution avant l'expiration du délai imparti pour le mémoire en défense expose à une radiation du rôle, à moins que le juge constate une impossibilité d'exécution ou qu'il estime que celle-ci serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives⁹⁴³. La requête aux fins de radiation doit être présentée par le défendeur, mais c'est à l'auteur du pourvoi qu'incombe la charge de

⁹³⁷ CPC, art. 579.

⁹³⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 586, n° 101.11.

⁹³⁹ CPC, art. 500.

⁹⁴⁰ CPC, art. 501.

⁹⁴¹ CPC, art. 503.

⁹⁴² L. 3 juil. 1967, art. 19, préc.

⁹⁴³ CPC, art. 1009-1.

prouver⁹⁴⁴ qu'il a exécuté la décision⁹⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'homme juge que la radiation ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable⁹⁴⁶, d'autant que le droit à l'exécution des jugements participe à sa garantie au titre de l'article 6§1 de la Convention⁹⁴⁷. De plus, la réinscription du pourvoi au rôle de la Cour de cassation est accordée par le premier président ou son délégué sur justification de l'exécution de la décision critiquée⁹⁴⁸. Le retrait du rôle n'est cependant pas sans risque, puisque la péremption de l'instance est constatée après deux ans d'inaction⁹⁴⁹.

285. Ce dispositif atteste de l'importance du droit à exécution dont dispose le défendeur à la cassation. Les obligations pesant sur l'auteur du pourvoi sont néanmoins susceptibles de lui porter préjudice⁹⁵⁰. Afin d'éviter ces désagréments, des exceptions ont été prévues, notamment en droit extrapatrimonial de la famille.

2) L'exception : l'effet suspensif du pourvoi en matière familiale

286. L'absence d'effet suspensif du pourvoi est liée à l'existence d'une faculté de restitution, suite à une cassation. Cette possibilité se conçoit difficilement dans les matières touchant à l'état des personnes, au divorce et à la séparation de corps (a) ou à la filiation (b) par exemple.

⁹⁴⁴ Cela « se justifie par le fait qu'on ne peut imposer au demandeur à cette requête une preuve négative, l'absence d'exécution de la décision » - LASCARABATS, A. et LACROIX-ANDRIVET, J.-P., *La procédure de radiation du rôle des articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile et le droit d'accès au juge*, in *Mél. Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 783.

⁹⁴⁵ Dans une espèce intéressante relative à une décision exécutée par une seule partie alors que la situation des indivisaires communs n'est pas dissociable, la Cour a préféré retenir la preuve de l'exécution unique pour refuser le retrait du rôle. Voir : Ord. prem. prés., 30 jan. 2002, n° 00-19.938.

⁹⁴⁶ CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gusola c/ France*, req. n° 33293/96.

⁹⁴⁷ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, req. n° 18357/91 ; CEDH, 28 juil. 1999, *Immobiliare Saffi c/ Italie*, req. n° 22774/93.

⁹⁴⁸ CPC, art. 1009-3.

⁹⁴⁹ CPC, art. 385 et 1009-2.

⁹⁵⁰ FAYE, E., *op. cit.*, n° 28.

a) L'effet suspensif du pourvoi sur le prononcé d'un divorce ou d'une séparation de corps

287. Le délai du pourvoi en cassation suspend l'exécution de la décision qui prononce le divorce ou la séparation de corps⁹⁵¹, tout comme l'introduction d'une instance devant la Cour de cassation (1), ce qui a des conséquences sur la procédure (2).

1. La variabilité de l'effet suspensif selon l'objet du pourvoi

288. La formation d'un pourvoi à l'encontre du prononcé du divorce ou de la séparation de corps empêche son exécution, selon une solution constante⁹⁵². Une dissolution trop précoce du lien conjugal obligerait à revenir sur des situations constituées, dans l'hypothèse d'une cassation ultérieure. Contracter une nouvelle union matrimoniale alors que le divorce n'aurait pas autorité définitive de chose jugée pourrait aboutir à la bigamie de l'un des époux, par exemple⁹⁵³. La Cour de cassation assure un strict respect de ce principe⁹⁵⁴.

289. La suspension de l'exécution affecte seulement le prononcé du divorce ou de la séparation de corps. Tel n'est pas le cas lorsque le pourvoi ne porte que sur les décisions accessoires ou provisoires. La critique visant uniquement la prestation compensatoire n'empêche pas l'exécution de la décision critiquée⁹⁵⁵. A l'inverse, le pourvoi dirigé contre le prononcé du divorce entraîne la suspension de son versement, puisque la prestation compensatoire n'est due qu'à compter de l'irrévocabilité de la décision de divorce. L'effet suspensif du pourvoi ne s'étend pas non plus à l'arrêt rejetant la demande⁹⁵⁶, ni à l'ordonnance de non-conciliation statuant sur les mesures provisoires⁹⁵⁷, ni « *aux dispositions de la décision de la convention homologuée qui*

⁹⁵¹ CPC, art. 1086.

⁹⁵² L'effet suspensif du pourvoi en matière de prononcé du divorce était auparavant consacré par la loi du 6 février 1893.

⁹⁵³ CPC, art. 1129 et 1086. Voir : POULET, L., « Quelques observations sur le pourvoi en cassation en matière de divorce », D. 2005.2636.

⁹⁵⁴ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 12 juin 1996, n° 94-18.548, *Bull. civ. II*, n° 151 ; Cass. 2^e civ., 2 nov. 1994, n° 92-17.393, *Bull. civ. II*, n° 212.

⁹⁵⁵ Cass. 2^e civ., 21 jan. 1998, n° 96-10.302 ; Cass. 2^e civ., 28 mars 1996, n° 94-122.55 ; Cass. 2^e civ., 2 nov. 1994, préc. ; Cass. 2^e civ., 24 fév. 1993, n° 91-18.213, *Bull. civ. II*, n° 73.

⁹⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 jan. 2005, n° 03-16.943, *Bull. civ. I*, n° 38 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 avr. 2006, n° 05-18.140.

⁹⁵⁷ Cass. 2^e civ., 10 avr. 1991, n° 90-12.170, *Bull. civ. II*, n° 120 ; Cass. 2^e civ., 18 déc. 1996, n° 95-11.003, *Bull. civ. II*, n° 294.

concernent les pensions, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale »⁹⁵⁸. La solution est identique⁹⁵⁹ pour les mesures provisoires relatives à la pension alimentaire⁹⁶⁰, à la jouissance du logement familial⁹⁶¹, ou encore à la résidence habituelle des enfants⁹⁶² et à leur entretien.

290. L'étude de la jurisprudence révèle la complexité de la question. Si l'utilité de l'effet suspensif du pourvoi dans le divorce et la séparation de corps est évidente, sa mise en œuvre oblige à distinguer précisément l'objet du recours. Lorsque le pourvoi a été formé aux fins de contester un chef du jugement autre que celui relatif à la dissolution du lien conjugal, la décision est définitive en l'absence de pourvoi incident formé dans le délai⁹⁶³. En cas de pourvoi incident, elle devient irrévocable au jour de sa signification, dès lors qu'elle n'a pas trait au prononcé du divorce ou de la séparation de corps⁹⁶⁴. A l'inverse, le pourvoi dénonçant le prononcé du divorce ou de la séparation de corps entraîne une impossibilité d'exécution qui se maintient jusqu'à son rejet⁹⁶⁵ ou jusqu'à la cassation sans renvoi. L'effet suspensif persiste en cas de renvoi devant les juges du fond après cassation. En définitive, seule l'absence de pourvoi dans les délais impartis autorise à exécuter la décision. Les conséquences de cet effet suspensif sont importantes.

2. Les conséquences de l'effet suspensif du pourvoi sur le divorce et la séparation de corps

291. Tant que l'effet suspensif attaché au pourvoi existe, le jugement prononçant le divorce ou la séparation de corps ne peut être exécuté. Le contrevenant s'expose à de lourdes sanctions. La Cour a jugé qu'une exécution prématurée a valeur d'acquiescement, empêchant de critiquer la décision contestée⁹⁶⁶. En l'espèce, l'auteur

⁹⁵⁸ CPC, art. 1087.

⁹⁵⁹ Cass. 2^e civ., 18 nov. 1981, n° 80-93.798.

⁹⁶⁰ Cass. 2^e civ., 10 oct. 1985, *Bull. civ.* II, n° 154

⁹⁶¹ Cass. 2^e civ., 18 déc. 1996, préc.

⁹⁶² CA Toulouse, 14 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1. Somm. 107.

⁹⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 04-15.573, *Bull. civ.* I, n° 382 ; Cass. 2^e civ., 18 mai 2000, n° 98-17.801, *Bull. civ.* II, n° 81.

⁹⁶⁴ Cass. 2^e civ., 18 déc. 1996, préc.

⁹⁶⁵ Cass. 2^e civ., 4 juil. 2002, n° 00-18.092, *Bull. civ.* II, n° 153 ; Cass. 2^e civ., 24 jan. 1990, n° 88-15.555, *Bull. civ.* II, n° 15.

⁹⁶⁶ Cass. 2^e civ., 15 nov. 1995, n° 93-20.093.

du pourvoi avait versé une prestation compensatoire à son épouse avant que la Cour eût statué sur son pourvoi. Bien qu'il ait prétendu ignorer les conséquences de cet acte, son pourvoi fut jugé irrecevable. L'exécution volontaire d'un jugement non exécutoire vaut donc acquiescement sans qu'il y ait lieu de rechercher si la partie qui a exécuté avait ou non l'intention d'acquiescer⁹⁶⁷. En outre, l'exécution d'une décision bénéficiant de l'effet suspensif n'est pas seulement déconseillée mais elle est encore interdite à peine de nullité de l'acte effectué. Tel est le cas lorsqu'un nouveau mariage est célébré en dépit de l'effet suspensif car cette union est entachée d'une nullité absolue en raison de la bigamie d'un époux⁹⁶⁸. L'effet suspensif attaché au pourvoi dans le divorce entraîne d'autres conséquences. En matière pénale, il influe sur l'élément matériel du délit d'abandon de famille⁹⁶⁹. Si l'infraction ne peut être constituée pour non-respect des mesures accessoires au divorce⁹⁷⁰, à moins qu'elles soient immédiatement exécutoires⁹⁷¹, elle est susceptible d'être fondée sur le refus d'exécution des mesures provisoires⁹⁷². Celles-ci sont valables jusqu'à ce que la décision de divorce devienne irrévocable, sauf si elles ont été remplacées par des mesures accessoires exclues du bénéfice de l'effet suspensif⁹⁷³. L'exercice d'un recours en révision est également impossible tant que la décision n'est pas passée en force de chose jugée⁹⁷⁴.

292. L'effet suspensif attaché au pourvoi en matière de divorce et de séparation de corps a aussi des inconvénients. Il accroît le risque de manoeuvres dilatoires intentées par les parties à l'instance. Par exemple, former un pourvoi permettrait à un époux mal intentionné de bénéficier plus longtemps de mesures provisoires favorables. De même, la partie souhaitant retarder le remariage de son conjoint pourrait se pourvoir pour lui nuire. Le maintien de l'exception demeure pourtant justifié. Aussi est-ce sur un autre terrain que la jurisprudence tente de limiter ces pratiques dilatoires. Dans un arrêt remarqué⁹⁷⁵, la

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ CA Grenoble, 23 jan. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. 54, obs. LECUYER.

⁹⁶⁹ CP, art. 227-3.

⁹⁷⁰ Cass. Crim. 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 299, concl. ROLLAND. Voir : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 596, n° 102.34.

⁹⁷¹ CPC, art. 1087.

⁹⁷² Cass. Crim. 8 mai 1979, n° 78-92. 857 et 78-92.855, *Bull. crim.*, n° 164 ; Cass. Crim. 17 mai. 1993, n° 92-84.352.

⁹⁷³ CPC, art. 1087.

⁹⁷⁴ CPC, art. 593.

⁹⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2004, n° 03-15.090 et 03-16.565, *Bull. civ.* I, n° 281.

Cour de cassation a cassé une décision ayant admis la responsabilité d'un avocat qui n'avait pas formé de pourvoi en cassation à l'encontre du prononcé du divorce. Sa cliente prétendait avoir subi un préjudice, causé par l'absence d'informations sur l'effet suspensif du pourvoi en matière de divorce. Elle estimait que son conseil devait l'inciter à se pourvoir, en dépit des sanctions pécuniaires encourues pour pourvoi abusif, afin que la pension alimentaire pût lui être versée plus longtemps. L'argument fut écarté. L'auxiliaire de justice, tenu d'informer son client de manière complète et objective, avait aussi le devoir de décourager tout recours voué à l'échec ou répondant à une intention abusive⁹⁷⁶. Il s'agit du seul rempart contre les détournements commis par le truchement de l'effet suspensif du pourvoi. Pris entre le respect des intérêts de son client et la nécessité de participer au bon fonctionnement de la Cour de cassation, la place inconfortable de l'avocat aux Conseils nuit à l'efficacité du mécanisme, d'autant que ces difficultés existent aussi en d'autres domaines.

b) L'effet suspensif du pourvoi en cassation en droit de la filiation

293. Le Code de procédure civile énonce que « *le délai du pourvoi en cassation suspend l'exécution de la décision qui établit ou modifie le lien de filiation. Le pourvoi en cassation exercé dans ce délai est également suspensif* »⁹⁷⁷. Il en va de même en matière d'adoption⁹⁷⁸. Le principe est justifié par la nécessité de stabiliser la parenté, pour protéger la paix des familles. Outre l'impact psychologique de modifications successives du lien sur l'enfant, les rapports familiaux seraient perturbés. Le jugement statuant sur la filiation est déclaratif. En cas de succès d'une action en contestation de la filiation, le lien est rétroactivement anéanti, ce qui peut donner lieu à la restitution des sommes engagées pour l'éducation et l'entretien du mineur. A l'inverse, celui qui a été déclaré parent par l'effet d'un jugement est réputé l'être depuis la naissance de l'enfant. Il lui doit une obligation d'entretien et encourt une condamnation pécuniaire à ce titre.

⁹⁷⁶ « *En tant qu'auxiliaire de justice, l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation doit concourir à l'administration de la justice (...). A ce titre, il devrait renoncer à poursuivre une procédure qui encombre inutilement la juridiction suprême. (...). La jurisprudence en matière de responsabilité des avocats est susceptible de dessiner en creux la conduite que doivent adopter les avocats* » - POULET, L., art. préc., n° 21.

⁹⁷⁷ CPC, art. 1150.

⁹⁷⁸ CPC, art. 1178-1.

294. L'effet suspensif du pourvoi en droit de la filiation est également susceptible d'encourager certaines manœuvres dilatoires, mais dans une moindre mesure. L'effet déclaratif du jugement établissant ou anéantissant le lien de filiation atténue l'intérêt qu'aurait une partie à différer son exécution, à moins que l'auteur du pourvoi souhaite retarder la remise en cause d'un partage successoral ayant eu lieu avant la découverte d'un nouvel héritier, ou l'acquisition de la prescription quinquennale relative aux créances personnelles ou mobilières⁹⁷⁹. La jurisprudence ne guère d'exemples de telles situations, contrairement aux phénomènes pouvant être observés au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

295. L'aménagement temporel des effets du pourvoi en cassation est indispensable en droit de la famille, particulièrement lorsque l'instance a trait à des droits extrapatrimoniaux. Pourtant, seules les affaires relatives au prononcé d'un divorce ou d'une séparation de corps, et à la filiation, échappent au droit à l'exécution immédiate de la décision critiquée. Le pourvoi portant sur d'autres problèmes en droit de la famille respecte le temps ordinaire de la procédure de cassation, risquant d'aggraver la situation dans laquelle se trouve la famille.

B. La maîtrise du temps de l'instance

296. La Cour de cassation ne dispose d'aucun moyen direct pour pallier les inconvénients du droit à l'exécution dont dispose le défendeur à la cassation (1). Elle peut cependant hâter le traitement du pourvoi en cas d'urgence (2).

1) L'absence de modulation directe des effets du pourvoi

297. Le droit à l'exécution de la décision critiquée peut créer un risque, pour les membres de la famille et pour les tiers. Suspendre l'exécution n'est pas envisageable (a), sauf si elle entraîne des conséquences manifestement excessives ou si elle est impossible (b).

⁹⁷⁹ C. civ., art. 2224.

a) Les inconvénients de l'absence de sursis à exécution à l'initiative de la Cour de cassation

298. Contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation ne peut jamais décider d'un sursis à exécution, quelles que soient les circonstances de la cause. L'auteur du pourvoi est tenu d'exécuter la décision contre laquelle il s'est pourvu, même si celle-ci est en contradiction flagrante avec la loi. Dans les matières où l'intérêt d'un sursis à exécution est évident, des exceptions au principe de l'effet non suspensif existent. De plus, pour les hypothèses résiduelles où l'exécution immédiate de la décision critiquée expose l'une des parties à un risque manifestement excessif, le mécanisme de retrait du rôle produit son effet. Il est douteux qu'en un tel cas, le président ou son délégué procède d'office à une radiation. Lorsque le défendeur requiert cette sanction, l'éventualité d'un préjudice sérieux causé à l'adversaire est examinée.

299. L'absence de faculté de suspension d'exécution réservée à la Cour de cassation ne porte donc qu'une atteinte théorique aux droits des justiciables. Il importe toutefois de noter la position délicate du demandeur, en l'état du droit positif. La formation du pourvoi l'oblige à exécuter la décision qu'il critique et s'il ne remplit pas ses obligations, son comportement lui est imputable à faute. Il ne peut qu'espérer éviter la radiation du rôle⁹⁸⁰, que le défendeur s'abstienne d'exiger l'exécution forcée ou le retrait du rôle ou que cela ne lui soit pas accordé. Il doit donc prendre ses précautions, en adressant une demande de suspension aux juges du fond avant de se pourvoir. Un délai de grâce peut ainsi lui être accordé⁹⁸¹, par l'appréciation souveraine des juges du fond⁹⁸². La mesure n'excède jamais deux ans⁹⁸³ et produit effet au jour du jugement lorsque celui-ci est contradictoire ou au jour de la notification dans les autres cas⁹⁸⁴. Si l'auteur du pourvoi a bénéficié de cette faveur, il n'est pas tenu d'exécuter la décision qu'il critique, sans que le retrait du rôle puisse être ordonné. La Cour de cassation n'a jamais la faculté

⁹⁸⁰ CPC, art. 1009-1.

⁹⁸¹ CPC, art. 51.

⁹⁸² Cass. 2^e civ, 10 juin 1970 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juil. 1988.

⁹⁸³ C. civ., art. 1244-1.

⁹⁸⁴ CPC, art. 511.

d'apprécier l'opportunité d'un sursis à exécution en droit de la famille⁹⁸⁵, mais les exceptions à la radiation du rôle instaurent un effet suspensif de fait.

b) L'existence d'un effet suspensif de fait

300. En l'absence d'exécution de la décision critiquée dans les délais impartis, le retrait du pourvoi du rôle peut être demandé par le défendeur ou prononcé d'office par le président de la Cour de cassation, qui jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation⁹⁸⁶. S'il considère que l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou est impossible, il ne prononce pas la radiation. Le pourvoi est ainsi maintenu, sans que le défendeur puisse faire valoir son droit à exécution, créant un « *effet suspensif de fait* »⁹⁸⁷.

301. Par exemple, la Cour refusa de retirer du rôle un pourvoi formé par une mère à l'encontre de la décision ordonnant le retour de sa fille au domicile québécois du père, puisque la sanction « *n'aurait pour conséquence que de fixer une situation particulièrement préjudiciable à l'intérêt de l'enfant* »⁹⁸⁸. La solution mérite aussi approbation lorsque la décision critiquée porte sur des droits personnels, comme quand la requête porte sur l'annulation d'un mariage. La nullité étant rétroactive, sauf mariage putatif, elle emporte l'anéantissement de tous les avantages produits par l'union. Ainsi, la nationalité acquise par mariage peut être retirée, exposant l'époux étranger à un risque d'expulsion du territoire français. Dans cette hypothèse, les conséquences d'une exécution immédiate pourraient être considérées comme manifestement excessives. La Cour de cassation refusa aussi d'admettre une requête aux fins de retrait du rôle dirigée contre le pourvoi d'un époux qui n'avait pourtant pas exécuté le chef du jugement de divorce relatif à la prestation compensatoire. La solution se justifiait par la faiblesse des ressources du mari qui rendait impossible l'exécution de la décision critiquée⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ « *Il serait à désirer que, dans certains cas, le pouvoir d'accorder des inhibitions provisoires appartint à la Cour de cassation ou à son président* », FAYE, E., *op. cit.*, n° 28.

⁹⁸⁶ CPC, art. 1009-1.

⁹⁸⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 588, n° 101.45.

⁹⁸⁸ Ord. prem. prés., 13 fév. 1996, n° 95-11.999.

⁹⁸⁹ Ord. prem. prés., 25 mai 1994, n° 93-15.959.

302. La Cour européenne des droits de l'homme incite à raisonner proportionnellement au but poursuivi par la radiation eu égard aux circonstances de l'espèce⁹⁹⁰. Le premier président et ses délégués ont donc été conduits à admettre plus souvent la réinscription au rôle, et à interpréter largement la notion de conséquences manifestement excessives⁹⁹¹. La reconnaissance ponctuelle d'un « *effet suspensif de fait* »⁹⁹² lutte indirectement contre la rigidité des effets du pourvoi. Il importe néanmoins de ne pas conclure à des conséquences manifestement excessives ou à une exécution impossible trop fréquemment. A défaut, la finalité de la fonction de cassation s'en trouverait atteinte, puisque le pourvoi doit rester une voie de recours extraordinaire. La Cour ne pouvant décider d'un sursis à exécution, il importe parfois d'accélérer le traitement du pourvoi pour répondre aux besoins dans des situations particulières en droit de la famille.

2) La régulation du temps de l'instance par la Cour de cassation

303. Le premier président de la Cour de cassation (a) et le président de la chambre à laquelle l'affaire a été confiée (b) peuvent aménager le temps de l'instance. Ces dérogations au déroulement ordinaire de la procédure revêtent une grande importance lorsque le pourvoi a trait au droit de la famille et nécessite une solution rapide.

a) La procédure urgente

304. Le premier président ou son délégué a la faculté de réduire les délais prévus pour le dépôt des mémoires et des pièces⁹⁹³, à la demande de l'une des parties ou d'office. Les limites de ce pouvoir n'ont pas été précisées, mais il a longtemps été d'usage d'accorder un délai de deux mois au demandeur, au défendeur, et au conseiller

⁹⁹⁰ La Cour de Strasbourg vérifie que « *les mesures de radiation du rôle ne [soient] pas de nature à restreindre l'accès à la juridiction supérieure d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* » - LASCARABATS, A. et LACROIX-ANDRIVET, J.-P., art. préc., p. 787.

⁹⁹¹ LAMANDA, V., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour de cassation », www.courdecassation.fr.

⁹⁹² Voir n° 300.

⁹⁹³ CPC, art. 1009-1.

rapporteur⁹⁹⁴. La durée de l'instance en cassation est donc susceptible d'être diminuée de moitié. La mise en œuvre de cette prérogative est subordonnée au respect du contradictoire⁹⁹⁵ et oblige à en informer les parties. En outre, l'auteur du pourvoi a aussi l'obligation d'indiquer au demandeur « *le délai dans lequel [il] doit remettre au greffe son mémoire en réponse et former, le cas échéant, un pourvoi incident* »⁹⁹⁶. Le respect des délais abrégés de procédure s'impose avec la même force que lorsque la procédure suit son cours ordinaire. La date de l'audience est fixée à leur expiration par le président de la formation compétente⁹⁹⁷. Il importe peu que les pièces requises aient ou non été remises au greffe de la Cour de cassation et signifiées à l'adversaire. Par conséquent, le risque de déchéance est considérable en cas de recours à la procédure urgente.

305. Le bénéfice de ces dispositions exceptionnelles est accordé à la partie qui le demande, sous réserve que l'objet du pourvoi le justifie. La nécessité de hâter l'issue de l'instance doit cependant être révélée dès le début de la procédure, afin d'assurer l'égalité entre les parties⁹⁹⁸. Quelle que soit la personne à l'origine du recours à la procédure d'urgence, il faut éviter l'enlisement de la situation liée à la durée de l'instance. La réalité de l'urgence est constatée toutes les fois qu'un « *effet suspensif de fait* »⁹⁹⁹ est attaché à la nature même de la décision attaquée, c'est-à-dire lorsque son exécution risquerait d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou qu'elle serait totalement impossible. De même, le traitement du pourvoi ayant trait au prononcé du divorce ou à la filiation est systématiquement accéléré par le président de la Cour ou son délégué, ce qui limite également la tentation de recourir à des manœuvres dilatoires.

306. Le recours à la procédure urgente n'est pas toujours lié à l'impossibilité d'exécution de la décision critiquée. Ce dispositif a également vocation à s'appliquer lorsque le débat au fond est subordonné à la résolution d'un problème annexe qui peut avoir trait à tout incident empêchant la poursuite de l'instance. Les parties peuvent aussi invoquer un intérêt plus personnel. Par exemple, la fixation définitive des modalités d'exercice de l'autorité parentale au profit de l'enfant justifie le recours à la procédure

⁹⁹⁴ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 570, n° 94.101.

⁹⁹⁵ CPC, art. 16.

⁹⁹⁶ CPC, art. 980.

⁹⁹⁷ CPC, art. 1009 al. 2.

⁹⁹⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 571, n° 94. 105.

⁹⁹⁹ Voir n° 300.

urgente. La célérité de la réponse judiciaire s'impose avec force en la matière, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme. La France fut condamnée suite à un non-lieu à statuer opposé à un pourvoi visant une décision relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale¹⁰⁰⁰. Une mère avait critiqué un arrêt décidant du placement de sa fille chez les grands-parents. La Cour de cassation s'était prononcée après la fin du placement. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, elle contestait, entre autres éléments, le non-respect de son droit à un recours effectif, le pourvoi ayant été examiné trois ans après sa formation. Ce n'est pas tant le non-lieu à statuer que les juges de Strasbourg ont désapprouvé¹⁰⁰¹, que la lenteur de la procédure¹⁰⁰². Par conséquent, la systématisation du recours à la procédure urgente est souhaitable lorsque le pourvoi porte sur l'autorité parentale et, à plus forte raison encore, sur l'assistance éducative.

307. Les dérogations procédurales qui existent en cas d'urgence servent les intérêts des justiciables, surtout dans les matières touchant à l'état des personnes. De plus, le retrait du rôle est systématiquement refusé dans ces matières¹⁰⁰³ par des motifs révélant les impératifs qui les gouvernent¹⁰⁰⁴. Outre les prérogatives dont dispose le président de la Cour de cassation, le président de la formation saisie peut aussi influencer sur la durée de traitement du pourvoi.

b) La fixation du jour de l'audience par le président de la chambre saisie

308. A l'expiration des délais imposés par l'ordonnance du premier président ou de son délégué pour répondre à l'urgence de la situation, il appartient au président de la formation compétente de fixer la date de l'audience¹⁰⁰⁵. L'initiative de l'accélération du temps de l'instance ne lui appartient pas, puisqu'il est lié par les réductions de délais

¹⁰⁰⁰ CEDH, 26 juil. 2007, *Schmidt c/ France*, req. n° 35109/02. Voir : DECAUX, E. et TAVERNIER, P., « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI* 2008, p. 811.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² Selon la Cour, « l'écoulement du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux » - CEDH, *Schmidt c/ France*, § 119, préc.

¹⁰⁰³ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 571, n° 94.106.

¹⁰⁰⁴ En ces hypothèses, il importe « que le pourvoi soit jugé dans les meilleurs délais ». Voir par ex. : Ord. prem. prés., 13 fév. 1996, n° 95-11.999. Voir également : Ord. prem. prés., 27 mars 2002, n° 01-03.726.

¹⁰⁰⁵ CPC, art. 1009 al. 2.

décidées par le président et par le rôle de la formation dans laquelle il siège. Il exerce toutefois une influence sur la célérité de la procédure. En effet, il peut fixer la date de l'audience dès la distribution de l'affaire. Il n'est pas tenu de prendre en considération les mesures prises par la présidence de la Cour de cassation et peut hâter l'issue de l'instance, en dehors de la procédure urgente. Nulle ordonnance spécifique du président de la chambre ou de la juridiction n'est requise à ces fins. L'inscription immédiate de l'affaire au rôle entraîne des conséquences similaires à celles de la procédure urgente car elle a pour effet d'imposer des délais aux parties, au conseiller rapporteur et à l'avocat général.

309. Les circonstances autorisant la mise en œuvre de cette faculté ne sont pas précisées. Selon toute logique, il faut considérer que les causes susceptibles d'entraîner la fixation du jour de l'audience dès la distribution de l'affaire sont identiques à celles déclenchant la procédure urgente¹⁰⁰⁶. Le respect du contradictoire oblige à notifier aux parties et à leurs conseils l'inscription du pourvoi au rôle. La possibilité de recourir à ce dispositif en dehors de toute ordonnance déclarant l'urgence favorise la modulation du temps de la procédure par les magistrats, dans l'intérêt d'une ou des parties à l'instance.

310. Tenue d'examiner le pourvoi selon les règles applicables à la procédure avec représentation obligatoire, la Cour de cassation prend en considération les conséquences qu'il produit sur le litige familial. Le fait que le pourvoi ait trait au droit de la famille entraîne des aménagements, prévus par les textes ou décidés par la Cour de cassation. Ils résultent tant des spécificités de la matière que de la nature particulière de cette voie de recours extraordinaire. Mais le respect des conditions liées à la recevabilité de l'action et au déroulement de l'instance est indispensable, pour qu'un arrêt de rejet ou de cassation soit rendu. Approuvées par la Cour européenne des droits de l'homme, ces exigences visent aussi à préserver les finalités de la fonction de cassation. L'objectif est atteint avec l'assistance des avocats aux Conseils, dans l'intérêt des justiciables. Les règles gouvernant l'instance devant la Cour de cassation favorisent ainsi le droit au pourvoi, notamment en droit de la famille.

¹⁰⁰⁶ Voir n° 304.

CONCLUSION DU TITRE 1

311. Le pourvoi en cassation vise à garantir l'unité d'application et d'interprétation des règles juridiques en vigueur. Cette finalité doit être préservée, ce qui suppose un encadrement approprié et justifie l'existence de recours réservés au procureur général. Il importe d'identifier les décisions susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi, c'est-à-dire celles répondant au terme de jugement. A cet égard, l'absence de définition stricte de la notion d'acte juridictionnel tend à accroître le domaine du contrôle exercé par la Cour de cassation. La plupart des décisions rendues par les juridictions compétentes en droit de la famille peuvent être critiquées, sans que les phénomènes affectant la matière y fassent obstacle. Telle que retenue par la Cour, la qualification est large. Elle inclut les décisions rendues par la juridiction gracieuse, comme celles prononcées par la juridiction contentieuse. L'association croissante des justiciables à la procédure, de même que le développement des techniques alternatives de règlements des conflits, ne s'opposent pas à l'exercice de la fonction de cassation dès lors que les actes qui en résultent présentent un caractère décisoire.

312. Prétendre au statut de partie à l'instance devant la Cour suppose toutefois de respecter des conditions strictes, liées à la particularité de cette voie de recours extraordinaire. Aux exigences générales relatives à la capacité, à la qualité et à l'intérêt pour agir en justice, s'ajoute la nécessité de démontrer l'utilité de la cassation pour celui qui la recherche. Le moment du pourvoi et les modalités procédurales gouvernant son examen sont également strictement définis. Lorsque le problème soulevé a trait au droit de la famille, des aménagements sont néanmoins prévus. En outre, la soumission de la matière à l'obligation de représentation par les avocats aux Conseils éloigne le risque d'irrecevabilité du pourvoi, tandis que la possibilité de bénéficier d'une aide juridictionnelle favorise sa formation le cas échéant. Un arrêt peut alors être rendu. L'autorité dont il est revêtu demeure la source première de l'influence exercée par la Cour de cassation. Elle élabore ainsi sa jurisprudence, qu'elle explique, précise et complète par ses fonctions annexes.

TITRE II : LES FONCTIONS DE LA COUR DE CASSATION

313. A son origine, le Tribunal de cassation avait pour mission d'annuler « toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi »¹⁰⁰⁷. Il s'agit toujours de la fonction première de la Cour de cassation. Elle veille à l'application de la loi par les juges du fond et garantit l'unité d'interprétation des règles juridiques, ainsi que l'égalité de tous les justiciables face au droit. De plus, d'autres compétences lui ont été attribuées. La Cour est à l'origine de nombreuses publications¹⁰⁰⁸. Son rapport annuel vise à attirer l'attention du législateur sur d'éventuelles imperfections du corpus normatif¹⁰⁰⁹. Diverses fonctions annexes ont aussi été dévolues à la Cour durant ces dernières décennies, comme une procédure de saisine pour avis par la loi du 15 mai 1991¹⁰¹⁰. Elle peut être saisie par les juges du fond, sur des questions de droit nouvelles et se posant dans de nombreux litiges¹⁰¹¹. Outre cette mission consultative, une étape capitale a été franchie lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁰¹². La Cour de cassation est désormais responsable du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, présentées devant les juridictions du fond ou directement devant elle. La fonction de cassation, dont les contours ont également été modifiés à plusieurs reprises, répond à l'objectif initial de la Cour (Chapitre 1). L'extension progressive de ses fonctions annexes renforce son influence, comme le démontre leur étude en droit de la famille (Chapitre 2).

¹⁰⁰⁷ Décr. 27 nov. et 1^{er} déc. 1790, préc.

¹⁰⁰⁸ Voir par ex. : COJ, art. R.431-9 et R.433-1 s.

¹⁰⁰⁹ COJ, art. R.431-10.

¹⁰¹⁰ L. n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, *JORF*, 18 mai 1991, n° 115.

¹⁰¹¹ COJ, art. L.441-1.

¹⁰¹² L. const. n° 2008-724 du 23 juillet 2008 modifiant les institutions de la V^e République, *JORF*, 24 juil. 2008, n° 0171, p. 1190.

Chapitre 1 : LA FONCTION DE CASSATION

314. La Cour de cassation a pour « *mission essentielle (...) de veiller à la bonne application des règles juridiques par les juridictions inférieures et, par là-même, d'assurer au droit unité, clarté, certitude* »¹⁰¹³. En droit de la famille, comme en tout autre domaine, la décision rendue suite au pourvoi acquiert une autorité juridictionnelle (I). Le rôle joué par la Cour ne s'arrête toutefois pas là. La réponse qu'elle apporte au litige permet l'élaboration d'une jurisprudence adaptée aux spécificités de la matière (II).

I. L'autorité juridictionnelle de la Cour de cassation

315. Un pourvoi a des conséquences sur une instance à caractère familial : l'arrêt rendu met fin au débat devant la Cour de cassation¹⁰¹⁴. L'un des objectifs de la fonction de cassation est en effet de « *réaliser un nouvel effort de justice dans l'intérêt privé d'un plaideur à l'encontre de qui a pu être rendue une décision erronée* ». Il importe que la solution dégagée par la Cour ne puisse pas être remise en cause. A défaut, la discussion risque de se perpétuer. Déterminer l'étendue de cette autorité juridictionnelle n'est guère aisé. La démarche impose d'analyser au préalable l'autorité revêtue par l'arrêt, au regard du litige (§1). Il importe aussi d'étudier les suites de la décision rendue par la Cour, en précisant les modalités du renvoi après cassation (§2).

§1. L'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation

316. Les liens unissant tantôt les parties à l'instance devant les juges du fond, tantôt le chef du dispositif atteint et les autres éléments de l'arrêt critiqué, compliquent la délimitation de l'autorité juridictionnelle des arrêts de la Cour de cassation (A). Les conséquences de ses décisions méritent également d'être précisées (B).

¹⁰¹³ TUNC, A., « La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978.433.

¹⁰¹⁴ L'un des objectifs de la fonction de cassation est en effet de « *réaliser un nouvel effort de justice dans l'intérêt privé d'un plaideur à l'encontre de qui a pu être rendue une décision erronée* » - *ibid.*

A. Les contours de l'autorité de la chose jugée en cassation

317. La portée des décisions rendues par la Cour de cassation en droit de la famille dépend de divers facteurs, selon le contexte entourant un arrêt de rejet (1) ou de cassation (2). Cette typologie, binaire, permet une présentation simplifiée.

1) Les arrêts rejetant le pourvoi en cassation

318. Le rejet du pourvoi est décidé dans divers cas. Il peut s'agir d'un arrêt de rejet au sens strict (a). Les chances de succès sont aussi réduites à néant en cas de non-admission du pourvoi. Le droit de la famille est concerné par cette procédure particulière, instaurée par une réforme relativement récente (b).

a) Les arrêts de rejet au sens strict

319. En cas de rejet du pourvoi, la Cour de cassation est tenue d'examiner l'ensemble des moyens avancés par son auteur. L'ordre d'analyse importe peu. La Cour conclut à l'irrecevabilité des moyens, en raison de leur nouveauté ou de leur inopérance¹⁰¹⁵. Elle peut également recourir à un procédé de « *sauvetage* »¹⁰¹⁶ de la décision critiquée. Conclure à des motifs surabondants ou procéder à une substitution de motifs aboutit à un aménagement de la motivation. La rédaction de l'arrêt de rejet s'en ressent. Il est le plus souvent long, du fait des griefs formulés. Lorsque plusieurs moyens ont été proposés¹⁰¹⁷ ou quand l'un d'eux est articulé en plusieurs branches¹⁰¹⁸, la Cour doit répondre à chacun d'eux, sauf si le rejet motivé d'un moyen en prive un autre de son objet. Tel fut le cas dans l'hypothèse du maintien du premier chef d'une décision fixant la résidence habituelle des enfants chez leur mère¹⁰¹⁹. En l'espèce, le père recherchait aussi la cassation par voie de conséquence de sa condamnation à contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants¹⁰²⁰. Mais la Cour jugea inutile de se prononcer sur ce second

¹⁰¹⁵ Voir n° 678 et s.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2007, n° 06-11.887, *Bull. civ. I*, n° 324.

¹⁰¹⁸ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, *Bull. civ. I*, n° 218.

¹⁰¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 oct. 2013, n° 12-22.357.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

moyen. Elle prit soin de préciser que le rejet des griefs formés contre le dispositif, relatif à la résidence habituelle des enfants, privait d'objet le second moyen. Elle reproduisit en annexe les moyens avancés à l'appui du pourvoi. Ce choix permet d'alléger la charge pesant sur la Cour. Il lui est en effet loisible de répondre succinctement aux moyens proposés, sans en répéter la teneur dans le corps de l'arrêt de rejet, notamment lorsqu'il n'est pas destiné à la publication. Le lecteur est alors contraint de confronter l'arrêt rendu à ses annexes.

320. La possibilité pour la Cour de cassation d'accélérer ses travaux doit être approuvée. Lié à la prolifération des normes juridiques et à leur complexité¹⁰²¹, l'encombrement de la juridiction nuit à son fonctionnement¹⁰²². La remarque est particulièrement pertinente au regard de l'évolution du droit de la famille. La judiciarisation des rapports privés tend aussi à s'accroître. La multiplication des décisions rendues par les juges du fond a un impact sur le nombre des pourvois portés devant la Cour par des justiciables déçus de ne pas avoir obtenu gain de cause devant les juridictions ordinaires, même si l'échec est fréquent¹⁰²³. Or la durée de traitement des pourvois est importante devant la première chambre civile¹⁰²⁴. L'attente est parfois longue pour la famille en quête de réponses. Consciente de cet inconvénient, la Cour a modifié sa technique depuis quelques années, par la pratique dite des « *arrêts brevissimes* »¹⁰²⁵. Des pourvois ont ainsi été rejetés par des formules lapidaires telles que « *le jugement n'encourt pas les griefs du moyen* »¹⁰²⁶ ou « *sous couverts de griefs non fondés de violation de la loi ou et de manque de base légale, les moyens ne tendent qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation les éléments de fait qui ont été souverainement*

¹⁰²¹ Voir : BORE, J., « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D.* 1979. Chron. 247.

¹⁰²² CORPART, I., « L'encombrement croissant de la Cour de cassation », *LPA*, n° 16, 6 fév. 1995, p. 4.

¹⁰²³ La première chambre civile, compétente pour les questions relatives au droit de la famille, a rejeté 36% des pourvois formés en 2014. Pour la même année, le taux de cassation est de 31%. Une autre catégorie de décisions est récemment apparue dans le rapport annuel d'activité dressé par la Cour de cassation. Les décisions considérant le recours comme non admis représentent actuellement 26% de l'activité juridictionnelle de la première chambre civile.

¹⁰²⁴ Elle s'élève en moyenne à 461 jours. *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014*, disponible sur www.courdecassation.fr.

¹⁰²⁵ PERDRIAU, A., « Des « arrêts brevissimes » de la Cour de cassation », *JCP G* 1996. I. 3943.

¹⁰²⁶ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 1997, n° 96-04.025 ; 10 déc. 1996, n° 94-19.276 ; 29 mai 1990, n° 88-15.818.

constatés par les juges du fond »¹⁰²⁷. Aucune précision sur les motifs de la décision critiquée n'est apportée dans ces cas. Développer une argumentation juridique inutile équivaut en effet à perdre un temps précieux. De plus, la reprise des termes du jugement attaqué peut induire les justiciables en erreur dans leur perception de la fonction de cassation. La Cour n'est pas un troisième degré de juridiction. Il n'est guère opportun de reproduire des motifs adaptés à la solution retenue par les juges du fond, au risque de donner « *l'impression, sinon que la Cour de cassation ait adopté les motifs et la réponse en les reprenant, du moins qu'elle les ait approuvés* »¹⁰²⁸. A juste titre, la Cour s'est octroyée les moyens nécessaires pour écarter ces recours inefficaces¹⁰²⁹. La réforme opérée par la loi organique du 25 juin 2001¹⁰³⁰ a franchi un pas supplémentaire dans l'évacuation de pourvois dépourvus d'intérêt dans la perspective du contrôle de légalité.

b) Les arrêts de rejet non motivé du pourvoi

321. La procédure de non-admission des pourvois répond à la nécessité de traiter plus rapidement les recours portés devant la Cour de cassation¹⁰³¹. L'article 1014 du Code de procédure civile autorise la formation restreinte à décider qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou non fondé sur un moyen sérieux. Rendue à l'issue d'un débat contradictoire au sein d'une formation restreinte de la Cour de cassation, cette décision apporte aussi une réponse à l'auteur du pourvoi. Des réserves ont néanmoins été émises à l'encontre de la dispense de motivation de cette catégorie particulière d'arrêts de rejet¹⁰³². L'allègement de l'office de la Cour pourrait apparaître contraire aux exigences du procès équitable, malgré l'existence d'une fiche de motivation adressée aux parties. La Cour européenne des droits

¹⁰²⁷ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2014, n° 13-14.745 ; 25 juin 2014, 13-17.753 ; 12 juin 2001, n° 98-20.309, *Bull. civ. I*, n° 174.

¹⁰²⁸ PERDRIAU, A., art. préc.

¹⁰²⁹ Ces arrêts, « *loin de desservir l'image de la Haute juridiction, soulignent l'éminence de son rôle, qui fait d'elle le seul juge du droit* » - *ibid.*

¹⁰³⁰ L. org. n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF*, 26 juin 2001, n° 0146, p. 10119.

¹⁰³¹ CANIVET, G., « La procédure d'admission des pourvois en cassation. Bilan d'un semestre d'application de l'article L.131-6 du code de l'organisation judiciaire », *D.* 2002. 2195.

¹⁰³² BORE, L., « La motivation des décisions de justice et le Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2002. I. 104.

de l'homme a pourtant considéré la procédure de non-admission conforme à l'article 6§1 de la Convention¹⁰³³.

322. La sélection est fondée sur le sérieux du moyen allégué. D'autres systèmes ont été envisagés en vain, tel que l'intérêt de la question de droit soulevée par l'auteur du pourvoi¹⁰³⁴. Mais il n'est pas concevable d'ériger l'opportunité du recours en critère d'admission d'un pourvoi car l'appréciation de cet élément comporte nécessairement un certain degré d'arbitraire. De plus, la mission régulatrice confiée à la Cour de cassation empêcherait sa mise en œuvre¹⁰³⁵. Déceler la non-conformité d'un acte juridictionnel aux règles juridiques en vigueur n'obéit pas à une logique intéressée. Le contrôle exercé garantit la légalité des décisions rendues par les juges du fond. Sur le plan pratique, une telle approche recèle en outre un inconvénient majeur. En droit de la famille, les litiges ont fréquemment trait à la vie intime ou du moins privée. Le plaideur qui ne pourrait voir sa cause entendue en raison d'un quelconque désintérêt porté sur sa situation s'en trouverait affecté. Une décision de rejet non motivée mais fondée sur l'absence évidente d'efficacité du grief est plus facilement acceptée. Comme l'a rappelé Monsieur Canivet, « *le critère du sérieux du moyen [permet] de rester fidèle à la technique de cassation et à notre tradition juridique* ». Il n'est pas d'un maniement aisé, contrairement au refus d'admission tiré de l'irrecevabilité du pourvoi en cassation¹⁰³⁶.

323. L'absence d'obligation de motivation rend l'étude du moyen non sérieux délicate. La doctrine a néanmoins cherché à en discerner les contours¹⁰³⁷. Un moyen non sérieux est dépourvu d'intérêt normatif. Il présente le plus souvent une dimension disciplinaire. Tel est le cas lorsque le pourvoi invite la Cour à revenir sur l'établissement et la gravité des fautes respectives des époux au cours d'une instance en divorce. Un époux reprochait à une cour d'appel de n'avoir pas pris en considération l'éventualité

¹⁰³³ CEDH, 28 jan. 2003, *Burg c/ France*, req. n° 34763/02. Voir : VIGNEAU, D., « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010.102.

¹⁰³⁴ Pour un panorama des différents systèmes visant à limiter l'encombrement de la Cour de cassation, voir : BORE, J., art. préc.

¹⁰³⁵ HEBRAUD, P., « « Aggiornamento » de la cour de cassation (loi des 12 juillet 1978 et 3 janvier 1979) », *D.* 1979. Doctr. 205.

¹⁰³⁶ Les causes d'irrecevabilité d'un pourvoi en cassation sont connues. Elles ont été expliquées au titre précédent.

¹⁰³⁷ CANIVET, G., art. préc. ; PERDRIAU, A., « La non-admission des pourvois », *JCP G* 2002. I. 181.

d'une excuse de son adultère, en raison de la mésentente antérieure du couple¹⁰³⁸. La cour d'appel avait caractérisé l'existence d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, indépendamment des relations entretenues auparavant entre les époux. A l'évidence, le grief tiré d'un manque de base légale n'était pas de nature à justifier la cassation de la décision critiquée. Le moyen invoqué par l'auteur du pourvoi était dépourvu de sérieux, la décision rendue par les juges du fond étant fondée. Il en fut de même dans une autre affaire, où le montant de la prestation compensatoire déterminé par les juges du fond était contesté par le pourvoi¹⁰³⁹. Le grief obligeait à une appréciation des faits de l'espèce, à laquelle la Cour ne pouvait procéder. Elle n'hésita pas davantage à écarter ce recours, voué à l'échec.

324. Les arrêts de rejet non motivés sont un palliatif efficace pour lutter contre l'encombrement du rôle par des pourvois inutiles. La Cour s'est approprié cet outil, comme en atteste l'existence de non-admissions partielles récemment consacrées par l'article 1014 du Code de procédure civile¹⁰⁴⁰. La réforme tendait à évacuer les recours irrecevables ou s'appuyant sur des moyens non sérieux. Elle sert dorénavant à écarter seulement certains griefs pour en privilégier d'autres. Par exemple, la Cour jugea qu'un moyen alléguant un vice de motivation inexistant pouvait être considéré non admis, tout en prononçant la cassation de la décision¹⁰⁴¹. Un époux avait été débouté d'une demande de prestation compensatoire et condamné aux dépens. Les juges du fond n'avaient pu constater de disparité entre les conditions de vie des époux suite à la rupture du mariage. En outre, la déclaration sur l'honneur présentée par le mari n'était pas conforme aux exigences légales. Les moyens invoqués, dénonçant entre autres griefs un manque de base légale et une contradiction de motifs, furent jugés non sérieux. La Cour de cassation les écarta sans motiver sa décision. Le pourvoi reprochait aussi aux juges du fond d'avoir refusé d'entendre l'enfant du couple alors que celui-ci en avait fait la demande, au motif que l'audition n'était pas possible à tous les stades de la procédure. Ce moyen justifia la cassation de la décision critiquée. Mais que la non-admission soit totale ou partielle,

¹⁰³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 26 jan. 2011, n° 10-15.172.

¹⁰³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 26 jan. 2011, n° 09-70.829.

¹⁰⁴⁰ CPC, art. 1014 modifié par Décr. 6 nov. 2014, préc.

¹⁰⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, n° 11-18.849, *Bull. civ. I*, n° 212, *JCP G* n° 46, 12 nov. 2012, p. 1191, obs. FAVIER ; *JCP G* n° 1, 7 jan. 2013, doct. 38, obs. GOUTTENOIRE ; *RTD Civ.* 2013. 106, obs. HAUSER.

l'arrêt de la Cour acquiert une autorité juridictionnelle. Le rejet du pourvoi, motivé ou non, détermine l'issue de l'affaire. Le constat diffère lorsqu'une cassation est prononcée.

2) L'arrêt de cassation

325. La question de l'étendue de la cassation est particulièrement complexe. L'autorité juridictionnelle de l'arrêt est limitée au contexte dans lequel s'inscrit l'instance. En principe, seules les parties sont concernées par la cassation prononcée. Il est coutumier d'affirmer que la cassation ne profite qu'au demandeur et ne nuit qu'au défendeur au pourvoi, sauf lorsqu'elle est prononcée sur pourvoi du procureur général pour excès de pouvoir¹⁰⁴². Mais les relations entre les intéressés justifient certaines dérogations, notamment en droit de la famille (a). De plus, les dispositions réglementaires ne suffisent pas à lever toutes les incertitudes portant sur l'étendue de la cassation prononcée en matière civile (b).

a) L'étendue de la cassation au regard des parties et des tiers intéressés

326. Dans un arrêt rendu le 28 mai 1982¹⁰⁴³, l'Assemblée plénière a rappelé que la cassation d'un arrêt n'a d'effet qu'entre les parties qui l'ont requise. Celui qui omet de se pourvoir est empêché de s'en prévaloir devant la juridiction de renvoi. De même, la cassation n'est opposable qu'« *aux parties auxquelles le pourvoi a été régulièrement dénoncé* »¹⁰⁴⁴. Par exception à ce principe, en cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire, la décision rendue affecte également des tiers, selon l'article 615 du Code de procédure civile. Un arrêt illustre cette hypothèse¹⁰⁴⁵. Un couple marié avait été placé en situation de surendettement. Des mesures de redressement avaient été prises, contre lesquelles seule l'épouse avait formé un pourvoi en cassation. Son mari n'était pas partie à l'instance devant la Cour. Le pourvoi s'appuyait sur l'existence d'une contradiction de motifs. Il fut accueilli. Prenant en considération les circonstances de l'espèce, la Cour de

¹⁰⁴² CPC, art. 639-3.

¹⁰⁴³ Cass. ass. plén., 28 mai 1982, n° 79-13.660, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 3, CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 47, p. 308.

¹⁰⁴⁴ VOULET, J., « L'étendue de la cassation en matière civile », *JCP* 1977. I. 2877.

¹⁰⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1994, n° 93-04.097, *Bull. civ. I*, n° 342.

cassation précisa que la situation de surendettement des époux conférait aux mesures de redressement adoptées un caractère indivisible entre les débiteurs comme entre les créanciers. La cassation de l'arrêt sur le pourvoi de l'épouse devait donc produire effet à l'égard du mari¹⁰⁴⁶, pourtant en dehors de la cause devant la Cour. La cassation concerne toutes les personnes nécessairement impliquées dans le litige, selon sa nature¹⁰⁴⁷.

327. L'époux qui ne se pourvoit pas en cassation est ainsi empêché d'invoquer l'autorité de chose jugée normalement attachée à la décision prononçant le divorce en sa faveur. La solution est justifiée, au regard des liens unissant les parties à l'instance devant les juges du fond. La Cour de cassation prend en considération la spécificité de la procédure de divorce, telle qu'envisagée par les règles juridiques en vigueur. Le constat est flagrant dans l'hypothèse d'une demande principale en divorce sur acceptation du principe de la rupture. L'article 234 du Code civil prévoit que « *s'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences* ». L'ancien divorce pour rupture de la vie commune obéissait à un régime similaire. La Cour de cassation jugeait en effet « *que le juge ne [pouvait] prononcer le divorce pour rupture de la vie commune, sans fixer, par la même décision, les conditions dans lesquelles l'époux demandeur assumera son devoir de secours ainsi que ses obligations à l'égard des enfants* »¹⁰⁴⁸. Ce particularisme eut des conséquences sur l'extension de la cassation à des parties non présentes devant la Cour¹⁰⁴⁹. Suite à la cassation d'un jugement de divorce pour rupture de la vie commune, un renvoi devant les juges du fond avait été décidé. A l'appui de son pourvoi, l'épouse n'avait élevé aucun moyen sur le principe du divorce. La juridiction de renvoi avait donc considéré que le prononcé du divorce était passé en force de chose jugée, et s'était abstenue de s'y intéresser. Un second pourvoi fut formé par l'épouse et cette décision fut cassée. Le juge étant tenu de se prononcer dans une même décision sur le principe et sur les effets du divorce, la cassation s'étendait nécessairement au prononcé du divorce. Le mari ne pouvait se prévaloir de l'autorité de chose jugée du jugement de divorce pour rupture de la vie commune devant la juridiction de renvoi. Même s'il n'avait pas la qualité de partie

¹⁰⁴⁶ Ibid.

¹⁰⁴⁷ FAYE, E., *op. cit.*, n° 266.

¹⁰⁴⁸ Cass. 2^e civ., 24 oct. 1979, *Bull. civ. II*, n° 157. L'injonction résultait alors d'une interprétation *in fine* des articles 239, 260 et 281 anciens du Code civil, ainsi que de l'article 1123 du Code de procédure civile.

¹⁰⁴⁹ Cass. 2^e civ., 20 juillet 1987, n° 85-14.764, *Bull. civ. II*, n° 172.

devant la Cour de cassation, il était concerné par l'annulation de la décision. Le lien de dépendance nécessaire existant entre le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune et ses conséquences justifiait qu'il fût porté atteinte à la relativité de la cassation. Il en va de même pour déterminer l'étendue de la cassation prononcée en matière civile, eu égard au dispositif de l'arrêt de cassation.

b) L'étendue de la cassation au regard des moyens avancés au soutien du pourvoi

328. La cassation peut être totale ou partielle, selon le dispositif de l'arrêt. Cela n'a pas toujours été le cas. La Cour de cassation a longtemps retenu une vision casuistique de la portée de l'annulation¹⁰⁵⁰, sans s'attacher à la lettre de ses arrêts. Quels que fussent les termes employés, elle considérait que les éléments de la décision non critiqués par le pourvoi passaient en force de chose jugée. La solution était inspirée de l'ancien article 624 du Code de procédure civile. Aux termes de ce texte, la censure qui s'attachait à un arrêt de cassation était limitée à la portée du moyen qui constituait la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire, ce que certains commentateurs estimaient regrettable¹⁰⁵¹. Le manque de rigueur portée à la rédaction des arrêts était souvent source d'ambiguïtés¹⁰⁵². La Cour de cassation décida d'y remédier en prenant soin d'indiquer dans chaque dispositif si la cassation concerne toutes les dispositions de l'arrêt attaqué ou seulement certaines d'entre elles, dans un arrêt rendu par l'Assemblée plénière¹⁰⁵³. Elle jugea que « *la cassation d'une décision prononcée « dans toutes ses dispositions » investit la juridiction de renvoi de l'entier litige* ». Ainsi, l'arrêt cassé « *en son entier* », « *en toutes ses dispositions* » ou « *sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches ou moyens* » est totalement annulé. Lorsque la Cour considère qu'il y a lieu de procéder à une cassation partielle, elle casse « *sauf* » les chefs du dispositif attaqué qu'elle maintient. Nonobstant l'examen des moyens justifiant la cassation, le vocabulaire employé dans le dispositif révèle son caractère total ou partiel. Cette évolution

¹⁰⁵⁰ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 13 juil. 2006, n° 04-12.984, *Bull. civ.* II, n° 207 ; Cass. Com., 20 déc. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 416.

¹⁰⁵¹ PERDRIAU, A., note sous arrêt, CA Paris, 18 nov. 1999, *JCP G* 1999. II. 10059.

¹⁰⁵² Voir à ce propos : VOULET, J., art. préc.

¹⁰⁵³ Cass. ass. plén., 27 oct. 2006, 05-18.977, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 12, *JCP G* 2007. II. 10019, note LEVENEUR.

jurisprudentielle a été consacrée par l'article 624 du Code de procédure civile, qui énonce que « *la portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce. Elle s'étend également à l'ensemble des dispositions du jugement cassé ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire* ».

329. L'étendue de la cassation prononcée ne suscite guère de doutes lorsqu'elle atteint l'intégralité de la décision. La juridiction de renvoi est alors saisie de l'entier litige, en fait et en droit¹⁰⁵⁴. Lorsque la cassation ne porte que sur « *certaines chefs dissociables des autres* »¹⁰⁵⁵, sa portée est plus discutable. Elle est en principe limitée au grief qui a permis d'y aboutir¹⁰⁵⁶. Mais l'approche formelle consacrée par la Cour de cassation s'impose ici aussi. Le plus souvent, elle indique expressément les chefs de la décision qui sont annulés. A défaut de précisions contenues dans le dispositif de l'arrêt de cassation sur son étendue, il est judicieux de former une requête en interprétation en ce sens. Les doutes peuvent ainsi être levés, sans qu'il y ait lieu de réanimer les débats antérieurs. Après avoir longtemps jugé que les demandes en divorce et en séparation de corps n'étaient pas inséparables¹⁰⁵⁷, la Cour de cassation modifia cette solution en statuant sur une requête en interprétation¹⁰⁵⁸. La deuxième chambre civile avait cassé une décision déboutant une épouse de sa demande de séparation de corps. Les juges du fond avaient prononcé le divorce pour faute à ses torts, sur la demande reconventionnelle du mari. Ce dernier ne s'était pas pourvu en cassation, contrairement à sa femme, qui reprochait aux juges du fond d'avoir prononcé le divorce à ses torts et d'avoir rejeté sa demande de séparation de corps. Souhaitant que l'étendue de la cassation fût précisée, l'épouse forma une requête en interprétation. L'attendu de principe ne laissa pas place au doute. La Cour de cassation jugea qu'une demande en séparation de corps et une demande reconventionnelle en divorce formant un tout indivisible, la cassation intervenant sur l'une de ces deux demandes devait entraîner la cassation totale¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ Voir n° 377 et s.

¹⁰⁵⁵ CPC, art. 623.

¹⁰⁵⁶ En d'autres termes, il faut « *considérer que l'annulation est limitée au moyen qui a servi de base à la cassation et que les dispositions visées par les autres moyens non examinés restent irrévocables* » - VOULET, J., art. préc.

¹⁰⁵⁷ VOULET, J., art. préc.

¹⁰⁵⁸ Cass. 2^e civ., 25 mars 1987, n° 85-11.792, *Bull. civ.* II, n° 75.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

330. Bien que dérogatoire, la théorie de l'indivisibilité a connu un essor remarquable en matière de divorce et la solution fut réaffirmée depuis. Elle dépasse à présent le seul cadre des demandes principales ou reconventionnelles en séparation de corps et en divorce. Désormais, la cassation prononcée sur l'une des demandes annule en son entier la décision rendue sur le fond du fond du divorce¹⁰⁶⁰. L'exception, tirée d'une indivisibilité ou d'un lien de dépendance nécessaire entre le chef cassé de la décision et les autres dispositions non visées par le moyen accueilli, éclaire aussi l'étendue potentielle des cassations partielles, comme le démontre un arrêt¹⁰⁶¹. Un divorce avait été prononcé pour altération définitive du lien conjugal. L'époux avait été condamné au versement d'une prestation compensatoire, versée sous forme de rente viagère. Sa femme s'était pourvue en cassation. Elle reprochait aux juges du fond d'avoir omis de se placer au jour où ils statuaient pour apprécier le montant de la prestation compensatoire. La Cour de cassation admit ce moyen et prononça une cassation partielle. Au visa de l'article 624 du code de procédure civile, elle étendit la cassation au dernier chef du dispositif de l'arrêt attaqué. Celui-ci, relatif aux modalités de versement de la prestation compensatoire, ne pouvait en effet subsister. Indépendamment du moyen le critiquant, il présentait avec celui servant de base à la cassation un lien de dépendance nécessaire. De même, une cassation visant le prononcé du divorce entraîna celle des dispositions accessoires portant sur ses conséquences entre les époux et vis-à-vis des enfants¹⁰⁶².

331. Il est intéressant d'observer les précautions entourant la rédaction des arrêts de la Cour de cassation. La cassation d'un chef non critiqué du dispositif, subséquente à celle d'un chef distinct mais présentant avec lui une indivisibilité ou un lien de dépendance nécessaire, est le plus souvent expresse. La plupart des doutes pesant sur l'étendue de la cassation prononcée en matière civile ont donc été levés¹⁰⁶³. La question des effets de l'arrêt rendu sur le litige familial demeure néanmoins posée.

¹⁰⁶⁰ Cass. 2^e civ., 20 avr. 1988, n° 86-14.125, *Bull. civ.* II, n° 94.

¹⁰⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 29 jan. 2014, n° 13-10.100.

¹⁰⁶² Cass. 2^e civ., 29 jan. 1975, *Bull. civ.* II, n° 22.

¹⁰⁶³ Cass. ass. plén., 27 oct. 2006, préc.

B. Les conséquences attachées à l'autorité de chose jugée en cassation

332. L'étendue de la cassation prononcée détermine l'autorité des décisions rendues par la Cour de cassation. Cette fonction juridictionnelle a des incidences indubitables sur le litige, sauf si la cassation est prononcée dans l'intérêt de la loi sur pourvoi du procureur général, auquel cas les parties ne peuvent s'en prévaloir¹⁰⁶⁴. Suite à un arrêt de rejet ou de cassation, nul recours ne peut être exercé pour le contester (1). L'autorité de la cassation influe indéniablement sur la solution du litige familial (2).

1) Les possibilités de contestation de la décision rendue par la Cour de cassation

333. L'autorité de la cassation n'est pas susceptible d'être remise en cause par l'exercice d'une voie de recours juridictionnelle (a). Mais à l'instar des juges du fond, la Cour ne peut se prémunir contre toute erreur. La rectification de l'arrêt de cassation ou de rejet est par conséquent envisageable, dans un nombre limité d'hypothèses (b).

a) La fermeture des voies de recours juridictionnelles contre l'arrêt de la Cour de cassation

334. Bien qu'elle ne soit pas un troisième degré de juridiction, la Cour de cassation est située au sommet de la hiérarchie judiciaire. Ses décisions doivent être placées à l'abri de remises en cause hâtives et simplistes. Pour cette raison, diverses dispositions empêchent expressément l'exercice de voies de recours juridictionnelles contre ses arrêts¹⁰⁶⁵. Le constat est ancien, puisqu'un arrêt du 23 février 1885 rappelait déjà « *que les arrêts rendus par la Cour de cassation ne sont susceptibles d'aucune voie de recours* »¹⁰⁶⁶. Ce principe n'a jamais été démenti.

¹⁰⁶⁴ CPC, art. 639-2.

¹⁰⁶⁵ Il en est de même à l'égard de la prohibition des recours en opposition ou en tierce-opposition. L'article 622 précise que « *les arrêts rendus par la Cour de cassation ne sont pas susceptibles d'opposition* ». L'interdiction est récente. L'opposition était possible à l'encontre des arrêts rendus par défaut en matière civile jusqu'en 1947. L'exercice de cette voie de recours était toutefois peu fréquent. La loi du 23 juillet 1947 a procédé à sa suppression, sans susciter la controverse. La même solution prévaut à l'égard de la tierce-opposition. Son irrecevabilité a été décidée par la Cour de cassation le 17 janvier 1870. La discussion n'est pas close pour autant, en raison des dispositions du Code de procédure civile relatives à la tierce opposition en général. Voir sur ce point : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 687, n° 123.11 et 123.21.

¹⁰⁶⁶ Cass. civ., 23 fév. 1885, *DP* 1885. 1. 308.

335. L'article 621 du Code de procédure civile prohibe tout d'abord la formation d'un nouveau pourvoi, suite à une décision antérieure de rejet tranchant le même problème de droit. La prolifération des recours voués à l'échec ou dilatoires doit être évitée. La maxime « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* » le permet. L'interdiction s'étend à l'impossibilité de se pourvoir une nouvelle fois, lorsque le premier recours s'est soldé par un constat d'irrecevabilité ou de déchéance. Il en va de même quand la Cour de cassation constate son dessaisissement à l'occasion du recours antérieur. Mais la réitération du pourvoi n'est prohibée que si la voie de la cassation était réellement ouverte la première fois, comme l'a rappelé un arrêt¹⁰⁶⁷. Un enfant avait été déclaré à l'état civil sous le nom du mari de sa mère. Un tiers avait revendiqué sa paternité quatre ans plus tard. Il avait introduit une action en contestation de la filiation, or l'existence d'une possession d'état conforme au titre de naissance rendait sa demande irrecevable. Un arrêt infirmatif fut ensuite rendu. La cour d'appel avait aussi ordonné un examen comparé des sangs afin de trancher le conflit de filiations. Le mari refusa de s'y soumettre, tandis que le tiers accepta. La mesure d'instruction révéla une probabilité de paternité à son profit. En conséquence, le conflit de paternité fut tranché en faveur du père naturel. Le mari se pourvut en cassation à l'encontre des deux arrêts rendus en appel. La recevabilité du pourvoi, en tant qu'il était dirigé contre la décision infirmant la décision du tribunal de grande instance, était contestée. En effet, un premier pourvoi avait été formé contre l'arrêt avant-dire droit ordonnant la mesure d'instruction, dont le mari s'était désisté. Aux termes de l'article 621 du Code de procédure civile, un second pourvoi était en principe irrecevable. Mais la Cour de cassation écarta cette application mécanique de la règle « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* ». En effet, le délai du pourvoi ne commençait à courir qu'à compter de la signification de la décision rendue sur le fond du litige¹⁰⁶⁸. La solution mérite d'être approuvée, car il est difficilement concevable de fermer définitivement la voie de la cassation à une partie qui, s'apercevant peut-être de son erreur, s'est désistée avant de voir un pourvoi inexistant déclaré irrecevable.

336. Ensuite, la question peut se poser d'un éventuel réexamen de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, suite à une décision rendue par la Cour européenne des droits

¹⁰⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1987, n° 85-15.639, *Bull. civ.* I, n° 204.

¹⁰⁶⁸ Voir n° 148 et s.

de l'homme. Elle suscite davantage la controverse. Cette possibilité existe en matière pénale¹⁰⁶⁹, mais pas en matière civile, ce qui peut présenter des inconvénients. La Cour de Strasbourg a récemment condamné la France qui, en s'opposant à la transcription d'actes de naissance d'enfants nés d'une convention de mère porteuse, avait violé le droit du mineur au respect de sa vie privée¹⁰⁷⁰. Aucune procédure de réexamen n'étant prévue, les requérants furent laissés dans la même situation qu'auparavant. Des compensations financières leur furent octroyées mais la transcription des actes de naissance de leurs enfants demeura impossible, même si ces décisions provoquèrent un revirement de jurisprudence¹⁰⁷¹.

337. Le système a été dénoncé par certains auteurs. Monsieur Gautier a recommandé la mise en place d'une procédure de réexamen semblable à celle existant en matière pénale¹⁰⁷². La Cour de cassation et le législateur s'y refusent¹⁰⁷³. D'un côté, l'absence de réexamen de l'affaire se justifie par la suprématie de la Cour de cassation sur toute autre juridiction interne. De plus, la fonction de cassation n'est pas menacée par la Cour européenne. Sur le plan pratique, le risque d'encombrer encore davantage deux juridictions aux rôles déjà surchargés est important. D'un autre côté, l'absence de réexamen de l'affaire par les juridictions nationales présente aussi des inconvénients. Suite à une condamnation, la situation juridique des justiciables est incontestablement modifiée. Pour l'heure, le débat ne connaît pas d'issue. Il est d'ores et déjà possible de se féliciter des évolutions observées en la matière. La Cour de cassation tend à reconnaître une autorité de chose interprétée aux décisions rendues par la Cour de Strasbourg et, le cas échéant, à modifier sa jurisprudence pour l'avenir¹⁰⁷⁴. Mais le réexamen d'une affaire jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, quand la France est condamnée, est

¹⁰⁶⁹ CPP, art. 626-1.

¹⁰⁷⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, req. n° 65941/11; *Menesson c/ France*, req. n° 65192/11. Voir : *JCP G*, n° 38, 15 sept. 2014, doct. 953, obs. MURAT ; *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2015, comm. 30, NEIRINCK ; *Dr. fam.*, n° 9 sept. 2014, comm. 128, NEIRINCK ; *D.* 2014. 1797, obs. CHENEDE ; *RTD Civ.* 2014.616, obs. HAUSER ; *D.* 2014.1773, obs. FULCHIRON et BIDAUD-GARON.

¹⁰⁷¹ Cass. ass. plén, 3 juil. 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323, *D.* 2015.1819, comm. FULCHIRON et BIDAUD-GARON ; *RTD Civ.* 2015.581, obs. HAUSER ; *JCP G*, n° 38, 14 sept. 2015, p. 965, comm. GOUTTENOIRE.

¹⁰⁷² GAUTIER, P. -Y., « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2005. 2773.

¹⁰⁷³ Voir par ex. : Cass. Soc., 30 sept. 2005, n° 04-47.130, *Bull. civ.* V, n° 279, *D.* 2005. JP. 2800.

¹⁰⁷⁴ Voir n° 799 et s.

exclu. La Cour de cassation n'est pourtant pas à l'abri de toute erreur. Le Code de procédure civile prévoit d'autres procédures, qui permettent de rectifier les irrégularités les plus flagrantes.

b) Les voies de recours ouvertes contre un arrêt de la Cour de cassation

338. Les voies de recours ouvertes contre des arrêts de cassation ou de rejet rendus en matière familiale sont peu nombreuses. Elles tendent à corriger des erreurs matérielles ou portant sur les motifs avancés à l'appui de la décision. Les justiciables peuvent également demander à la Cour de préciser la portée de sa décision, par le biais d'un recours en interprétation. Il existe aussi une modalité particulière, permettant de procéder à un rabat d'arrêt¹⁰⁷⁵. Ce recours, d'origine prétorienne, a été créé pour garantir la régularité de la procédure suivie devant la Cour de cassation.

339. D'abord, le Code de procédure civile organise les modalités des recours en rectification susceptibles d'être intentés devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire¹⁰⁷⁶. Les parties à l'instance peuvent ainsi former une requête en rectification d'une erreur matérielle. La procédure vise à corriger une éventuelle erreur de plume contenue dans les motifs ou le dispositif de la décision rendue par la Cour de cassation. Une méprise sur le débiteur des frais et dépens peut en être l'objet. Un arrêt entaché d'une telle confusion fut rendu par la première chambre civile¹⁰⁷⁷. La Cour de cassation avait cassé une décision relative à la liquidation du régime matrimonial d'un couple divorcé. Ce faisant, elle avait donné raison à l'époux, qui fut néanmoins condamné au paiement des frais et dépens. L'erreur était évidente. La Cour de cassation avait interverti les noms du débiteur et du créancier dans l'application de l'article 700 du Code de procédure civile. La requête en rectification formée par le mari fut accueillie¹⁰⁷⁸, la Cour qualifiant son erreur de « *purement matérielle* » et procédant aux corrections qui s'imposaient. Il s'agissait dans ce cas de reformuler l'expression inexacte d'une pensée exacte¹⁰⁷⁹. A

¹⁰⁷⁵ ATIAS, C., « Le rabat d'arrêt », *D.* 2007. 1156 ; PERDRIAU, A., « Les rabats d'arrêt devant la Cour de cassation », *JCP G* 1994. I. 3735.

¹⁰⁷⁶ CPC, art. 462 et s.

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 fév. 2011, n° 09-17.358.

¹⁰⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.358.

¹⁰⁷⁹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 693, n° 123.82.

défaut, les droits et obligations respectifs des parties auraient été atteints. Leur permettre d'agir sur le fondement de l'article 462 du Code de procédure civile devant la Cour de cassation était donc nécessaire. Il en va de même lorsqu'est en cause une décision rendue en *infra* ou en *ultra petita*. Les parties à l'instance devant la Cour de cassation peuvent dans ce cas revenir devant elle afin qu'elle corrige sa motivation. De telles erreurs sont toutefois rares¹⁰⁸⁰.

340. Ensuite, l'erreur susceptible d'entacher un arrêt dépasse parfois la simple méprise matérielle. Dans certains cas, des irrégularités affectent la procédure suivie devant la Cour de cassation. Lorsqu'elles lui sont imputables, un rabat d'arrêt est prononcé. La procédure consiste à réduire à néant l'arrêt entaché d'une erreur de procédure, afin qu'il soit à nouveau jugé sur le fond de l'affaire. Il s'agit d'une rétractation de la décision rendue par la Cour de cassation. Le rabat d'arrêt est soumis à des conditions. La requête n'est possible qu'en cas d'erreur procédurale, matérielle ou de droit, imputable à la Cour. L'encombrement permanent de la juridiction peut conduire à des erreurs, telle que la perte d'un mémoire ampliatif ou une confusion sur les délais de production des pièces imposés aux parties. Il importe que l'erreur ait été déterminante sur l'issue du pourvoi. Si elle est indifférente, rien ne saurait justifier qu'il soit porté atteinte à l'autorité de chose jugée en cassation. La nature particulière du recours doit aussi être préservée. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à refuser de procéder au rabat lorsque la requête ne tend qu'à contourner l'interdiction de réitérer édictée par l'article 621 du Code de procédure civile. Le rabat d'arrêt fait figure de « *mal nécessaire* »¹⁰⁸¹. Strictement encadré, il n'affecte pas l'autorité juridictionnelle des arrêts rendus par la Cour¹⁰⁸² et sert les intérêts des justiciables, en droit de la famille comme en toute autre

¹⁰⁸⁰ Une autre difficulté menace parfois les membres de la famille à l'origine du pourvoi en cassation. La compréhension de l'arrêt rendu par la Cour n'est pas toujours aisée. En cas de doute, les parties à l'instance ont la faculté de former une requête en interprétation. Tel avait d'ailleurs été le cas dans l'arrêt de revirement du 25 juillet 1987, relatif à l'étendue de la cassation en matière de divorce et de séparation de corps. Les arrêts interprétatifs revêtent une portée non négligeable. Ce recours particulier permet de lever toute incertitude sur la position retenue par la Cour de cassation à l'égard du problème de droit rencontré par la famille. A ce titre, il présente une grande utilité.

¹⁰⁸¹ Voir par ex. : JEOL, M. et PERDRIAU, A., « L'Assemblée plénière de la Cour de cassation consacre la légitimité des rabats d'arrêts », note sous arrêt, Cass. ass. plén., 30 juin 1995, *JCP G* 1995. II. 22478.

¹⁰⁸² Au contraire, « *c'est parce que les arrêts de la Cour de cassation ne sont susceptibles d'aucun recours qu'ils peuvent être rabattus s'ils sont entachés d'une erreur évidente et déterminante, alors que, s'ils pouvaient faire l'objet d'un recours quelconque, c'est la voie ainsi ouverte qu'il faudrait suivre* » - PERDRIAU, A., art. préc.

matière¹⁰⁸³. Par exemple, la procédure a permis de remédier à l'absence de prise en considération du décès d'un époux pendant l'instance en divorce, ce qui entraînait l'extinction de l'action. L'évènement justifiait le rabat d'un arrêt cassant le prononcé du divorce par les juges du fond¹⁰⁸⁴. Le décès du mari étant intervenu dans l'intervalle, la Cour de cassation conclut à un non-lieu à statuer¹⁰⁸⁵.

341. L'autorité des arrêts de la Cour de cassation ne souffre aucunement des recours susceptibles d'être exercés en rectification, en interprétation ou en rabat d'arrêt. Les parties sont tenues d'admettre les conséquences juridiques attachées à ses décisions. L'arrêt s'impose aux membres de la famille. Il ne peut, ni doit être remis en cause. Mais la fonction de cassation s'étend également au-delà du problème de droit soulevé par le pourvoi. Les conséquences attachées à l'arrêt dépassent le cadre de l'instance de cassation.

2) Les conséquences de l'autorité juridictionnelle attachée à la cassation

342. La cassation d'une décision a une incidence sur le traitement judiciaire du litige familial. Elle entraîne l'annulation subséquente des décisions qui se situent dans son prolongement (a). Lorsque le jugement visé par le pourvoi a été exécuté, il y a lieu à des restitutions. Des sanctions pécuniaires sont prononcées le cas échéant (b).

a) La cassation par voie de conséquence des décisions ultérieures portant sur le même litige

343. L'article 625 du Code de procédure civile énonce que la cassation « entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ». La disposition consacre une jurisprudence constante. Qu'elle soit totale ou partielle, la cassation a pour effet

¹⁰⁸³ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 8 jan. 2009, n° 07-15.390, *Bull. civ. II*, n° 4, *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2009, comm. 12, LARRIBAU-TERNEYRE, V. ; Cass. 2^e civ., 18 déc. 1995, n° 95-11.062, *Bull. civ. II*, n° 311, *RTD Civ.* 1996.369, obs. HAUSER.

¹⁰⁸⁴ Cass. 2^e civ., 29 avr. 1997, n° 95-21.327.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

l'annulation de tout ou partie de l'arrêt critiqué. Les décisions qui lui succèdent ou qui s'y appuient ne peuvent subsister. Il en va de la sorte lorsque la Cour casse un arrêt statuant sur une mesure d'instruction. Par exemple, saisie d'un pourvoi contestant une expertise biologique ordonnée dans une action en constatation de la possession d'état, elle rappela l'inutilité de la mesure en ce domaine¹⁰⁸⁶. La cassation fut étendue à l'arrêt rendu sur le fond : les juges du fond avaient déduit, du refus opposé à la tenue de l'expertise par le prétendu parent, la possession d'état. Elle replace toujours les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé¹⁰⁸⁷. La décision rendue après l'annulation d'un arrêt avant-dire droit est aussi annulée.

344. Une solution identique s'impose à l'encontre des actes relatifs à l'exécution d'un arrêt cassé, comme le démontre un arrêt rendu par la première chambre civile¹⁰⁸⁸. Une cour d'appel avait décidé de la garde partagée des enfants suite au divorce des parents et avait fixé la résidence des enfants chez leur père. La mère avait été condamnée à verser une contribution à leur entretien et à leur éducation. Elle s'était pourvue en cassation. L'arrêt relatif aux modalités d'exercice de l'autorité parentale fut cassé. La mère demanda ensuite la restitution des sommes versées au titre de la pension alimentaire, ce que les juges du fond lui refusèrent au motif qu'en dépit de la nullité de la procédure de paiement direct, la mère ne pouvait demander à être remboursée de l'argent obtenu suite à l'exécution de cette décision. Un nouveau pourvoi fut formé par la mère aux fins d'annulation par voie de conséquence de cette décision. La Cour de cassation accueillit ce moyen et rappela que les sommes versées l'avaient été en exécution d'un arrêt cassé. Le moyen tiré de l'article 625 du Code de procédure civile avait en l'occurrence été soulevé par l'auteur du pourvoi, mais la Cour pourrait également le relever d'office dans une telle situation.

345. L'appréciation d'un lien de dépendance nécessaire unissant l'arrêt cassé à une autre décision suscite parfois des difficultés. Lorsqu'une décision suit ou constitue l'exécution d'un jugement antérieur, il est impossible de casser l'une sans anéantir l'autre par voie de conséquence. Les deux jugements sont liés intimement, puisque le premier

¹⁰⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 2011, n° 08-20.475, *Bull. civ. I*, n° 116. Voir : MIRABAIL, S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n° 3, mars 2014, étude 2.

¹⁰⁸⁷ CPC, art. 625 al. 1.

¹⁰⁸⁸ Cass. 2^è civ., 14 juin 1998, n° 96-15.106, *Bull. civ. II*, n° 9.

sert de support au second. Le constat d'une dépendance nécessaire entre les décisions considérées n'est pas aussi évident. La notion est plus floue. La Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter des précisions à cet égard¹⁰⁸⁹. Un pourvoi avait été formé à l'encontre d'une décision du juge des enfants, confirmée par la cour d'appel. L'ordonnance prévoyait une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert, pendant un an. La Cour de cassation prononça un non-lieu à statuer, justifié par l'adoption d'une nouvelle mesure par le juge des enfants, qui avait rendu caduque la décision attaquée. Les parties à l'instance estimaient au contraire qu'un lien unissait les deux mesures successivement prises par le juge des enfants. Elles demandèrent à la Cour de cassation de rabattre l'arrêt critiqué. Aux termes du moyen invoqué, le pourvoi formé à l'encontre de la première décision entraînait la cassation par voie de conséquence de la deuxième mesure, qui n'était que confirmative puisqu'elle ne modifiait pas la situation des enfants. Ecartant une telle analyse, la Cour de cassation rappela que les ordonnances prises par le juge des enfants au cours d'une procédure d'assistance éducative étant juridiquement détachées les unes des autres, il n'existait aucune dépendance nécessaire entre elles susceptible de permettre une cassation par voie de conséquence.

346. Les conditions énoncées par l'article 625 du Code de procédure civile sont donc strictement appréciées. Il n'y a pas lieu d'étendre le bénéfice d'une première cassation aux décisions ultérieurement rendues dans le cadre de la même instance, sauf à démontrer la réalité du lien allégué. Tel peut être le cas lorsque les décisions considérées se rapportent à une procédure de divorce¹⁰⁹⁰. Un couple s'était marié en Algérie. Quelques années plus tard, l'épouse demanda le divorce devant les juridictions françaises. Une ordonnance de non-conciliation fut rendue. Le mari interjeta appel de cette décision, qui fut infirmée. Il soulevait en l'occurrence une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée attachée à un jugement de divorce qu'il avait obtenu en Algérie. Un pourvoi en cassation fut accueilli par la Cour de cassation au motif que les juges du fond avaient omis de vérifier la régularité de la décision étrangère invoquée. Mais entre-temps, le juge aux affaires familiales initialement saisi avait prononcé le divorce. La cour d'appel rappela l'annulation antérieure de l'ordonnance de non-conciliation. Pour cette raison, le

¹⁰⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2002 et 28 jan. 2003, n° 01-05.068.

¹⁰⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005, n° 04-11.618.

divorce ne pouvait être prononcé. L'épouse forma un second pourvoi. Elle invoquait la cassation par voie de conséquence du rejet opposé par les juges du fond à sa demande en divorce. La Cour de cassation admit ce moyen. La cassation de la décision annulant l'ordonnance de non-conciliation avait redonné vie à la décision du juge aux affaires familiales : il y avait bel et bien eu une phase de conciliation au moment du rejet de la requête en divorce. La cassation par voie de conséquence fut étendue au second arrêt infirmatif qui présentait avec la décision antérieurement cassée « *un lien de dépendance nécessaire, dès lors qu'il [était] fondé sur l'absence de préliminaire obligatoire de non-conciliation* »¹⁰⁹¹.

347. Le droit de la famille se prête particulièrement bien au jeu de la cassation par voie de conséquence. Le mécanisme prévu par le Code de procédure civile suppose une corrélation entre les décisions considérées. Ce lien est souvent évident en matière familiale. A titre d'exemple, le recours à l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder, lorsque l'action a trait à l'établissement ou à la contestation d'une filiation. Par conséquent, les juges du fond sont amenés à se prononcer au préalable sur cette mesure d'instruction. Dans le cas où leur décision est cassée, la cassation atteint tous les actes subséquents. Il en va de même au cours de la procédure de divorce. Telle que prévue par le législateur, elle contraint à prendre plusieurs décisions successives et interdépendantes. Selon toute logique, la cassation de l'une d'entre elles atteint également celles qui sont placées sous sa dépendance nécessaire. La cassation par voie de conséquence révèle ainsi la dimension singulière des contentieux familiaux. Les liens existants entre diverses instances présentent souvent un haut degré d'imbrication. La Cour de cassation prend ce particularisme en considération, d'autant que la cassation donne lieu à des restitutions le cas échéant.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

b) Les conséquences de la cassation sur l'exécution du jugement de droit de la famille

348. Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif, sous réserve de rares exceptions, notamment en droit de la famille¹⁰⁹². Le Code de procédure civile a pris soin de placer certaines matières à l'abri d'une exécution immédiate de la décision critiquée. C'est le cas des recours portés devant la Cour de cassation à l'encontre d'une décision prononçant un divorce ou relative à la filiation¹⁰⁹³. Une autre solution aurait été peu concevable, dans la mesure où l'exécution d'une telle décision peut s'avérer source de graves désordres au sein même des familles¹⁰⁹⁴. Mais tous les actes juridictionnels ne bénéficient pas de ce régime dérogatoire. A défaut, la formation du pourvoi n'empêche pas l'exécution de la décision qu'il vise. La partie dispose d'un véritable droit en ce sens, lorsqu'elle a obtenu gain de cause devant les juges du fond. La question ne soulève guère de difficultés en cas de rejet du pourvoi. Les jugements attaqués ont autorité de chose jugée. Aucun recours ne pourra dorénavant être exercé à leur encontre. Mais selon l'article 625 du Code de procédure civile, « *sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé* ». La décision cassée est réputée n'avoir jamais existé. Les justiciables ayant requis du juge une mesure d'assistance éducative ou la fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez l'un ou l'autre de ses parents peuvent ainsi obtenir sa remise en cause, alors qu'elle avait déjà été exécutée. Les bénéficiaires d'une pension alimentaire sont également contraints d'y renoncer. L'extension de la cassation à des actes subséquents par l'effet de la cassation par voie de conséquence renforce la complexité du problème. Il importe de préciser les modalités des restitutions dues par ceux au profit desquels les juges du fond ont statué.

349. L'article 19 de la loi du 3 juillet 1967 a précisé le domaine de l'obligation de restitution suite à un arrêt de cassation. L'exécution de la décision attaquée « *ne pourra donner lieu qu'à restitution ; elle ne pourra en aucun cas être imputée à faute* ». Cependant, la disposition ne lève pas toutes les incertitudes pesant sur les effets de la

¹⁰⁹² CPC, art. 1086.

¹⁰⁹³ Voir n° 286 et s.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

cassation. Lorsque la décision critiquée ne contenait qu'une condamnation à payer une somme d'argent, son recouvrement est demandé devant le juge de l'exécution. La question se pose en termes distincts quand le dispositif cassé consacrait une obligation de faire ou de ne pas faire. En nature, la restitution est impossible. La cassation prononcée n'ouvre pas droit à une action en responsabilité pour faute et il appartient alors à l'auteur du pourvoi de requérir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

350. La prudence s'impose dans ces situations. La cassation oblige le plus souvent les parties à se présenter devant une juridiction de renvoi. A l'issue de l'instance, un nouveau pourvoi peut être valablement formé, à condition qu'il ne s'agisse pas de réitérer le recours antérieurement porté devant la Cour de cassation. La question des restitutions est donc susceptible de réapparaître. Obliger l'adversaire à satisfaire immédiatement à son obligation de restitution peut s'avérer dangereux en droit de la famille. Lorsqu'un enfant est concerné par la procédure, des pourvois et arrêts donnant lieu à des exécutions et restitutions successives présentent à l'évidence un caractère déstabilisant. S'il est loisible au bénéficiaire de la cassation de requérir la restitution qu'il mérite, mieux vaut attendre la consolidation de la situation de la famille, après épuisement des voies de recours. Le système du renvoi après cassation s'avère en effet difficile à concilier avec le respect des droits acquis par les justiciables à l'issue de l'instance de cassation.

§2. Le renvoi après cassation

351. Le mécanisme de la cassation suppose que l'affaire soit renvoyée devant les juges du fond. L'article 3 du décret du 27 novembre 1790 précisait déjà que « *sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires : après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître* ». La règle est longtemps restée immuable. Elle est rappelée par le Code de procédure civile¹⁰⁹⁵. A l'origine, seule la chambre criminelle pouvait casser sans renvoi. Cette prérogative fut ensuite étendue aux chambres civiles de

¹⁰⁹⁵ CPC, art. 626.

la Cour de cassation¹⁰⁹⁶. La cassation sans renvoi est possible lorsque le pourvoi a trait au droit de la famille (A). Quand elle n'apporte pas de réponse définitive au pourvoi, la Cour annule la décision visée. L'affaire est ensuite soumise à un nouvel examen devant la juridiction de renvoi qu'elle désigne (B).

A. La cassation sans renvoi

352. Le Code de l'organisation judiciaire envisage expressément l'absence de renvoi après cassation¹⁰⁹⁷ (1). Cette technique présente d'indéniables avantages. La Cour de cassation n'hésite pas à y recourir. Les impératifs gouvernant le traitement du contentieux familial doivent néanmoins être pris en considération (2).

1) Le domaine de la cassation sans renvoi

353. Le domaine de la cassation sans renvoi est énoncé par le Code de l'organisation judiciaire¹⁰⁹⁸, auquel renvoie le Code de procédure civile¹⁰⁹⁹. La Cour de cassation peut décider d'y recourir dans deux cas distincts. Parfois, la solution du pourvoi ne laisse plus rien à juger sur le fond du litige¹¹⁰⁰ (a). La seconde induit un bouleversement plus profond de la fonction de cassation, puisque casser sans renvoi est aussi possible « *lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, [permettent] d'appliquer la règle de droit appropriée* »¹¹⁰¹. La Cour de cassation est donc en mesure de mettre un terme définitif au litige malgré l'annulation de la décision visée par le pourvoi (b).

¹⁰⁹⁶ CPC, art. 627.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

¹⁰⁹⁸ COJ, art. L.411-3.

¹⁰⁹⁹ CPC, art. 627.

¹¹⁰⁰ Cette première catégorie de cassation sans renvoi résulte d'une « *réflexion de bon sens* » - PERDRIAU, A., « Aspects actuels de la cassation sans renvoi », *JCP G* 1985. I. 3180.

¹¹⁰¹ COJ, art. L.411-3.

a) La disparition de l'objet du litige suite à la cassation

354. Selon l'article L.411-3 du Code de l'organisation judiciaire, « *la Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond* ». Le procédé est apparu révolutionnaire, tant le dogme du renvoi après cassation occupait une place importante. Pourtant, il répond à la logique la plus simple¹¹⁰². Le renvoi est en effet inutile s'il ne reste plus rien à juger sur le fond, ce qui peut résulter de diverses causes. L'hypothèse est vérifiée quand l'action ne pouvait en réalité être exercée. Une décision récente illustre ce premier cas de figure¹¹⁰³. L'exequatur d'un jugement ivoirien d'adoption plénière avait été demandé devant les juges du fond qui l'avaient refusé. Un appel fut interjeté. La juridiction du second degré rendit un arrêt confirmatif. L'auteur du pourvoi reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas relevé d'office la fin de non-recevoir tirée de la fermeture de la voie de l'appel à son égard. Seul un pourvoi en cassation pouvait en effet être formé à l'encontre d'un refus d'exequatur. La Cour de cassation accueillit ce moyen. Elle rappela qu'aux termes de la Convention franco-ivoirienne du 24 avril 1961 et de l'article 25 du Code de procédure civile, l'appel était irrecevable. Le renvoi n'était pas nécessaire, puisqu'il ne restait rien à juger sur le fond. Une solution identique s'impose lorsque l'irrecevabilité du recours découle d'un défaut du droit d'agir. Par exemple, la direction générale des interventions sanitaires et sociales est dépourvue de la personnalité morale¹¹⁰⁴. L'accueil d'une requête visant à la suppression de l'autorité parentale, formée par cet organisme, était donc impossible. La cassation fut prononcée sans renvoi.

355. Le litige familial est également vidé de sa substance en cas de méconnaissance des limites de leurs compétences par les juges du fond. Une cour d'appel qui s'était déclarée incompétente pour connaître du divorce d'un couple franco-marocain ne pouvait, en même temps, se prononcer sur l'autorité de la chose jugée attachée à un jugement obtenu à l'étranger par le mari¹¹⁰⁵. Ce faisant, elle avait statué en dehors des limites de sa fonction. Sa décision fut cassée sans renvoi, au visa de l'article 5 du Code

¹¹⁰² CHARRETIER, M., Doc. AN n° 700, 16 nov. 1978. Voir aussi : FABRE, M., « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP G.* 2001. I. 347.

¹¹⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2014, n° 12-29.946.

¹¹⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2006, n° 04-05.097, *Bull. civ. I*, n° 486, *RTD Civ.* 2007. 88, obs. HAUSER ; *RDSS* 2007.329, note BRUGGEMAN.

¹¹⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1999, n° 96-21.190, *Bull. civ. I*, n° 73.

de procédure civile, puisque les juridictions françaises n'avaient aucune compétence internationale dans cette hypothèse. Il en va de même lorsque les juges du fond retiennent la compétence d'une juridiction étrangère¹¹⁰⁶. La règle de conflit de compétence internationale étant unilatérale, une cour d'appel ne pouvait qu'inviter les parties à mieux se pourvoir. En l'espèce, seule importait l'incompétence du juge aux affaires familiales, rappelée par la Cour de cassation.

356. La Cour casse encore sans renvoi lorsque la méconnaissance des limites de leurs compétences par les juges du fond porte sur la nature des mesures susceptibles d'être ordonnées au cours de la procédure de divorce. Aux termes de l'article 258 du Code civil, le juge aux affaires familiales peut prendre des mesures provisoires relatives à la contribution aux charges du mariage, à la résidence de la famille et aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, une cour d'appel ne pouvait fixer la résidence de l'épouse « *sa vie durant* » dans un immeuble appartenant au mari¹¹⁰⁷, d'où la cassation sans renvoi. Il était inutile de statuer à nouveau sur le fond du litige. La même solution fut retenue dans le cas d'un jugement de divorce révélant la cause de la dissolution du lien conjugal¹¹⁰⁸. La Cour constata une violation de l'ancien article 1126 du Code civil : le divorce étant prononcé pour rupture de la vie commune, le jugement ne devait comporter aucune indication sur sa cause.

357. Le renvoi est aussi dépourvu d'utilité lorsque la décision de la Cour de cassation prive l'instance de son objet, comme c'est parfois le cas en raison des mécanismes particuliers qui gouvernent le droit de la famille. Pendant le traitement du litige par les autorités judiciaires, des événements peuvent avoir rendu l'arrêt sans intérêt¹¹⁰⁹. Par exemple, les décisions prises par le juge des enfants lors d'une procédure d'assistance éducative sont limitées dans le temps¹¹¹⁰. La durée généralement longue de l'instance peut faire disparaître l'enjeu du problème soulevé devant la Cour. L'absence de renvoi est alors justifiée. Un arrêt le démontre¹¹¹¹. Malgré l'opposition de son père, le grand-oncle et la grand-tante avaient demandé à bénéficier d'un droit de visite et

¹¹⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, n° 05-16.010.

¹¹⁰⁷ Cass. 2^e civ., 15 jan. 1997, n° 95-14.549, *Bull. civ.* II, n° 8.

¹¹⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2002, n° 00-10.030.

¹¹⁰⁹ FABRE, M., art. préc.

¹¹¹⁰ C. civ., art. 375.

¹¹¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 juin 2010, n° 09-13.390, *Bull. civ.* I, n° 130, *D.* 2010. 2343, note HUYETTE.

d'hébergement envers un enfant placé en famille d'accueil. Leur requête fut déclarée irrecevable par la cour d'appel, qui jugea qu'elle aurait dû être formée devant le juge aux affaires familiales. Sur pourvoi, leur moyen fut admis au motif que le juge des enfants était seul compétent pour statuer sur une demande formée au titre de l'article 371-4 du Code civil, dès lors que l'enfant faisait l'objet d'une mesure de placement. La Cour de cassation conclut à la recevabilité du pourvoi formé par le grand-oncle et la grand-tante, mais qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer l'affaire puisque le placement du mineur avait pris fin. La même solution vaut lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité en cours d'instance¹¹¹². « *Quand la loi elle-même interdit qu'il soit statué sur la disposition cassée* »¹¹¹³, il est inutile d'encombrer le rôle des juridictions de renvoi avec des affaires dépourvues d'intérêt. La cassation sans renvoi apparaît également opportune lorsque la Cour est en mesure de mettre un terme au litige par l'application de la règle de droit appropriée.

b) La possibilité d'apporter immédiatement une solution au litige

358. La Cour « *peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée* »¹¹¹⁴. Cette possibilité avait d'abord été réservée à la seule Assemblée plénière par la loi du 3 juillet 1967¹¹¹⁵, dans une optique de désencombrement de la juridiction. La réforme s'est toutefois révélée insuffisante, puisque cette prérogative ainsi limitée ne fut jamais utilisée. La loi du 3 janvier 1979¹¹¹⁶ a donc étendu la faculté de casser sans renvoi à l'ensemble des formations de la Cour, qui est désormais en mesure de trancher elle-même le fond du problème de droit le cas échéant. L'absence de renvoi n'est plus seulement déterminée par l'inutilité objective d'une nouvelle instance. Il s'agit plutôt de hâter l'issue judiciaire du litige, en accélérant le traitement de l'affaire. La Cour de cassation ne doit cependant pas excéder

¹¹¹² Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2009, n° 08-18.006.

¹¹¹³ VUITTON, J. et X., Pourvoi en cassation – arrêts de cassation, *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, fasc. 761.

¹¹¹⁴ COJ, art. L.411-3.

¹¹¹⁵ L. n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, *JORF*, 4 juil. 1967, p. 6651.

¹¹¹⁶ L. n° 79-9 du 3 janvier 1979 modifiant certaines dispositions relatives à la Cour de cassation, *JORF*, 4 jan. 1979, p. 19.

les limites de sa fonction. Cette seconde hypothèse de cassation sans renvoi est strictement encadrée : elle est mise en oeuvre lorsque les faits constatés par les juges du fond aboutissent inéluctablement à une autre issue que celle critiquée par le pourvoi¹¹¹⁷. Par voie de retranchement ou de substitution, la Cour précise la solution du pourvoi en s'appropriant la connaissance des faits de l'espèce.

359. La Cour de cassation peut ainsi écarter une partie du dispositif. Par exemple, la première chambre civile répartit différemment la question des dépens entre des époux¹¹¹⁸. Suite à un premier renvoi après cassation, l'ensemble des dépens avait été mis à la charge du mari. Le premier arrêt de cassation avait pourtant décidé que son épouse était redevable des frais inhérents à l'instance de cassation. La Cour retint l'application de l'article 639 du Code de procédure civile et laissa à chacune des parties la charge de ses propres dépens. Un même retranchement fut opéré pour casser le prononcé d'une amende civile¹¹¹⁹. La condamnation était fondée sur des conclusions que la cour d'appel avait dénaturées. L'arrêt fut cassé à ce titre, sans renvoi superflu¹¹²⁰. Les éléments constatés et appréciés par les juges du fond autorisaient la Cour à répondre au problème de droit soulevé.

360. Les pourvois formés contre une décision statuant sur la compétence sont également susceptibles de cassation sans renvoi. La Cour peut en effet substituer sa propre solution à celle retenue par les juges du fond lorsqu'elle est erronée. Dans l'hypothèse où elle dispose d'éléments suffisants, elle détermine la compétence juridictionnelle. Une décision avait été prise dans le cadre d'un divorce¹¹²¹. La situation présentait un élément d'extranéité. Les époux étaient de nationalité algérienne. Leur union avait été célébrée en Algérie, mais ils résidaient en France lors de l'introduction de la requête en divorce. La cour d'appel avait constaté l'incompétence de la juridiction française. Il existait, selon elle, un rattachement caractérisé de la situation envers la juridiction algérienne. La Cour de cassation releva d'office un moyen fondé sur le droit de l'Union européenne. Aux

¹¹¹⁷ VUITTON, J. et X., *encycl. préc.*

¹¹¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 oct. 2013, n° 12-23.703.

¹¹¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2009, n° 08-11.245, *Bull. civ. I*, n° 213, *RTD Civ.* 2010. 97, obs. HAUSER.

¹¹²⁰ LUXEMBOURG, F., « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006. 2358.

¹¹²¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 jan. 2006, n° 05-16.705, *Bull. civ. I*, n° 539, *D.* 2007.780, note MAHINGA. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, n° 05-19.231, *Bull. civ. I*, n° 375.

termes de l'article 2a) du règlement Bruxelles II¹¹²², la compétence juridictionnelle pour connaître d'une action en divorce appartient aux juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle. La décision fut cassée. Mais la Cour s'abstint de renvoyer la question de la compétence juridictionnelle internationale aux juges du fond. Elle appliqua la règle de droit qu'elle avait soulevée d'office. Les éléments factuels, tels que constatés et appréciés par les juges du fond, démontraient l'existence d'une résidence habituelle des époux sur le territoire français. La Cour de cassation pouvait donc retenir la compétence du juge aux affaires familiales français et casser sans renvoi, puisque le pourvoi ne soulevait pas de problème de droit sur le fond.

361. La cassation sans renvoi décidée au visa de l'article L.411-3 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire ne concerne pas seulement la substitution d'une nouvelle solution procédurale au dispositif de l'arrêt attaqué. La Cour de cassation est aussi compétente pour apporter une réponse substantielle aux parties. Confrontée à la liquidation d'un régime matrimonial d'époux divorcés, elle peut ainsi réaffecter une créance¹¹²³. En l'espèce, une cour d'appel avait imputé à l'épouse une indemnité pour occupation de l'immeuble commun depuis l'ordonnance de non-conciliation. Son époux en était le créancier. Or aux termes de l'article 815-9 du Code civil, l'indemnité d'occupation n'était pas due au conjoint, mais à l'indivision. Pour ce motif, la Cour cassa la décision visée par le pourvoi. La substitution demeure simple en ces circonstances.

362. La Cour n'hésite pas davantage à casser sans renvoi dans des affaires plus complexes. Par exemple, une cour d'appel avait constaté l'existence d'une erreur au détriment d'un époux lors de la célébration du mariage¹¹²⁴. La bénédiction de l'union par un prêtre l'avait amené à croire que sa situation était régularisée devant l'Eglise, ce qui avait déterminé son consentement selon les termes de l'arrêt attaqué. Les juges du fond, saisis par ses descendants, prononcèrent l'annulation du mariage pour défaut de consentement. Ils retinrent l'existence d'une erreur, tout en annulant le mariage sur le fondement de l'article 146 du Code civil, d'où la cassation sans renvoi. La Cour rappela

¹¹²² Règl. (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale.

¹¹²³ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2011, n° 10-18.845.

¹¹²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1995, n° 93-15.005, *Bull. civ.* I, n° 291, *D.* 1996. 233, note BOULANGER ; *RTD civ.* 1996.392, obs. MESTRE ; *RTD Civ.* 1997. 205, obs. VAREILLE.

que l'action en nullité relative pour erreur dans le consentement n'était ouverte qu'à l'époux victime. L'action, intentée par les enfants de l'époux, était par conséquent irrecevable. A défaut de qualité pour agir, la Cour de cassation mit un terme définitif au litige par application de l'article 180 du Code civil.

363. La Cour a recours à la cassation sans renvoi en droit de la famille, qu'elle soit fondée sur la première ou la seconde hypothèse énoncée par le Code de procédure civile. La technique est fréquemment mise en œuvre, dès lors que les conditions s'y prêtent. L'utilité du mécanisme est incontestable. La cassation sans renvoi permet d'accélérer le traitement des litiges. Le recours à ce procédé nécessite toutefois une prudente appréhension, au regard de la fonction de cassation dévolue à la Cour.

2) Les avantages et les inconvénients de la cassation sans renvoi

364. Casser sans renvoi participe au désencombrement des juridictions. Cela permet d'éviter de surcharger leur rôle par des affaires auxquelles la Cour de cassation est en mesure d'apporter une solution. Le but est légitime, notamment au regard des contraintes pesant actuellement sur l'activité des magistrats compétents pour les questions familiales. La technique présente de nombreux avantages (a). Certaines inquiétudes subsistent néanmoins (b).

a) L'intérêt du recours à la cassation sans renvoi

365. La Cour de cassation s'est emparée de la cassation sans renvoi. L'analyse statistique des décisions rendues par la première chambre civile, compétente pour les pourvois ayant trait au droit de la famille, confirme ce constat¹¹²⁵. L'engouement pour cette technique ne se dément pas¹¹²⁶. Elle présente en effet des avantages incontestables. La cassation sans renvoi est un moyen de lutte contre une perpétuation inutile de

¹¹²⁵ Devant la première chambre civile, le pourcentage de cassations sans renvoi par rapport aux cassations avec renvoi était de 15% pour la période comprise entre 2003 et 2008. Entre 2009 et 2013, 16% des cassations ont été prononcées sans renvoi.

¹¹²⁶ Le pourcentage de cassations sans renvoi dans l'activité juridictionnelle de la Cour de cassation est stable. Entre 3% et 6% des décisions rendues par la Cour chaque année sont des cassations non assorties d'un renvoi. Pour l'année 2014, 3% des décisions rendues par la première chambre civile furent des cassations sans renvoi.

l'instance. Elle accélère le traitement du contentieux, tout en évitant d'encombrer les juridictions de renvoi¹¹²⁷.

366. En droit de la famille, cette considération est essentielle. Les justiciables qui exposent leurs difficultés devant les juges de la famille sont souvent enferrés dans des préoccupations qui touchent à leur intimité. Les sentiments les plus intimes et les plus secrets intègrent le débat judiciaire. Lorsqu'elle s'éternise, la situation menace d'aggraver les tensions familiales. La recherche d'une solution dans l'intérêt de l'enfant est plus difficile quand l'exposition de celui-ci à la mésentente entre ses parents dure trop longtemps. De même, la controverse relative à l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative risque de déstabiliser encore davantage le mineur en danger. En outre, le statut personnel est souvent l'objet principal du débat. La demande en annulation du mariage, comme la requête en divorce, nécessitent une réponse rapide. Il importe de mettre un terme à l'indétermination des rapports conjugaux dans ces circonstances. Les traces laissées par l'immixtion des autorités judiciaires menacent la paix des familles. Or ces cicatrices sont aussi fonction de la durée de l'intervention du juge. La réduction du temps de présence de la famille devant les tribunaux doit être recherchée et la cassation sans renvoi y participe¹¹²⁸. Le Code de l'organisation judiciaire renforce d'ailleurs la portée du dispositif en assortissant la cassation sans renvoi de l'exécution forcée¹¹²⁹. Les parties à l'instance ne peuvent exiger un renvoi inopportun pour la Cour de cassation. Elles sont contraintes d'accepter la solution définitive apportée au litige. Diverses réserves ont été émises à cet égard.

b) Les dangers du recours à la cassation sans renvoi

367. La possibilité de ne pas renvoyer l'affaire aux juridictions du fond a été critiquée. L'usage de la cassation sans renvoi, lorsqu'il ne reste rien à juger, ne suscite aucun reproche puisqu'elle obéit à la raison. Mais lorsque la cassation sans renvoi résulte de l'application de la règle de droit appropriée aux faits de l'espèce, elle peut aboutir à

¹¹²⁷ PERDRIAU, A., « Aspects actuels de la cassation sans renvoi », *JCP G* 1985. I. 3180.

¹¹²⁸ Elle apporte « une heureuse solution chaque fois qu'un renvoi apparaît être une cause de retard inutile » - *ibid.*

¹¹²⁹ COJ, art. L.411-3.

« une métamorphose progressive de la Cour de cassation en troisième degré de juridiction qui bouleverse l'ordre juridictionnel français »¹¹³⁰. Provocante, une telle affirmation mérite d'être analysée.

368. Sur le plan théorique, rien ne semble s'opposer à l'application de la règle de droit appropriée au litige. Tout comme elle procède au relevé d'office d'un moyen de pur droit¹¹³¹, la Cour de cassation apporte une solution définitive au litige lorsque les termes de l'arrêt visé par le pourvoi le permettent. Le caractère facultatif du recours à la cassation sans renvoi incite néanmoins à nuancer le propos. Elle n'obéit à aucun critère précis. Le débat est limité aux questions de droit devant la Cour. Par conséquent, la cassation sans renvoi prive les justiciables d'utiles éclaircissements sur le bien-fondé de leurs prétentions, bien que la Cour soit désormais tenue de les avertir de cette orientation¹¹³². Les parties sont invitées à présenter d'éventuelles observations mais elles ne peuvent s'opposer à la cassation sans renvoi. Outre cet inconvénient, seule l'Assemblée plénière pouvait jusqu'alors contraindre les juges du fond à s'incliner. L'introduction de la cassation sans renvoi a indéniablement modifié ce principe. Les formations ordinaires de la Cour de cassation peuvent dorénavant résoudre définitivement le problème de droit soulevé devant elles. Il s'ensuit une rigidité nouvelle de la jurisprudence¹¹³³. Dans ces circonstances, toute résistance des juges du fond est impossible. Ce corollaire de la cassation sans renvoi est parfois fâcheux, surtout quand la question posée à la Cour est discutée.

369. Deux exemples topiques illustrent cette difficulté. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 décembre 2013 a particulièrement marqué les esprits¹¹³⁴. L'annulation d'un mariage incestueux fut cassée au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Soulevé d'office, le moyen fut imposé aux parties à l'instance. Le prononcé de la nullité fut considéré comme portant une atteinte injustifiée

¹¹³⁰ LUXEMBOURG, F., art. préc.

¹¹³¹ Voir n° 760.

¹¹³² CPC, art. 1015.

¹¹³³ Voir : HEBRAUD, P., « « Aggiornamento » de la Cour de cassation », *D.* 1979. Chron. 205 ; PERDRIAU, A., « Aspects actuels de la cassation sans renvoi », *JCP* 1985. I. 3180.

¹¹³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ.* I, n° 234, *D.* 2014.179, note CHENEDE ; *D.* 2014.153, note FULCHIRON ; *RTD Civ.* 2014.88, obs. HAUSER ; *RTD Civ.* 2014.307, obs. MARGUENAUD ; *JCP G*, n° 4, 27 janvier 2014, p. 93, note LAMARCHE ; *Dr. fam.*, n° 3, mars 2015, comm. 44, BINET.

au respect de la vie privée et familiale de l'épouse. L'interprétation était sans doute audacieuse, en l'absence de renvoi. La cassation sans renvoi fut également prononcée dans une affaire relative à une délégation-partage de l'autorité parentale entre deux personnes du même sexe¹¹³⁵. Une femme ayant eu recours à un don de sperme avait donné naissance à une fille. Un jugement américain d'adoption avait ensuite été rendu au profit de sa concubine. L'acte de naissance de l'enfant portait mention du nom de la mère et de celui de sa concubine en tant que parents. Toutes deux demandaient l'exequatur du jugement étranger d'adoption, mais elles furent déboutées au nom de l'exception d'ordre public international. La cour d'appel jugea que l'adoptante était seule investie de l'autorité parentale. Un pourvoi fut formé. La Cour de cassation décida que le jugement étranger d'adoption avait pour seul effet de partager l'autorité parentale, de sorte qu'il ne heurtait pas l'ordre public international français, mettant ainsi en œuvre la règle de droit applicable pour ordonner l'exequatur du jugement étranger¹¹³⁶, dans une matière qui prêtait alors à controverse.

370. La cassation sans renvoi est située au carrefour des impératifs gouvernant le traitement du pourvoi en droit de la famille. Prononcée lorsqu'il ne reste rien à juger sur le fond du litige, la cassation sans renvoi évite tout retard inutile dans la résolution de l'affaire et s'inscrit dans une perspective pragmatique et salutaire. Il paraît cependant illusoire d'espérer une construction jurisprudentielle sans laisser du temps au temps. Le renvoi permet d'entretenir un débat qui participe au dialogue entre les juges du fond et la Cour de cassation. Il révèle les points d'achoppement et, le cas échéant, de nouvelles questions de droit. Cet échange est nécessaire à l'exercice de la fonction jurisprudentielle de la Cour de cassation, notamment pour éviter une multiplication des revirements de jurisprudence¹¹³⁷. Si la cassation sans renvoi n'a plus valeur d'exception à l'heure actuelle, il importe d'y avoir recours avec « *prudence* »¹¹³⁸ et sagesse afin de ne pas pervertir l'essence même de la mission dévolue à la Cour. La métamorphose de la

¹¹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 08-21.740, *Bull. civ.* I, n° 162, *RDSS* 2010.1128, note NEIRINCK ; *AJ fam.* 2010. 387, comm. HAFTEL ; *RTD Civ.* 2010.547, obs. HAUSER ; *RCDIP* 2010.747, note HAMMJE.

¹¹³⁶ CPC, art. 509.

¹¹³⁷ JEANTIN, M., *Réformer la Cour de cassation ?*, in *Mél. Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 465.

¹¹³⁸ PERDRIAU, A., art. préc.

fonction de cassation n'est toutefois pas d'actualité, puisqu'elle est strictement encadrée. Lorsqu'elle n'apparaît pas opportune, le renvoi doit être ordonné.

B. Le renvoi après cassation devant les juridictions familiales

371. Depuis la création du Tribunal de cassation, le renvoi est la « *conséquence normale* »¹¹³⁹ de la cassation. L'annulation d'une décision implique que les prétentions des parties soient à nouveau examinées (1). Mais l'autorité de la cassation n'est pas absolue. Les juges appelés à connaître des suites d'un pourvoi ne sont pas tenus de s'incliner devant la position de la Cour, sauf exception tirée de la saisine de l'Assemblée plénière (2).

1) La saisine de la juridiction de renvoi

372. Le Code de procédure civile et le Code de l'organisation judiciaire précisent les modalités entourant la saisine de la juridiction de renvoi désignée par la Cour de cassation. Quand la décision cassée a trait au droit de la famille, des spécificités peuvent apparaître (a). L'étendue de la délégation opérée lors du renvoi dépend, quant à elle, de la cassation prononcée par la Cour. Elle a des conséquences sur le déroulement de l'instance devant la juridiction de renvoi (b).

a) Les modalités de saisine de la juridiction de renvoi

373. Aux termes de l'article L.431-4 du Code de l'organisation judiciaire, le renvoi est effectué envers « *une juridiction de même nature que celle dont émane l'arrêt ou le jugement cassé ou devant la même juridiction composée d'autres magistrats* ». Le pourvoi est dirigé contre une décision émanant d'une formation compétente en la matière. Le système mis en place dans le cadre du renvoi est affecté par ce constat.

374. Il importe d'abord que la décision rendue par la Cour désigne une juridiction autre que celle s'étant initialement prononcée¹¹⁴⁰. Elle doit être de nature

¹¹³⁹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 785, n° 131.719.

¹¹⁴⁰ COJ, art. L.431-4.

identique, c'est-à-dire du même ordre que la première formation saisie. Puisque la procédure continue devant la juridiction de renvoi, celle-ci doit en effet avoir des compétences et une autorité semblables. Dans l'hypothèse d'une cassation prononcée à l'encontre d'un jugement rendu en premier et dernier ressort, la Cour de cassation désigne une juridiction de première instance pour connaître du renvoi. Lorsque la décision visée par le pourvoi a été rendue par une formation statuant en appel, la Cour renvoie à une autre cour d'appel. Le droit à un juge impartial doit être préservé¹¹⁴¹. Ce principe essentiel du droit processuel serait menacé si les mêmes magistrats étaient appelés à se prononcer sur une affaire dont ils avaient déjà eu connaissance auparavant¹¹⁴². La Cour européenne des droits de l'homme fait néanmoins preuve de tolérance à cet égard, en admettant que les juges s'étant prononcés à l'occasion de l'arrêt cassé participent à la composition de la juridiction de renvoi. Ils peuvent même y être majoritaires. Le renvoi aboutit à la continuation de l'instance d'appel et les appréhensions du justiciable à l'égard de l'impartialité objective des juges furent jugées infondées par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁴³. La portée de cette solution est discutable. Dans l'affaire *Vaillant contre France*¹¹⁴⁴, le renvoi avait été décidé suite à une cassation fondée sur une irrégularité procédurale. La question pourrait se poser en des termes distincts dans l'hypothèse d'une cassation concernant les droits substantiels invoqués par les parties. De plus, les justiciables sont en mesure d'invoquer des prétentions nouvelles devant la juridiction de renvoi. Le débat n'est plus limité à la conformité de la procédure aux règles juridiques en vigueur. Mais le Code de l'organisation judiciaire ne distingue pas ces deux cas de figure.

375. La Cour de cassation est censée renvoyer l'affaire devant une juridiction située dans un ressort territorial différent de celui dont dépendent les parties. Les inconvénients pratiques qui en résultent peuvent être importants. Outre la nouvelle constitution d'avocats à laquelle les parties sont astreintes, des dépenses consécutives à l'éloignement du tribunal leur incombent. Pour ces raisons, le Code de l'organisation

¹¹⁴¹ Voir n° 40 et s.

¹¹⁴² Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2002, n° 01-03.083.

¹¹⁴³ CEDH, 18 déc. 2008, *Vaillant c/ France*, req. n° 30609/04, *Procédures*, n° 2, fév. 2009, comm. 49, FRICERO.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

judiciaire a tempéré l'obligation de renvoyer devant une autre juridiction¹¹⁴⁵. La Cour peut désigner la même juridiction pour connaître du renvoi, à condition que celle-ci soit autrement composée, ce qui permet aux parties de limiter leurs dépenses contingentes. La faculté de renvoyer l'affaire devant la même juridiction autrement composée oblige à constituer une autre formation de jugement, mais il peut paraître préférable de désigner une juridiction distincte pour pallier cet inconvénient.

376. Il s'agit de l'orientation actuellement retenue, excepté lorsque la juridiction ayant rendu l'arrêt cassé est isolée géographiquement. Les décisions cassées émanant des départements et territoires d'Outre-mer aboutissent à un renvoi devant la même juridiction autrement composée¹¹⁴⁶. Mais en l'absence de ces contraintes pratiques, la Cour de cassation tend à privilégier le renvoi vers une autre juridiction du même ordre et du même degré, dans le souci d'une proximité géographique. Il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire¹¹⁴⁷ et il incombe aux parties de saisir la juridiction dans les délais et les conditions imposés par le Code de procédure civile¹¹⁴⁸. Afin de leur éviter un procès inutile, la Cour de cassation peut être requise pour mettre hors de cause dans le dispositif de l'arrêt de cassation les parties dont la présence devant la cour d'appel de renvoi n'est plus nécessaire à la solution du litige¹¹⁴⁹. Elles ne seront donc pas concernées par la poursuite de l'instance devant les juges du fond.

b) L'instance devant la juridiction de renvoi

377. La saisine de la juridiction de renvoi désignée par la Cour de cassation permet la continuation de l'instance. La tâche première lui incombant consiste à déterminer l'étendue de la cassation. L'affaire est rejugée tant en fait qu'en droit, « à l'exclusion des chefs non atteints par la cassation »¹¹⁵⁰. L'approche formelle retenue dorénavant facilite son examen¹¹⁵¹. La Cour a précisé qu'une décision annulée en toutes

¹¹⁴⁵ COJ, art. L.431-4.

¹¹⁴⁶ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n° 12-17.646 (Basse-Terre) ; Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 2011, n° 08-20.475 (Saint-Denis de la Réunion) ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 08-19.986 (Mamoudzou).

¹¹⁴⁷ Voir n° 62 et s.

¹¹⁴⁸ CPC, art. 1032 et s.

¹¹⁴⁹ CPC, art. 625.

¹¹⁵⁰ CPC, art. 638.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

ses dispositions « *investit la juridiction de renvoi de l'entier litige, dans tous ses éléments de fait et de droit* »¹¹⁵². La formation compétente acquiert ainsi une plénitude de juridiction.

378. La cassation a pour effet de replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient auparavant sur les points qu'elle atteint¹¹⁵³. Aux termes de l'article 631 du Code de procédure civile, « *l'instruction est reprise en l'état de la procédure non atteinte par la cassation* ». Les mesures ordonnées avant la cassation demeurent donc valables. Tel est le cas de l'expertise biologique réalisée dans le cadre d'une instance relative à la filiation, ou de l'audition de l'enfant au cours d'une instance. Mais la juridiction de renvoi peut également ordonner de nouvelles mesures. Seule l'ordonnance de clôture des débats cesse d'exister. Pour cette raison, les membres de la famille et leurs représentants doivent être prudents. En l'absence de comparution devant la juridiction de renvoi ou de prétentions et de moyens nouveaux, les parties sont réputées s'en tenir à leurs précédentes conclusions¹¹⁵⁴. Lorsqu'elles en déposent de nouvelles, elles veillent à reprendre leurs demandes antérieures, sous peine de les voir considérées comme abandonnées¹¹⁵⁵. Elles peuvent invoquer de nouveaux moyens à l'appui de leurs prétentions¹¹⁵⁶, en fait comme en droit. De même, les demandes nouvelles sont recevables, dans le respect des règles « *qui s'appliquent devant la juridiction dont la décision a été cassée* »¹¹⁵⁷.

379. Une cassation partielle impose toutefois des restrictions. Sur les chefs non atteints du dispositif, la décision a l'autorité de la chose jugée¹¹⁵⁸, comme le confirme un arrêt¹¹⁵⁹. L'enfant des époux S. et D. avait été déclaré comme né d'eux. Suite à leur divorce, Madame S. assigna Monsieur D. en contestation de paternité légitime et, avec son nouveau mari Monsieur C., elle demandait la légitimation de l'enfant. Les premiers juges avaient ordonné un examen comparé des sangs. Les époux C. et S. formèrent un premier pourvoi en cassation. Ils contestaient l'irrecevabilité de la requête en légitimation

¹¹⁵² Cass. ass. plén., 21 oct. 2006, préc.

¹¹⁵³ CPC, art. 625.

¹¹⁵⁴ CPC, art. 634.

¹¹⁵⁵ Cass. ass. plén., 26 oct. 2001, n° 99-60.559, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 27, *RTD Civ.* 2002.148, obs. PERROT.

¹¹⁵⁶ CPC, art. 632.

¹¹⁵⁷ CPC, art. 633.

¹¹⁵⁸ Cass. civ., 5 juil. 1871, *DP* 1871, 1, 304.

¹¹⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1982, n° 81-10.738, *Bull. civ. I*, n° 100.

opposée par la cour d'appel. Selon eux, il n'était pas nécessaire d'établir une possession d'état conforme à leur égard pour l'accueillir. La Cour de cassation admit ce moyen et cassa sur ce point la décision des juges du fond. Devant la juridiction de renvoi, Monsieur D. contesta la recevabilité de l'action en contestation de paternité car il existait une possession d'état conforme au titre de naissance de l'enfant. Mais ce moyen avait déjà été écarté par les premiers juges. De plus, ces motifs n'avaient pas été critiqués à l'occasion du premier pourvoi en cassation. Faute de cassation prononcée sur ce point, Monsieur D. se heurtait à l'autorité de chose jugée.

380. L'exception tirée de l'indivisibilité ou de la dépendance nécessaire entre les dispositions du jugement attaqué doit aussi être rappelée¹¹⁶⁰. Saisie d'un litige relatif au divorce, la cour d'appel de renvoi ne peut refuser de statuer sur ses conséquences. Même en l'absence de cassation expresse sur ce point, la cassation partielle s'étend aux chefs du dispositif qui s'inscrivent dans la continuité de la disposition annulée. De même, la cassation prononcée à l'encontre d'une demande principale en divorce entraîne nécessairement la remise en cause de l'arrêt rendu sur une éventuelle demande reconventionnelle. En dépit du caractère partiel de la cassation, l'ensemble de ces prétentions est rejugé à l'occasion du renvoi. Mais sans indivisibilité ni lien de dépendance nécessaire, les parties ne peuvent arguer d'un quelconque grief à l'encontre des chefs du dispositif qui ont été maintenus. Elles sont seulement en mesure de reprendre les moyens rejetés par la Cour, s'ils ont été formulés envers la partie cassée de la décision critiquée¹¹⁶¹. Devant la juridiction de renvoi, le rejet des arguments considérés comme vains à l'occasion du pourvoi est dépourvu d'incidence. Dès lors qu'une cassation totale ou partielle s'ensuit, les parties à l'instance recouvrent la faculté d'en tirer profit.

381. L'étendue de la saisine de la juridiction de renvoi est grande. La formation désignée à ces fins par la Cour de cassation acquiert la plénitude de juridiction sur tous les points concernés par la cassation. Les juges du fond ne sont d'ailleurs pas tenus de respecter la solution dégagée par la Cour. Ils sont autorisés à statuer dans un sens différent, mais leur décision n'est pas sans conséquence.

¹¹⁶⁰ CPC, art. 624.

¹¹⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1982, préc.

2) La résistance de la juridiction de renvoi

382. Ni le Code de procédure civile, ni le Code de l'organisation judiciaire ne contraignent la juridiction de renvoi à s'incliner devant la solution retenue par une formation ordinaire de la Cour de cassation (a). La réponse au problème de droit soulevé par le pourvoi ne lie pas les juges du fond. Le principe connaît toutefois une exception, qui participe à la finalité de la fonction de cassation : les décisions rendues par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation obligent la juridiction de renvoi désignée à s'y conformer¹¹⁶² (b).

a) L'absence de caractère impératif de la solution de la Cour de cassation

383. Dans les limites de sa saisine, la juridiction de renvoi est compétente pour rejuger l'affaire en fait et en droit. La réponse apportée sur le fond peut différer de celle de la Cour de cassation. L'hypothèse demeure rare, mais elle a déjà été rencontrée en droit de la famille dans une affaire célèbre¹¹⁶³ : une institutrice travaillant dans un établissement catholique fut licenciée pour s'être remariée après un divorce. Devant les premiers juges, elle avait dénoncé le caractère abusif de ce licenciement. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait refusé de constater l'illégalité du licenciement. L'institutrice s'était pourvue en cassation. La Cour de cassation conclut à une atteinte à la liberté fondamentale du mariage, laquelle n'était concevable que dans des cas exceptionnels où la nature des fonctions l'exigait impérieusement. Or ce n'était pas le cas en l'espèce, puisque l'établissement scolaire avait vocation à accueillir des enfants issus de toutes les confessions. Sous contrat avec l'Etat, il devait assurer un enseignement laïc, « *dans le respect total de la liberté de conscience* ». La Cour cassa avec renvoi. A nouveau, les juges du fond refusèrent d'accorder réparation à l'institutrice, au motif que la prise en considération de ses convictions religieuses était essentielle au moment de son embauche et que cet élément avait intégré la sphère contractuelle, de sorte que l'atteinte à la liberté du mariage était justifiée au regard des fonctions exercées. L'enjeu du débat portait sur la

¹¹⁶² COJ, art. L.431-4.

¹¹⁶³ Cass. ch. mixte, 17 oct. 1975, n° 72-40.239, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 5, D. 1975. JP. 511, note GUIHO ; *JCP* 1976. II. 18238, note LINDON ; *RTD Civ.* 1976.122, obs. NERSON.

faute caractérisant le prétendu licenciement abusif. Alors que la Cour de cassation avait jugé qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait de restriction à la liberté du mariage de l'enseignante, les juges du fond retinrent une solution contraire.

384. La résistance des juges du fond fut également manifeste dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion¹¹⁶⁴, saisie après cassation d'une première décision¹¹⁶⁵. L'affaire avait trait à la recevabilité d'une action en constatation de possession d'état aux fins d'établir la filiation d'un enfant naturel. Suite au décès de son auteur, un homme avait assigné la veuve et les enfants légitimes du défunt afin que soit constaté l'établissement de sa filiation par la possession d'état. Les premiers juges, approuvés par la cour d'appel, avaient fait droit à la demande. La Cour de cassation accueillit le pourvoi formé par les enfants légitimes et la veuve. Aux termes de l'ancien article 334-8 du Code civil, la filiation hors mariage pouvait être établie par reconnaissance volontaire, ou par déclaration judiciaire à l'issue d'une action en recherche de paternité, ou encore par l'effet d'un jugement. Or le droit de la filiation alors en vigueur enfermait les actions en établissement de la paternité dans des conditions strictes¹¹⁶⁶, auxquelles ne satisfaisait pas le requérant. Au visa de l'ancien article 334-8 du Code civil, la Cour cassa l'arrêt critiqué avec renvoi. A nouveau, l'action en établissement de la filiation fut déclarée recevable par les juges du fond, au motif que la possession d'état constituait une présomption de filiation. Sur la prétendue prohibition établie par l'article 334-8 ancien du Code civil, ils jugèrent que son alinéa 2 concernait l'établissement judiciaire de la filiation sur le fondement de la possession d'état. Cette disposition prévoyait qu'un jugement pouvait servir l'établissement d'une filiation naturelle, sans autres précisions. Par conséquent, les règles juridiques en vigueur ne s'opposaient pas à ce que l'action intentée fût recevable, puisque le texte, qui ne présentait pas de caractère limitatif, n'interdisait pas l'introduction d'une action pour faire constater l'existence de la possession d'état qui, si elle était accueillie, aurait pour conséquence nécessaire d'établir, sauf preuve contraire, la filiation de l'enfant¹¹⁶⁷. Ici encore,

¹¹⁶⁴ CA Saint Denis de la Réunion, 4 juillet 1980.

¹¹⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 mai 1979, n° 77-10.812, *Bull. civ. I*, n° 134. Voir : CAPITANT, H, TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1. Introduction. Personnes-Famille-Biens. Régimes matrimoniaux-Successions.*, Dalloz, 13^e éd., 2015, p. 309, n° 46-47.

¹¹⁶⁶ C. civ., art. 340-1 ancien et s.

¹¹⁶⁷ CA Saint Denis de la Réunion, 4 juillet 1980.

l'interprétation des juges du fond contrariait la solution retenue dans l'arrêt de cassation ayant conduit à leur saisine.

385. Ces exemples montrent bien que la juridiction de renvoi n'est pas tenue de se conformer à l'arrêt rendu par une formation ordinaire de la Cour de cassation. Ce principe reflète également les limites de la fonction juridictionnelle de la Cour. Juge du droit, elle n'est pas toujours en mesure de mettre un terme définitif au litige¹¹⁶⁸. Il est en effet impossible qu'elle prenne la mesure des contingences concrètes de la situation analysée. La résolution d'un problème juridique ne lève pas toute difficulté dans l'appréciation des circonstances de l'espèce. Le constat est encore plus flagrant lorsque sont en cause des notions éminemment factuelles, telles que l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt de la famille¹¹⁶⁹. Ayant une plénitude de juridiction, les juges du fond sont compétents pour dégager une solution qui est parfois opposée à l'arrêt ayant conduit à leur saisine. Face à d'éventuelles résistances, la compétence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est opportune.

b) La possibilité de former un second pourvoi devant l'Assemblée plénière

386. Aux termes de l'article L.431-6 du Code de l'organisation judiciaire, le renvoi devant l'Assemblée plénière « doit » être ordonné « lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens ». Quand la juridiction de renvoi refuse de se soumettre à la solution retenue par la Cour de cassation, sa résistance lève l'interdiction de former un second pourvoi fondé sur les mêmes moyens que le premier¹¹⁷⁰, ce qui suppose une identité de motifs et de solution entre les jugements visés par les pourvois successifs. Les suites de l'affaire relative à la liberté du mariage illustrent ce mécanisme¹¹⁷¹. Les juges du fond avaient, par deux fois, fondé leur décision sur les spécificités de l'établissement scolaire¹¹⁷². Les motifs avancés à l'appui de la décision critiquée étaient identiques. Le caractère *intuitu personae* du contrat de travail constituait une justification secondaire.

¹¹⁶⁸ Exception faite de la cassation sans renvoi, strictement encadrée.

¹¹⁶⁹ Voir n° 1095 et s.

¹¹⁷⁰ COJ, art. L.431-6.

¹¹⁷¹ Voir n° 383.

¹¹⁷² CA Aix-en-Provence, 2 déc. 1971 ; CA Lyon, 7 oct. 1976.

L'identité entre les décisions des juridictions du second degré était établie. Le second pourvoi pouvait reposer sur le même moyen.

387. Dans l'affaire ayant abouti à la saisine de la cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion¹¹⁷³, le même constat s'impose. L'accueil de l'action en constatation d'état par les premiers et par les seconds juges témoignait d'une véritable résistance à l'arrêt de la Cour de cassation. La juridiction de renvoi avait adopté une solution identique à celle retenue précédemment. La contrariété entre l'arrêt de la Cour de cassation et la décision de la cour d'appel était évidente. En outre, les juges n'avaient pas cherché à se fonder sur des éléments de fait ou de droit nouveaux. Ils s'appuyaient à nouveau sur une interprétation divergente de l'article 334-8 ancien du Code civil pour établir une filiation naturelle par le biais de la possession d'état. Pour cette raison, les auteurs du pourvoi étaient admis à en former un second, sur le même moyen. Dans ces circonstances, le renvoi devant l'Assemblée plénière était indispensable.

388. L'obligation édictée par le Code de l'organisation judiciaire¹¹⁷⁴ trouve aisément une justification. Certes, les décisions de la Cour de cassation ne lient pas les juges du fond pour trancher le litige suite au renvoi. Mais ils ne doivent pas porter délibérément atteinte aux solutions retenues. Il importe que la Cour conserve le dernier mot sur le problème de droit qu'elle tranche. La saisine de l'Assemblée plénière est nécessaire pour garantir la fonction de cassation. Sinon, l'entière liberté laissée aux juges du fond empêcherait d'unifier l'application et l'interprétation des règles juridiques en vigueur. La Cour de cassation doit disposer d'outils appropriés pour mener à bien sa mission. Le cas échéant, la saisine de sa formation la plus solennelle œuvre en ce sens. La Cour dispose ainsi d'un moyen très efficace pour imposer son interprétation des normes quand elle l'estime opportun. L'hypothèse inverse est également envisageable.

389. Le renvoi devant l'Assemblée plénière aboutit parfois à ce que la Cour de cassation modifie sa jurisprudence. Les exemples précités en attestent. L'Assemblée plénière pouvait vaincre la résistance qui lui était opposée¹¹⁷⁵. Pourtant, le licenciement de l'institutrice fut considéré comme dépourvu de caractère abusif au regard des droits et

¹¹⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 8 mai 1979, préc.

¹¹⁷⁴ COJ, art. L.431-6.

¹¹⁷⁵ COJ, art. L.431-4.

libertés fondamentales¹¹⁷⁶ et l'action en constatation d'état fut jugée recevable au regard de l'article 334-8 ancien du Code civil¹¹⁷⁷. Les circonstances particulières de chaque espèce étaient de nature à expliquer ces revirements. L'arrêt d'Assemblée plénière relatif à la rupture du contrat de travail de l'institutrice ne reprit pas les motifs ayant justifié la cassation initiale. Au contraire, la Cour jugea expressément que la motivation exprimée par les juges du fond démontrait l'absence de licenciement abusif. Elle rappela qu'à juste titre, ceux-ci avaient considéré les convictions religieuses comme essentielles à la formation du contrat de travail et que cet élément était de nature à justifier des « *circonstances exceptionnelles* » autorisant l'atteinte portée au droit au mariage. Une approche similaire fut mise en œuvre à l'occasion de la saisine de l'Assemblée plénière sur la question de la recevabilité de l'action en constatation d'état. L'interprétation des dispositions pertinentes du Code civil obéissait à une logique totalement différente dans le pourvoi jugé le 9 juillet 1982. Une loi avait entre-temps modifié l'article 334-8 du Code civil, qui prévoyait depuis que « *la filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état* ». La disposition nouvelle n'était pas applicable à la situation en cause mais la Cour jugea recevable l'action en constatation d'état, introduite aux fins d'établissement de la filiation naturelle. Ce faisant, elle rendit un arrêt d'anticipation.

390. Lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, la Cour de cassation modifie sa jurisprudence. La résistance des juges du fond, suite à un renvoi après cassation, est un phénomène rare qui ne saurait lui échapper. Cela témoigne de la vitalité de la fonction de cassation. La Cour veille à instaurer un dialogue essentiel avec les juges du fond, ce qui sert à la construction d'une jurisprudence dotée d'un dynamisme singulier en droit de la famille.

¹¹⁷⁶ Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 1. Voir : CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, p. 215, n° 31.

¹¹⁷⁷ Cass. ass. plén., 9 juil. 1982, n° 80-17.084, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 1. Voir : CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, p. 309, n° 46-47.

II. L'élaboration de de la jurisprudence en droit de la famille

391. Au-delà de sa fonction juridictionnelle, il incombe à la Cour de cassation d'élaborer la jurisprudence. Ces deux missions ont des objectifs distincts. D'un côté, la Cour tranche une difficulté juridique afin d'apporter une réponse aux parties. De l'autre, elle œuvre à l'unification et à la modernisation du droit de la famille. Pour ce faire, elle dispose d'instruments lui permettant d'imposer les solutions qu'elle estime opportunes (§1). Lorsque celles-ci cessent d'être en adéquation avec les évolutions observées en la matière, la Cour procède à des revirements de jurisprudence (§2).

§1. Les instruments permettant l'élaboration de la jurisprudence

392. L'organisation de la Cour de cassation est originale. Elle dévoile les spécificités du traitement du pourvoi (A). Au-delà de cet aspect structurel, l'instrument le plus propice à l'élaboration de la jurisprudence résulte de l'obligation de motivation incombant à la Cour, qui a une importance cruciale pour préciser le sens et la portée des règles juridiques (B).

A. Les spécificités structurelles de la Cour de cassation au regard du droit de la famille

393. L'organisation de la Cour est conçue pour que la fonction de cassation soit la plus efficace possible. En droit de la famille, la compétence appartient à la première chambre civile (1). La saisine de l'Assemblée plénière est également envisageable dès le premier pourvoi (2).

1) La place prépondérante de la première chambre civile en droit de la famille

394. Tous les pourvois soulevant une question de droit de la famille sont aujourd'hui orientés vers la première chambre civile de la Cour de cassation, sauf à ce que l'Assemblée plénière en soit directement saisie (a). Au regard de l'évolution actuelle de la matière, cette organisation mérite approbation (b).

a) L'orientation du pourvoi vers la première chambre civile de la Cour de cassation

395. Aux termes de l'article R.431-2 du Code l'organisation judiciaire, « *le premier président fixe les attributions de chacune des chambres civiles après avis du procureur général* »¹¹⁷⁸. La première chambre civile est désignée pour connaître des pourvois relatifs à l'assistance éducative, au divorce, à la garde des mineurs, aux pensions alimentaires, aux régimes matrimoniaux, aux contrats de mariage et aux pactes civils de solidarité, ainsi qu'au droit de la famille dans son ensemble, y compris en droit international privé. Elle est placée sous l'autorité de son président¹¹⁷⁹, qui décide du nombre de sections et des règles de répartition des affaires en son sein¹¹⁸⁰. Elle comprend également des conseillers et des conseillers référendaires, un premier avocat général, un ou plusieurs avocats généraux et avocats généraux référendaires et un greffier¹¹⁸¹. A la réception du pourvoi, elle se réunit en formation restreinte, composée de trois magistrats. Lorsque la solution du pourvoi s'impose, ils statuent directement¹¹⁸². Il en va de même en cas de rejet non-motivé du pourvoi. A défaut de pouvoir mettre un terme à l'affaire, le pourvoi est renvoyé à l'audience de chambre¹¹⁸³. Le premier président de la Cour de cassation ou le premier président de la chambre concernée peut également décider d'un renvoi devant la formation de chambre, ou sur la demande du procureur général ou de l'une des parties¹¹⁸⁴. Leur décision n'est pas motivée.

396. A l'audience de la chambre, au moins cinq de ses membres ayant voix délibérative sont tenus d'être présents¹¹⁸⁵. Ce quorum a progressivement diminué au fil du temps. L'évolution s'inscrit dans le souci constant d'améliorer la célérité de la procédure. Les magistrats siégeant à la Cour de cassation présentent un profil identique, nonobstant l'époque de leur intégration. Ils sont pour la plupart issus du corps de la magistrature. Des professeurs d'université s'y ajoutent, de même que certains avocats aux Conseils. Les conseillers sont investis dans leurs fonctions auprès d'une chambre déterminée, sans qu'il y ait lieu de procéder à un quelconque roulement entre les diverses

¹¹⁷⁸ Cette décision est prise tous les ans au mois décembre.

¹¹⁷⁹ COJ, art. R.421-4.

¹¹⁸⁰ COJ, art. R.431-3.

¹¹⁸¹ COJ, art. R.421-4.

¹¹⁸² COJ, art. L.431-1.

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ COJ, art. R.431-5.

composantes de la Cour. Cette continuité présente des avantages et des inconvénients. Elle participe à la stabilité de la jurisprudence et permet une spécialisation de fait¹¹⁸⁶. De la sorte, les mêmes magistrats sont appelés à se prononcer sur les problèmes de droit de la famille. Leur connaissance de la matière est accrue, dans un domaine soumis à un foisonnement normatif. En outre, les conseillers les plus anciens sont susceptibles d'éclairer les nouveaux arrivants de leurs lumières. Il existe toutefois une défiance envers ce système. Un « *esprit de chapelle* »¹¹⁸⁷ inhérent à cette structure particulièrement statique a été dénoncé, qui pourrait menacer l'unité de jurisprudence entre les chambres de la Cour. Mais il n'existe pas de cour suprême idéale¹¹⁸⁸, l'amélioration étant toujours possible. Au regard du droit de la famille, ce fut le cas lors du transfert des pourvois relatifs au divorce et à la séparation de corps de la deuxième à la première chambre civile.

b) Le regroupement du contentieux familial devant la première chambre civile de la Cour de cassation

397. En 1978, le Président Bellet constatait la réalisation d'un équilibre dans les attributions respectives des chambres civiles de la Cour¹¹⁸⁹. La première chambre civile connaissait alors de tous les pourvois qui n'étaient pas attribués à une chambre spécialisée, tandis que la deuxième chambre civile était compétente en matière de divorce, de responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle et de procédure¹¹⁹⁰. Cette organisation fut modifiée en 2003, quand les pourvois relatifs à des divorces et à leurs conséquences furent attribués à la première chambre civile. Les perturbations susceptibles d'en résulter ont été évitées, puisque le transfert des questions relatives au droit des assurances à la deuxième chambre civile accompagna cette évolution. La modification des attributions de la première chambre civile fut initiée par le Président Canivet. Elle emporte une réelle adhésion. Le clivage qui gouvernait jusqu'alors le traitement des pourvois formés en droit de la famille n'était guère justifié. D'éventuelles divergences auraient pu apparaître entre les chambres civiles, notamment sur la question des

¹¹⁸⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 60, n° 21.22.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ TUNC, A., art. préc.

¹¹⁸⁹ BELLET, P., « La Cour de cassation », *RIDC*, n° 1, 1978, p. 193.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

conséquences du divorce. La complexité de cette matière incitait au contraire à regrouper le contentieux.

398. Aux attributions de la première chambre civile de la Cour, s'ajoute sa compétence en droit international privé. Cette organisation renforce l'efficacité de la fonction de cassation en droit de la famille. De nombreux litiges comportent aujourd'hui un élément d'extranéité. Le phénomène tend à s'accroître au gré des flux de populations et de la libre circulation des citoyens dans l'Union européenne. La consécration d'instruments de résolution des conflits est récente, mais ces textes occupent déjà une place importante dans la jurisprudence de la Cour¹¹⁹¹. Des difficultés nouvelles portent sur leur application ou sur leur interprétation. Le regroupement des questions devant la première chambre civile permet une vision globale de ces problèmes et donne davantage de cohérence à la jurisprudence en droit de la famille. Des obstacles subsistent néanmoins dans certains cas, par exemple quand des questions sociétales éclairent le débat d'un jour nouveau. La saisine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut alors permettre de prévenir d'éventuelles incohérences.

2) La saisine de l'Assemblée plénière en droit de la famille

399. La procédure diligentée devant l'Assemblée plénière est particulière. Sa saisine est possible dans les cas prévus par le Code de l'organisation judiciaire (a). En droit de la famille, elle demeure toutefois rare (b).

a) Les hypothèses de saisine de l'Assemblée plénière

400. En 1967, l'Assemblée plénière a remplacé les Chambres réunies qui avaient vocation à statuer sur les pourvois formés en cas de résistance de la juridiction de renvoi. La suprématie de la formation solennelle fut confortée par une loi du 3 janvier 1979¹¹⁹². Le renvoi peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes, entre les juges du fond, ou entre les juges

¹¹⁹¹ Voir n° 831 et s.

¹¹⁹² L. n° 79-9 du 3 janvier 1979, préc.

du fond et la Cour de cassation¹¹⁹³. Il est décidé « *soit avant l'ouverture des débats par ordonnance non motivée du premier président, soit par arrêt non motivé de la chambre saisie* »¹¹⁹⁴. Le procureur général près la Cour de cassation a également cette faculté¹¹⁹⁵. La possibilité de saisir l'Assemblée plénière dès le premier pourvoi recouvre un large domaine. Il suffit que le problème de droit soulevé ait trait à une question de principe. Le critère est particulièrement souple, d'autant que l'ordonnance n'a pas à être motivée. Le recours à sa formation la plus solennelle s'avère efficace pour imposer les solutions retenues par la Cour. A l'instar de l'autorité reconnue à la décision rendue par l'Assemblée plénière suite à une résistance, celle prise à l'issue d'une saisine facultative s'impose aux juges du fond¹¹⁹⁶. Par exemple, un arrêt fut rendu par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière en matière de filiation¹¹⁹⁷. Un enfant avait assigné un homme en recherche de paternité naturelle. Les juges du fond avaient estimé qu'à défaut d'indices ou de présomptions attestant de la paternité alléguée, nulle expertise biologique ne pouvait être ordonnée. La solution paraissait de prime abord justifiée au regard des règles juridiques alors en vigueur. Mais la Cour de cassation avait décidé qu'en principe, l'expertise biologique était de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de s'y opposer¹¹⁹⁸. Un premier pourvoi avait été formé, sans que la décision ait été signifiée à son auteur. Il s'était à nouveau pourvu en cassation, après la signification de la décision attaquée. Le renvoi devant l'Assemblée plénière n'était pas dicté par l'importance de la question relative à la preuve en droit de la filiation. La recevabilité du second pourvoi était en cause. La saisine de la formation la plus solennelle de la Cour de cassation était néanmoins intéressante au regard des enjeux du problème de droit soulevé.

401. Quelques arrêts furent aussi rendus sur des questions de principe par l'Assemblée plénière. Parmi les plus célèbres, trois portent sur la gestation pour autrui¹¹⁹⁹. Un pourvoi dans l'intérêt de la loi avait été formé contre un arrêt qui avait prononcé l'adoption plénière d'un enfant né d'une mère porteuse¹²⁰⁰. Le renvoi devant

¹¹⁹³ COJ, art. L.431-6.

¹¹⁹⁴ COJ, art. L.431-7.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ COJ, art. L.431-4.

¹¹⁹⁷ Cass. ass. plén., 13 nov. 2007, préc.

¹¹⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹¹⁹⁹ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc..

¹²⁰⁰ *Ibid.*

l'Assemblée plénière avait été décidé. Sans aucun doute, une question de principe était posée à la Cour. Le procureur général avait d'ailleurs précisé « *qu'il importe en cette matière particulièrement sensible, qui touche à un délicat problème de société et d'éthique, que soit mis fin à des divergences jurisprudentielles majeures et que la sécurité juridique soit assurée* »¹²⁰¹. A cette époque, aucune disposition ne prohibait expressément le recours à la gestation pour autrui. La saisine de l'Assemblée plénière permit de proclamer solennellement la contrariété à l'ordre public des conventions de mère porteuse, avant l'insertion des articles 16-7 et 16-9 dans le Code civil par les premières lois de bioéthique¹²⁰². Plus récemment, l'Assemblée plénière décida d'un revirement de jurisprudence sur la question. Le renvoi devant cette formation avait été ordonné pour deux pourvois qui soulevaient un même problème de droit, relatif à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une maternité de substitution¹²⁰³. Il était justifié, dans la mesure où des discordances existaient entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la Cour européenne des droits de l'homme suite à la condamnation de la France dans les affaires *Labassée* et *Menesson*¹²⁰⁴ et où une résistance des juges du fond était parfois observée. La question fut tranchée, la Cour de cassation admettant dorénavant cette transcription. Les arrêts de l'Assemblée plénière participent à l'efficacité de la fonction de cassation : la Cour peut ainsi imposer ses solutions aux juges du fond. Toutefois, elle a rarement recours à cette faculté en droit de la famille.

b) La rareté de la saisine de l'Assemblée plénière en droit de la famille

402. La portée des décisions rendues par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est incontestable. Les nombreuses difficultés d'interprétation qui apparaissent en droit de la famille pourraient y trouver une réponse adéquate. Pourtant, ce n'est pas le cas. La controverse qui a entouré le mariage entre personnes de même sexe célébré à

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² L. n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF*, 30 juil. 1994, n° 175, p. 11056.

¹²⁰³ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

¹²⁰⁴ CEDH, 22 juin 2014, préc.

Bègles illustre ce constat¹²⁰⁵. Le problème de droit soulevé par le pourvoi avait trait à l'article 144 du Code civil. Selon ce texte, « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit révolus* ». Les auteurs du pourvoi prétendaient que cette disposition ne subordonnait pas la validité de l'union à l'existence d'une différence de sexe entre les époux. Ecartant ce moyen, la première chambre civile consacra le sens implicite des termes employés par le législateur : « *le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* ». Cette interprétation était critiquée, ce qui soulevait une question de principe. La saisine de l'Assemblée plénière aurait donc pu être envisagée, mais cela ne fut pas le cas. Ces observations peuvent être portées sur plusieurs questions en droit de la famille. Les affaires portant sur la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse auraient souvent pu justifier la réunion de la formation la plus solennelle de la Cour de cassation¹²⁰⁶ mais le renvoi devant l'Assemblée plénière ne fut ordonné que très récemment¹²⁰⁷. De même, les questions afférentes à l'homoparentalité ont suscité d'importantes discussions. La Cour de cassation s'est également abstenue de renvoyer ces pourvois à l'Assemblée plénière. Les conditions de sa saisine semblaient pourtant réunies. L'Assemblée plénière avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur les problèmes les plus emblématiques du droit des personnes. Les arrêts rendus le 11 décembre 1992 sur la question de la rectification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil des transsexuels en attestent¹²⁰⁸, comme les décisions relatives aux bonnes moeurs¹²⁰⁹.

403. Une comparaison avec d'autres branches du droit s'avère riche d'enseignements. L'étude statistique des décisions d'Assemblée plénière révèle une prédominance des saisines sur des questions portant sur le droit du travail et le droit social. La responsabilité civile est aussi très représentée, tandis que la proportion des saisines opérées en droit de la famille est presque infime. Onze arrêts d'Assemblée ayant trait à la

¹²⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, préc.

¹²⁰⁶ Tel avait été le cas dans l'affaire jugée le 31 mai 1991 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (préc.). Mais la Cour en avait décidé autrement dans d'autres occasions. Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *Bull. civ.*, I, n° 70 ; n° 10-19.053, *Bull. civ.*, I, n° 72, n° 06-88.486, *Bull. civ.* I, 71 ; Cass. 1^{ère} civ. 13 sept. 2013, n° 12-18.315, *Bull. civ.* I, n° 176 ; n° 12-30.138, *Bull. civ.* I, n° 176.

¹²⁰⁷ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

¹²⁰⁸ Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 13 et n° 91-12.373, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 13, *RTD Civ.* 1993.97, obs. HAUSER. Voir : CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, p. 178, n° 26-27.

¹²⁰⁹ Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 12, *D.* 2004. 3175, note VIGNEAU.

matière familiale ont été rendus depuis 1967. Parmi ces décisions, seules sept ont été prises à l'issue d'une saisine facultative¹²¹⁰. Et encore, parmi elles, deux portent sur le droit des personnes¹²¹¹ ou des successions¹²¹². Diverses explications peuvent être envisagées pour expliquer cette réticence. Tout d'abord, le regroupement du contentieux familial devant la première chambre civile permet d'éviter les divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour de cassation. Ensuite, la lourdeur de la procédure incite à une certaine réserve. L'Assemblée plénière est composée du premier président de la Cour de cassation, des présidents et doyens des chambres, ainsi que d'un conseiller appartenant à chaque chambre. Les contraintes pesant sur l'activité de la Cour et de ses magistrats compliquent sa saisine. Surtout, la possibilité offerte à la Cour d'imposer sa solution aux juges du fond doit être maniée avec précaution. Les juges de fond révèlent les difficultés d'application et à d'interprétation de la loi en droit de la famille. La Cour de cassation y apporte une réponse. En l'absence de confrontation entre ces points de vue, l'harmonisation de la jurisprudence est un exercice vain. Enfin, l'insertion de notions floues oblige à concéder une certaine marge d'appréciation aux juges du fond¹²¹³.

404. Pour ces raisons, le renvoi à l'Assemblée plénière des questions de principe en droit de la famille est utilisé avec prudence par la Cour. Elle ne souhaite pas imposer des solutions dogmatiques dans une discipline qui s'y prête mal. Le droit de la famille est en perpétuelle évolution. L'approche retenue par la Cour de cassation se conçoit, mais les controverses qui agitent la matière tardent parfois à être levées. Des questions ayant trait à l'ordre public ont longtemps peiné à trouver une solution pérenne, comme le montre la jurisprudence relative aux répudiations musulmanes¹²¹⁴. Une occurrence accrue des saisines de l'Assemblée plénière pourrait aider à résoudre les principales questions irriguant le droit contemporain de la famille. D'éventuelles améliorations sont également susceptibles d'être portées dans la motivation des arrêts rendus par la Cour.

¹²¹⁰ Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, préc. ; Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, préc. ; Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, préc. (2 arrêts) ; Cass. ass. plén., 31 mai 1991, préc. ; Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc. (2 arrêts).

¹²¹¹ Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, préc.

¹²¹² Cass. ass. plén., 22 avr. 2004, préc.

¹²¹³ Voir n° 1036.

¹²¹⁴ Voir n° 904 et s.

B. L'importance de la motivation des arrêts rendus par la Cour de cassation

405. A l'instar des autres juridictions, la Cour de cassation est tenue de motiver ses décisions, en droit de la famille comme en tout autre domaine (1). Les motifs qu'elle retient participent à la garantie du droit à un procès équitable et constituent l'essence de sa fonction jurisprudentielle (2).

1) L'obligation de motivation par la Cour de cassation

406. Le respect de l'obligation de motivation s'impose, quels que soient l'issue du pourvoi et le domaine juridique auquel il se rapporte (a). En effet, la Cour est contrainte de justifier les décisions qu'elle rend, selon une technique qui lui est propre (b).

a) L'existence de l'obligation de motivation

407. L'article 455 du Code de procédure civile rappelle que « *le jugement doit être motivé* ». La Cour de cassation, dans le cadre du contrôle de légalité, veille au respect de cette disposition, à laquelle elle est aussi astreinte¹²¹⁵. L'exigence a été constamment réitérée¹²¹⁶. Seuls les arrêts de rejet non motivés y échappent. Cette contrainte est indispensable à l'exercice de la fonction de cassation. Les motifs avancés par la Cour facilitent la compréhension de la jurisprudence, que l'arrêt soit de rejet ou de cassation.

408. La motivation permet aux parties à l'instance et aux juges du fond de comprendre la décision de la Cour sur le pourvoi. Son auteur mérite une réponse, sur le plan juridique comme sur le plan psychologique¹²¹⁷. Mais au-delà de la solution retenue pour l'espèce déférée à la Cour, l'arrêt s'adresse également à d'autres. La dimension

¹²¹⁵ « *Selon les habitudes continentales, la décision s'appuie sur une motivation univoque, constituée par une articulation logiquement charpentée de constatations de fait et d'appréciations de droit, d'autant plus rigoureuse qu'on s'élève dans la hiérarchie judiciaire jusqu'à la Cour de cassation* » - HEBRAUD, P., *Le juge et la jurisprudence*, Mél. Paul Couzinet, Presses universitaires de Toulouse, 1974, p. 347.

¹²¹⁶ Voir sur ce point : TUNC, A. et TOUFFAIT, A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1974, p. 481 et s. Sur l'évolution du style des arrêts de la Cour de cassation : CHARTIER, Y., *De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation*, in Mél. Pierre Drai, *op. cit.*, p. 269.

¹²¹⁷ « *Sur un plan plus psychologique, elle répond à une exigence essentielle de justice : celui qui perd son procès ou qui encourt une condamnation peut légitimement exiger d'en connaître les raisons* » – TUNC, A. et TOUFFAIT, A., art. préc.

pédagogique des arrêts ne saurait être occultée¹²¹⁸. La Cour a pour mission d'unifier l'application et l'harmonisation des règles juridiques en vigueur, tout en les adaptant aux besoins de la société¹²¹⁹. Le pluralisme actuel des schémas familiaux, associé à la complexité du droit de la famille, complique sa tâche. L'obligation de motivation permet d'utiles explications sur le problème de droit¹²²⁰ et sert de base aux constructions jurisprudentielles.

409. L'élaboration de la jurisprudence dépend de l'exercice de la fonction de cassation et l'autorité juridictionnelle de la Cour de cassation lui confère « *valeur juridique* »¹²²¹. La Cour prend soin de motiver ses décisions, mais elle ne satisfait pas à cette injonction de la même manière qu'un juge du fond¹²²², qui établit les éléments de fait. Par conséquent, la motivation qu'elle exprime revêt d'indéniables singularités.

b) Les formes de la motivation

410. En cas de rejet du pourvoi, une réponse appropriée est nécessaire pour constater l'inopérance de chaque moyen car la Cour ne peut pas se contenter de constater la régularité de la décision critiquée sans autres précisions. Répéter les motifs avancés par les juges du fond ne suffit pas. Le rejet du pourvoi doit être motivé, tout comme la cassation lorsqu'elle est prononcée. Dans ce cas, la Cour n'est pas tenue de se prononcer sur tous les moyens avancés par l'auteur du pourvoi. Seul importe celui qui constitue un cas d'ouverture à cassation. Les motifs démontrent alors la non-conformité de la décision critiquée aux règles juridiques en vigueur.

411. Une affaire reflète cette exigence¹²²³. Une femme avait successivement épousé trois hommes, sans attendre le prononcé du divorce. Son troisième mari avait sollicité l'annulation de son union pour bigamie, que le tribunal de grande instance avait

¹²¹⁸ BERENGER, F., *La motivation des décisions de justice*, PUAM, 2003, p. 16.

¹²¹⁹TUNC, A. et TOUFFAIT, A., art. préc.

¹²²⁰ Elle génère « *des inductions abstraites, susceptibles de généralisation* » - HEBRAUD, P., art. préc.

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²²« *Tandis que celui-ci doit montrer qu'il applique la loi, [la Cour] peut se limiter à reprendre la motivation initiale, soit pour la valider, soit pour constater laconiquement qu'elle n'est pas légale* » - CROZE, H., *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, in *Mél. Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181.

¹²²³ Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 10-25.285, *Bull. civ. I*, n° 184, *Dr. fam.* n° 11, nov. 2013, comm. 148, BINET ; *Dr. fam.* n° 1, jan. 2012, comm. 2, LARRIBAU-TERNEYRE.

prononcée. En appel, l'épouse avait demandé un sursis à statuer, arguant de la survenue d'une assignation tendant à l'annulation de son deuxième mariage. Il lui fut refusé. Elle se pourvut en cassation contre l'arrêt confirmatif rendu par les juges du fond, contestant la recevabilité de l'action de son troisième époux et le rejet de sa demande de sursis à statuer. La Cour de cassation accueillit ce moyen. Aux termes de l'article 189 du Code civil, « *si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement* ». En refusant d'accorder un sursis à statuer, les juges du fond avaient violé cette disposition. Il importait qu'ils se prononçassent sur la validité de la seconde union, avant d'examiner celle de la troisième. La motivation revêtit la forme classique du syllogisme judiciaire¹²²⁴. Sur la base des constatations des juges du fond, la Cour appliqua la règle juridique et cassa.

412. Le cas échéant, la Cour de cassation apporte des précisions sur la règle juridique dont elle retient l'application. Cela fut le cas dans un arrêt de rejet¹²²⁵. Un enfant avait été entendu par le juge de la mise en état au cours d'une procédure de divorce. La mère reprochait aux juges du fond d'avoir méconnu les dispositions relatives à l'audition du mineur en justice, prétendant que le magistrat ayant procédé à la mesure aurait dû siéger au sein de la formation collégiale qui prononça ensuite le divorce. La Cour écarta ce moyen en raison de son inopérance et rappela que l'article 338-1 du Code de procédure civile ne concerne que l'audition ordonnée par une formation collégiale. Le caractère substantiel des droits en cause est également propice à l'énoncé d'une telle motivation¹²²⁶. A titre d'exemple, des concubines, mères d'enfants par insémination artificielle, demandaient chacune l'adoption simple de l'enfant de l'autre. Déboutées par les juges du fond, elles s'étaient pourvues en cassation, dénonçant une prétendue atteinte à l'article 365 du Code civil. La Cour de cassation rejeta le pourvoi et prit soin de rappeler qu' « *en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage* ». Par conséquent, les auteurs du pourvoi ne pouvaient, en l'état de la législation, bénéficier de l'aménagement prévu par le texte.

¹²²⁴ « *Une affirmation de principe forme la majeure, une constatation de fait la mineure : une conclusion en résulte, incontestable en apparence* » - TUNC, A. et TOUFFAIT, A., art. préc., p. 489.

¹²²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, n° 13-27.603.

¹²²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, n° 10-10.385, *Bull. civ.* I, n° 52, *D.* 2012.1432, note GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD Civ.* 2011.338, obs. HAUSER.

413. Mais les motifs de la Cour ne sont pas toujours énoncés avec une telle clarté, notamment quand elle répond aux moyens fondés sur une prétendue violation des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Convention de New York. En effet, elle peut les écarter par une formule concise, au motif que « *la cour d'appel [...] n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et a pris en considération l'intérêt supérieur des enfants* », sans aucune référence à l'appréciation des circonstances de l'espèce par les juges du fond. L'arrêt cassant l'annulation d'un mariage incestueux a d'ailleurs surpris à cet égard¹²²⁷. L'existence du vice était avérée. Une femme avait épousé en secondes noces son beau-père. Après le décès de ce dernier, son ex-mari obtint l'annulation du mariage sur le fondement de l'article 161 du Code civil. La Cour de cassation, saisie par l'épouse, souleva d'office un moyen tiré de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et constata une ingérence dans la vie privée et familiale, « *dès lors que l'union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ». Elle conclut à la violation de la disposition conventionnelle, sans pour autant développer son analyse, ce qui lui valu des critiques en doctrine¹²²⁸, car, dans l'attendu, la mention de l'absence d'opposition à mariage laissait sceptique. A certains égards, les motifs étaient en effet obscurs.

414. En définitive, une constante ressort de la lecture des arrêts de la Cour de cassation rendus en droit de la famille¹²²⁹. La motivation exprimée est toujours très brève¹²³⁰. Les arrêts de revirement relatifs à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance d'enfants nés d'une maternité de substitution à l'étranger l'ont encore rappelé¹²³¹. Il s'agit là d'un choix délibéré et constant¹²³². La Cour de cassation affirme ses solutions de manière autoritaire, s'abstenant ainsi de prendre part

¹²²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, préc.

¹²²⁸ LAMARCHE, M., art. préc.

¹²²⁹ « *Structurellement, un arrêt de la Cour de cassation contient surtout la reprise des motifs de la décision attaquée et des moyens du pourvoi et, en quelques mots, le verdict de la Cour : la décision est ou n'est pas conforme aux règles de droit* » - CROZE, H., art. préc.

¹²³⁰ « *Parce que la juridiction suprême a reçu compétence pour dire le droit de manière souveraine, l'interprétation jurisprudentielle délivrée dans ses décisions n'a pas à être justifiée* », MALHIÈRE, F., *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation)*, th. Montpellier, Dalloz, 2013, p. 569, n° 661.

¹²³¹ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

¹²³² Ainsi que l'a rappelé un auteur, il semble que « *moins on en dit, mieux ça vaut* » pour certains conseillers. Voir : LINDON, R., « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975. I. 2681.

à d'éventuelles controverses entourant le problème de droit qu'elle tranche¹²³³. Cette concision présente aussi des inconvénients.

2) Le contenu de la motivation en droit de la famille

415. Le style employé par la Cour de cassation est toujours bref, au risque de compliquer la compréhension de l'arrêt rendu (a). Pour y remédier, la Cour a recours à des techniques de motivation exogènes, qui lui permettent d'apporter d'utiles indications sur les solutions qu'elle retient (b).

a) La qualité de la motivation exprimée par la Cour de cassation

416. Au travers de ses décisions, la Cour apporte des précisions sur l'application et l'interprétation des normes du droit de la famille. Déterminer la teneur de ces apports n'est cependant pas chose aisée. Quels que soient ses destinataires, la réponse apportée au pourvoi peut laisser dubitatif. La brièveté de la motivation exprimée est parfois source d'incertitudes sur sa portée réelle. Elle tend à « *couper la justice de la vie* »¹²³⁴. Pourtant, sa qualité conditionne la fonction jurisprudentielle dévolue à la Cour, puisque les motifs ont vocation à expliquer la jurisprudence¹²³⁵. Dans cette perspective, les arrêts de cassation se révèlent souvent plus instructifs que les arrêts de rejet, dans la mesure où le vice entachant une décision cassée contraint la Cour à mentionner son analyse. En outre, l'article 1020 du Code de procédure civile l'oblige à viser dans son arrêt le texte de loi sur lequel la cassation est fondée¹²³⁶. Le cas d'ouverture à cassation retenu constitue aussi une information indispensable à la compréhension de l'arrêt rendu et l'insertion d'un visa et d'un chapeau aide à mieux en cerner les apports.

417. Le vice affectant la décision détermine tout d'abord le cas d'ouverture à cassation retenu par la Cour. La cassation fondée sur un défaut de motifs ou un défaut de réponse à conclusions n'a guère d'incidence sur l'élaboration de la jurisprudence. Il s'agit

¹²³³ HEBRAUD, P., art. préc.

¹²³⁴ TUNC, A. et TOUFFAIT, A., art. préc.

¹²³⁵ HEBRAUD, P., art. préc.

¹²³⁶ PERDRIAU, A., « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G* 1995.I. 3866.

surtout de sanctionner un arrêt non conforme aux dispositions du Code de procédure civile, ce qui justifie l'annulation de la décision nonobstant la réponse qui aurait dû être apportée au problème de droit. Les enseignements susceptibles d'en être tirés sont par conséquent moindres. La cassation retient davantage l'attention quand elle est prononcée pour défaut de réponse à conclusions. Elle semble ainsi imposer aux juges du fond de prendre en considération le moyen délaissé¹²³⁷, sans toutefois pouvoir remédier à l'irrégularité qu'elle constate. L'attendu répond surtout à des injonctions processuelles, constamment réitérées.

418. La violation de la loi est un cas d'ouverture à cassation plus propice à la mise en oeuvre d'un syllogisme judiciaire touchant au fond du droit de la famille. Confrontée à une règle juridique, la Cour vérifie l'exactitude de son application et de son interprétation au regard des constatations menées par les juges du fond. La solution apportée au pourvoi s'en ressent, notamment en raison du visa sous lequel elle est rendue¹²³⁸. Sa présence permet une identification immédiate de la règle dont la violation a été constatée. La lisibilité de la jurisprudence est ainsi accrue. En effet, le visa apporte une information d'une importance considérable, surtout lorsque le dispositif de l'arrêt de cassation est lapidaire. Cela fut le cas dans les arrêts d'Assemblée plénière sur la question de la transcription des actes de naissance dans les registres de l'état civil français d'enfant nés à l'étranger d'une maternité de substitution¹²³⁹. Le visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme révéla la prise en considération de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par la Cour de cassation. Des illustrations peuvent être multipliées à l'infini. Quel que soit le motif de la cassation, le texte atteint est toujours mentionné.

419. L'insertion d'un chapeau, en revanche, n'est pas obligatoire, même si elle s'avère très utile à la compréhension des arrêts de cassation. Le chapeau énonce, de manière abstraite et condensée, la règle de droit sur laquelle l'arrêt de la Cour prend appui¹²⁴⁰. Cet élément est souvent le plus intéressant pour l'interprète. Lorsqu'un chapeau

¹²³⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 706, n° 124.103.

¹²³⁸ PERDRIAU, A., « Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1986. I. 3257.

¹²³⁹ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

¹²⁴⁰ PERDRIAU, A., art. préc.

est indiqué, la portée jurisprudentielle de la décision est plus aisée à déterminer¹²⁴¹. Il représente la règle dégagée, en voie de généralisation, et la répétition de la formule révèle la position de la Cour sur un point de droit déterminé. Son contenu peut être limité à la reproduction de la norme sur laquelle la cassation s'appuie. Tel était le cas dans l'arrêt rendu le 26 octobre 2011¹²⁴² : la Cour avait rappelé que la validité ou la nullité du mariage doit être jugée préalablement à la nullité de l'union opposée par les époux.

420. Le chapeau comporte parfois des précisions supplémentaires. Avant la réforme opérée par la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage entre deux personnes de même sexe¹²⁴³, un pourvoi relatif à l'exequatur d'une décision rendue aux Etats-Unis au profit d'un couple homosexuel avait été formé¹²⁴⁴. La concubine de la mère d'un enfant avait obtenu du juge américain le prononcé d'une adoption simple. Elle demanda la reconnaissance du jugement étranger. Les juges du fond l'avaient déboutée de sa requête. La Cour cassa, au visa des articles 509 du Code de procédure civile et 370-5 du Code civil, et inséra un chapeau dans sa décision : « *le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français* », mais « *il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant* ». Elle procéda de la même manière pour casser un arrêt qui avait admis la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère de substitution dans les registres de l'état civil français¹²⁴⁵, pour violation des articles 16-7, 16-9 et 336 du Code civil. Le chapeau démontra une volonté de lutter contre de telles

¹²⁴¹ « *Dépouillé de toute considération juridique, le chapeau ne contient aucune indication de noms, de dates, de sommes d'argent ou de circonstances quelconques se rapportant en propre à l'espèce jugée* » - PERDRIAU, A., art. préc.

¹²⁴² Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, préc.

¹²⁴³ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n° 0114, 18 mai 2013, p. 8253.

¹²⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, préc.

¹²⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176, *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2013, comm. 151, NEIRINCK ; *D.* 2013. 2384, note FABRE-MAGNAN.

pratiques, en énonçant un principe général les condamnant¹²⁴⁶, qui apparaît dorénavant dépassé¹²⁴⁷.

421. La Cour de cassation dispose donc des moyens nécessaires pour imposer des principes gouvernant l'application et l'interprétation des règles de droit. Elle assure ainsi leur pérennité, mais aussi leur évolution. Un arrêt rendu le 20 mai 1969 montre l'importance des apports réalisés par les chapeaux¹²⁴⁸. Le problème posé à la Cour consistait à déterminer le champ d'application de l'action alimentaire, prévue par l'ancien article 342 du Code civil au profit d'un enfant né hors mariage. Il s'agissait de savoir si cette disposition pouvait aussi être appliquée à des enfants légitimes. Une décision antérieure avait d'ores et déjà exclu les enfants naturels de son bénéfice¹²⁴⁹, aboutissant à une différence de traitement difficilement compréhensible entre les enfants naturels et les enfants adultérins, qui pouvaient agir à ces fins¹²⁵⁰. Cette contradiction avait été relevée par le premier avocat général Lindon, qui avait recommandé de « *sortir du moyen, mais encore d'en sortir ouvertement et pas à la dérobée* »¹²⁵¹. La Cour cassa la décision critiquée. Un enfant légitime ne pouvait en effet prétendre profiter de l'action en réclamation d'aliments. Mais elle inséra un chapeau dans son arrêt : « *l'action en réclamation d'aliments n'est recevable que si son auteur a la qualité d'enfant naturel, simple ou adultérin ou incestueux* »¹²⁵². La controverse fut ainsi tranchée, bien qu'aucune question n'eût été soulevée sur ce point. L'initiative était audacieuse¹²⁵³. La Cour dépassa la cause qui lui avait été soumise, pour consacrer une règle nouvelle¹²⁵⁴.

422. Ces prises de position dénuées d'ambiguïtés ne sont pas possibles en toutes circonstances. Il est des cas où la Cour s'abstient d'imposer des solutions trop dogmatiques. Le recours à une cassation pour manque de base légale est alors préférable.

¹²⁴⁶ « *En l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance [...] lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une gestation pour le compte d'autrui, convention qui [...], est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des textes susvisés* ».

¹²⁴⁷ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc. Voir n° 432 et s.

¹²⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1969, *Bull. civ.* I, n° 193.

¹²⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1959, *JCP.* 1959. II. 10 952, note ESMEIN.

¹²⁵⁰ Conclusions du premier avocat général Lindon, *D.* 1969. JP. 429.

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1969, préc.

¹²⁵³ HEBRAUD, P. et RAYNAUD, P., « Revirement de jurisprudence : rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration et la direction du droit prétorien », *RTD Civ.* 1969. 607.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

Par exemple, ce cas d'ouverture à cassation permet de déterminer l'office du juge. La Cour a ainsi pu rappeler que les mesures urgentes de l'ancien article 220-1 alinéa 3 du Code civil étant subordonnées au constat de violences conjugales¹²⁵⁵, les juges du fond ne pouvaient se contenter de mentionner l'état de choc dans lequel se trouvait l'épouse. Il leur incombait de vérifier l'existence de violences mettant en danger l'un des membres du couple. De même, le juge des enfants doit caractériser la situation de danger à laquelle sont exposés les enfants pour prendre une mesure d'assistance éducative¹²⁵⁶. Ce faisant, la Cour apporte des indications à propos des conditions d'application des règles de droit de la famille. Elle retient un manque de base légale pour affiner son approche sur le plan substantiel, en insistant sur la prise en considération des impératifs édictés par le législateur, comme lorsqu'elle est confrontée à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant¹²⁵⁷. Les juges du fond qui s'abstiennent de le caractériser exposent leur décision à la cassation pour manque de base légale. La rigueur de la Cour est révélée par l'insertion d'un chapeau reprenant les termes de la norme juridique considérée¹²⁵⁸. Elle ne peut cependant pas imposer une interprétation unique de la notion qui, étant floue, dépend en premier lieu des faits de l'espèce. Le contrôle fondé sur un manque de base légale est donc plus opportun¹²⁵⁹.

423. En définitive, les motifs exprimés par la Cour varient selon le problème de droit posé par le pourvoi. La compréhension de la technique de cassation est par conséquent indispensable pour distinguer les contours de la fonction jurisprudentielle. La Cour de cassation module son contrôle au regard du but qu'elle souhaite atteindre. La richesse des apports jurisprudentiels se manifeste pleinement lorsque la cassation est prononcée pour violation de la loi. La Cour veille dans ce cas à développer son analyse, afin de favoriser une éventuelle généralisation de la solution retenue. La fonction jurisprudentielle ne se limite cependant pas à ce seul cas d'ouverture à cassation. Le manque de base légale offre également à la Cour la possibilité de préciser son

¹²⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, n° 07-10.622, *Bull. civ. I*, n° 36, *RTD Civ.* 2008.278, obs. HAUSER.

¹²⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n° 05-13.360, *Bull. civ. I*, n° 161, *D.2006.1947*, note HUYETTE.

¹²⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 06-17.869, *Bull. civ. I*, n° 103, *RCDIP* 2007.603, obs. GALLANT.

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ Voir n° 1082 et s.

interprétation des règles de droit. La portée de ces décisions est plus nuancée¹²⁶⁰. Mais quelle que soit l'hypothèse, les motifs avancés au soutien des arrêts ou de rejet sont toujours brefs et univoques, ce qui expose parfois la Cour de cassation aux critiques. Outre l'insertion systématique d'un chapeau, d'autres moyens sont utilisés pour atténuer les inconvénients de cette motivation spécifique.

b) Les motifs exogènes des arrêts de la Cour de cassation

424. Le lecteur, même initié, peut « *rester perplexe* »¹²⁶¹ face à la concision des motifs retenus par la Cour de cassation. D'autres systèmes sont en effet envisageables. Parmi les Etats de tradition romano-germanique, les juridictions suprêmes belges et italiennes retiennent une approche similaire. A l'inverse, les cours allemandes et anglaises ont recours à une motivation beaucoup plus détaillée, les magistrats justifiant leurs décisions sur plusieurs plans. Ils prennent en considération le contexte juridique et les données sociales, politiques et économiques qui entourent la question¹²⁶², contrairement à la Cour de cassation qui procède par voie d'affirmation, sans s'expliquer outre mesure¹²⁶³. La pratique des opinions dissidentes est également rejetée par la Cour. Les opinions des hauts conseillers sont protégées par le secret du délibéré. Les discussions ayant eu lieu ne sont pas reprises dans les motifs. Il semble pourtant naïf de conclure à leur inexistence¹²⁶⁴, au regard des débats qui agitent fréquemment le droit de la famille. L'image de la Cour de cassation souffre parfois de ce déficit d'explications¹²⁶⁵, notamment en droit de la famille, où les pourvois soulèvent souvent des préoccupations majeures et transversales. Le problème de l'accueil des jugements étrangers oblige à s'interroger sur la conception actuelle de l'ordre public du for. De même, le

¹²⁶⁰ En ces hypothèses, « *la Cour sait par expérience que la prudence commande de procéder progressivement, en prenant conscience, avec la diversité des espèces et leurs circonstances de fait, de l'ensemble des applications qu'il faut prévoir, des précautions à prendre, des limites à observer* » - LINDON, R., art. préc.

¹²⁶¹ TUNC, A. et TOUFFAIT, A., art. préc.

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ DESCORPS, F., « Les motivations exogènes de la Cour de cassation », *D.* 2007.2822.

¹²⁶⁴ En effet, « *la pratique des opinions séparées est un puissant facteur de vivification du droit et d'adaptation du droit à la société contemporaine* » - TUNC, A. et TOUFFAIT, A., art. préc.

¹²⁶⁵ « *Elle ne devrait pas demeurer, ou ne pas donner l'impression de demeurer étrangère aux considérations sociales ou économiques qui, en notre siècle, tout autant que les données juridiques, peuvent justifier une décision de justice* », LINDON, R., art. préc.

développement des sciences et des techniques contraint la Cour à adapter ses solutions. Face aux filiations artificielles et à la preuve biologique, la loi ne suffit pas à lever tous les obstacles. Les enjeux éthiques revêtent une importance prépondérante, tout comme certains phénomènes de société. La Cour a donc recours à des motivations « *exogènes* »¹²⁶⁶, lorsque le problème posé par le pourvoi le justifie.

425. Le communiqué de presse est le principal moyen utilisé à cette fin. Parmi ceux qui ont été mis en ligne sur le site de la Cour de cassation, plusieurs se rapportent au droit de la famille. La Cour attire ainsi l'attention sur les décisions qu'elle considère particulièrement importantes. A titre d'exemples, les arrêts récents sur la transcription des actes de naissance dressés à l'étranger pour des enfants nés par gestation pour autrui ont fait l'objet de publications¹²⁶⁷. L'évolution jurisprudentielle apparaît à la lecture des communiqués successifs¹²⁶⁸ et la solution actuelle fut rappelée et détaillée dès le prononcé des arrêts rendus par l'Assemblée plénière¹²⁶⁹. La Cour prit ainsi soin de circonscrire la portée de sa décision en indiquant que le sort des enfants nés à l'étranger et bénéficiant d'actes de naissance à l'égard de parents d'intention n'était pas fixé.

426. La Cour de cassation situe également ses arrêts dans un contexte jurisprudentiel. Dans un communiqué¹²⁷⁰, elle insista sur la notion d'ordre public international français et reprit expressément la définition retenue dans une précédente affaire, selon laquelle la contrariété à l'ordre public international est constatée quand une décision étrangère comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français¹²⁷¹. Certains communiqués révèlent aussi les changements de perspective décidés par la Cour¹²⁷². Un pourvoi portait la restitution d'un enfant à son père, suite à un accouchement sous X de la mère et d'un placement subséquent en vue d'une adoption

¹²⁶⁶ DESCORPS, F., art. préc.

¹²⁶⁷ Ces communiqués sont disponibles sur le site internet de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr.

¹²⁶⁸ Voir : Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts n° 369, 370 et 371 du 6 avril 2011 rendus par la Première chambre civile et Communiqué relatif aux arrêts n° 1091 et n°1092 du 13 septembre 2013 de la Première chambre civile.

¹²⁶⁹ Communiqué relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA.

¹²⁷⁰ Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts n° 369, 370 et 371 du 6 avril 2011 rendus par la Première chambre civile.

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² Communiqué relatif à l'arrêt n° 195 du 7 avril 2006 de la Première chambre civile.

plénière¹²⁷³. La décision des juges du fond avait été cassée, le père ayant reconnu son enfant avant le placement. La Cour jugea opportun de souligner son interprétation de l'article 7.1 de la Convention de New York, ainsi que des articles 335, 336, 341-1, 348-1 et 352 du Code civil¹²⁷⁴.

427. Les indications contenues dans les communiqués de presse dépassent le cadre de la fonction juridictionnelle. Par exemple, le document publié suite à l'arrêt rendu le 4 décembre 2013 par la première chambre civile a précisé sa portée¹²⁷⁵. La Cour a précisé qu' « *en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question* »¹²⁷⁶. Les circonstances de l'espèce revêtaient en l'occurrence une grande importance. L'attendu n'était donc pas susceptible d'être transposé en d'autres circonstances. Tel ne fut pas le cas de trois décisions relatives à la rédaction d'un acte d'enfant sans vie. Des pourvois avaient été formés contre des refus de délivrance d'un tel acte en dépit de l'article 79-1 du Code civil¹²⁷⁷. Les juges du fond avaient décidé qu'un acte d'enfant sans vie ne pouvait pas être établi au sujet d'un fœtus de moins de 22 semaines ou pesant moins de 500 grammes. La Cour cassa ces décisions, au motif qu'elles ajoutaient des conditions non prévues par la loi. Elle indiqua que tout fœtus né sans vie à la suite d'un accouchement pouvait être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son état de développement¹²⁷⁸. Les apports opérés furent explicites. Le communiqué de presse relatif à « l'affaire du mariage de Bègles »¹²⁷⁹ mit également en lumière la position de la Cour à propos du mariage entre deux personnes du même sexe en

¹²⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 7 avril 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286, *Bull. civ. I*, n° 295, *Dr. fam.*, n° 6, juin 2006, comm. 124, MURAT ; *RTD Civ.* 2006.273, obs. REMY-CORLAY ; *D.* 2007.1460, note GRANET-LAMBRECHTS.

¹²⁷⁴ « *Cet arrêt révèle une évolution de la jurisprudence dans la mesure où la première chambre civile a jugé que la filiation naturelle pouvait être établie et produire tous ses effets juridiques si, malgré la décision d'une mère d'accoucher « sous X », l'identification de l'enfant par le père intervenait avant le consentement à une adoption donnée par le conseil de famille habilité alors qu'auparavant, il était considéré que le placement de l'enfant en vue d'une adoption faisait obstacle à toute reconnaissance et à toute restitution de l'enfant* ». Voir : Communiqué relatif à l'arrêt n° 549 du 28 février 2006 de la Première chambre civile.

¹²⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, préc.

¹²⁷⁶ Communiqué relatif à l'arrêt n° 1389 du 4 décembre 2013 de la Première chambre civile.

¹²⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, n° 06-16.498, *Bull. civ. I*, n° 41 ; n° 06-16.499, *Bull. civ. I*, n° 42 et n° 06-16.500 ; *Bull. civ. I*, n° 43. Voir : *D.* 2008.1371, note GRANET-LAMBRECHTS ; *Constitutions* 2010.75, comm. DUPONT.

¹²⁷⁸ Communiqué relatif aux arrêts n° 128, 129 et 130 du 6 février 2008 de la Première chambre civile.

¹²⁷⁹ Communiqué relatif à l'arrêt n° 511 du 13 mars 2007 de la Première chambre civile.

ces termes: « *seule l'adoption d'une loi nouvelle par la représentation nationale pourrait faire évoluer* »¹²⁸⁰ la prohibition des unions homosexuelles. Au regard de la formulation employée, le prétendu conservatisme reproché à la Cour n'apparaît pas justifié. La première chambre civile n'exprima pas une opposition absolue au mariage entre personnes du même sexe, mais rappela simplement qu'elle n'était pas compétente pour initier une telle réforme.

428. L'existence de ces documents, extérieurs à l'arrêt mais s'y rapportant, pallie les inconvénients d'une motivation très concise, introduisant parfois des données autres que juridiques. Leur insertion dans le corps même des arrêts n'est cependant guère souhaitable. La Cour élabore sa jurisprudence selon les problèmes de droit qui lui sont soumis, s'abstenant de révéler une quelconque subjectivité susceptible de porter atteinte à la légitimité de cette mission. Les traditions auxquelles obéissent les motifs exprimés par la Cour de cassation apparaissent presque immuables. De l'aveu même du président de la Cour de cassation, leur modification est un vaste chantier, loin d'être achevé¹²⁸¹. Les spécificités actuelles du droit de la famille n'ont d'ailleurs pas pour effet de les infléchir, même si cela pourrait faciliter l'anticipation des revirements de jurisprudence.

§2. Les revirements de jurisprudence en droit de la famille

429. Le contexte dans lequel s'inscrivent les règles de droit de la famille est en constante évolution. Leur interprétation n'est pas figée, elle vit au travers des revirements de jurisprudence¹²⁸², dont les contours doivent être précisés (A). Malgré certains inconvénients, ils sont une composante essentielle de la mission confiée à la Cour de cassation (B).

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ Discours de Bertrand LOUVEL, Premier président de la Cour de cassation, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014*, www.courdecassation.fr.

¹²⁸² MOULY, C., *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation : actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'épistémologie juridique de la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice*, Doc. Franç., 1994, p. 123.

A. La notion de revirement de jurisprudence en droit de la famille

430. Appréhender les revirements de jurisprudence en droit de la famille suppose leur identification préalable. L'expression est d'usage courant. Elle recouvre néanmoins des réalités diverses. Il importe donc de rappeler les critères d'un revirement de jurisprudence (1), afin d'éviter tout risque de confusion (2).

1) La définition du revirement de jurisprudence

431. Le revirement de jurisprudence est défini comme « *l'abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise* »¹²⁸³ ou « *l'adoption d'une solution contraire à celles qu'ils consacraient* »¹²⁸⁴. Ce peut être aussi un « *renversement de tendance dans la manière de juger* »¹²⁸⁵. Il est protéiforme, selon le courant jurisprudentiel dans lequel il s'inscrit, et n'existe que dans le cadre d'une évolution décidée par la Cour de cassation, qui met en pratique cette faculté en droit de la famille. Dès 1846, elle modifia sa position à propos des conditions d'adoption d'un enfant naturel¹²⁸⁶. Alors qu'elle interdisait d'y avoir recours pour adopter son propre enfant, elle rendit un arrêt contraire. L'adoption, qui avait pour effet de modifier son statut, octroyait à l'enfant une vocation successorale. Plusieurs revirements avaient eu lieu avant que la question soit définitivement tranchée¹²⁸⁷. La notion de bonnes mœurs n'était guère éloignée du problème posé. Elle justifia d'autres revirements de jurisprudence, tel qu'un arrêt relatif à l'indemnisation de la concubine en raison du décès accidentel de son compagnon¹²⁸⁸. Le revirement était attendu. De même, la Cour approuva les juges du fond pour avoir jugée valablement consentie une libéralité faite à sa maîtresse par un homme marié¹²⁸⁹. Auparavant, son annulation était justifiée quand elle avait pour « *cause impulsive et déterminante la formation, la continuation ou la*

¹²⁸³ CORNU, G., *op. cit.*, p. 590.

¹²⁸⁴ *Ibid.*

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ Cass. civ., 1^{er} avr. 1846, *Bull. civ.* n° 39, p. 91.

¹²⁸⁷ Voir sur ce point : CHARTIER, Y., *op. cit.*, p. 153.

¹²⁸⁸ Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, n° 68-10.276, préc.

¹²⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ.* I, n° 43, *D.* 1999.351, note LARROUMET ; *D.* 1999.377, note LEMOULAND.

reprise des rapports immoraux ou leur rémunération »¹²⁹⁰. L'opportunité d'un tel revirement ne suscitait guère de doute au regard de l'évolution des relations familiales.

432. La notion de bonnes mœurs ne constitue pas le seul levier susceptible d'aboutir à un revirement de jurisprudence. La Cour de cassation remet en cause les solutions antérieures lorsqu'elle le juge nécessaire. Elle a modifié le régime de l'action en révocation d'une adoption simple par les héritiers de l'adoptant, en cas de décès de leur auteur¹²⁹¹. L'un des revirements les plus marquants s'est également inscrit dans un contexte processuel. Dans un arrêt du 28 mars 2000¹²⁹², la première chambre civile de la Cour de cassation consacra un droit à l'expertise biologique en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder. Les juges du fond appréciaient jusqu'alors souverainement l'opportunité d'ordonner la mesure. Un phénomène semblable fut observé à l'égard de l'applicabilité directe des dispositions issues de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Dans son arrêt *Lejeune*¹²⁹³, la Cour avait refusé aux justiciables la possibilité d'invoquer la convention devant les juridictions françaises. Elle retint la solution opposée dans un arrêt du 18 mai 2005¹²⁹⁴. Bien qu'elle se soit abstenue de reconnaître l'applicabilité directe de l'ensemble du texte, il s'est bien agi d'un revirement de jurisprudence, qui « *se définit comme un changement brutal et complet dans la tendance habituelle d'une juridiction à juger dans le même sens* »¹²⁹⁵. Plus récemment, deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière décidèrent que les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger suite à des gestations pour autrui pouvaient être transcrits dans les registres de l'état civil français, à condition que la filiation établie soit vraisemblable. Le revirement de jurisprudence était évident car la Cour prohibait jusqu'alors ces transcriptions en ayant recours à la théorie de la fraude à la loi¹²⁹⁶. La jurisprudence évolue aussi quand la Cour modifie les conditions d'exercice de son contrôle. L'abandon des exigences formelles relatives aux caractères de la faute, cause de

¹²⁹⁰ SAUVAGE, F., « L'adultère et les bonnes mœurs », *JCP N*, 1999, n° 40, p. 1430.

¹²⁹¹ Cass. 1^{ère} civ. 21 juin 1989, n° 87-19.782.

¹²⁹² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹²⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, n° 91-11.130, *Bull. civ. I*, n° 195. Voir : Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, préc.

¹²⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

¹²⁹⁵ CASILE, J.-F., « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ* 2004. 639.

¹²⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, préc.

divorce, illustre cette hypothèse¹²⁹⁷. L'absence de référence expresse aux termes de l'article 242 du Code civil justifia longtemps la cassation de décisions du même ordre que celle visée par le pourvoi. Depuis, cette vision quasi disciplinaire a été abandonnée¹²⁹⁸. Ce revirement n'avait pas trait à l'interprétation d'une règle de droit de la famille substantielle ou procédurale, mais il permit à la Cour de moduler sa fonction juridictionnelle.

433. Les conditions d'existence d'un revirement de jurisprudence apparaissent à la lecture des arrêts. Le principe consacré repose sur un fondement identique à celui retenu précédemment. L'objet du revirement est la règle de droit, dont la Cour de cassation admet une interprétation nouvelle. En dehors de ces hypothèses, il est impossible d'identifier un revirement de jurisprudence¹²⁹⁹.

2) Les faux revirements observés en droit de la famille

434. L'étude des revirements de jurisprudence invite à la plus grande prudence. Les faits de l'espèce ne peuvent être occultés. Leur examen permet de déceler la contrariété entre la solution retenue et celles qui la précèdent. Replacer l'arrêt dans son contexte est indispensable à la révélation du revirement. L'identité de fondement figure parmi ses critères. Dans le cas contraire, conclure à son existence serait prématuré et risqué, comme le montrent par exemple les décisions relatives à l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel.

435. Dans un arrêt rendu le 20 février 2007, la Cour de cassation avait rappelé l'impossibilité pour la compagne de la mère de requérir l'adoption simple de l'enfant¹³⁰⁰. L'article 365 du Code civil n'est applicable qu'aux époux. En outre, prononcée avant la loi du 17 mai 2013, l'adoption aurait privé la mère biologique de l'autorité parentale. Une affaire en apparence similaire a pourtant connu une autre solution trois ans plus tard¹³⁰¹.

¹²⁹⁷ Voir n° 1091 et s.

¹²⁹⁸ Ibid.

¹²⁹⁹ En définitive, « *il n'y a de revirement que s'il y a un précédent à modifier ; et il n'y a de précédent que si le jugement n'est pas seulement l'art de trouver, par prudence, la plus juste solution contingente mais s'il véhicule aussi une règle à vocation générale* » - MOULY, C., art. préc.

¹³⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2007, n° 06-15.647, *Bull. civ. I*, n° 71, *D.* 2007.1047, note VIGNEAU ; *Dr. fam.* n° 2, fév. 2008, comm. 28, MURAT.

¹³⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, préc.

Un pourvoi avait été formé contre un refus opposé à l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption, rendu au profit de la partenaire homosexuelle de la mère. La Cour cassa sans renvoi la décision critiquée, par application de l'article 370-5 du Code civil. Il s'agissait en l'occurrence d'examiner la conformité à l'ordre public international français d'une décision rendue à l'étranger. La première affaire ne présentait aucun élément d'extranéité et avait trait à l'application et à l'interprétation de l'article 365 du Code civil. La différence de fondement empêcha de conclure à un quelconque revirement de jurisprudence¹³⁰².

436. Les arrêts rendus le 7 juin 2012 par la première chambre civile de la Cour appellent les mêmes observations¹³⁰³. Formés par le ministère public, les pourvois contestaient la décision des juges du fond, qui avaient décidé que des jugements étrangers, qui prononçaient l'adoption conjointe d'un enfant par deux personnes du même sexe et partageaient l'autorité parentale entre elles, ne heurtaient pas l'ordre public international français. Ces décisions furent cassées. La Cour rappela l'impossibilité de transcrire dans les registres français de l'état civil un jugement mentionnant l'enfant comme étant né de deux personnes de même sexe. De prime abord, ces solutions semblaient contraires à l'approche retenue dans l'arrêt rendu le 8 juillet 2010¹³⁰⁴. Mais elles ne constituèrent en rien un revirement de jurisprudence. Les circonstances de chaque espèce étaient distinctes. Alors que les liens avec la mère biologique étaient préservés dans la première hypothèse, une adoption plénière avait été prononcée dans les autres cas.

437. Les divergences d'interprétation relatives aux arrêts ne se confondent pas avec l'interprétation de la règle juridique telle que retenue par la Cour de cassation. En écho à leur définition restrictive, les revirements de jurisprudence sont rares. La Cour ne fait pas souvent volte-face, surtout en droit de la famille. Le revirement doit être justifié, qu'il résulte d'un changement de législation ou de la nécessité d'adapter une solution jurisprudentielle à des situations jusqu'alors inédites¹³⁰⁵. Il n'est jamais anodin et peut

¹³⁰² NEIRINCK, C., « L'exequatur du jugement d'adoption simple de l'enfant de la partenaire étrangère », *Dr. fam.* 2010, n° 10, rep. n° 9.

¹³⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, *Bull. civ.* I, n° 125 et 11-30.262, *Bull. civ.* I, n° 126, *D.* 2013.1436, note GRANET-LAMBRECHTS.

¹³⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, préc.

¹³⁰⁵ BATTIFOL, H., Note sur les revirements de jurisprudence, *Archives de philosophie du droit*, 1967, p.338.

présenter des inconvénients majeurs, qui font peser des risques sur les droits des justiciables.

B. Les inconvénients des revirements de jurisprudence

438. La pratique du revirement présente plusieurs dangers. Elle menace la prévisibilité des décisions de justice. La Cour de cassation ne donne que peu d'indices sur l'imminence des revirements en droit de la famille (1). En outre, tout revirement s'accompagne d'une portée rétroactive. Le changement décidé par la Cour s'applique à l'occasion du pourvoi qui l'induit, c'est-à-dire à des faits qui lui préexistent. Cette distorsion chronologique a fait l'objet de vives discussions, sans qu'aucun consensus s'en dégage (2).

1) L'imprévisibilité des revirements de jurisprudence

439. La nature brutale du revirement de jurisprudence nuit à son anticipation. La Cour de cassation annonce rarement ses orientations futures. Il est par conséquent difficile d'augurer les modifications à venir dans l'interprétation des règles du droit de la famille. Les principaux revirements observés n'ont pas été accompagnés de signes avant-coureurs explicites. La place de l'expertise biologique en droit de la filiation avait pourtant été évoquée à de nombreuses reprises avant l'arrêt du 28 mars 2000¹³⁰⁶, mais le principe d'un droit à l'expertise, sauf motif légitime de ne pas y procéder, ne fut pas révélé avant le revirement opéré par la Cour de cassation. Il en va de même à l'égard de celui concernant la Convention internationale des droits de l'enfant¹³⁰⁷. Aucun indice ne l'avait annoncé. En effet, les auteurs des pourvois évitent souvent de produire des moyens qu'ils savent inopérants¹³⁰⁸. La Cour décide alors de procéder au revirement, lorsque les circonstances de l'espèce le lui permettent, sans préavis. Par exemple, elle n'hésita pas à soulever d'office des dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant pour consacrer leur applicabilité directe¹³⁰⁹. L'imprévisibilité est une conséquence

¹³⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹³⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

¹³⁰⁸ LINDON, R., art. préc.

¹³⁰⁹ Voir n° 793 et s.

logique des revirements de jurisprudence. Leur anticipation est ardue. Pour y parvenir, il faudrait rechercher leur cause déterminante. L'initiative appartient en toutes circonstances à la Cour de cassation. Mais la motivation de ses décisions ne suffit pas à caractériser son intention d'opérer un revirement dans un avenir proche. Certes, les recommandations de la doctrine et, parfois, des sanctions édictées par la Cour européenne des droits de l'homme en révèlent l'opportunité¹³¹⁰. La condamnation de la France dans les affaires *Labassée* et *Menesson* rendit ainsi nécessaire un revirement de jurisprudence sur les questions relatives à la gestation pour autrui¹³¹¹.

440. Toutefois, la motivation des décisions de la Cour suffit rarement à caractériser son intention d'opérer un revirement dans un avenir proche. La brièveté des motifs ne lui permet pas de développer sa position sur le problème de droit qui lui est soumis. Pour reprendre l'exemple de la jurisprudence relative à la Convention internationale sur les droits de l'enfant, la Cour n'avait jamais expliqué sa non-applicabilité directe. Les attendus succédant à l'arrêt *Lejeune* avaient repris l'attendu de principe, aux termes duquel « *la Convention [...] n'est pas directement invocable en droit interne* »¹³¹². La seule justification résidait dans le fait que la convention « *ne créait des obligations qu'à la charge des Etats parties* »¹³¹³, bien qu'elle ait été vivement critiquée¹³¹⁴. Elle ne fut pourtant pas remise en cause dans les décisions précédant le revirement. Quelques arrêts avaient toutefois semblé ébaucher une possible évolution. D'abord, la Cour avait jugé « *sans pertinence* » l'application de la convention¹³¹⁵, sans reproduire sa formulation antérieure. Ensuite, elle avait utilisé l'expression « *intérêt supérieur* » de l'enfant, dans une affaire relative à un enlèvement international¹³¹⁶. Enfin, un autre arrêt pouvait laisser envisager un changement de perspective¹³¹⁷. Le pourvoi avait trait à un divorce et à ses conséquences sur l'enfant commun. La Cour de cassation avait considéré comme inopérant un moyen fondé sur l'article 3 de la Convention de New

¹³¹⁰ Voir n° 799 et s.

¹³¹¹ CEDH, 26 juin 2014, préc.

¹³¹² Voir : Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1993, n° 91-17.487, *Bull. civ. I*, n° 195 ; 15 juil. 1993, n° 91-18.735 ; 4 jan. 1995, n° 92-20.682, *Bull. civ. I*, n° 2.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ Voir n° 787 et s.

¹³¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1996, n° 94-14.858, *Bull. civ. I*, n° 268.

¹³¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 avr. 2000, n° 97-20.809, *Bull. civ. I*, n° 112.

¹³¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 2002, n° 00-16.526.

York, mais sans reprendre sa motivation initiale. Le moyen fut écarté en tant qu'il ne visait qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond sur le problème de droit considéré, sans que l'inapplicabilité de la convention fût rappelée. Développer davantage la motivation dans ces décisions aurait permis d'amorcer le revirement de jurisprudence, en mettant l'accent sur la controverse entourant la solution antérieure. Sa compréhension et son anticipation auraient ainsi été facilitées. Cet objectif doit en effet être recherché.

441. Attachée à la constance de ses solutions, la Cour manie avec prudence sa faculté de revirer, à juste titre¹³¹⁸. Les bouleversements qu'elle initie dans l'interprétation des règles juridiques ne sont cependant pas sans conséquence. Si le revirement constitue toujours un changement, sa brutalité peut être tempérée. Une telle politique progressiste est rarement mise en œuvre par la Cour de cassation. La déceler est d'ailleurs difficile, tant les nuances contenues dans les arrêts sont discrètes¹³¹⁹. Seul l'usage épisodique d'un *obiter dictum* échappe à la critique, comme dans l'arrêt rendu le 20 mai 1969¹³²⁰. L'insertion d'une précision nouvelle sur la règle de droit, à l'occasion d'une affaire qui ne semblait pas s'y prêter, améliore en effet la prévisibilité d'un revirement de jurisprudence à venir. Il s'agit pour la Cour d'indiquer la solution apportée aux futurs pourvois formés sur ce point précis. Sa singularité résulte de ce que la règle élaborée est extérieure au pourvoi examiné par la Cour¹³²¹, ce qui révèle l'intérêt de la technique¹³²². L'*obiter dictum* participe ainsi à la fonction jurisprudentielle de la Cour de cassation, tout en atténuant la portée rétroactive de la jurisprudence¹³²³.

¹³¹⁸ Il ne s'agit en aucun cas de « *changement pour le changement : rien n'est pire qu'une philosophie de la table rase* » - MOULY, C., *op. cit.*

¹³¹⁹ Ibid.

¹³²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1969, préc.

¹³²¹ TOURNEAUX, S., « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2011. 45.

¹³²² La complexité du procédé est révélée par la définition de la notion, qui correspond à « *une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher* » - CORNU, G., *op. cit.*

¹³²³ TOURNEAUX, S., art. préc.

2) La rétroactivité des revirements de jurisprudence

442. Les revirements de jurisprudence sont en principe rétroactifs. Il s'agit là de leur défaut naturel¹³²⁴, inhérent à la notion de jurisprudence. Certains ont tenté de tempérer ce constat. Par exemple, autoriser un mode de preuve jusqu'alors prohibé ne pourrait être considérée comme produisant des effets dans le passé¹³²⁵. Il fut ainsi avancé que le caractère déclaratif des actes juridictionnels primait la rétroactivité de la jurisprudence¹³²⁶. Les arguments développés à cet égard peinent cependant à convaincre. Bien que l'analyse puisse parfois être admise, les effets néfastes de soudaines modifications jurisprudentielles sont incontestables. Leur importance dépend du revirement opéré. Lorsque le revirement soumet une partie au respect d'exigences nouvelles, la situation est périlleuse¹³²⁷. Cette hypothèse est toutefois rare en droit de la famille. Quand le revirement porte sur des règles de procédure, les droits des justiciables ne sont guère menacés. La réponse judiciaire apportée sur le fond du litige demeure inchangée. En consacrant le principe d'un droit à l'expertise biologique en matière de filiation¹³²⁸, la Cour de cassation ne déjoua pas les prévisions des parties. Il en va de même de l'applicabilité directe de certaines dispositions de la Convention de New York¹³²⁹, où aucune menace ne fut portée la sécurité juridique : faire prévaloir l'intérêt de l'enfant et son droit à la parole dans toute instance le concernant n'entraîna pas de modification substantielle des normes juridiques applicables.

443. En outre, des propositions ont été émises afin de remédier à la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Un rapport a suggéré d'autoriser la Cour de cassation à moduler leurs effets dans le temps¹³³⁰. Le revirement pour l'avenir présente néanmoins d'autres inconvénients. Le justiciable qui a provoqué le changement de solution jurisprudentielle ne pourrait en tirer aucun avantage. Dans une matière touchant aux

¹³²⁴ LAGARDE, X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006. Chron. 678.

¹³²⁵ BONNEAUX, T., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995. Chron. 25.

¹³²⁶ MOULY, C., *op. cit.*, p. 128.

¹³²⁷ AUBERT, J.-L., « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute », *RTD Civ.* 2005. 294.

¹³²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹³²⁹ Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005, préc.

¹³³⁰ *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis à Monsieur le premier président de la Cour de cassation Guy CANIVET le 30 novembre 2004, par le groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, éd. Litec, 2005.

prétentions les plus intimes, comme en droit de la famille, l'obstacle est important. La Cour semble en avoir conscience. La dissociation entre les fonctions juridictionnelle et jurisprudentielle serait totale. Or l'élaboration de la jurisprudence résulte de leur interdépendance. La Cour de cassation procède aux revirements en considération d'un problème de droit déterminé. L'article 5 du Code civil, à juste titre, l'empêche de rendre des arrêts de règlement. Pour l'heure, elle n'a procédé à aucun aménagement en ce sens en droit de la famille¹³³¹, où les revirements de jurisprudence sont peu fréquents¹³³². L'initiative d'un changement de solution échoit en principe au législateur¹³³³ et la Cour de cassation prend acte des évolutions qu'il entreprend. Par exemple, elle anticipa l'entrée en vigueur d'une loi par voie de revirement, en admettant l'établissement de la filiation maternelle par la seule mention du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui a inscrit ce principe dans le Code civil¹³³⁴. Cela révèle l'utilité des revirements, qui aboutissent parfois à des innovations majeures. L'applicabilité directe des dispositions de la Convention de New York relatives à l'audition du mineur au cours de toute procédure le concernant éveilla ainsi l'attention sur la question. La loi du 5 mars 2007¹³³⁵, portant sur l'audition du mineur en justice, se situe dans son prolongement.

444. Au-delà de la réponse juridictionnelle apportée au pourvoi, la Cour de cassation élabore une jurisprudence évolutive. Elle dispose d'instruments appropriés à cette fin, tant sur le plan de son organisation qu'au regard des décisions qu'elle rend. Rarement mise en oeuvre, la possibilité d'accroître la portée de ses décisions en renvoyant l'affaire devant l'Assemblée plénière dès le premier pourvoi le montre. De plus, l'exigence de motivation contraint la Cour à expliquer ses décisions. Bien que les motifs

¹³³¹ Contrairement à ce qui a été jugé en d'autres matières : Cass. 2^e civ., 8 juil. 2004, n° 01-10.426, *Bull. civ. II*, n° 387 ; Cass. Soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, *Bull. civ. V*, n° 346.

¹³³² LINDON, R. art. préc.

¹³³³ La complexité actuelle du droit de la famille pourrait pourtant augmenter leur fréquence. L'occurrence des revirements est aussi fonction des sources à la disposition du juge, qui sont de plus en plus nombreuses en droit de la famille. Voir sur ce point : LAGARDE, X., art. préc.

¹³³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, n° 05-13.006, *Bull. civ. I*, n° 73 ; *Dr. fam.* n° 5, mai 2006, comm. 107, MURAT.

¹³³⁵ L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JORF*, 6 mars 2007, n° 55, p. 4215.

retenus soient brefs et concis, ils complètent l'oeuvre du législateur quand cela s'avère nécessaire¹³³⁶. La Cour décide aussi des revirements de jurisprudence opportuns. Sa prudence, manifeste, n'occulte pas son rôle moteur. En effet, la fonction jurisprudentielle est indispensable à l'efficacité des normes juridiques. La Cour dévoile ses orientations au fil de ses arrêts, dans le nécessaire respect de la loi. Néanmoins, elle n'a pas la faculté de cerner le contexte général entourant le problème de droit soulevé par un pourvoi¹³³⁷. En droit de la famille, l'inconvénient est majeur. Considérée comme l'un des piliers de la vie en société, la famille a besoin de sécurité et de protection. Tout changement apporté à sa structure ou aux rapports entretenus en son sein ou avec l'extérieur doit être appréhendé avec précaution. La Cour semble prendre cet élément en considération et ses fonctions annexes diversifient d'ailleurs les sources de son influence.

¹³³⁶ ORIANNE, P., « Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique », *RRJ*, 1993, p. 1297.

¹³³⁷ *Ibid.*

Chapitre 2 : LES FONCTIONS ANNEXES DE LA COUR DE CASSATION

445. Outre la fonction de cassation, d'autres missions ont progressivement été confiées à la Cour. Elles ne trouvent pas place dans le cadre d'un pourvoi et complètent son œuvre juridictionnelle et jurisprudentielle (I). Une réforme récente lui a aussi attribué le renvoi au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité (II).

I. L'influence des fonctions annexes de la Cour de cassation sur le droit de la famille

446. La Cour de cassation assure l'unité d'application et d'interprétation des règles juridiques. Pour rendre compte de son activité et prévenir les écueils à venir, elle est à l'origine de publications (§1). Le cas échéant, elle peut également être appelée à se prononcer sur une question directement posée par les juges du fond. A ces fins, ils ont recours à la procédure de saisine pour avis (§2).

§1. Les publications de la Cour de cassation

447. Le Code de l'organisation judiciaire enjoint à la Cour de cassation de publier divers documents¹³³⁸. Ces écrits facilitent la compréhension des missions qui lui sont confiées. Ils permettent de prendre la mesure de son rôle, sur le plan quantitatif et qualitatif. La fonction de cassation donne lieu à la rédaction de bulletins contenant certains des arrêts rendus par la Cour (A). De plus, un rapport annuel est dressé (B).

¹³³⁸ COJ, art. R.431-9 et R.433-4.

A. La publication des arrêts rendus

448. La publication d'une décision de la Cour de cassation au bulletin civil ne consiste pas seulement à révéler le contenu de l'arrêt (1). Elle obéit à des règles précises qui lui confèrent une dimension doctrinale (2).

1) L'opportunité de la publication d'une décision

449. Mensuel, le bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation contient les décisions et avis dont la publication a été décidée par le président de la formation qui les a rendus¹³³⁹. Sa rédaction est confiée au service de documentation et d'études de la Cour¹³⁴⁰, créé en 1946. Essentiel à la diffusion de la jurisprudence, il fut institutionnalisé l'année suivante¹³⁴¹. Ce service assure une « *fonction de classement, une fonction de sélection qui est le propre de la mémoire d'une Cour suprême* »¹³⁴².

450. La décision de publication d'un arrêt appartient au président de la formation restreinte ou de la formation de chambre qui s'est prononcée. Elle peut être prise dans plusieurs hypothèses. D'abord, toute analyse, interprétation d'une loi nouvelle ou question juridique n'ayant pas donné lieu à un pourvoi antérieur est systématiquement insérée dans le bulletin¹³⁴³. Tel fut le cas des décisions faisant suite à la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004¹³⁴⁴ ou à l'ordonnance relative à la filiation du 4 juillet 2005¹³⁴⁵. De même, l'arrêt rendu le 13 mars 2007 par la première chambre civile fut publié¹³⁴⁶, l'interrogation portant sur l'exigence d'une différence de sexe entre les époux en tant que condition de fond du mariage n'ayant encore jamais été formulée devant la Cour. Ensuite, la publication des arrêts réitérant une jurisprudence parfois oubliée par les juges du fond est nécessaire¹³⁴⁷. Les cassations fondées sur les articles 266 et 1382 du Code civil, en matière de dommages et intérêts suite à un divorce, en témoignent¹³⁴⁸, la

¹³³⁹ COJ, art. R.433-4.

¹³⁴⁰ *Ibid.*

¹³⁴¹ L. n° 47-1366 du 23 juillet 1947, modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation.

¹³⁴² *Rapport annuel de la Cour de cassation 1995*, Doc. Franç., 1996, p. 46.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF*, 27 mai 2004, n° 122, p. 9319.

¹³⁴⁵ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, 6 juil. 2005, n° 156, p. 11159.

¹³⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, préc.

¹³⁴⁷ *Rapport annuel de la Cour de cassation 1995*, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁴⁸ Voir n° 1088 et s.

délimitation des champs d'application respectifs de ces dispositions n'étant pas toujours respectée¹³⁴⁹. Enfin, publier une solution éventuellement contestée par les juridictions du fond ou par la doctrine démontre la constance de la Cour de cassation sur le point considéré¹³⁵⁰. A l'évidence, les revirements de jurisprudence trouvent aussi place au sein du bulletin. En effet, il importe de diffuser les modifications jurisprudentielles. La consécration du droit à l'expertise biologique a fait l'objet d'une publication¹³⁵¹, tout comme les décisions relatives à son régime juridique¹³⁵².

451. Le plus souvent, la non-publication de l'arrêt résulte de l'absence de nouveauté de la solution retenue car les arrêts qui appliquent et interprètent des règles précédemment consacrées par la Cour ne feraient qu'encombrer le bulletin, dont le volume est déjà conséquent. Pour cette raison, les décisions qui n'apportent aucune précision sur l'office du juge confronté à un élément d'extranéité en sont exclues¹³⁵³. Lorsque la qualification est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, il en va fréquemment de même. Par exemple, l'appréciation de la notion d'intention matrimoniale est une question importante, mais les arrêts qui y ont trait ne sont pas toujours publiés¹³⁵⁴. L'absence d'insertion de certaines décisions au bulletin peut néanmoins surprendre¹³⁵⁵. Cela n'affecte pas l'effort déployé par la doctrine pour rechercher les éventuels apports des arrêts non publiés¹³⁵⁶. La publication d'une décision révèle son intérêt mais l'absence de publication ne signifie pas qu'elle n'en présente aucun¹³⁵⁷. Les auteurs se saisissent de la jurisprudence, qu'elle soit révélée par le bulletin ou non.

452. La publication constitue cependant un indice intéressant pour qui souhaite déterminer la portée d'un arrêt. En choisissant de le publier, la Cour de cassation attire l'attention sur la solution qu'elle a retenue. Certes, cette hiérarchisation n'est pas sans

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ *Rapport annuel de la Cour de cassation 1995, op. cit.*, p. 46.

¹³⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹³⁵² Voir n° 992 et s.

¹³⁵³ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 30 avr. 2014, n° 13-16.507 ; 29 jan. 2014, n° 12-28.435 ; 6 mars 2013, n°12-12.351 et n° 11-23.174.

¹³⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 2011, n° 10-21.914.

¹³⁵⁵ Par exemple, un arrêt du 4 juillet 2002 avait semblé révéler un changement de solution à propos de la Convention des droits de l'enfant, mais il ne fut pas publié (Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 2002, n° 00-16.526).

¹³⁵⁶ DEUMIER, P., « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD Civ.* 2011. 87.

¹³⁵⁷ HENRY, X., « La jurisprudence accessible – Mégacode civil : théorie d'une pratique », *RRJ* 1999. 631 et 1999. 979.

ambiguïté. Il n'existe en effet aucun critère précis gouvernant l'intégration de telle ou telle décision au bulletin civil. La publication de toutes les décisions, en version numérique, perturbe aussi l'appréhension du système¹³⁵⁸. La Cour entend néanmoins conserver la maîtrise de la diffusion de sa jurisprudence, notamment grâce au bulletin civil.

2) Les formes de la publication des arrêts au bulletin civil

453. Le bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation constitue une méthode de classement stricte¹³⁵⁹. Dès que la décision de publication est prise par le président de la formation ayant statué, un sommaire de l'arrêt est établi par un conseiller rapporteur. Ce sommaire permet ensuite le titrage de l'arrêt, afin d'insérer celui-ci dans la rubrique adéquate. La méthode de raisonnement est complexe. Les intitulés des rubriques obligent à effectuer des choix. Un arrêt rendu par la première chambre civile le démontre¹³⁶⁰ : la Cour avait admis la preuve d'un adultère par la production de mini-messages consultés à l'insu du mari par son épouse, alors que celle-ci avait demandé le divorce pour faute devant les juges du fond. La solution avait trait à la dissolution du mariage et aux modalités de la preuve dans un divorce. La décision fut donc insérée à deux reprises, dans les rubriques « *divorce* » et « *preuve* ». Les difficultés relatives au titrage de l'arrêt persistèrent, puisque la jurisprudence concernant le divorce est classée suivant le thème auquel l'arrêt se rapporte. L'arrêt illustrait les faits constitutifs d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, mais aussi les modes de preuve recevables à ces fins. Une double inscription dans la catégorie « *divorce* » fut nécessaire.

454. La liste des rubriques est immuable¹³⁶¹. Elle correspond aux principales divisions du droit. En droit de la famille, les rubriques contenues dans le bulletin renvoient au mariage, au divorce, à la filiation, aux régimes matrimoniaux, à l'autorité parentale,

¹³⁵⁸ DEUMIER, P., « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'informations à une source d'interprétation », *RTD Civ.* 2006.510.

¹³⁵⁹ Cette méthode est « construite à partir de sommaires, au moyen de l'enchaînement de maillons dont le premier, qui est en quelque sorte la tête de chaîne, est obligatoirement pris dans la liste des rubriques » - *Rapport annuel 1995, op. cit.*, p. 46.

¹³⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009, n° 07-21.796, *Bull. civ.* n° 132, *Procédures*, n° 10, oct. 2009, comm. 323, DOUCHY-LOUDOT.

¹³⁶¹ *Ibid.*

aux aliments, à l'assistance éducative et aux mineurs. Les conflits de lois et de juridictions correspondent aux pourvois concernant le droit international privé, tandis que les conventions internationales sont visées dans un intitulé autonome. Cette stabilité permet de déceler les évolutions du traitement de chaque problème par la Cour. La question peut être spécifique à une branche juridique déterminée, ou transversale. La consultation de la rubrique « *pouvoirs des juges* » sert ainsi à délimiter les contours du contrôle de qualification réalisé par la Cour¹³⁶². Le caractère statique des rubriques facilite également la rédaction des tables périodiques¹³⁶³ par le service d'étude et de documentation. Dès lors, la fonction de cassation s'inscrit dans une perspective chronologique et thématique.

455. L'arborescence contenue dans le titrage retient aussi l'attention. Prenant pour racine une notion générale, elle permet d'arriver au problème de droit soulevé par le pourvoi et résolu par la Cour¹³⁶⁴. A titre d'exemple, l'arrêt du 17 juin 2009¹³⁶⁵ répond au titre « *(Divorce, séparation de corps) – Divorce pour faute – Faits constitutifs – Preuve - Moyen de preuve - Admissibilité – Exclusion – Cas - Eléments de fraude obtenus par violence ou fraude – Caractérisation – Défaut – Applications diverses* », mais aussi à l'intitulé « *(Divorce, séparation de corps) – Moyens de preuve - Admissibilité – Exclusion – Cas- Eléments de fraude obtenus par violence ou fraude – Caractérisation – Défaut – Applications diverses* ». De la sorte, le lecteur saisit rapidement les apports de la décision publiée. Surtout, il peut cerner plus aisément la jurisprudence, sans pour autant connaître précisément les arrêts rendus sur le thème qui l'intéresse¹³⁶⁶.

456. Le bulletin civil complète la fonction de cassation, la Cour mettant ainsi en scène sa fonction jurisprudentielle¹³⁶⁷. Ses publications ne sont pas limitées à cette seule parution mensuelle, assortie de tables périodiques. Un bulletin d'information bimensuel paraît aussi. Il indique tout d'abord les arrêts les plus importants, accompagnés

¹³⁶² Voir n° 1025 et s.

¹³⁶³ COJ, art. R.431-4.

¹³⁶⁴ TRAPET, M.-A., « Les tables analytiques des arrêts de la Cour de cassation », *Rapport Annuel 2002*, Doc. Franç., p. 281.

¹³⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009, préc.

¹³⁶⁶ Le titrage est un « *instrument de contextualisation* » qui permet « *la construction explicite d'objets jurisprudentiels à partir de simples objets contentieux* » - BEROUJON, C., « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTD Civ.* 1995. 583.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

de leur résumé. Le risque qu'ils échappent à l'attention s'en trouve atténué¹³⁶⁸. Le bulletin d'information reprend aussi la liste des arrêts publiés durant la période concernée. Mais il pâtit constamment d'un décalage temporel, sa parution suivant le prononcé des décisions dans un délai plus ou moins long. Afin de synthétiser sa fonction jurisprudentielle, la Cour dispose d'un autre outil très efficace. Elle établit un rapport annuel qui reflète l'ensemble de ses activités.

B. Les apports du rapport annuel de la Cour de cassation

457. Depuis les origines du Tribunal de cassation¹³⁶⁹, le rapport dressé chaque année par la Cour s'est développé. Il lui permet de préciser sa jurisprudence (1). De plus, le Code de l'organisation judiciaire enjoint à la Cour de rapporter « *annuellement au président de la République et au garde des Sceaux, ministre de la justice, la marche des procédures et leurs délais d'exécution* »¹³⁷⁰. Au-delà de cet aspect statistique, l'insertion de documents et d'études transcende l'activité juridictionnelle. En outre, « *le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des Sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées* »¹³⁷¹ (2).

1) L'explication de la jurisprudence par la Cour de cassation dans son rapport annuel

458. A la différence des bulletins dressés par la Cour de cassation, le rapport annuel retient une approche synthétique des décisions rendues chaque année. Son organisation est immuable, ce qui en facilite la lecture. La partie consacrée aux arrêts des chambres civiles s'ouvre toujours sur le droit des personnes et de la famille. Les

¹³⁶⁸ DEUMIER, P., « Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion », *RTD Civ.* 2007. 61.

¹³⁶⁹ L'article 24 de la loi des 27 nov. -1^{er} déc. 1790, instituant le Tribunal de cassation, prévoyait l'obligation pour la juridiction de présenter chaque année un compte rendu oral de ses travaux au corps législatif.

¹³⁷⁰ COJ, art. R.431-9.

¹³⁷¹ COJ, art. R.431-10.

problèmes soumis à la Cour en ces matières trouvent là une exposition optimale¹³⁷². Pour ce faire, la reproduction intégrale de l'arrêt est inutile ; un commentaire rédigé par le conseiller rapporteur la remplace. Ce choix méthodologique n'est pas anodin¹³⁷³. Il permet à la Cour d'apporter des précisions sur la motivation de ses décisions et d'insister sur les évolutions qu'elle décide d'initier¹³⁷⁴. Les commentaires d'arrêts visent un public élargi. Le rapport annuel ne s'adresse pas qu'aux juristes. Le style employé facilite la diffusion des informations qui y sont contenues¹³⁷⁵.

459. Les commentaires publiés au rapport annuel apportent un éclairage précieux sur l'élaboration de la jurisprudence. Par exemple, un arrêt avait jugé suffisante l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant pour établir la filiation maternelle revendiquée¹³⁷⁶. Les règles juridiques antérieures à la réforme du droit de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005¹³⁷⁷, applicables en la cause, ne prévoyaient pourtant que l'établissement du lien par une reconnaissance, ou par la possession d'état ou encore par l'effet d'un jugement. Cette discordance avec la lettre de la loi fut justifiée dans le rapport annuel. La Cour indiqua avoir « *adopté la solution préconisée par la Cour européenne des droits de l'homme* »¹³⁷⁸. Surtout, elle admit avoir « *anticipé la modification législative attendue, réalisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005* »¹³⁷⁹. Le rapport permet en effet l'incursion de motifs exogènes, le cas échéant¹³⁸⁰. Une cour d'appel avait ordonné l'exequatur de deux jugements étrangers d'adoption au profit de couples homosexuels. Au soutien des pourvois qu'il avait formés, le ministère public

¹³⁷² CHARTIER, Y., « Le Rapport de la Cour de cassation : à propos du rapport pour l'année 1999 », *JCP G* 2000. I. 238.

¹³⁷³ « *C'est davantage à une idée de clarification que correspond le rappel de décisions qui sont présentées comme traduisant, de la part des Chambres qui les ont rendues, une volonté de préciser des positions antérieures, ou d'en montrer les prolongements : il y a donc là un travail d'explication, voire d'explicitation, qui se justifie lorsqu'une jurisprudence est porteuse, par elle-même, ou par l'interprétation qui en a été donnée, soit de nouveaux développements, soit d'incertitudes* » - *ibid.*

¹³⁷⁴ LIBCHABER, R., « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD Civ.* 2000. 679.

¹³⁷⁵ Le rapport est « *rédigé dans une langue directe, comportant, bien sûr les termes juridiques appropriés, avec un titre révélateur de l'analyse de l'arrêt pour qu'il puisse être compris même par les justiciables peu avertis* » - TOUFFAIT, A., « Conclusions d'un praticien », *RIDC* 1978.475.

¹³⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, préc.

¹³⁷⁷ Ord. 4 juil. 2005, préc.

¹³⁷⁸ *Rapport annuel 2006. La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Doc. Franç., 2007, p. 246.

¹³⁷⁹ *Ibid.*

¹³⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262, *Rapport annuel 2012. La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Doc. Franç., 2013, p. 403.

avançait plusieurs moyens. Le premier d'entre eux, fondé sur l'article 346 du Code civil¹³⁸¹, fut écarté. Or le mariage entre des personnes du même sexe était alors interdit. Dans son rapport annuel, la Cour expliqua l'inefficacité de ce moyen¹³⁸². Ces précisions démontrèrent l'attention portée aux décisions de la Cour de Strasbourg, ce que l'arrêt commenté ne révélait pas.

460. Soucieuse de fournir le « *mode d'emploi de ses décisions* »¹³⁸³, la Cour entend faire œuvre de pédagogie lorsqu'elle décide d'insérer une décision dans son rapport. Par exemple, le commentaire de l'arrêt rendu par le 23 novembre 2007¹³⁸⁴ révéla pourquoi l'Assemblée plénière fut saisie. Celui de l'arrêt du 28 mars 2000 expliqua la solution retenue¹³⁸⁵ : l'affaire avait abouti à la consécration d'un droit à l'expertise biologique au cours des instances relatives à la filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder. La Cour rappela la vocation générale de ce principe¹³⁸⁶. Les raisons de cette évolution jurisprudentielle furent aussi indiquées : la Cour affirma avoir pris en considération « *les importants progrès des sciences technologiques et la difficulté en ce domaine de rapporter même un commencement de preuve* »¹³⁸⁷, éléments qui n'avaient pas été mentionnés dans le corps de l'arrêt. La position de la Cour à l'égard de la gestation pour autrui fut également approfondie dans le cadre du rapport annuel. La transcription des actes de naissance étrangers dans les registres de l'état civil, dès lors que les enfants étaient nés de maternités de substitution, avait d'abord été jugée contraire à l'ordre public international français¹³⁸⁸. L'existence d'une atteinte aux droits et libertés fondamentaux des familles concernées avait été soulevée. Le rapport permit de préciser la solution

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² « *Il n'est pas possible, sans encourir le grief de discrimination au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de n'accorder à ce texte valeur essentielle que de façon distributive, en ce qu'il fait obstacle de manière définitive, à l'adoption conjointe par des couples de même sexe [...]. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme n'a validé la jurisprudence précitée, qui permet l'adoption de l'enfant du conjoint mais pas celle de celui du concubin ou du partenaire, que parce qu'il n'existe aucune différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels* » - *ibid.*

¹³⁸³ LIBCHABER, R., art. préc.

¹³⁸⁴ Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, préc.

¹³⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹³⁸⁶ « *La généralité des termes employés signifie qu'il s'agit là d'un principe directeur applicable dans tous les procès de filiation sous la réserve indiquée dont la jurisprudence devra préciser la portée* », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, Doc. Franç., 2001.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.466 et n° 10-19.053, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2011. Le risque*, Doc. Franç., 2012, p. 400.

retenue¹³⁸⁹. La modification du fondement de la prohibition, qui reposait sur la notion de fraude avant le revirement opéré par l'Assemblée plénière¹³⁹⁰, fut ensuite publiée¹³⁹¹. Le commentaire de ces décisions rappela la différence entre ces situations et les affaires antérieures¹³⁹². A propos des interrogations sur le respect des droits et libertés fondamentaux, la Cour jugea opportun de s'en expliquer : « *les arrêts de 2013, en indiquant qu'en présence d'une fraude ces principes ne sauraient être utilement invoqués, vont plus loin. En effet, faire prévaloir la situation concrète des enfants en cause dans tous les cas aboutirait à priver de toute effectivité non seulement les dispositions du droit interne mais aussi celles édictées par d'autres conventions internationales destinées à protéger les enfants des trafics, notamment en matière d'adoption* »¹³⁹³. La hiérarchisation des divers impératifs en présence fut donc confirmée. Enfin, il ne fait guère de doute que le revirement récemment décidé par l'Assemblée plénière¹³⁹⁴ sera aussi inséré dans le prochain rapport annuel de la Cour de cassation.

461. Le rapport annuel offre à la Cour de cassation la possibilité d'affirmer ses positions, notamment en droit de la famille, mais aussi de rappeler sa compétence. Deux commentaires en attestent. La Cour s'était prononcée sur l'existence d'une différence de sexe entre les époux en tant que condition de fond du mariage¹³⁹⁵. Elle indiqua à cette occasion que « *seule l'adoption d'une loi nouvelle par la représentation nationale pourrait faire évoluer cet état de droit* »¹³⁹⁶. La même précision fut apportée dans le commentaire des arrêts¹³⁹⁷ par lesquels elle approuva le refus opposé par les juges du fond

¹³⁸⁹ « *Faisant ensuite une application concrète des conventions internationales invoquées, les décisions relèvent que les enfants ne sont pas privés d'une filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît, ni empêchés de vivre avec les requérants, de sorte que le respect des impératifs du respect de la vie privée et familiale prévus à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention de New York ne commandent pas, en l'espèce, que la contrariété à l'ordre public international français de ces jugements étrangers soit écartée* » - *ibid.*

¹³⁹⁰ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

¹³⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2013. L'ordre public*, Doc. franç., 2014, p. 531.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

¹³⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.625, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2007. La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Doc. franç., 2008, p. 326.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, n° 06-15.647 et n° 06-15.676, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, op. cit.*, p. 331.

à des requêtes en adoption simple formées par un couple homoparental¹³⁹⁸. Dans d'autres circonstances, les commentaires publiés au rapport annuel servent à élargir le débat. Tel fut le cas des décisions relatives aux conditions d'établissement d'un acte d'enfant sans vie¹³⁹⁹. Dans son rapport annuel publié en 2008, la Cour justifia les cassations prononcées : « *compte tenu des effets importants attachés à la rédaction d'un acte d'enfant sans vie, à la fois sur un plan symbolique et sur un plan pratique, une simple circulaire ne pouvait limiter les droits des parents et ajouter au texte [de l'article 79-1 du Code civil] des conditions qu'il ne prévoit pas* »¹⁴⁰⁰. Sous-jacentes, ces données psychologiques ou sociologiques n'apparaissent pas à la lecture des arrêts. Les commentaires pallièrent l'inconvénient. Certes, leur contenu peut parfois surprendre. Dans un arrêt très remarqué, la Cour de cassation approuva une délégation partielle d'autorité parentale sur un enfant au profit de la compagne de la mère¹⁴⁰¹. La décision fit l'objet d'une publication au rapport. La Cour de cassation n'hésita pas à affirmer que « *par cet important arrêt, [elle] a contribué à la reconnaissance de la famille homosexuelle* »¹⁴⁰².

462. Le rapport annuel constitue un mode d'expression privilégié pour la Cour de cassation. Son objectif premier consiste à souligner l'importance de ses décisions et à en préciser la portée. Le risque de commettre des erreurs dans l'analyse des arrêts est amoindri par la lecture attentive des commentaires associés, qui révèlent également les orientations retenues par la Cour en droit de la famille. Le rapport inscrit la jurisprudence dans une perspective globale. L'insertion de divers documents, sans lien direct avec la fonction de cassation, y participe aussi.

¹³⁹⁸ « *Sur de telles questions qui touchent à l'état des personnes, et, plus généralement, aux fondements de notre société, il revient en définitive au législateur de décider s'il y a lieu de modifier les textes de notre code civil* » - *ibid.*

¹³⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, n° 06-16.498, n° 06-16.499 et n° 06-16.500, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Doc. Franç., 2009, p. 202.

¹⁴⁰⁰ *Rapport annuel 2008, op. cit.*, p. 202.

¹⁴⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, n° 04-17.090, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2006, op. cit.*, p. 243.

¹⁴⁰² *Ibid.*

2) Les autres éléments contenus dans le rapport annuel de la Cour de cassation

463. Le rapport annuel ne contient pas seulement l'analyse de la jurisprudence de l'année écoulée. Le bilan statistique de l'activité de la Cour de cassation y figure aussi. La dernière partie du rapport rend compte du nombre de décisions et de l'issue et du temps de traitement des pourvois. Les données sont exposées pour l'ensemble des formations de la Cour, puis selon chaque chambre. Elles servent à évaluer le taux d'encombrement de la juridiction. Mais au fur et à mesure de ses parutions, le rapport a intégré d'autres éléments que ceux prévus par le Code de l'organisation judiciaire¹⁴⁰³. Il comprend dorénavant des études et des documents qui dépassent les constatations objectives initiales¹⁴⁰⁴.

464. Tout d'abord, le rapport reproduit les discours prononcés à l'occasion de chaque audience solennelle de rentrée. Ils émanent traditionnellement du premier président et du parquet général. Ces allocutions concernent la Cour de cassation, mais aussi les juridictions du fond. Elles sont le reflet d'une analyse approfondie des politiques judiciaires car la Cour « *a, pour mission première, de veiller à l'interprétation uniforme de la loi sur le territoire national et, pour mission seconde, de mettre en œuvre les évolutions jurisprudentielles commandées par les faits sociaux, économiques ou culturels de notre temps* »¹⁴⁰⁵. Monsieur Canivet a aussi révélé la finalité du contrôle de légalité, qui aboutit à l'identification des défauts de la décision critiquée par un pourvoi, et les moyens de les éviter « *par le retour d'expérience, en exploitant la connaissance des causes d'anomalies pour faire en sorte qu'elles ne se reproduisent pas* »¹⁴⁰⁶. Le rapport annuel participe à cet objectif, au travers des analyses qu'il contient. La participation de personnalités telles que le Président de la République, le Garde des Sceaux ou encore le Premier Ministre, est également consignée. Les discours qu'ils prononcent sont retranscrits dans le rapport, qui aide à comprendre la place occupée par la Cour de cassation¹⁴⁰⁷. Le dernier rapport rappela d'ailleurs les liens indissociables existant entre la Cour et d'autres juridictions, comme le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel, la

¹⁴⁰³ COJ, art. R.431-9 et R.431-10.

¹⁴⁰⁴ La partie « Etudes » est intégrée au Rapport annuel de la Cour de cassation depuis 1984.

¹⁴⁰⁵ BURGELIN, J.-F., *Rapport annuel de la Cour de cassation 1998*, Doc. Franç., 1999, p. 29.

¹⁴⁰⁶ CANIVET, G., *Rapport annuel de la Cour de cassation 2001*, Doc. Franç., 2002, p. 38.

¹⁴⁰⁷ CHARTIER, Y., « Le Rapport de la Cour de cassation. – A propos du Rapport pour l'année 1999 », *JCP G* 2000. I. 238.

Cour de justice de l'Union européenne ou encore la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁰⁸.

465. Ensuite, l'insertion d'une étude sur un thème transversal confère au rapport une valeur doctrinale indéniable¹⁴⁰⁹. Le sujet retenu se prête aux contributions de membres de la Cour de cassation et admet également celles d'universitaires. Il répond à des préoccupations d'actualité qui concernent souvent le droit de la famille. Un rapport récent fut dédié à la notion d'ordre public, qui recouvre un champ extrêmement vaste. Un chapitre entier fut consacré aux rapports entretenus entre l'ordre public et la famille sur le plan patrimonial et extrapatrimonial. Le thème incitait aussi à réfléchir à l'ordre public international, notamment à l'accueil en France de jugements étrangers concernant les familles présentant un élément d'extranéité. De plus, l'incursion de sources internationales dans le corpus normatif est impossible à nier¹⁴¹⁰. Un précédent rapport avait déjà abordé ces problèmes. La Cour de cassation avait publié une vaste étude, intitulée « *La Cour de cassation et la construction juridique européenne* »¹⁴¹¹. D'utiles précisions furent notamment apportées à propos des conséquences du phénomène sur la technique de cassation, sur les conditions du relevé d'office d'un moyen tiré du droit communautaire par exemple¹⁴¹². De même, le rapport annuel pour l'année dernière fut consacré au temps. Il permit à la Cour de cassation d'apporter des précisions sur son rôle de gardienne du droit, au regard de l'évolution des normes juridiques.

466. Enfin, la Cour utilise son rapport annuel pour suggérer les modifications législatives et réglementaires qu'elle estimerait opportunes. Peu d'entre elles ont été émises afin d'améliorer les règles de droit de la famille, sauf indirectement. La nécessité d'étendre la représentation obligatoire à toutes les instances devant la Cour de cassation fut expressément formulée¹⁴¹³. La réforme qui s'ensuivit a contraint l'auteur d'un

¹⁴⁰⁸ Discours de Jean-Claude MARTIN, procureur général près la Cour de cassation, *Rapport annuel pour l'année 2014*, disponible sur www.courdecassation.fr.

¹⁴⁰⁹ Une thématique transversale est retenue depuis le rapport annuel pour l'année 2000.

¹⁴¹⁰ Voir sur ce point : GUILLAUME, J., « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2014. 2121.

¹⁴¹¹ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2006*, *op. cit.*, p. 77 et s.

¹⁴¹² *Ibid.*

¹⁴¹³ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009*, Doc. Franç., 2010, p. 20 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010*, Doc. Franç., 2011, p. 18 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2011*, Doc. Franç., 2012, p. 20 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2012*, Doc. Franç., p. 20 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2013*, Doc. franç., 2014, p. 31.

pourvoi, formé à l'encontre d'une décision relative à l'assistance éducative, à se constituer avocat aux Conseils¹⁴¹⁴. Une proposition visant à rétablir une procédure de légalisation des actes de l'état civil dressés à l'étranger fut également émise à plusieurs reprises¹⁴¹⁵. Pour l'heure, elle n'a pas été suivie d'effets, bien que la direction des affaires civiles et du sceau considère opportune une clarification de ces mécanismes¹⁴¹⁶. Soucieuse d'assurer une continuité en ce domaine, la Cour intègre dans chacun de ses rapports ses suggestions antérieures et leur réception par les autorités compétentes.

467. Les publications de la Cour de cassation ont connu un accroissement considérable ces dernières années. Le bulletin des arrêts civils participe à la diffusion de la jurisprudence en droit de la famille. Par ce biais, la Cour souligne l'importance de ses décisions, tout en favorisant une vision d'ensemble de sa jurisprudence et en révélant les évolutions dans le traitement judiciaire des problèmes de droit. Elle attire également l'attention lorsqu'elle publie son bulletin d'information bimensuel. Le rapport poursuit un même objectif. Au-delà de ses vertus pédagogiques, il transcende la fonction de cassation en favorisant les échanges entre la Cour de cassation et le monde extérieur. Ces publications connaissent une diffusion élargie, grâce à leur numérisation sur le site de la Cour. L'application et l'interprétation des règles juridiques sont ainsi améliorées. Et lorsqu'une difficulté surgit, la Cour de cassation peut exprimer un avis lorsqu'elle est saisie à cette fin par les juges du fond.

¹⁴¹⁴ Voir n° 212.

¹⁴¹⁵ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009*, Doc. franç., 2010, p. 20 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010*, Doc. franç., 2011, p. 18 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2011*, Doc. franç., 2012, p. 20 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2012*, Doc. franç., 2013, p. 41.

¹⁴¹⁶ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014*, Doc. franç., 2015.

§2. La saisine pour avis de la Cour de cassation

468. La saisine pour avis de la Cour de cassation a été instituée une loi du 15 mai 1991¹⁴¹⁷. Cette fonction consultative s'exerce dans un cadre strictement déterminé (A). Elle a des conséquences sur l'instance en cours, tandis que l'avis rendu précise les règles de droit en vigueur (B).

A. La demande d'avis par les juges du fond

469. La procédure de saisine pour avis n'a aucun lien direct avec la fonction juridictionnelle. Sa genèse a suscité des débats, puisque les compétences de la Cour de cassation ont été accrues au-delà de leurs limites traditionnelles (1). Les inquiétudes n'ont pourtant pas lieu d'être, du fait des conditions précises de la saisine (2).

1) Le domaine de la saisine pour avis

470. La loi du 15 mai 1991¹⁴¹⁸ a offert aux juges du fond la possibilité de consulter la Cour de cassation pour recueillir son avis sur une question de droit à laquelle ils sont confrontés au cours d'une instance¹⁴¹⁹. La saisine pour avis présente des avantages, mais aussi des inconvénients. Elle permet à la Cour de se prononcer sur l'application et l'interprétation des règles juridiques, en l'absence de recours juridictionnel porté devant elle. A ce titre, l'innovation est majeure. Cette singularité requiert des précisions. L'avis est abstrait par nature, quelle que soit l'affaire au cours de laquelle il est demandé. Or l'article 5 du Code civil interdit au juge « *de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises* ». Cependant, l'avis n'a aucune autorité propre et la Cour ne peut pas prendre l'initiative de sa saisine.

¹⁴¹⁷ L. n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et instaurant la saisine pour avis de la Cour de cassation, *JORF*, 18 mai 1991, n° 115, p. 6790.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ Le mécanisme, qui n'existait à l'origine qu'en matière civile, a été étendu au profit des juridictions répressives par la loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature - *JORF*, 26 juin 2001, n° 0146, p. 10119. Une procédure semblable avait d'ores et déjà été organisée devant le Conseil d'Etat par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, *JORF*, 1^{er} jan. 1988, p. 7.

471. A l'origine, la réforme visait tout d'abord à alléger la charge incombant à la Cour de cassation. Le but était d'éviter la prolifération des pourvois en combattant les difficultés d'application et d'interprétation des règles juridiques le plus tôt possible¹⁴²⁰. Au regard des statistiques annuelles dévoilées dans le rapport annuel, ce postulat ne se vérifie pas. La saisine pour avis poursuit également d'autres objectifs¹⁴²¹. Les règles juridiques ne peuvent tout prévoir, ce qui donne naissance à des difficultés qui nécessitent d'interroger la Cour de cassation. Pour ce faire, la formation d'un pourvoi n'est pas toujours indispensable. La scission entre les fonctions juridictionnelle et jurisprudentielle est réelle, puisqu'il s'agit de « *confectionner ab initio* »¹⁴²² la jurisprudence. Cette inversion du raisonnement surprend, mais mérite approbation. L'unification de la jurisprudence est accélérée, tandis que la Cour de cassation apparaît davantage comme un « *auxiliaire du législateur* »¹⁴²³. La réforme n'a toutefois pas été couronnée de succès. Les saisines pour avis demeurent peu fréquentes, quel qu'en soit l'objet, car elles obéissent à des conditions rigoureuses.

472. Le champ d'application de la procédure est limité aux seules questions de droit. La répartition des compétences entre la Cour de cassation et les juges du fond est ainsi garantie. Afin d'éviter l'écueil, le libellé de la saisine pour avis doit être dégagé des éléments de l'espèce¹⁴²⁴. Une décision illustre cette condition. La Cour de cassation s'est prononcée sur une demande d'avis formée par un tribunal de grande instance¹⁴²⁵ : au cours d'une instance en adoption plénière d'une enfant recueillie en kafala, des difficultés étaient apparues dans l'application et l'interprétation des règles juridiques. La Cour avait notamment été sollicitée sur la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française, alors même que la législation de son pays de naissance prohibait cette adoption. Les formes du consentement requis suscitaient également des incertitudes. La Cour considéra toutefois que ces questions, dont la solution ne dépendait pas de la seule constatation de l'acquisition de la nationalité

¹⁴²⁰ ZENATI, F., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992. 247.

¹⁴²¹ MORGAN de RIVERY-GAILLAUD, M. -A., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP G* 1992 I. 3576.

¹⁴²² ZENATI, F., art. préc.

¹⁴²³ MORGAN de RIVERY-GAILLAUD, M. -A., art. préc.

¹⁴²⁴ Cass. Avis, 24 jan. 1994, n° 09-30.017, *Bull. avis*, n° 1.

¹⁴²⁵ Cass. Avis, 17 déc. 2012, n° 12-00.013, *Bull. avis*, n° 10, *Procédures* n° 3, mars 2013, comm. 76, DOUCHY-OU DOT.

française, supposaient chacune l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond. Il en va de même lorsque la saisine travestit le refus de procéder à un contrôle de conventionnalité. La dernière question portait en l'occurrence sur la conformité de l'article 370-3 du Code civil à l'article 3.1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Certes, la Cour était compétente pour examiner la compatibilité des dispositions internes à des sources supranationales. Il appartenait néanmoins aux juges du fond d'y procéder en priorité. Par conséquent, elle ne donna pas de suite positive à la demande d'avis.

473. Dans les limites de sa saisine, la Cour de cassation répond aux interrogations concernant la procédure familiale et le fond du droit de la famille. Elle a récemment apporté des précisions sur la recevabilité d'une assignation en divorce, adressée après l'audience de conciliation dans le cadre d'une requête en séparation de corps formée par le défendeur¹⁴²⁶. Les conséquences d'un appel interjeté à l'encontre d'un jugement de divorce sur acceptation du principe de la rupture ont aussi été expliquées¹⁴²⁷. Une cour d'appel avait interrogé la Cour de cassation sur la portée de l'appel dont elle était saisie. Il s'agissait de déterminer si l'ouverture de la voie de l'appel remettait en cause le principe du divorce sur acceptation du principe de la rupture, ou seulement ses conséquences. Le caractère définitif de la décision était également discuté. La date de la cessation du devoir de secours entre époux découlait de la réponse apportée à cette question. La Cour considéra la demande d'avis recevable. Elle proposa une solution à ces difficultés procédurales : « *l'appel général d'un jugement prononçant un divorce sur le fondement des articles 233 et 234 du Code civil, même si l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf vice du consentement, ne met pas fin au devoir de secours, la décision n'acquérant force de chose jugée qu'après l'épuisement des voies de recours* »¹⁴²⁸.

474. L'avis requis par les juridictions de l'ordre judiciaire soulève parfois des interrogations qui touchent aux droits substantiels des justiciables. Bien que rares, ces saisines révèlent les orientations retenues par la Cour de cassation au regard des

¹⁴²⁶ Cass. Avis, 10 fév. 2014, n° 13-70.007, *Bull. avis*, n° 1.

¹⁴²⁷ Cass. Avis, 9 juin 2008, n° 08-00.004, *Bull. avis*, n° 4.

¹⁴²⁸ *Ibid.*

évolutions observées en droit de la famille, comme un avis relatif à la possibilité de prononcer une adoption simple au profit d'un couple homosexuel, lorsque l'enfant est né suite à une insémination artificielle réalisée à l'étranger par exemple¹⁴²⁹. Les règles relatives à la dévolution du nom de famille, dans le cas d'un établissement judiciaire d'un lien de filiation, ont aussi fait l'objet d'une saisine pour avis¹⁴³⁰. L'article 331 du Code civil permet au tribunal saisi de statuer sur l'attribution du nom au titre des mesures accessoires. Une cour d'appel avait interrogé la Cour de cassation sur la nature des pouvoirs du juge, afin de déterminer si la substitution ou l'adjonction du nom du second parent était possible en cas désaccord parental. La Cour répondit par l'affirmative et rappela aux juges du fond les possibilités qui s'offraient à eux, ainsi que l'obligation de prendre en considération l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsque la question est de droit, la demande d'avis peut en effet être admise. Plusieurs conditions, relatives à l'avis sollicité, doivent aussi être respectées.

2) Les conditions de la saisine pour avis

475. La question de droit doit être nouvelle, sérieuse, et se poser dans de nombreux litiges¹⁴³¹. Les juges du fond sont tenus de caractériser ces éléments. Mais leur décision ne lie pas la Cour de cassation. Les dispositions relatives à la saisine pour avis n'excluent pas qu'elle en contrôle la régularité. Etre confrontée à un trop grand nombre de demandes d'avis entraînerait un encombrement de son rôle. De plus, la Cour n'est pas l'unique interlocuteur des justiciables. Pour ces raisons, elle retient une acception stricte des conditions de sa saisine. Les conditions énoncées par le Code de l'organisation judiciaire sont donc assujetties à un double examen, par les juges du fond, puis par la Cour de cassation.

476. D'abord, le caractère nouveau de l'interrogation contraint à démontrer l'inexistence de tout débat judiciaire antérieur sur le point de droit en cause. Tel est le cas lorsque le problème soumis aux juges du fond résulte d'une modification législative

¹⁴²⁹ Cass. Avis, 10 fév. 2014, préc.

¹⁴³⁰ Cass. Avis, 13 sept. 2010, n° 10-00.004, *Bull. avis*, n° 4, *RTD Civ.* 2010.759, obs. HAUSER.

¹⁴³¹ COJ, art. L.441-1.

récente, la difficulté pouvant alors résider dans le droit transitoire. Par exemple, la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce a donné lieu à une saisine pour avis¹⁴³². Il fut demandé à la Cour de cassation de se prononcer sur l'ordre de traitement des demandes respectives des époux, l'une visant à obtenir la séparation de corps et ayant été introduite avant la réforme, l'autre demande, reconventionnelle, étant fondée sur les dispositions nouvelles relatives au divorce pour altération définitive du lien conjugal. La Cour conclut à l'effet immédiat de l'article 297-1 du Code civil. La demande en divorce devait donc être examinée en priorité. Un autre avis fut rendu, relatif au droit des successions entre époux¹⁴³³. La loi du 3 décembre 2001 avait réformé la matière¹⁴³⁴. L'imputation d'une libéralité, consentie par le défunt à son conjoint sur sa réserve héréditaire avait été supprimée. La Cour était saisie pour déterminer la possibilité d'un cumul et ses limites au regard des autres héritiers réservataires. Elle répondit par l'affirmative pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002, à condition que la nue-propriété de la réserve héréditaire ne soit pas lésée et que les quotités disponibles spéciales entre époux ne soient pas dépassées. Une précision supplémentaire fut ajoutée. La loi du 23 juin 2006 avait entre-temps rétabli la règle de l'imputation¹⁴³⁵. La Cour de cassation estima opportun de le rappeler. Le conjoint survivant ne peut plus cumuler réserve et libéralité, dès lors que la succession a été ouverte après le 1^{er} janvier 2007.

477. L'avènement récent de la disposition suscitant l'incertitude n'est toutefois pas indispensable au succès de la saisine pour avis. L'avis rendu sur la recevabilité d'une assignation en divorce suite à une requête initiale en séparation de corps démontre l'utilité de la procédure, même au regard de textes plus anciens¹⁴³⁶. En effet, il est possible que des difficultés surgissent bien après l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. L'exigence de nouveauté contraint à élargir le champ des recherches. Elle ne s'apprécie pas seulement au regard d'éventuelles saisines antérieures pour avis. Le cadre dans lequel la question a été tranchée importe peu, dès lors que la Cour de cassation a déjà été confrontée au

¹⁴³² Cass. Avis, 3 avr. 2006, n° 06-00.002, *Bull. avis*, n° 2, *RTD Civ.* 2006.539, obs. HAUSER.

¹⁴³³ Cass. Avis, 25 sept. 2006, n° 06-00.009, *Bull. avis*, n° 9, *RTD Civ.* 2009.1, obs. VAREILLE.

¹⁴³⁴ L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modifiant diverses dispositions de droit successoral, *JORF*, 4 déc. 2001, n° 281, p. 19279.

¹⁴³⁵ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF*, 24 juin 2006, n° 145, p. 9593.

¹⁴³⁶ Cass. Avis, 10 fév. 2014, préc.

problème. Tel était le cas de la légalisation des actes de l'état civil établis à l'étranger. Des pourvois avaient été formés pour dénoncer l'absence de fondement textuel de l'obligation¹⁴³⁷. La Cour avait rappelé que la formalité s'imposait aux parties qui se prévalaient d'un acte dressé à l'étranger devant les juridictions françaises, selon la coutume internationale et sauf convention contraire. Les questions portant sur les effets et la valeur probante d'un consentement à l'adoption d'un enfant par ses parents, établi à Haïti et non légalisé, n'étaient donc pas nouvelles. La demande d'avis fut écartée¹⁴³⁸. Seule une étude approfondie de la jurisprudence permet d'éviter ces saisines inutiles. Cet examen revêt une dimension objective, contrairement aux autres conditions relatives à la saisine pour avis.

478. La difficulté soumise à la Cour de cassation doit ensuite présenter un caractère sérieux. La possibilité de rendre un avis dépend de son utilité. La nouveauté de la question ne suffit pas à établir cet aspect car la Cour n'est pas « *un service public de consultation juridique* »¹⁴³⁹. Il importe que la question posée participe à la résolution du litige à l'occasion duquel elle est élevée. Une demande d'avis portant sur la recevabilité d'une requête en adoption plénière formée par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande, mais réitérant celle-ci après l'acquisition de la nationalité française par l'enfant, fut considérée comme dépourvue de caractère sérieux¹⁴⁴⁰. La réponse à cette interrogation n'avait aucune incidence sur l'issue du litige, puisque « *l'autorité de la chose jugée ne [pouvait] être opposée à la partie qui présente une nouvelle demande fondée sur l'existence d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale* »¹⁴⁴¹. Il en va de même lorsque le problème a déjà été résolu par la Cour à l'occasion de recours antérieurs. Ni sa nouveauté, ni son sérieux ne peuvent alors être caractérisés. A titre d'exemple, la Cour s'était prononcée à plusieurs reprises sur l'incidence de l'ouverture d'une tutelle à l'égard d'un mineur et l'exercice de l'autorité parentale¹⁴⁴². Saisie pour avis, elle refusa de se prononcer. Les arrêts par lesquels la

¹⁴³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009, n° 08-10.962, *Bull. civ. I*, n° 115.

¹⁴³⁸ Cass. Avis, 4 avr. 2011, n° 11-00.001, *Bull. avis*, n° 1, *D.* 2011.2016, note GUEZ.

¹⁴³⁹ ZENATI, F., art. préc.

¹⁴⁴⁰ Cass. Avis, 17 déc. 2012, préc.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*

¹⁴⁴² Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 1982, n° 80-12.309, *Bull. civ. I*, n° 323 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1994, n° 92-16.106 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 1999, n° 97-17.018 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2004, n° 03-05.056, *Bull. civ. I*, n° 346.

question avait été tranchée furent indiqués¹⁴⁴³. Le critère fondé sur le sérieux de l'interrogation trahit néanmoins un certain degré de subjectivité. La Cour de cassation ne prend pas connaissance de l'ensemble du dossier lorsqu'elle rend un avis. Il lui est par conséquent difficile d'en déceler l'importance sur l'issue du litige.

479. Enfin, la question de droit doit être fréquente pour justifier la saisine de la Cour de cassation¹⁴⁴⁴. Dans certains cas, l'importance quantitative du problème ne suscite guère de doute. Une saisine concernant les modalités de révision d'une rente viagère, fixée par une convention homologuée et en l'absence de clause de révision ou d'accord des parties, fut ainsi admise¹⁴⁴⁵. Il en va de même lorsque la saisine vise à établir la date de l'introduction de l'instance en divorce¹⁴⁴⁶, les procédures de divorce occupant une place conséquente dans l'activité des juridictions familiales. Mais la condition relative à la fréquence du problème de droit n'est pas toujours aisée à examiner. Les juges du fond ne disposent pas des outils adéquats pour apprécier l'ampleur de la difficulté. Le critère suppose de dresser l'état des instances en cours ou à venir. Or ces données sont rarement accessibles. La Cour dispose donc d'une latitude suffisante pour apprécier l'opportunité de sa saisine.

480. En droit de la famille, seuls quatorze avis ont été rendus, dont deux se rattachent au contentieux des affaires sociales. Les conditions relatives à la question posée répondent à la finalité de la saisine pour avis. En effet, la procédure doit être maniée avec prudence. Bien qu'elle apporte d'utiles éclaircissements sur l'application et l'interprétation du droit de la famille, la saisine pour avis entraîne un retard dans le traitement judiciaire du litige.

¹⁴⁴³ Cass. Avis, 24 mars 2014, n° 13-70.010, *Bull. avis*, n° 10, *RTD Civ.* 2014.336, obs. HAUSER.

¹⁴⁴⁴ « *Seules les questions susceptibles de diviser la jurisprudence, parce qu'elles ne se posent pas que dans un seul litige* », doivent pouvoir faire l'objet d'une saisine pour avis – MORGAN de RIVERY-GAILLAUD, A.-M., art. préc.

¹⁴⁴⁵ Cass. Avis, 8 oct. 2001, n° 01-00.007, *Bull. avis*, n° 7.

¹⁴⁴⁶ Cass. Avis, 4 mai 2010, n° 10-00.002, *Bull. avis*, n° 2, *RTD Civ.* 2010.614, obs. PERROT.

B. Les conséquences de la saisine pour avis

481. La saisine pour avis a des conséquences sur le déroulement de l'instance devant les juges du fond, même si l'avis présente un caractère facultatif (1). Cependant, cela ne signifie pas qu'il soit dépourvu de toute autorité (2).

1) Les conséquences de la saisine pour avis sur l'instance

482. Le Code de procédure civile réserve la saisine pour avis aux seuls juges du fond¹⁴⁴⁷. Les parties ne peuvent pas exiger la consultation de la Cour de cassation sur le problème de droit qu'elles rencontrent¹⁴⁴⁸, ni s'y opposer¹⁴⁴⁹. Suggérer la saisine est toutefois opportun, afin d'éveiller l'attention sur une question de droit¹⁴⁵⁰. Les juges du fond sont néanmoins tenus d'informer les parties, lorsqu'ils décident d'avoir recours à la saisine pour avis¹⁴⁵¹. Le ministère public doit aussi être averti¹⁴⁵². La Cour de cassation veille au respect de ces injonctions procédurales. Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande d'avis lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une telle communication¹⁴⁵³. Cela permet aux parties et au ministère public de faire part de leurs observations écrites et préserve la contradiction. En droit de la famille, la représentation étant obligatoire devant la Cour de cassation¹⁴⁵⁴, les observations des parties doivent être signées par un avocat au Conseil¹⁴⁵⁵. Le recours à la saisine pour avis engendre donc des coûts supplémentaires. Après avoir réceptionné ces pièces dans le délai préalablement fixé¹⁴⁵⁶, le juge à l'origine de la saisine transmet la question à la Cour. Il ordonne un sursis à statuer¹⁴⁵⁷, en attendant l'avis qui doit être rendu dans les trois mois de la réception du dossier¹⁴⁵⁸. Ce délai

¹⁴⁴⁷ CPC, art. 1031-1 et s.

¹⁴⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2001, n° 00-05.105.

¹⁴⁴⁹ CPC, art. 1031-1.

¹⁴⁵⁰ ZENATI, F., art. préc.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

¹⁴⁵² *Ibid.*

¹⁴⁵³ Cass. Avis, 12 fév. 1993, n° 09-20.010, *Bull. avis*, n° 1 ; Cass. Avis, 8 mars 1996, n° 09-50.016, *Bull. avis*, n° 6.

¹⁴⁵⁴ Voir n° 210 et s.

¹⁴⁵⁵ CPC, art. 1031-4.

¹⁴⁵⁶ CPC, art. 1031-1.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ CPC, art. 1031-3.

contraint à faire preuve de rapidité dans le traitement de la demande¹⁴⁵⁹. Le système est conçu pour inciter les juges du fond à solliciter l'avis de la Cour de cassation. L'instance reprend suite à l'expiration du délai de trois mois¹⁴⁶⁰ et l'absence de réponse dans le temps imparti n'autorise pas à proroger d'office le sursis. En cas de succès de la saisine, l'avis est notifié aux parties par le greffe de la Cour de cassation¹⁴⁶¹. Il est aussi adressé à la juridiction qui l'a demandé, au ministère public auprès de cette juridiction, au premier président de la cour d'appel et au procureur général lorsque la demande n'émane pas de la cour¹⁴⁶². Cependant, il ne lie pas les juges du fond qui l'ont requis¹⁴⁶³.

483. Ce caractère facultatif doit être appréhendé avec prudence. Lorsqu'il est demandé à la Cour de donner son avis, une formation particulière est réunie. Elle est présidée par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le président de chambre le plus ancien¹⁴⁶⁴. Les présidents de chambre et deux conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée y siègent aussi¹⁴⁶⁵. La solennité de la procédure confère une importance considérable à l'avis. Statuer en sens contraire laisserait envisager de futurs pourvois, l'une des parties étant incitée à soulever l'interprétation de la Cour de cassation. Il est donc peu probable que les juges du fond ne se conforment pas à l'avis rendu, bien que cela soit parfois le cas¹⁴⁶⁶. La saisine pour avis aboutit à un « *pré-jugement* », le plus souvent respecté par la juridiction qui est à son origine. « *Catalyseur de jurisprudence* »¹⁴⁶⁷, l'avis permet de connaître la position de la Cour de cassation sur une question précise, à l'occasion d'un contentieux. Il revêt une portée certaine pour l'instance en cours et pour l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire.

¹⁴⁵⁹ La règle est conforme aux finalités de la saisine pour avis, même si « *arrêter une position de principe définitive requiert force prudence et ne souffre pas la précipitation* » - ZENATI, F., art. préc.

¹⁴⁶⁰ CPC, art. 1031-1.

¹⁴⁶¹ CPC, art. 1031-7.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ COJ, art. L.441-2.

¹⁴⁶⁴ COJ, art. L.441-2.

¹⁴⁶⁵ COJ, art. R.441-1.

¹⁴⁶⁶ Voir sur ce point : TGI Cahors, 12 juin 2015, RG n° 15/00122, D. Act., 30 juin 2015, obs. COUSTET. En l'espèce, les juges du fond refusèrent de faire droit à une demande d'adoption formée par la conjointe de la mère d'un enfant né d'une procréation médicalement assistée à l'étranger, malgré l'avis rendu par la Cour de cassation le 22 septembre 2014.

¹⁴⁶⁷ ZENATI, F., art. préc.

2) Les conséquences de la saisine pour avis sur l'interprétation du droit de la famille

484. La saisine pour avis tend à fixer l'interprétation d'une règle juridique ou d'un principe, afin d'éviter d'inutiles débats sur le point considéré et de limiter le contentieux. Les rapports entretenus entre les fonctions consultative et juridictionnelle de la Cour de cassation sont complexes. L'impact des avis sur l'élaboration de la jurisprudence en droit de la famille ne doit pas être négligé. L'avis rendu par la Cour de cassation le 1^{er} mars 2004 le montre¹⁴⁶⁸. Une cour d'appel était confrontée à un problème relatif aux compétences respectives du juge des enfants et du juge aux affaires familiales. La question de la communication des pièces du dossier d'assistance éducative au juge chargé de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale était posée. L'article 1187 du Code de procédure civile ne prévoyait pas expressément cette possibilité. La Cour jugea que ce texte ne s'opposait pas à ce que le juge aux affaires familiales fonde sa décision concernant l'exercice de l'autorité parentale sur le dossier d'assistance éducative tel que communiqué par le juge des enfants¹⁴⁶⁹. Cette solution répond à l'exigence de bonne administration de la justice. Il est inutile de multiplier les investigations. Mais les règles applicables à l'assistance éducative restreignent l'accès au dossier de la procédure. Le respect du contradictoire était donc menacé.

485. Pour ces raisons, la Cour de cassation précisa les conditions de cette communication, qui suppose que les parties à l'instance devant le juge aux affaires familiales aient aussi qualité pour accéder au dossier d'assistance éducative¹⁴⁷⁰ et que les pièces du dossier du juge des enfants soient soumises à un débat contradictoire¹⁴⁷¹. En effet, il importe que les parties aient pris connaissance des éléments sur lesquels le magistrat fonde sa décision. Ce faisant, la Cour de cassation a souligné la nécessité d'une collaboration accrue entre les juges compétents en droit de la famille. Les missions confiées au juge des enfants et au juge aux affaires familiales peuvent parfois se chevaucher. Le premier connaît des mineurs en danger, tandis que le juge aux affaires familiales est compétent pour les demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Il n'est pas rare qu'ils soient saisis simultanément ou successivement à propos d'un même

¹⁴⁶⁸ Cass. Avis, 1^{er} mars 2004, préc.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

enfant. Dans ce cas, il est opportun que le juge aux affaires familiales bénéficie des expertises et autres mesures d’instruction réalisées par le juge des enfants. Il acquiert ainsi une meilleure connaissance de l’affaire, dans un laps de temps restreint. En outre, les sollicitations procédurales au sujet de l’enfant sont moins nombreuses. L’avis rendu par la Cour de cassation participe opportunément à ces objectifs. Un décret du 10 avril 2009 est d’ailleurs venu consacrer cette solution¹⁴⁷². Désormais, « *le juge des enfants communique au juge aux affaires familiales ou au juge des tutelles les pièces qu’ils sollicitent quand les parties à la procédure devant ces derniers ont qualité pour consulter le dossier [d’assistance éducative]* »¹⁴⁷³.

486. Plus récemment, la Cour de cassation fut saisie de questions relatives à la possibilité pour l’épouse de la mère de demander l’adoption plénière de l’enfant de celle-ci, né d’une procréation médicalement assistée à l’étranger¹⁴⁷⁴. Nouvelle, l’interrogation faisait suite à la réforme opérée par la loi du 17 mai 2013¹⁴⁷⁵. Elle présentait à l’évidence un caractère sérieux et était susceptible de se poser dans un grand nombre de litiges, l’insémination artificielle étant strictement encadrée en droit français et plus largement permise dans certains Etats limitrophes. Les avis sollicités par les juges du fond comportaient une référence à l’exception de fraude. Le libellé de la question était précis, surtout dans la seconde saisine. Le tribunal de grande instance d’Avignon avait mis en exergue l’éventualité d’une fraude à la loi sur l’adoption, « *et notamment aux articles 343 et 345-1 du Code civil, et au Code de la santé publique* »¹⁴⁷⁶. L’hypothèse était également visée dans la question posée par le tribunal de grande instance de Poitiers¹⁴⁷⁷, mais la Cour de cassation recommanda la recevabilité de la requête en adoption plénière¹⁴⁷⁸. En effet, l’article 345-1 du Code civil autorise l’adoption plénière de l’enfant du conjoint lorsque la filiation est vacante. L’absence de référence à la notion de fraude dans l’avis

¹⁴⁷² Décr. n° 2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la transmission de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *JORF*, 12 avr. 2009, n° 0087, p. 6418.

¹⁴⁷³ CPC, art. 1187-1.

¹⁴⁷⁴ Cass. Avis., 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et 14-70.007, *AJ fam.* 2014.2031, comm. LEROYER ; *RTD Civ.* 2014.872, obs. HAUSER.

¹⁴⁷⁵ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁴⁷⁶ Cass. Avis., 22 sept. 2014, n° 14-70.007, préc.

¹⁴⁷⁷ Cass. Avis., 22 sept. 2014, n° 14-70.006, préc.

¹⁴⁷⁸ Cass. Avis., 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et n° 14-70.007 : « *Le recours à l’assistance médicale à la procréation, sous la forme d’une insémination artificielle avec donneur anonyme à l’étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l’adoption, par l’épouse de la mère, de l’enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l’adoption sont réunies et qu’elle est conforme à l’intérêt de l’enfant* ».

rendu semblait pourtant surprenante, la Cour de cassation ayant éludé une partie de la question posée par les juges du fond. Seule l'éventualité d'une fraude aux règles applicables à l'adoption avait été évoquée. En l'occurrence, elle n'était pas caractérisée. L'éventualité d'un détournement des dispositions encadrant le recours à la procréation médicalement assistée ne fut pas envisagée. Le communiqué associé à ces avis exprima clairement la position de la Cour de cassation sur la question : « *en France, certes sous conditions, cette pratique médicale est autorisée : dès lors, le fait que des femmes y aient eu recours à l'étranger ne heurte aucun principe essentiel du droit français* »¹⁴⁷⁹. En d'autres termes, « *la solution fondée sur la fraude est écartée parce que l'atteinte à l'ordre public familial qui en résulte n'est pas si grave, à l'inverse de celle résultant de la gestation pour autrui* »¹⁴⁸⁰. La Cour de cassation a indéniablement retenu une approche libérale du problème soulevé par les juges du fond. Certains ont accueilli ces avis avec « *soulagement* »¹⁴⁸¹, d'autres ont estimé que la Cour « *a choisi de jeter l'éponge et de ne plus défendre les interdits légaux de l'assistance médicale à la procréation* »¹⁴⁸². L'infléchissement en faveur de la filiation homoparentale est évident. La cour d'appel de Limoges a d'ores et déjà respecté ces avis¹⁴⁸³. Les juges du fond peuvent néanmoins s'y opposer, comme l'a décidé le tribunal de grande instance de Cahors en constatant une fraude à la loi en de telles circonstances¹⁴⁸⁴. La solution encourt cependant la critique car la Cour de cassation a tranché le débat, en excluant expressément le recours à la notion de fraude en ces situations.

487. L'absence de force impérative des avis rendus par la Cour de cassation doit donc être appréhendée avec prudence. Ses avis ont un impact sur la fonction jurisprudentielle, puisqu'ils révèlent aux juges du fond sa position. Ils éclairent le législateur et figurent dans le rapport annuel. De plus, le Code de procédure civile prévoit leur publication au journal officiel, sur décision de la Cour¹⁴⁸⁵. L'importance de sa fonction consultative est ainsi soulignée, mais le faible nombre des saisines nuit à son

¹⁴⁷⁹ Disponible sur le site de la Cour de cassation www.courdecassation.fr.

¹⁴⁸⁰ LEROYER, A.-M., « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014. 2031.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*

¹⁴⁸² NEIRINCK, C., « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption plénière par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2014, comm. 160.

¹⁴⁸³ CA Limoges, ch. civ., 2 mars 2015, n° 14/01060.

¹⁴⁸⁴ TGI Cahors, 12 juin 2015, préc.

¹⁴⁸⁵ CPC, art. 1031-6.

efficacité. En droit de la famille, les magistrats y ont recours avec parcimonie. Certaines difficultés procédurales ont pourtant été résolues par ce moyen, tandis que la Cour n'hésite plus à s'exprimer sur des problèmes de société importants. L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* lui offre aussi la possibilité de mettre en lumière ces débats.

II. La question prioritaire de constitutionnalité en droit de la famille

488. Depuis le 1^{er} mars 2010, les justiciables peuvent saisir le Conseil constitutionnel¹⁴⁸⁶, en soulevant une question prioritaire de constitutionnalité devant les juges du fond ou la Cour de cassation. Une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut dorénavant être dénoncée. La réforme fut un succès, notamment en droit de la famille. Ce contrôle de constitutionnalité *a posteriori* doit toutefois être appréhendé avec prudence, au risque de déstabiliser l'ordre juridique dans son ensemble. La Cour de cassation a peu à peu précisé les conditions de la question prioritaire de constitutionnalité (§1) et occupe une place centrale dans sa mise en œuvre (§2).

§1. La formation d'une question prioritaire de constitutionnalité

489. L'ouverture du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été conçue pour assurer aux justiciables une garantie effective des droits et libertés garantis par la Constitution, tout en évitant un encombrement trop important des juridictions qui en supportent la charge. L'encadrement des questions prioritaires de constitutionnalité est essentiel sur le plan procédural (A) et sur le plan substantiel (B).

¹⁴⁸⁶ L. const. n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

A. La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité

490. Le justiciable qui entend dénoncer une disposition législative non conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution doit respecter une procédure spécifique. La formation d'une question prioritaire de constitutionnalité s'inscrit dans un contexte déterminé (1), comme son traitement par la juridiction compétente (2).

1) Le contexte autorisant la formation d'une question prioritaire de constitutionnalité

491. La formation d'une question prioritaire de constitutionnalité suppose d'identifier les parties à l'instance. La question doit en effet être « *soutenue* »¹⁴⁸⁷. Elle ne peut être soulevée d'office par le juge (a). En outre, une action en justice doit avoir été préalablement introduite. Alléguer de l'inconstitutionnalité d'une règle de droit de la famille ne suffit pas à constituer l'objet de l'instance (b).

a) Les conditions relatives à l'auteur d'une question prioritaire de constitutionnalité

492. L'ouverture du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est subordonnée à la qualité de partie à l'instance au cours de laquelle la question est posée. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette condition. Dans sa décision relative à la loi organique du 10 décembre 2009, il a précisé que « *les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient [...] de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »¹⁴⁸⁸. Le demandeur, le défendeur et le tiers intervenant sont seuls autorisés à former une question prioritaire de constitutionnalité devant les juges du fond ou la Cour de cassation. Les spécificités du droit de la famille incitent à préciser le propos. Il importe de rappeler que le mineur est rarement considéré comme une partie à l'instance. Quant au ministère public, il est fréquemment concerné par les instances relatives au droit de la famille. Tel est le cas lorsque le litige porte sur l'annulation d'un mariage, notamment sur

¹⁴⁸⁷ Const. 4 octobre 1958, art. 61-1.

¹⁴⁸⁸ Cons. const. 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, *RFDA* 2010.627, comm. RAMBAUD et ROBLLOT-TROIZIER.

le fondement des articles 146 ou 180 du Code civil. Si le procureur de la République a la qualité de partie, il est recevable à former une question prioritaire de constitutionnalité. S'il n'en a pas pris l'initiative, il doit en être avisé¹⁴⁸⁹. Il peut ainsi communiquer ses observations sur la question aux magistrats du siège.

493. Conformément à l'esprit de la réforme, l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 empêche le juge de se saisir d'office d'une question prioritaire de constitutionnalité. La prohibition vise tant les juges du fond que la Cour de cassation. Le principe peut sembler surprenant, puisque le moyen fondé sur l'inconstitutionnalité est d'ordre public¹⁴⁹⁰. L'interdiction s'étend à la rédaction de la question. Ni les juges du fond, ni la Cour de cassation ne sont autorisés à modifier son libellé. Ils ne peuvent accroître le champ des droits et libertés sur lesquels la question prend appui, de même qu'il leur est interdit de motiver différemment le grief d'inconstitutionnalité élevé à l'encontre de la disposition législative visée. La Cour de cassation a rappelé cette limite¹⁴⁹¹. Un juge aux affaires familiales avait modifié le libellé d'une question soulevant l'inconstitutionnalité de l'article 272 alinéa 2 du Code civil, alors que son auteur s'était contenté de mentionner « *la conformité de [la disposition], notamment pour l'application et l'interprétation qui en sont faites, aux principes d'égalité et d'égalité devant la loi* » garantis par la Constitution. La question formulée par le juge visait « *les dispositions de l'article 272 alinéa 2 du Code civil, en tant qu'elles sont interprétées en ce sens que les pensions militaires d'invalidité ne figurent pas au nombre des sommes exclues, par ledit article, des ressources que le juge prend en considération pour fixer la prestation compensatoire* ». La Cour de cassation décida qu'il n'appartenait pas au juge de modifier la teneur de la question prioritaire de constitutionnalité posée une partie, « *de sorte que c'est au regard de la formulation arrêtée par celle-ci* » qu'elle se prononça¹⁴⁹².

494. En effet, il importe que la formulation de la question prioritaire de constitutionnalité soit claire et précise. Sa formation suppose d'ailleurs l'intervention

¹⁴⁸⁹ L. org. n° 1523-2009 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, art. 23-1.

¹⁴⁹⁰ MATHIEU, B., « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit.- A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *JCP G* 2009. I. 602.

¹⁴⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2014, n° 14-40.007, *RTD Civ.* 2014.345, obs. HAUSER.

¹⁴⁹² *Ibid.*

d'un auxiliaire de justice dans les matières où la représentation est obligatoire. Il appartient par conséquent aux membres du barreau de s'initier à la rédaction de ces moyens. En droit de la famille, le nombre important de questions prioritaires de constitutionnalité révèle l'intérêt porté à la réforme par les acteurs du monde judiciaire. Dans l'intérêt de leurs clients, les avocats se sont emparés du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*¹⁴⁹³. A ces fins, le décret d'application du 16 février 2010¹⁴⁹⁴ a prévu l'extension de plein droit du bénéfice de l'aide juridictionnelle lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée¹⁴⁹⁵. En outre, une majoration est allouée aux avocats en cas d'intervention devant le Conseil constitutionnel¹⁴⁹⁶.

495. La question prioritaire de constitutionnalité ne saurait être détournée de sa finalité, qui est de servir les intérêts des justiciables. Les conditions de sa mise en oeuvre satisfont à cet impératif, à tout moment de la procédure dès lors qu'une instance est pendante devant une juridiction relevant de la Cour de cassation.

b) Le moment de la question prioritaire de constitutionnalité

496. L'article 61-1 de la Constitution permet de former une question prioritaire de constitutionnalité « *à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction* ». Cette disposition a été précisée par l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 qui vise les « *juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation* »¹⁴⁹⁷. Le juge aux affaires familiales est donc compétent pour examiner une question prioritaire de

¹⁴⁹³ Devant la Cour de cassation, la procédure n'échappe pas au monopole de représentation des avocats aux Conseils. Elle entraîne de ce fait un surcoût inévitable, de l'ordre de cinq mille euros selon les estimations les plus avisées. A l'occasion des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi organique du 10 décembre 2009, des suggestions avaient été émises pour amoindrir cette charge financière. Monsieur Cassia avait par exemple conseillé d'instaurer « *une assistance judiciaire de plein droit, sans conditions de ressources, pour l'ensemble des parties, devant les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel* ». Cette proposition ne fut toutefois pas retenue. – Rapport de l'Assemblée nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 1898.

¹⁴⁹⁴ Décr. n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de a question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

¹⁴⁹⁵ Décr. 16 fév. 2010, art. 53-1.

¹⁴⁹⁶ L. 10 déc. 2009, art. 23-12.

¹⁴⁹⁷ Il a été précisé que « *cette mention permet de couvrir un champ très large, qui inclut aussi bien les juridictions d'instruction que les juridictions de jugement, les juridictions du fond que les juridictions provisoires, les juridictions de droit commun que les juridictions spécialisées* » - Rapp. AN, préc., p. 41.

constitutionnalité, qu'il intervienne dans le cadre d'un divorce ou à l'occasion d'une instance relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le juge des enfants, chargé de la procédure d'assistance éducative, l'est aussi. Il en va de même pour le tribunal de grande instance, en matière contentieuse comme en matière gracieuse. Les instances relatives à la filiation, à l'adoption, ou à la validité d'un mariage ont suscité des questions prioritaires de constitutionnalité. Le degré de la juridiction n'a pas plus d'incidence que sa nature sur la recevabilité de la question. La Constitution et la loi organique ne distinguent pas selon le stade de la procédure. La question peut aussi être posée devant les chambres de la famille près les cours d'appel et l'article 23-5 de la loi du 10 décembre 2009 autorise à la soulever pour la première fois à l'occasion d'un pourvoi en cassation. Le régime de la question prioritaire de constitutionnalité est donc radicalement différent de celui réservé aux exceptions de procédure.

497. De plus, la question prioritaire de constitutionnalité doit être soulevée lors d'une instance en cours. Sa recevabilité est liée à celle de la demande au fond. L'instance doit exister pour que l'une des parties puisse contester la constitutionnalité d'une disposition législative. Un tempérament à ce principe est toutefois prévu par l'article 23-9 de la loi organique du 10 décembre 2009 : la question prioritaire de constitutionnalité acquiert une autonomie absolue dès qu'elle a été transmise au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation¹⁴⁹⁸. La mort de l'un des époux durant l'instance en divorce n'aurait donc aucune incidence sur l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel, lorsque sa saisine a précédé le décès. Mais si l'extinction de l'instance préexiste au renvoi, la question est irrecevable. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est conçu pour produire un effet utile aux justiciables qui l'ont provoqué, tout en répondant au souci d'une bonne administration de la justice.

2) L'encadrement procédural de la question prioritaire de constitutionnalité

498. La question prioritaire de constitutionnalité est soumise à une procédure qui lui est propre, et qui diffère selon qu'elle est soulevée devant les juges du fond (a) ou devant la Cour de cassation (b).

¹⁴⁹⁸ L. 10 déc. 2009, art. 23-9.

a) La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant les juges du fond

499. Une question prioritaire de constitutionnalité peut valablement être formée devant toutes les juridictions susceptibles de connaître d'un problème de droit de la famille. Le support de la question consiste en un écrit à part et motivé. Cette formalité rédactionnelle est prescrite par la loi organique du 10 décembre 2009¹⁴⁹⁹ et par le Code de procédure civile¹⁵⁰⁰. L'exigence a pour objet de « *faciliter le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité et [de] permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure, si cette question doit être transmise (...) à la Cour de cassation* »¹⁵⁰¹. Ce choix procédural souligne la nature particulière de la question. Des difficultés pratiques peuvent toutefois en résulter. L'oralité des débats devant le juge aux affaires familiales¹⁵⁰² ne dispense pas de la rédaction d'un écrit les parties qui entendent soulever une question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁰³. A défaut, son irrecevabilité serait soulevée d'office¹⁵⁰⁴. En outre, la procédure n'échappe pas à la contradiction. Les parties sont entendues ou appelées¹⁵⁰⁵, peuvent présenter leurs observations et à ce titre, le parallélisme des formes est de rigueur¹⁵⁰⁶. Le ministère public est également avisé¹⁵⁰⁷, même s'il n'est pas partie à l'instance.

500. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le juge « *statue sans délai* » sur sa transmission à la Cour de cassation¹⁵⁰⁸. La recherche d'efficacité dans la procédure est constante. L'obligation permet également de lutter contre d'éventuelles manœuvres dilatoires. A ces fins, le juge vérifie la réunion des conditions relatives à

¹⁴⁹⁹ L. 10 déc. 2009, art. 23-1.

¹⁵⁰⁰ CPC, art. 126-2.

¹⁵⁰¹ Cons. const., 3 déc. 2009, préc.

¹⁵⁰² A l'exception de la procédure de divorce.

¹⁵⁰³ Voir : BORNEIX, A., « Présenter une QPC devant les juridictions aux affaires familiales : règles procédurales et pièges juridictionnels », *AJ fam.* 2012, p. 588 ; BRIAND, L., « La question prioritaire de constitutionnalité devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2010, p. 127.

¹⁵⁰⁴ CPC, art. 126-2.

¹⁵⁰⁵ CPC, art. 126-4.

¹⁵⁰⁶ CPC, art. 126-2.

¹⁵⁰⁷ L. 10 déc. 2009, art. 23-1.

¹⁵⁰⁸ CPC, art. 126-4.

l'objet de la question. Le greffe avise en toute hypothèse les parties et le ministère public par tout moyen et sans délai de la décision qui en résulte¹⁵⁰⁹. Le refus doit être motivé. La contestation est ouverte à l'occasion d'un recours formé contre tout ou partie du litige¹⁵¹⁰. La Cour de cassation peut donc être saisie d'un pourvoi dénonçant le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. A l'inverse, la décision de transmission est une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours¹⁵¹¹. Elle a des conséquences sur l'instance en cours.

501. Selon l'article 23-3 de la loi organique du 10 décembre 2009, « *lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'état ou de la Cour de cassation ou s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel* ». Cette disposition tend à éviter d'inutiles perturbations du cours de la justice. Le mécanisme est mis en œuvre par les juridictions, « *dans la mesure où de la réponse apportée à la question de constitutionnalité soulevée peut dépendre l'issue même du litige* »¹⁵¹². En outre, le prononcé du sursis n'entraîne pas le blocage total de l'instance en cours. L'instruction n'est pas suspendue. Des mesures provisoires ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. Par exemple, la formation d'une question prioritaire de constitutionnalité est possible au cours de l'instance en divorce et n'empêche pas le juge aux affaires familiales d'encadrer les prérogatives respectives des époux vis-à-vis de leurs enfants et de leur patrimoine, dans l'attente de la réponse de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel.

502. Prononcer un sursis à statuer peut parfois porter préjudice aux parties. Des aménagements ont donc été prévus. Le sursis à statuer est facultatif lorsqu'il « *[risque] d'entraîner des conséquences irréremédiables ou manifestation excessives pour les droits d'une partie* »¹⁵¹³. En ce cas, « *la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés* »¹⁵¹⁴. Elle « *peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai*

¹⁵⁰⁹ CPC, art. 126-7.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ L. 10 déc. 2009, art. 23-3.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

déterminé »¹⁵¹⁵. Dans une procédure d'assistance éducative, qui comporte ce type de contraintes¹⁵¹⁶, le juge des enfants peut refuser de prononcer un sursis lorsque les circonstances l'exigent. Sa décision est toutefois exposée à un risque important si la disposition législative qui lui sert de fondement est jugée inconstitutionnelle. Ce danger ne peut être écarté. Pour y remédier, la prudence commande de surseoir à statuer. En effet, le grief tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative n'est pas un moyen comme les autres. Les conditions dans lesquelles il est susceptible d'être soulevé révèlent sa singularité, devant les juges du fond comme devant la Cour de cassation.

b) La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour de cassation

503. La Cour de cassation assure le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont transmises par les juges du fond. L'inconstitutionnalité d'une disposition législative peut aussi être soulevée pour la première fois devant elle¹⁵¹⁷, à l'occasion d'un pourvoi. La loi organique du 10 décembre 2009¹⁵¹⁸ et le Code de procédure civile¹⁵¹⁹ envisagent un régime propre à l'instance de cassation. A l'égard des conditions substantielles autorisant le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, les vérifications sont identiques selon que la question a été formée devant les juges du fond ou directement devant la Cour.

504. L'article 23-5 de la loi organique du 10 décembre 2009 impose la remise d'un mémoire distinct et motivé. Le requérant est tenu d'établir un mémoire ampliatif dénonçant le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative et un mémoire contenant la question prioritaire de constitutionnalité. Le grief doit être clairement énoncé, à peine d'irrecevabilité. Comme pour l'écrit contenant une question transmise par les juges du fond, le mémoire est remis au premier président de la Cour de cassation¹⁵²⁰. Si tel n'a pas encore été le cas, le ministère public est immédiatement avisé.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ Voir : CPC, art. 1185 et 1193.

¹⁵¹⁷ L. 10 déc. 2009, art. 23-5.

¹⁵¹⁸ L. 10 déc. 2009, art. 23-4 et s.

¹⁵¹⁹ CPC, art. 126-8 et s.

¹⁵²⁰ L. 10 déc. 2009, art. 23-5.

Il appartient également à la Cour de cassation d'organiser le contradictoire sur de la question prioritaire de constitutionnalité, et le Conseil constitutionnel y est attentif¹⁵²¹. Les parties ont un délai d'un mois pour faire connaître leurs éventuelles observations¹⁵²². En cas d'urgence, ce temps peut être réduit sur décision de la formation vers laquelle l'affaire a été dirigée¹⁵²³. Les mêmes formes doivent être respectées devant la Cour, puisque les observations des parties sont nécessairement contenues dans un mémoire en réponse, soumis aux règles régissant le pourvoi.

505. La formation de jugement de la question prioritaire de constitutionnalité est alors réunie. Plénière, elle comprend le premier président de la Cour de cassation, les présidents de chacune des chambres et deux conseillers appartenant à la chambre spécialement concernée¹⁵²⁴. Le risque d'encombrer encore davantage la juridiction a été pris en considération. Lorsque la solution paraît s'imposer, la question prioritaire est examinée par une formation restreinte composée de trois magistrats appartenant à la chambre qui connaît des pourvois dans la matière considérée¹⁵²⁵. Les magistrats siégeant au sein de la première chambre civile sont compétents pour connaître des moyens fondés sur l'inconstitutionnalité relatifs au droit de la famille. L'orientation des questions prioritaires de constitutionnalité suit celle des pourvois¹⁵²⁶, ce qui favorise la cohérence interne de la Cour et participe à l'efficacité du filtrage qui lui incombe.

506. Quelle que soit l'issue des débats, la Cour de cassation rend une décision motivée dans les trois mois à compter de la réception de la question¹⁵²⁷. Le cas échéant, le refus de renvoi est communiqué à la juridiction qui est à l'origine de sa transmission¹⁵²⁸. Il est aussi notifié aux parties dans les huit jours de son prononcé¹⁵²⁹ et une copie est adressée au Conseil constitutionnel¹⁵³⁰. La décision de renvoyer la question au Conseil est soumise aux mêmes exigences¹⁵³¹. Elle entraîne aussi un sursis à statuer, facultatif en

¹⁵²¹ Cons. const., 3 déc. 2009, préc.

¹⁵²² CPC, art. 126-10.

¹⁵²³ CPC, art. 126-11.

¹⁵²⁴ L. 10 déc. 2009, art. 23-6.

¹⁵²⁵ COJ, art. R.461-1.

¹⁵²⁶ Voir n° 395 et s.

¹⁵²⁷ L. 10 déc. 2009, art. 23-6.

¹⁵²⁸ *Ibid.*

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ *Ibid.*

¹⁵³¹ *Ibid.*

cas d'urgence¹⁵³². La Cour de cassation n'a pas encore mis en oeuvre cette possibilité. Les spécificités du droit de la famille pourraient toutefois l'y inciter. Une procédure urgente existe déjà devant elle, lorsque les circonstances le justifient¹⁵³³. En outre, l'absence de réponse dans les trois mois suivant la réception de la question entraîne un renvoi automatique au Conseil constitutionnel¹⁵³⁴, ce qui écarte le risque de retard excessif dans le déroulement de la procédure. Il appartient à la Cour de cassation d'exercer son filtrage dans les délais impartis. Pour ce faire, la formation compétente, plénière ou restreinte, vérifie la réunion des conditions de renvoi de la question au Conseil constitutionnel. Ces critères d'examen diffèrent devant la Cour de cassation, notamment pour le caractère sérieux de la question. Lorsque la question est formée pour la première fois au cours de l'instance de cassation, elle échappe au contrôle des juges du fond. Aucune incohérence ne résulte de l'absence de double filtrage. La Cour n'est pas liée par la motivation exprimée par les juges du fond et peut apporter d'indispensables précisions sur les modalités d'application de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.

B. Les conditions substantielles de la question prioritaire de constitutionnalité

507. La finalité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est énoncée par l'article 61-1 de la Constitution. La Cour de cassation veille à préserver les objectifs de la réforme du 23 juillet 2008 (1). A ce titre, elle rappelle la nécessité de distinguer entre la question prioritaire de constitutionnalité et le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une règle juridique (2).

1) Le domaine de la question prioritaire de constitutionnalité en droit de la famille

508. La question prioritaire de constitutionnalité vise à faire constater, par le Conseil constitutionnel, la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité d'une « *disposition législative* »¹⁵³⁵ aux « *droits et libertés garantis par la Constitution* »¹⁵³⁶. Les normes

¹⁵³² L. 10 déc. 2009, art. 23-5.

¹⁵³³ Voir n° 304 et s.

¹⁵³⁴ L. 10 déc. 2009, art. 23-7.

¹⁵³⁵ Const. 4 octobre 1958, art. 61-1.

¹⁵³⁶ *Ibid.*

constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux sont les seuls instruments de contrôle. Il importe de déterminer celles ayant trait au droit de la famille (a). La notion de « *disposition législative* » suppose d'identifier les règles juridiques concernées par la question prioritaire de constitutionnalité (b).

a) Les droits et libertés garantis par le Conseil constitutionnel

509. Toutes les dispositions contenues dans la Constitution ne permettent pas de déclencher un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La question soulevée par le justiciable doit avoir trait « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* »¹⁵³⁷. Les règles de procédure et de compétence consacrées par l'instrument ne s'y prêtent pas. Or les dispositions relatives à la famille sont rares dans le corps même du texte. L'article 1^{er}, qui consacre l'égalité de tous devant la loi, proclame un droit fondamental susceptible d'être invoqué à l'encontre d'une disposition législative en droit de la famille. Cela a déjà été le cas¹⁵³⁸. La question dénonçait une atteinte au principe d'égalité par l'article 757-3 du Code civil, qui exclut les collatéraux du bénéfice du droit de retour quand le défunt n'était pas marié, mais engagé dans les liens d'un pacte civil de solidarité¹⁵³⁹. Elle n'a toutefois pas été renvoyée. L'impossibilité pour le père biologique de se soustraire à une déclaration judiciaire de paternité fit également l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, non transmise au Conseil constitutionnel¹⁵⁴⁰. L'article 66 de la Constitution justifia la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation par les juges du fond : l'ancienne interdiction de contracter mariage entre des personnes du même sexe fut dénoncée comme portant atteinte à la liberté individuelle¹⁵⁴¹.

510. Le libellé de l'article 61-1 de la Constitution ne doit cependant pas être appréhendé de manière formelle. Dans une célèbre décision rendue en 1971, le Conseil

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, n° 14-20.587.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2013, n° 13-40.001, *D.2013.1436*, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD Civ.* 2013.361, obs. HAUSER. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 5 juil. 2012, n° 12-12.356, *RTD Com.* 2012.550, POLLAUD-DULIAN.

¹⁵⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2010, n° 10-40.042, *D.2011.209*, obs. ROUX.

constitutionnel a en effet précisé le contenu du bloc de constitutionnalité¹⁵⁴². La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que les Préambules des Constitutions de 1946 et de 1958 ont acquis valeur constitutionnelle. De nombreux droits et libertés en découlent. Par exemple, la liberté du mariage a été rattachée à la liberté personnelle, puis individuelle¹⁵⁴³. Elle prend appui sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité ont été formées pour dénoncer une atteinte à ce principe¹⁵⁴⁴. Le droit de mener une vie familiale normale est également garanti, sans pour autant bénéficier d'un support textuel exprès : consacré par le Conseil constitutionnel, il repose sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946 aux termes duquel « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Il fut invoqué au soutien de questions portant sur la prohibition d'une filiation incestueuse¹⁵⁴⁵, ou sur la réalisation d'expertises biologiques post mortem¹⁵⁴⁶. Les droits et libertés garantis par la Constitution ne puisent donc pas exclusivement leurs sources dans ses articles.

511. Le champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité est potentiellement large en droit de la famille. Au sein du bloc de constitutionnalité, de nombreuses dispositions concernent la matière familiale. Seuls les objectifs à valeur constitutionnelle sont exclus du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette limite a été récemment rappelée par la Cour de cassation. Elle refusa de transmettre au Conseil constitutionnel une question relative à l'article 388-1 du Code civil¹⁵⁴⁷. Les termes employés par le législateur étaient critiqués. Ce texte prévoit l'encadrement de l'audition du mineur en justice. Le cas échéant, il autorise le juge à écarter la personne choisie par l'enfant pour l'accompagner. Au cours d'une instance relative à l'exercice de l'autorité parentale, un juge aux affaires familiales avait exclu la participation d'un père à l'audition de ses enfants. Celui-ci avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité. Entre autres griefs, il dénonçait l'absence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Or ce

¹⁵⁴² Cons. const., 16 juil. 1971, n° 71-44 DC.

¹⁵⁴³ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *RFDA* 1993.871, GENEVOIS ; Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, *D.* 2004.1405, obs. LECUCQ ; *RTD Civ.* 2004.65, obs. HAUSER.

¹⁵⁴⁴ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012, n° 12-40.019 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2010, préc.

¹⁵⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 12-40.021.

¹⁵⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 2011, n° 11-10.769.

¹⁵⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 23 oct. 2013, n° 13-40.054.

principe est reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle¹⁵⁴⁸. La référence à l'intérêt du mineur, imprécise, empêchait selon lui de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire. La Cour de cassation considéra cependant que « *la méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité* ». La question doit nécessairement viser des droits et libertés garantis par la Constitution. L'objectif à valeur constitutionnelle ne suffit pas à répondre à cette qualification.

512. Les précisions apportées par la Cour de cassation aident à cerner la dimension du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* offert aux parties à une instance. Les questions prioritaires de constitutionnalité susceptibles d'être soulevées peuvent être fondées sur des normes d'origine diverse. Elles doivent aussi être dirigées contre une disposition législative.

b) La notion de disposition législative

513. Lors des débats parlementaires ayant abouti à la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la notion de « *disposition législative* » a été substituée à celle de « *loi* » initialement mentionnée. Cette modification a permis de diriger les questions prioritaires de constitutionnalité contre une partie d'un texte législatif, sans viser son intégralité. Le choix terminologique est opportun. Toute disposition législative portant atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, sans restriction temporelle, matérielle, organique ni formelle. Le contrôle de constitutionnalité organisé par l'article 61-1 de la Constitution ne concerne pas seulement les lois adoptées par le Parlement. Les dispositions réglementaires sont exclues, mais pas les ordonnances ratifiées. La pratique des habilitations législatives s'est considérablement développée en de nombreux domaines, dont le droit de la famille. A titre d'exemple, l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁵⁴⁹ portant réforme de la filiation avait été

¹⁵⁴⁸ Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *RTD Civ.* 2000. 186, obs. MOLFESSIS.

¹⁵⁴⁹ Ord. n° 2005-759 du 4 juil. 2005, préc.

prise sur le fondement d'une habilitation délivrée en vertu de l'article 38 de la Constitution. Certes, des questions prioritaires de constitutionnalité sont valablement formées à l'encontre des articles 310 et suivants du Code civil, l'ordonnance ayant été ratifiée par une loi du 16 janvier 2009¹⁵⁵⁰. L'article 3 de la loi du 16 février 2015¹⁵⁵¹ a également autorisé récemment le gouvernement à prendre des mesures pour renforcer les pouvoirs du juge saisi d'une demande de divorce dans la procédure de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux. A défaut de ratification par le Parlement, les éventuelles questions prioritaires de constitutionnalité dirigées contre ces dispositions seraient irrecevables.

514. Outre l'origine de la disposition visée, l'intégration de la jurisprudence dans le champ du contrôle de constitutionnalité fut discutée. L'article 61-1 de la Constitution ne le prévoit pas expressément. La Cour de cassation refusa d'abord de renvoyer une question dirigée contre sa propre jurisprudence¹⁵⁵². Réunie en Assemblée plénière, elle confirma cette impossibilité¹⁵⁵³ mais fut contredite par le Conseil constitutionnel. Une question prioritaire de constitutionnalité avait été formée par un couple de femmes au cours d'une instance relative à une adoption simple¹⁵⁵⁴. Elles dénonçaient l'inapplicabilité de l'article 365 du Code civil à leur situation, au regard du droit à mener une vie familiale normale, du principe de non-discrimination et du principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Conseil constitutionnel conclut à la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil et apporta des précisions sur la notion de disposition législative : « *la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil doit être examinée non pas en ce que cet article institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique, mais en ce qu'il a pour effet d'interdire en principe l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin* »¹⁵⁵⁵. L'interprétation de la disposition,

¹⁵⁵⁰ L. n° 2009-61 du 16 jan. 2009, ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF*, n° 0015, 18 jan. 2009, p. 1062.

¹⁵⁵¹ L. n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, *JORF*, n° 0040, 17 fév. 2015, p. 2961.

¹⁵⁵² Cass. Crim., 19 mai 2010, n° 09-82.582, n° 09-87.578 ; Cass. crim., 11 juin 2010, n° 09-87.884.

¹⁵⁵³ Cass. ass. plén., 9 juil. 2010, n° 10-40.010, *RTD Civ.* 2010.508, obs. DEUMIER.

¹⁵⁵⁴ Cass. ass. plén., 8 juil. 2010, préc.

¹⁵⁵⁵ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *RTD Civ.* 2010. 776, obs. HAUSER.

telle qu'elle était retenue par la Cour de cassation¹⁵⁵⁶, fut placée au centre des débats : « *en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »¹⁵⁵⁷. La solution retenue par le Conseil constitutionnel mérite approbation. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* offre au justiciable une protection accrue des droits et libertés que la Constitution lui garantit. Il serait dès lors surprenant de réserver un « *meilleur sort* »¹⁵⁵⁸ à la jurisprudence qu'à la loi. De plus, la question prioritaire consiste à dénoncer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative après son entrée en vigueur¹⁵⁵⁹. Ce n'est pas tant la lettre de la loi qui est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux, que son application par les tribunaux.

515. La Cour de cassation a dû admettre la solution retenue par le Conseil constitutionnel. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre des personnes du même sexe, elle s'abstint de justifier le refus de transmission par l'impossibilité de contrôler l'interprétation d'une disposition législative¹⁵⁶⁰. Les requérants dénonçaient une atteinte à la liberté individuelle par les articles 144 et 75 du Code civil en tant qu'ils interdisaient le mariage entre personnes de même sexe. La prohibition avait été consacrée dans un arrêt très remarqué du 13 mars 2007¹⁵⁶¹. La Cour de cassation avait jugé que selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Il s'agissait en l'occurrence d'une interprétation jurisprudentielle, fondée sur la lettre du Code civil. La recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité obligeait à intégrer la jurisprudence dans le domaine du contrôle et cela fut le cas. La Cour décida de renvoyer la question, tout en gardant le silence sur la nature des règles juridiques contestées. Ce faisant, elle rallia implicitement l'approche du Conseil constitutionnel. La jurisprudence peut ainsi faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, au même titre qu'une disposition législative.

¹⁵⁵⁶ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ. 20 fév. 2007, préc.

¹⁵⁵⁷ Cons. const., 6 oct. 2010, préc.

¹⁵⁵⁸ CHENEDE, F., « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle de l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010.2744.

¹⁵⁵⁹ PERRIER, J-B., « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions législatives : épilogue et retour au dialogue ? », *Procédures*, n° 7, juil. 2011, al. 37.

¹⁵⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2010, préc.

¹⁵⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, préc.

516. La Cour de cassation a également indiqué les limites de ce contrôle, en refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel une question dirigée contre sa propre jurisprudence¹⁵⁶². Le requérant dénonçait en l'occurrence un arrêt prétendument contraire aux droits et libertés garantis par la Cour de cassation. L'Assemblée plénière avait mis un terme définitif à la controverse concernant le droit à l'expertise biologique en droit de la filiation¹⁵⁶³. Cette solution était néanmoins contestée sans qu'aucune disposition législative ne fût visée. En conséquence, la première chambre civile jugea la question irrecevable. Elle apporta aussi des précisions sur la possibilité de contester l'interprétation jurisprudentielle des règles juridiques, en indiquant que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la Cour suprême compétente* ».

517. L'article 61-1 de la Constitution recouvre un large champ d'application en droit de la famille. Les dispositions dont la constitutionnalité peut être mise en cause sont nombreuses au regard des droits et libertés contenus dans le bloc de constitutionnalité. Le même constat prévaut lorsqu'est invoquée la contrariété d'une règle juridique à une norme du droit de l'Union européenne ou de droit international, ce qui peut susciter quelques difficultés particulières.

2) Les difficultés de l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité

518. Les instruments supranationaux sont exclus du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La finalité de la question prioritaire de constitutionnalité est distincte de celle du contrôle de conventionnalité. Elle consiste à assurer la prééminence de la Constitution. Mais la proximité substantielle entre ces modalités d'éviction d'une règle juridique est indéniable, ce qui rend leur articulation complexe (a). Par conséquent, une règle de priorité au profit du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été édictée (b).

¹⁵⁶² Cass. 1^{ère} civ., 27 fév. 2013, préc.

¹⁵⁶³ Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, préc.

a) L'exclusion des droits et libertés garantis par une convention internationale

519. L'article 61-1 de la Constitution énonce expressément la finalité de la question prioritaire de constitutionnalité : seule une disposition législative portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être critiquée. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne permet donc pas de contester la conformité d'une disposition législative aux droits fondamentaux consacrés par un instrument supranational. Cette solution ne surprend guère. Elle traduit la constance de la solution du Conseil constitutionnel depuis 1975¹⁵⁶⁴. Saisi *a priori* de la loi autorisant l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil avait jugé qu'« *il ne lui appartient pas d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ». Il avait aussi exclu l'article 55 de la Constitution du champ du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Bien que cette disposition confère aux traités une autorité supérieure à celle des lois, le respect du principe n'est pas assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution.

520. Le contrôle de conventionnalité appartient aux juges du fond et à la Cour de cassation. Il revêt une importance prépondérante en droit de la famille, notamment au regard de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre aussi la plupart des droits et libertés garantis par la Constitution¹⁵⁶⁵. En raison de la proximité substantielle existant entre leurs supports, le tracé d'une frontière étanche entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité est difficile. La Cour de cassation y est sensible. Le doute pesant sur l'inconstitutionnalité alléguée est atténué par un constat préalable de conventionnalité au profit de la disposition législative critiquée, comme le montrent les questions afférentes au divorce pour altération définitive du lien conjugal. Confrontée à un moyen dénonçant l'inconventionnalité de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, la Cour de cassation avait conclu à son inopérance¹⁵⁶⁶. Elle refusa ensuite de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité dénonçant l'existence du divorce pour altération définitive du lien

¹⁵⁶⁴ Cons. const., 15 jan. 1975, n° 74-54 DC. Voir : FAVOREU, L. et PHILIP, L., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd., 2011, p. 84, n° 9.

¹⁵⁶⁵ Voir n° 784 et s.

¹⁵⁶⁶ Cass. 2^e civ., 25 mars 1987, n° 85-12.262, *Bull. civ.* II, n° 76.

conjugal¹⁵⁶⁷. Le contrôle de conventionnalité avait été mené au regard du droit au respect de la vie privée et familiale, tandis que la question contraignait la Cour de cassation à prendre en considération le droit à mener une vie familiale normale et le principe d'égalité devant la loi. Les droits et libertés invoqués par les requérants reposaient sur des fondements distincts, mais présentaient un contenu similaire. Une modification de l'approche retenue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* aurait pu avoir une incidence sur le contrôle de conventionnalité.

521. La cohérence des jurisprudences judiciaire, constitutionnelle, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme est un impératif majeur. A défaut, la stabilité du droit de la famille serait menacée. Pour l'interprétation de l'article 365 du Code civil par exemple, la Cour de cassation avait d'abord rejeté le grief d'inconventionnalité¹⁵⁶⁸. L'auteur d'un pourvoi dénonçait sa non-conformité aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour avait d'abord approuvé les juges du fond pour avoir refusé d'admettre une requête en adoption simple formée par la concubine homosexuelle de la mère d'un enfant. Leur décision fut jugée conforme à la Convention européenne de droits de l'homme. L'article 365 du Code civil fit ensuite l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, transmise au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation¹⁵⁶⁹. Le Conseil considéra « *que le droit de mener une vie familiale normale n'est pas méconnu dès lors que, dans les faits, le parent de l'enfant a la liberté de vivre avec la personne de son choix, et de l'associer s'il le souhaite à l'éducation de l'enfant* »¹⁵⁷⁰. Des interrogations subsistaient sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la conventionnalité de cette interprétation. Elle se prononça dans l'arrêt *Gas et Dubois*

¹⁵⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 12-40.028.

¹⁵⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2007, n° 06-21.369, *Bull. civ. I*, n° 392, *D.2008.1028*, note MAUGER-VIELPAU.

¹⁵⁶⁹ Cass. ass. plén., 8 juil. 2010, préc.

¹⁵⁷⁰ CHENEDE, F., « Adoption simple : l'article 365 du Code civil conforme à la Constitution », *D. 2010. 2744*.

*contre France*¹⁵⁷¹, où la France ne fut pas condamnée. La même prudence fut observée dans les décisions relatives au mariage entre des personnes du même sexe¹⁵⁷².

522. La coexistence harmonieuse entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité est une nécessité. Chacune de ces modalités d'éviction d'une règle juridique présente des avantages et des inconvénients. La portée de la question prioritaire de constitutionnalité est accrue par rapport à celle de l'exception d'inconventionnalité. Le constat d'inconstitutionnalité vaut *erga omnes*¹⁵⁷³, tandis que la disposition nationale contraire à un instrument supranational n'est écartée que pour l'instance en cours. Le contrôle de conventionnalité peut néanmoins apparaître préférable aux justiciables. Il est mené par le juge ordinaire. Si la Cour peut apprécier la constitutionnalité d'une disposition législative en refusant de transmettre la question, l'inconstitutionnalité dénoncée ne peut être examinée que par le Conseil constitutionnel. Il en résulte un surcoût non négligeable¹⁵⁷⁴, ainsi qu'un allongement de la réponse judiciaire au problème opposant les parties. Pour favoriser la question prioritaire de constitutionnalité, une règle de priorité a été instaurée à son profit.

b) La règle de priorité au profit du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

523. Aux termes de l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009, « *la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation* ». Une règle de priorité identique a été instaurée devant les juridictions chargées du renvoi au Conseil constitutionnel¹⁵⁷⁵. Le système mis en place tend à renforcer la question prioritaire de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité. Il n'est pourtant pas sans inconvénient, comme l'a rapidement révélé la Cour de cassation.

¹⁵⁷¹ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *JCP G* n° 19, 7 mai 2012, p. 589, comm. GOUTTENNOIRE et SUDRE.

¹⁵⁷² Voir par ex. : CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, *JCP G* n° 41, 2010, p. 1013, obs. FULCHIRON, et Cons. const. 28 jan. 2011, n° 2010-92 QPC, *RTD civ.*, 2011, p. 326, obs. HAUSER.

¹⁵⁷³ Const. 4 octobre 1958, art. 62.

¹⁵⁷⁴ Voir n° 492.

¹⁵⁷⁵ L. 10 déc. 2009, art. 23-5.

Dès l'une de ses premières saisines pour une question prioritaire de constitutionnalité, elle posa une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵⁷⁶. Le requérant dénonçait la non-conformité d'une disposition législative à l'article 88-1 de la Constitution. Selon le moyen, ce texte conférait valeur constitutionnelle aux engagements résultant du traité de Lisbonne¹⁵⁷⁷.

524. A juste titre, la Cour de cassation interrogea la Cour de justice sur la compatibilité du caractère prioritaire du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* avec le droit de l'Union. Le développement des sources internationales du droit de la famille, notamment du droit de l'Union européenne, souligne d'ailleurs les enjeux de ce débat¹⁵⁷⁸. Il appartient en effet aux juridictions des Etats membres de faire « *tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union* »¹⁵⁷⁹. A ces fins, « *les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elle soulève des questions de comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part* »¹⁵⁸⁰. Or le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité retarde la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité. La question préjudicielle était fondée, bien que l'analyse retenue par la Cour de cassation pût sembler artificielle. La loi organique du 10 décembre 2009 ne constitue pas une entrave aussi manifeste au principe de primauté du droit de l'Union.

525. L'initiative de la Cour de cassation a permis à la Cour de justice de l'Union européenne d'apporter des précisions sur l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité *a posteriori*. Ces indications sont utiles au regard de l'évolution actuelle du droit de la famille. Le développement du droit privé communautaire tend d'ailleurs à multiplier les hypothèses de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne pour des problèmes ayant trait à cette matière¹⁵⁸¹. Dans une décision rendue

¹⁵⁷⁶ Cass. crim., 16 avr. 2010, n° 10-40.001.

¹⁵⁷⁷ Traité de Lisbonne, préc.

¹⁵⁷⁸ Voir n° 822 et s.

¹⁵⁷⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106/77. Voir : KARPENSCHIF, M. et NOURISSAT, C., *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 2^e éd., 2014, p. 91, n° 19.

¹⁵⁸⁰ CJCE, 16 jan. 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, aff. n° 166/73.

¹⁵⁸¹ Voir n° 826 et s.

le 22 juin 2010¹⁵⁸², la Cour de justice considéra que sous certaines réserves, le droit de l'Union européenne ne s'opposait pas à la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁸³ et qu'il appartenait « à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union »¹⁵⁸⁴. La question prioritaire de constitutionnalité ayant donné lieu à la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne avait d'ailleurs été résolue par anticipation¹⁵⁸⁵, l'article 88-1 de la Constitution n'étant pas garanti au titre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel jugea aussi que « l'autorité qui s'attache à [ses] décisions ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution »¹⁵⁸⁶.

526. La faculté de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne subsiste en toutes circonstances, tandis que l'épuisement des voies de recours internes peut aboutir à la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme. Au terme de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, la conformité à la Constitution d'une disposition législative n'y fait pas échec. Des difficultés nouvelles apparaissent alors. Les affaires ayant trait à l'expertise biologique *post mortem* en droit de la filiation le démontrent. La Cour européenne des droits de l'homme s'était prononcée sur le refus d'y procéder au cours d'une action en établissement de la filiation paternelle¹⁵⁸⁷, au motif que le droit pour le requérant de connaître ses origines prévalait sur le droit de ne pas être soumis à des analyses génétiques et sur la protection de la sécurité juridique au nom de l'intérêt général. La France fut condamnée pour violation de

¹⁵⁸² CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. n° C-188/10 et C-189/10. Voir : KARPENSCHIF, M. et NOURISSAT, C., *op. cit.*, p. 412, n° 93.

¹⁵⁸³ La compatibilité a été admise dès lors que « les autres juridictions nationales restent libres : a) de saisir à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaires ; b) d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ; et c) de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union » - *ibid.*

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ Cons. const., 12 mai 2010, *Jeux en ligne*, n° 2010-605 DC, D.2010.1229, note FOMBEUR.

¹⁵⁸⁷ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, req. n° 19535/08, *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2011, al. 72, obs. BRUGGEMAN.

l'article 8 de la convention. Peu après, la Cour de cassation renvoya l'examen de la conformité à la Constitution des dispositions prohibant le prélèvement de matériel génétique sur le défunt, sauf accord exprès de son vivant¹⁵⁸⁸. Le Conseil constitutionnel conclut à la constitutionnalité de l'article 16-11 du Code civil¹⁵⁸⁹ : « *en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts* »¹⁵⁹⁰. La mise en balance des intérêts en présence incita le Conseil à retenir cette solution et à admettre que « *le législateur est en droit, sans porter atteinte à la Constitution, de préférer le respect des morts et du corps humain de la personne décédée au droit au respect de la vie privée et de la vie familiale des vivants* »¹⁵⁹¹.

527. Toutes les difficultés inhérentes à l'articulation entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité n'ont pas encore été résolues. En droit de la famille, le problème est susceptible de prendre une dimension importante. Au regard du droit de l'Union européenne, l'expansion des instruments ayant trait au droit international privé de la famille suscite des interrogations sur la conciliation des solutions retenues par le Conseil constitutionnel et par la Cour de justice de l'Union européenne. De même, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être occultée. Il importe que la question prioritaire de constitutionnalité ne soit pas la source d'incohérences. La délimitation de son domaine et son encadrement procédural, aident à corriger ces inconvénients. La Cour de cassation a apporté d'utiles précisions en la matière, ce qui facilite la mise en oeuvre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en droit de la famille.

¹⁵⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 2011, n° 11-10.769, D.2013.1436, note GRANET-LAMBRECHTS.

¹⁵⁸⁹ Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, Dr. fam., n° 11, nov. 2011, al. 89, obs. LAMARCHE.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ GOUTTENOIRE, A., « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Cahiers du droit constitutionnel*, avril 2013, n° 39.

§2. Le traitement des questions prioritaires de constitutionnalité

528. Le traitement d'une question prioritaire de constitutionnalité suppose en toutes circonstances son examen par la Cour de cassation, qui exerce un filtrage indispensable (A). Si elle juge le renvoi opportun, le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la disposition législative critiquée. Cette décision a des conséquences importantes sur l'instance en cours et sur l'évolution du droit (B).

A. Le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation

529. Les conditions permettant le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel présentent des traits communs avec celles autorisant sa transmission à la Cour de cassation (1). Le rôle de filtre, dont elle a la charge, est toutefois plus étroit que celui incombant aux juges du fond (2).

1) Les conditions communes à la Cour de cassation et aux juges du fond

530. La transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation puis son renvoi au Conseil constitutionnel obligent tout d'abord à constater l'applicabilité de la disposition contestée au litige ou à la procédure¹⁵⁹² (a). Ensuite, la règle juridique ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances (b).

a) Une disposition applicable au litige

531. Une question prioritaire de constitutionnalité doit dénoncer une disposition législative applicable au litige. L'exigence se justifie par la prévention des recours dilatoires. En droit de la famille, cette considération revêt une importance primordiale. Certaines velléités contestataires ont été ranimées suite à aux réformes récemment entreprises en la matière. Il est important de protéger la finalité du contrôle de

¹⁵⁹² L. 10 déc. 2009.

constitutionnalité *a posteriori*. Pour ce faire, la Cour de cassation vérifie l'applicabilité de la disposition législative critiquée aux faits en cause. La condition est respectée lorsque l'inconstitutionnalité envisagée a des conséquences sur le litige.

532. La disposition législative visée par la question prioritaire de constitutionnalité doit être applicable à l'espèce. La Cour de cassation eut l'occasion de le rappeler en refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité qui portait sur une disposition législative inapplicable à la situation du requérant¹⁵⁹³. Son auteur contestait la qualité de légataire universelle de l'épouse de son père. Sa filiation avait été établie par jugement après le décès de ce dernier. Il dénonçait la non-conformité au principe d'égalité de l'ancien article 342 du Code civil. Ce texte prévoyait la possibilité pour l'enfant adultérin de demander des subsides avant sa majorité. Une atteinte au principe d'égalité en raison de la différence de traitement entre enfants naturels et légitimes et enfants adultérins, antérieure à la loi du 3 décembre 2001¹⁵⁹⁴, était aussi invoquée. Mais la réforme du droit des successions comportait des dispositions transitoires dont relevait la situation. Les articles du Code civil critiqués n'étant plus applicables, la Cour refusa de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité.

533. A l'évidence, le champ d'application matériel de la loi dénoncée par la question prioritaire de constitutionnalité doit également être pris en considération. La Cour de cassation contrôle le respect de cette condition. Le cas échéant, elle refuse pour cette raison de transmettre la question au Conseil constitutionnel, comme le montre un arrêt¹⁵⁹⁵. Une personne hébergée en maison de retraite avait consenti une libéralité à la société qui exploitait la structure. Des époux, dont le legs universel avait été révoqué suite à cette nouvelle disposition testamentaire, contestaient la validité du testament, arguant de l'inconstitutionnalité de l'article L.331-4 du Code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007¹⁵⁹⁶. Aux termes de ce texte, seules les personnes physiques étaient frappées d'une incapacité de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires consenties par des personnes résidant dans des établissements de

¹⁵⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 5 juil. 2012, n° 12-12.356, *RTD Com.* 2012.550, note POLLAUD-DULIAN.

¹⁵⁹⁴ L. n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF*, 4 déc. 2001, n° 281, p. 19279.

¹⁵⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 sept. 2010, n° 10-13.616.

¹⁵⁹⁶ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF*, 7 mars 2007, p. 4325.

santé. Selon les auteurs de la question, cette disposition portait atteinte au principe d'égalité et à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La Cour constata l'inapplicabilité matérielle de la disposition législative critiquée. Les époux poursuivaient en effet la nullité d'une libéralité consentie à une personne morale, non à une personne physique. La première condition de transmission de la question n'était donc pas respectée puisque l'inconstitutionnalité alléguée était dépourvue d'incidence sur le litige.

534. Les critères permettant de déterminer l'applicabilité d'une disposition législative au litige au cours duquel la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée ont été précisés par la Cour de cassation. L'existence d'un lien réel entre la disposition législative critiquée et l'objet de la demande en justice est indispensable. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'issue du litige soit déterminée par l'inconstitutionnalité dénoncée. De plus, la critique peut aussi dénoncer une absence de disposition¹⁵⁹⁷, comme l'a admis la Cour de cassation. Sur le fondement de l'article 375-5 alinéa 2 du Code civil, une ordonnance du procureur de la République avait abouti au placement d'un mineur. Le président du conseil général s'y était opposé, mais son appel avait été déclaré irrecevable, aucune voie de recours n'étant ouverte à l'encontre d'une telle décision. Une question prioritaire de constitutionnalité fut formée. Son libellé dénonçait une atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en raison de l'absence de recours juridictionnel au titre de l'article 375-5 du Code civil. Il s'agissait justement de contester l'inapplicabilité de la disposition critiquée au litige, d'où une difficulté sur l'interprétation des conditions relatives à l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁹⁸. La Cour s'abstint de conclure à un non-lieu à renvoi pour cette raison. Implicitement, elle sembla admettre ce lien, pourtant teinté d'artifice. La solution mérite approbation¹⁵⁹⁹. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 offre une protection accrue de leurs droits fondamentaux aux justiciables. Ni la carence éventuelle du législateur, ni l'absence de

¹⁵⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 12-40.025.

¹⁵⁹⁸ *Rapport annuel 2012*, Doc. franç., 2013.

¹⁵⁹⁹ Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2013, n° 11-25.205.

disposition législative ne devraient permettre d'écarter une question prioritaire de constitutionnalité.

535. La Cour de cassation retient une approche restrictive de la notion d'applicabilité de la disposition législative au litige. Elle vérifie le respect de cette condition en mettant en œuvre des critères précis, avant d'examiner l'inexistence de décisions ayant déjà répondu à la question posée dans la jurisprudence constitutionnelle.

b) L'absence de « précédent » dans la jurisprudence constitutionnelle

536. Pour être renvoyée au Conseil constitutionnel, la disposition législative visée par la question prioritaire de constitutionnalité ne doit pas avoir été « *déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances* »¹⁶⁰⁰. Cette condition résulte de l'autorité reconnue aux solutions dégagées par la juridiction constitutionnelle. Il importe que la constitutionnalité d'une disposition législative ne puisse être constamment remise en cause. A titre d'exemple, la saisine du Conseil constitutionnel avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage entre deux personnes du même sexe a abouti à une déclaration de conformité à la Constitution¹⁶⁰¹. Les questions prioritaires de constitutionnalité susceptibles d'être formées à l'encontre de ces dispositions sont donc limitées, à moins qu'un changement de circonstances modifie l'approche retenue par le Conseil constitutionnel. La sécurité juridique est ainsi préservée.

537. L'absence d'indication sur la nature des décisions rendues par le Conseil accroît le champ de la prohibition édictée par la loi organique. La décision antérieure, susceptible de causer l'échec de la question, peut résulter d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* ou *a posteriori*. Par exemple, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil une question portant sur la constitutionnalité d'une disposition relative à l'assistance médicale à la procréation¹⁶⁰². Une femme avait bénéficié d'une fécondation *in vitro* à l'étranger. Les gamètes provenaient de tiers donneurs. Le

¹⁶⁰⁰ L. 10 déc. 2009, art. 23-2.

¹⁶⁰¹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, préc.

¹⁶⁰² Cass. 1^{ère} civ., 19 jan. 2012, n° 11-40.089, *Bull. civ. I*, n° 11, *RTD Civ.* 2012.303, obs. HAUSER ; *D.* 2012.1432, note GRANET-LAMBRECHTS.

remboursement de l'intervention lui avait été refusé par la caisse primaire d'assurance maladie. Devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris, elle souleva l'inconstitutionnalité de l'article L.2141-3 du Code de la santé publique, qui interdit de recourir à l'assistance médicale à la procréation lorsque l'embryon ne peut être conçu avec des gamètes provenant d'un au moins des membres du couple. Une atteinte au principe d'égalité devant la loi, ainsi qu'au principe selon lequel la Nation doit garantir à la famille les conditions nécessaires à son développement, étaient dénoncées. L'auteur de la question déplorait une discrimination au détriment des couples dont les deux membres sont stériles. La disposition législative fut jugée applicable au litige. La situation intégrait en effet le champ matériel de la prohibition édictée par l'article L.2141-3 du Code de la santé publique. Mais la Cour de cassation constata également que la question de la conformité de cette disposition aux droits et libertés garantis par la Constitution avait d'ores et déjà été tranchée par le Conseil constitutionnel. Ce texte avait été introduit par une loi de bioéthique du 29 juillet 1994¹⁶⁰³, pour laquelle le Conseil avait été saisi *a priori* et avait conclu à la constitutionnalité de cette disposition. Il existait toutefois une différence sur l'objet même de l'interrogation. L'article L.152-3 du Code de la santé publique avait été examiné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994¹⁶⁰⁴, tandis que la question soumise à la Cour critiquait l'article L.2141-3 du même code. Cette modification ayant eu lieu à droit constant, elle était dépourvue d'incidence sur la règle juridique invoquée. A juste titre, la Cour s'est abstenue de conclure à un changement de circonstances.

538. Les exceptions au principe sont rares. Elles supposent la caractérisation d'un changement de circonstances de fait ou de droit. Pour l'heure, la Cour de cassation n'a pas admis cette possibilité en droit de la famille. Elle maintient une approche restrictive en la matière, conformément aux précisions apportées par le Conseil constitutionnel. L'expression « *comprend les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit, ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative* »

¹⁶⁰³ L. n° 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF*, 30 juil. 1994, n° 175, p. 11060.

¹⁶⁰⁴ Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

critiquée »¹⁶⁰⁵. La modification peut donc résulter d'une évolution constitutionnelle, législative ou jurisprudentielle. Le Conseil constitutionnel a également précisé que seule sa propre jurisprudence, ainsi que celles de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, sont prises en considération à ce titre¹⁶⁰⁶. La première chambre civile, quant à elle, semble inclure les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'appréciation du changement de circonstances¹⁶⁰⁷. Cette solution n'a toutefois pas été confirmée. En outre, l'hypothèse d'un changement de circonstances induit par une situation factuelle n'a pas été exclue. Elle demeure cependant difficile à concevoir en raison du caractère objectif de la question prioritaire de constitutionnalité.

539. La Cour de cassation veille au respect de la condition afférente à l'existence d'une décision antérieure constatant la constitutionnalité d'une disposition législative. L'analyse suppose une connaissance accrue des décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* ou *a posteriori*. L'appréciation du caractère sérieux de la question de constitutionnalité laisse davantage de liberté pour décider du renvoi.

2) Les conditions spécifiques à la transmission de la question au Conseil constitutionnel

540. Alors que les juges du fond se contentent de vérifier que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas dépourvue de caractère sérieux, la Cour de cassation est tenue de vérifier cette condition (a). En outre, un critère alternatif lui est proposé. La nouveauté de la question posée justifie également sa transmission au Conseil constitutionnel (b).

a) Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité

541. Le critère du sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité est examiné différemment selon qu'il s'agisse de transmettre la question à la Cour de

¹⁶⁰⁵ Cons. const., 3 déc. 2009, préc.

¹⁶⁰⁶ Con. const., 8 avr. 2011, n° 2011-120 QPC.

¹⁶⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012, préc.

cassation ou au Conseil constitutionnel. Devant les juges du fond, « *la question ne doit pas être dépourvue de sérieux* »¹⁶⁰⁸. Ce contrôle est superficiel. Il s'agit surtout d'écarter les questions inutiles, mal fondées ou dilatoires. Le filtrage opéré par la Cour de cassation suppose une analyse plus poussée. L'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009 oblige la Cour à déterminer si « *la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ». La Cour approfondit ses vérifications en conséquence. Elle confronte la disposition législative aux droits et libertés prétendument atteints, en vérifiant « *qu'existe ainsi une corrélation d'objet et/ou de champ d'application entre la situation juridique créée par la norme contestée et le principe constitutionnel invoqué qui est censé l'appréhender* »¹⁶⁰⁹. Cette proximité est indispensable au renvoi devant le Conseil constitutionnel.

542. Afin d'étudier le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation prend en considération l'objet de la disposition contestée et le droit ou la liberté invoquée. Si ces deux éléments n'entretiennent aucun rapport, un non-lieu à renvoi est prononcé. Une décision illustre ce cas de figure¹⁶¹⁰. L'inconstitutionnalité de la solution résultant de la combinaison des articles 366 et 61-2 du Code civil était dénoncée. Ces textes prévoient le changement de nom de l'enfant à la suite de l'adoption simple de l'un de ses parents, sans que l'accord de l'autre parent soit requis. L'auteur de la question excipait d'une atteinte au principe d'égalité, qu'il rattachait au principe d'égalité entre homme et femme consacré par le préambule de la Constitution de 1946. A l'évidence, le grief était dépourvu de fondement. Le Code civil ne subordonne pas l'adjonction d'un nouveau patronyme à une différence de sexe entre les parents. L'objet des dispositions contestées ne correspondait pas à celui du droit fondamental invoqué. La Cour conclut à l'absence de sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité.

543. A l'inverse, la concordance entre la finalité de la disposition critiquée et les garanties offertes au justiciable par la Constitution favorisent le respect de l'injonction édictée par l'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009. Une critique de

¹⁶⁰⁸ L. 3 déc. 2009, art. 23-2.

¹⁶⁰⁹ CHEVALIER, P., « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *AJfam.* 2012. 581.

¹⁶¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 12 jan. 2011, n° 10-19.227.

l'article L.224-8 du Code de l'action sociale et des familles fut ainsi admise¹⁶¹¹. La disposition prévoyait un délai de trente jours, à compter de la date de l'arrêt du président du conseil général, pour faire opposition au placement d'un mineur en qualité de pupille de l'Etat. Nulle formalité de publicité n'accompagnait pourtant cette décision, menaçant le droit à un recours effectif. La disposition législative visée précisait les conditions d'exercice d'une voie de recours, tandis que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen concerne la garantie des droits au profit de tous les citoyens. En raison de cette identité d'objet, un doute légitime était apparu sur la constitutionnalité de la règle juridique. La question fut par conséquent renvoyée au Conseil constitutionnel.

544. La Cour de cassation adopte un raisonnement similaire lorsque la disposition, objet de la question, intègre le champ des droits et libertés consacrés par la Constitution. L'invocation d'une atteinte au droit à une vie familiale normale se prête particulièrement à l'analyse. Les garanties qui en résultent sont nombreuses. La Cour vérifie en ce cas l'existence d'une corrélation entre la règle suspectée d'inconstitutionnalité et le domaine couvert par ce droit fondamental. Par exemple, elle refusa de transmettre au Conseil constitutionnel une question relative à la prohibition de la filiation incestueuse¹⁶¹². Aux termes de l'article 310-2 du Code civil, l'établissement d'un double lien de filiation est impossible lorsqu'il existe un lien de parenté constitutif d'un empêchement à mariage entre le père et la mère. La contrariété de cette disposition au droit à une vie familiale normale était alléguée. La Cour décida que la question était dépourvue de sérieux, puisqu'elle supposait une situation contredite par la reconnaissance établissant la filiation de la mère de l'enfant. L'interdiction critiquée n'existe que lorsque la filiation est déjà établie envers l'un des parents. Il n'y a donc pas d'atteinte au droit à une vie familiale normale.

545. La Cour de cassation se livre à des investigations poussées afin de déterminer l'étendue des droits et libertés garantis par la Constitution. Si la disposition législative critiquée n'entre pas dans le champ du droit fondamental visé, elle prononce un non-lieu à renvoi. Dans le cas contraire, la Cour peut décider de transmettre la question

¹⁶¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 11-27.071, *Bull. civ.* I, n° 121, *RTD Civ.* 2013.589, obs. HAUSER.

¹⁶¹² Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2012, n° 12-40.021.

au Conseil constitutionnel. Une décision en atteste¹⁶¹³. La question prioritaire de constitutionnalité était dirigée contre l'article 16-11 du Code civil. Selon son libellé, l'impossibilité de pratiquer une expertise biologique sur le défunt heurtait le droit à vie familiale normale, la preuve de la filiation étant plus compliquée à apporter en l'absence d'accord exprès donné par le rétenu parent de son vivant. Pour cette raison, la Cour considéra que la question présentait un caractère sérieux et décida de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

546. L'existence d'une corrélation entre l'objet ou le champ de la disposition législative et le droit ou la liberté à valeur constitutionnelle envers laquelle une atteinte est dénoncée aide à déterminer le caractère sérieux de la question. Mais cette constatation ne suffit pas à décrire la complexité du filtrage opéré par la Cour de cassation. Le cas échéant, la Cour élargit le contexte entourant la question. Elle apprécie son sérieux au regard des impératifs inhérents à la situation considérée. Une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 333 du Code civil fut ainsi refusée¹⁶¹⁴. Ce texte édicte une fin de non-recevoir à l'action en contestation de la filiation lorsque le titre établissant la filiation est corroboré par une possession d'état conforme durant cinq ans. Une atteinte au principe d'égalité, au droit à un recours effectif et au droit à mener une vie familiale normale était dénoncée. La Cour écarta la question et considéra que la disposition répondait à une situation objective particulière dans laquelle se trouvaient les personnes bénéficiant d'une possession d'état « *en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés* ». L'absence de sérieux de la question résultait de la finalité du texte et des intentions du législateur.

547. A défaut de pouvoir caractériser ces éléments, le renvoi de la question est décidé. Par exemple, la Cour de cassation transmet au Conseil constitutionnel l'examen de la conformité de l'article 311-25 et d'une disposition transitoire de l'ordonnance du 4 juillet 2005 au principe d'égalité¹⁶¹⁵. L'article 20-II, 6° de l'ordonnance privait d'effet la

¹⁶¹³ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2011, n° 11-10.769.

¹⁶¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 24 fév. 2011, n° 10-40.068.

¹⁶¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 26 juil. 2011, n° 11-11.436, n° 11-11.437, n° 11-11.438 et n° 11-11.439.

réforme de la filiation en ce qui concerne ses conséquences sur l'acquisition de la nationalité française pour les personnes majeures à la date de son entrée en vigueur. Le législateur n'avait pas pris soin d'appuyer cette disposition sur une nécessité d'ordre public ou d'intérêt général. Par conséquent, l'inconstitutionnalité de la norme visée fut soulevée. La Cour décida que la question présentait un caractère sérieux.

548. La modulation du contrôle exercé par la Cour de cassation dépend aussi de l'ampleur du doute pesant sur l'inconstitutionnalité alléguée. En l'absence d'incertitude sur la position susceptible d'être adoptée par le Conseil constitutionnel, la Cour refuse de lui transmettre la question. A ces fins, elle n'hésite pas à exprimer sa propre opinion. A l'occasion d'une instance en divorce, la conformité à la Constitution du divorce pour altération définitive du lien conjugal avait été mise en cause¹⁶¹⁶. La question prenait appui sur la jurisprudence. Le délai de deux ans prévu par le Code civil, tel qu'interprété par la Cour de cassation, constituait selon le requérant une présomption irréfragable de séparation tant matérielle qu'affective, privant ainsi l'un des époux de tout moyen de défense, ce qui entraînait le prononcé obligatoire du divorce privant le juge de toute faculté d'appréciation. Ces arguments furent écartés par la Cour. Elle rappela que ni les articles 237 et 238 du Code civil, ni l'interprétation qui en était retenue, n'établissaient de présomption irréfragable de cessation de vie commune. Dénuée de sérieux, la question prioritaire de constitutionnalité ne fut pas transmise au Conseil constitutionnel. L'inconstitutionnalité de ces dispositions fut aussi dénoncée au regard du droit à une vie familiale normale et du principe d'égalité¹⁶¹⁷. La question fit également l'objet d'un non-lieu à renvoi. La jurisprudence de la Cour de cassation sur le divorce pour altération du lien conjugal est dorénavant connue. Cette modalité de dissolution du lien conjugal avait déjà été critiquée en raison de sa prétendue non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶¹⁸. La Cour de cassation avait écarté ce grief d'inconventionnalité. Faute de doute sur la conformité du divorce pour altération définitive du lien conjugal aux droits et libertés fondamentales, la question ne revêtait aucun caractère sérieux.

¹⁶¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 12-40.028.

¹⁶¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 12-40.027.

¹⁶¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012, n° 12-40.013.

549. La Cour de cassation ne tranche pas toujours la question de manière aussi absolue. Les incertitudes sur la constitutionnalité d'une disposition législative peuvent être révélées par la question posée. C'est d'ailleurs là sa finalité. En ce cas, la Cour ne se substitue pas au Conseil constitutionnel pour y répondre. Elle doit lui transmettre la question. Cela a souvent été le cas. Le respect de la liberté matrimoniale a été fréquemment mis en cause devant la Cour. La faculté d'opposition à mariage du ministère public suscita une question prioritaire de constitutionnalité, dont le renvoi fut ordonné¹⁶¹⁹. Son auteur critiquait tant les articles 175-1, 146 et 180 du Code civil que la jurisprudence de la Cour de cassation. Il estimait l'immixtion du procureur de la République contraire au libre exercice du mariage pour l'homme et la femme réputés égaux. L'opposition à mariage suppose en l'occurrence d'examiner la motivation des époux pour s'engager dans une union matrimoniale. Par ce biais, le ministère public s'invite dans la sphère intime afin de réguler un droit au mariage, pourtant garanti par la Constitution, ce qui suscite parfois une certaine méfiance¹⁶²⁰. Garante de la liberté individuelle, la Cour considéra la question sérieuse « *en l'état du droit positif* »¹⁶²¹.

550. L'appréciation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité est au centre du mécanisme de filtrage confié à la Cour de cassation. Le respect de cette condition de renvoi au Conseil constitutionnel contraint à un examen approfondi de l'atteinte alléguée aux droits et libertés garantis par la Constitution. Son analyse dépend de nombreux facteurs. Contrairement aux juges du fond, la Cour ne se contente pas d'écarter les questions dépourvues de caractère sérieux. Elle peut décider d'un non-lieu à renvoi, faute de lien entre la disposition législative critiquée et le droit fondamental avancé au soutien de la question. Il lui est également loisible d'élargir le champ d'analyse, afin de prendre en considération le contexte de la règle juridique contestée. De plus, elle est parfois en mesure de répondre elle-même au grief invoqué par l'auteur de la question. Dès lors qu'aucune incertitude ne semble exister sur la constitutionnalité de la disposition visée, elle conclut à l'absence de sérieux de la question

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

¹⁶²⁰ Or « *la méfiance du juge judiciaire est compréhensible, car sous couvert de ce texte, c'est aussi le contrôle de l'Etat et la police des étrangers qui s'exercent parfois, dans la cadre de la lutte contre les mariages naturalisants* » - LARRIBAU-TERNEYRE, V., « La constitutionnalité des articles 175-1, 146 et 180 du Code civil », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2012, comm. 132.

¹⁶²¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012, préc.

prioritaire de constitutionnalité. Mais quand un doute apparaît, le renvoi au Conseil constitutionnel est opportun. Le critère du sérieux de la question confère une marge de manœuvre très importante à la Cour de cassation. Il s'est avéré essentiel au fonctionnement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La Cour le met en œuvre à bon escient, jouant un indispensable rôle régulateur. Son pouvoir de contrôle est encore accru par l'adjonction d'une autre condition autorisant la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité.

b) La nouveauté de la question prioritaire de constitutionnalité

551. L'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009 autorise le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'elle est nouvelle. Cette condition est spécifique au filtrage exercé par la Cour de cassation. A défaut de constater le caractère sérieux de l'inconstitutionnalité alléguée par le requérant, elle peut conclure à sa nouveauté pour décider de la soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel. L'adjonction de ce critère alternatif de renvoi est justifiée par la finalité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, qui, offrant des droits au justiciable, impose d'envisager l'hypothèse d'une question nouvelle, qui pourrait ne pas porter sur une disposition législative posant une difficulté sérieuse mais dont la constitutionnalité soulèverait néanmoins des interrogations¹⁶²². L'obstacle constitué par l'absence de sérieux de la question posée peut donc être utilement levé. Certes, le critère de la nouveauté n'a pas une valeur subsidiaire. La Cour n'est pas tenue d'écarter préalablement le sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité pour en tirer profit. Elle semble privilégier le caractère le mieux approprié pour motiver sa décision de renvoi, conformément à l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel¹⁶²³.

552. La Cour de cassation a utilisé le critère de la nouveauté pour renvoyer au Conseil constitutionnel l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité ayant trait au droit de la famille¹⁶²⁴. L'inconstitutionnalité des articles 144 et 75 du Code civil était dénoncée, en tant que ces dispositions interdisaient le mariage entre personnes du

¹⁶²² Rapp. AN, préc., p. 70.

¹⁶²³ Cons. constit., 3 déc. 2009, préc.

¹⁶²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2010, préc.

même sexe. Le requérant considérait cette prohibition contraire à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution. Après avoir vérifié le respect des autres conditions permettant le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, la Cour se prononça sur sa nouveauté : « *les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des moeurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers* ». Pour ces raisons, « *elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* ». La Cour admit expressément la solution retenue par le Conseil constitutionnel. Elle garda le silence sur le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le requérant.

553. L'opérance des critères vérifiés par la Cour de cassation est équivalente pour justifier d'un renvoi au Conseil constitutionnel. Selon la teneur de la question posée, elle use de l'un ou de l'autre. Elle dévoile ainsi tous les aspects de la question qui lui est posée. Au-delà de l'inconstitutionnalité alléguée, elle interpelle le Conseil constitutionnel sur les questions qui irriguent actuellement le droit de la famille. A ces fins, le filtrage qui lui incombe est efficace et met en lumière des problèmes récurrents en la matière. Il permet un dialogue prometteur entre les juges confrontés à une branche du droit en perpétuelle évolution, tout en la purgeant des dispositions législatives non conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution.

B. La décision du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la disposition législative

554. A l'issue de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité à la Constitution de la disposition législative critiquée. Sa décision est communiquée à la Cour de cassation et à la juridiction devant laquelle la question a été soulevée¹⁶²⁵. Elle est également notifiée aux parties¹⁶²⁶. La reprise de l'instance est sa conséquence processuelle. Elle oblige à prendre en

¹⁶²⁵ L. 10 déc. 2009, art. 23-11.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

considération la réponse apportée par le Conseil constitutionnel. Ce constat de constitutionnalité (1) ou d'inconstitutionnalité (2) est intégré à l'examen du pourvoi.

1) La constitutionnalité de la disposition critiquée

555. Lorsque le Conseil constitutionnel conclut à la conformité de la disposition législative critiquée aux droits et libertés garantis par la Constitution, sa décision ne peut être remise en cause. L'autorité de ses décisions s'impose à tous, que la déclaration de constitutionnalité soit absolue (a) ou subordonnée à une réserve d'interprétation (b).

a) La constitutionnalité absolue de la règle de droit

556. Comme le rappelle la Cour de cassation, le moyen fondé sur la prétendue inconstitutionnalité d'une règle juridique applicable au litige est inopérant après la reprise de l'instance¹⁶²⁷. Une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 365 du Code civil¹⁶²⁸ avait été précédemment renvoyée au Conseil constitutionnel. A l'appui de leur pourvoi, ses auteurs avaient envisagé les conséquences de l'inconstitutionnalité dénoncée. Le succès de la question aurait pu priver de base légale la décision attaquée. Mais le Conseil constitutionnel avait conclu à la constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle alors retenue par la Cour de cassation. Le moyen ne pouvait donc être accueilli. Le grief fondé sur l'inconstitutionnalité alléguée par les parties fut également refusé et le pourvoi rejeté. La Cour de cassation motiva sa décision en se référant expressément à la décision rendue par le Conseil constitutionnel. Elle démontra ainsi son attachement à l'autorité de la juridiction constitutionnelle.

557. Lorsqu'une règle juridique a été jugée conforme à la Constitution, la Cour de cassation retient son application à l'instance au cours de laquelle elle a été posée. Elle détermine ensuite l'interprétation de la disposition législative au regard des éléments révélés par le pourvoi. Cette faculté est atténuée en cas de réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel.

¹⁶²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, préc.

¹⁶²⁸ Cass. ass. plén., 8 juil. 2010, préc.

b) Le respect des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel par la Cour de cassation

558. La constitutionnalité de la disposition législative critiquée est parfois subordonnée à des réserves d'interprétation. La Cour de cassation est contrainte de les respecter, comme le montre sa réponse à une question prioritaire de constitutionnalité dénonçant le deuxième alinéa de l'article 274 du Code civil¹⁶²⁹. Ce texte énonce les modalités d'exécution de la prestation compensatoire en capital. Le versement d'une somme d'argent est prévu, ou l'attribution d'un bien en propriété. Dans ce cas, le jugement de divorce opère cession forcée en faveur du créancier. La non-conformité de l'article 274-2° du Code civil avait été envisagée au regard de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui consacre le caractère inviolable et sacré du droit de propriété. Le tribunal de grande instance de Draguignan avait transmis la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation, qui l'avait soumise au Conseil constitutionnel. Le Conseil avait conclu à la constitutionnalité de l'article 274-2° du Code civil¹⁶³⁰. Il avait néanmoins assorti sa décision de réserves, en rappelant que le motif d'intérêt général poursuivi par le législateur, qui consiste à faciliter la constitution d'un capital au titre de la prestation compensatoire afin de limiter le contentieux de l'après-divorce. Le Conseil constitutionnel souligna aussi l'existence d'un débat contradictoire aux fins d'ordonner l'attribution d'un bien en propriété au créancier de la prestation compensatoire. La conformité de l'article 274-2° du Code civil aux droits et libertés garantis par la Constitution put ainsi être constatée. Mais le Conseil s'intéressa également à l'articulation des modalités de versement de la prestation compensatoire envisagée par le législateur, en précisant que « *l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée [d'un bien] ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital* ». Elle ne peut donc être ordonnée que si « *au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° [de l'article 274 du Code civil] n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le*

¹⁶²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 2011, n° 11-40.005, *RTD Civ.* 2011.521, obs. HAUSER.

¹⁶³⁰ Cons. const., 13 juil. 2011, n° 2011-151 QPC, *RTD civ.* 2011.565, obs. REVET.

versement de cette prestation ». Ainsi, le Conseil constitutionnel a obligé à justifier l'impossibilité de recourir au versement d'une somme d'argent pour pouvoir ordonner la cession forcée d'un bien en faveur du créancier. Lorsque les juges du fond s'abstiennent de caractériser cet élément, la décision opérant cession forcée d'un bien en propriété en faveur du créancier est entachée d'un manque de base légale. La cassation est toujours prononcée au motif de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel¹⁶³¹. La technique des réserves d'interprétation était jusqu'alors connue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Le Conseil constitutionnel a étendu cette pratique aux décisions rendues sur les questions prioritaires de constitutionnalité. Cette approche contraint la Cour de cassation à respecter l'interprétation du Conseil¹⁶³². Il en va de même lorsque l'inconstitutionnalité d'une règle de droit est constatée.

2) L'inconstitutionnalité de la disposition législative

559. A l'issue de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel peut conclure à la non-conformité de la disposition législative critiquée aux droits et libertés garantis par la Constitution. La règle juridique est dans ce cas abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil (a) ou d'une date ultérieure fixée par cette décision (b)¹⁶³³.

a) L'abrogation immédiate de la règle juridique inconstitutionnelle

560. La finalité de la question prioritaire de constitutionnalité consiste à éliminer en les abrogeant les règles portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. L'effet utile de la procédure suppose d'étendre le bénéfice de l'inconstitutionnalité à l'auteur de la question. Sauf décision contraire du Conseil constitutionnel, l'abrogation est en principe immédiate, à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel au Journal officiel. Tel fut le cas du deuxième alinéa

¹⁶³¹ *Ibid.*

¹⁶³² Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 2015, n°14-11.575 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2014, n°13-22.740 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2014, n°13-15.760, *Bull. civ.* I, n° 95.

¹⁶³³ Const. 4 octobre 1958, art. 62.

de l'article 272 du Code civil. Aux termes de ce texte, « *dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap* ». L'inconstitutionnalité de cette disposition avait été soulevée par une question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel¹⁶³⁴. La différence de traitement entre les personnes souffrant d'un handicap était dénoncée. Les pensions d'invalidité sont en effet incluses dans les ressources des époux, tandis que d'autres revenus de substitution en sont exclus. La formulation de la question était cependant maladroite. Le Conseil constitutionnel releva d'office l'éventualité d'une atteinte au principe d'égalité des époux devant la loi, plus large que celui visé par le requérant. Il jugea ensuite non justifiée l'exclusion des sommes versées au titre des accidents du travail, alors que toutes les autres prestations sont prises en considération quand elles assurent un revenu de substitution à l'un des époux. L'appréciation de l'ensemble des besoins et ressources des époux, exigée au titre de l'article 271 du Code civil, s'en trouvait affectée. Le juge ne pouvait prendre en considération des charges liées à leur état de santé bien que le calcul de la prestation compensatoire intégrait expressément cet élément. L'interdiction édictée par la disposition législative critiquée instituait une différence de traitement entre les époux, sans rapport avec l'objet de la prestation compensatoire. Le second alinéa de l'article 272 du Code civil fut par conséquent déclaré contraire à la Constitution. La disposition fut abrogée à compter de la publication au Journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel.

561. Depuis, la Cour de cassation considère que les décisions prenant appui sur l'article 272 alinéa 2 du Code civil sont privées de fondement juridique¹⁶³⁵. Lorsqu'un pourvoi est formé à leur encontre, la cassation est prononcée¹⁶³⁶. A ces fins, la Cour procède au relevé d'office du moyen tiré de l'inconstitutionnalité constatée par le Conseil constitutionnel¹⁶³⁷. Le cas échéant, elle n'hésite pas à procéder à une substitution de motif fondée sur la décision du Conseil constitutionnel¹⁶³⁸. Un homme s'était pourvu en

¹⁶³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2014, préc.

¹⁶³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, n° 13-24.213 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 fév. 2015, n° 14-11.547.

¹⁶³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, préc.

¹⁶³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 fév. 2015, préc.

¹⁶³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2014, n° 13-24.802, *RTD Civ.* 2015.109, obs. HAUSER.

cassation à l'encontre du jugement fixant le montant de la prestation compensatoire dont il était débiteur. Il reprochait aux juges du fond d'avoir intégré au calcul sa rente viagère d'invalidité, versée suite à un accident du travail et pour compenser son handicap. La cour d'appel avait considéré que cette rente consistait en une indemnisation des pertes de gains professionnels et des incidences professionnelles de l'incapacité. A ce titre, elle ne figurait pas au titre des sommes exclues par l'article 272, alinéa 2 du Code civil. L'auteur du pourvoi invoquait une violation de la loi. Ce grief ne fut pas admis par la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi. La décision du Conseil constitutionnel, déclarant inconstitutionnel l'article 272, alinéa 2 du Code civil, fut rappelée. L'ensemble des ressources aurait dû être pris en considération pour fixer le montant de la prestation compensatoire. L'inconstitutionnalité de l'article 272, alinéa 2 du Code civil fut donc relevée d'office.

562. L'abrogation immédiate d'une disposition législative contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution favorise l'efficacité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Elle entraîne une purge salutaire du droit de la famille. Mais la lacune créée en son sein est susceptible de porter atteinte à la sécurité juridique. La Cour de cassation ne peut en effet appliquer une disposition législative dorénavant inexistante. Elle n'est pas davantage en mesure de se substituer au législateur pour combler cette absence. Pour pallier cet inconvénient, le Conseil constitutionnel a la faculté de moduler dans le temps l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité.

b) L'abrogation différée de la règle juridique inconstitutionnelle

563. L'article 62 de la Constitution octroie au Conseil constitutionnel la possibilité de différer l'abrogation d'une disposition législative inconstitutionnelle. La modulation dans le temps d'une décision d'inconstitutionnalité constitue une exception à l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité au profit du requérant. Cette voie est privilégiée car elle évite de créer un vide juridique en permettant au législateur de prendre ses dispositions pour remplacer à temps la disposition jugée inconstitutionnelle. Elle fut retenue par le Conseil constitutionnel dans une décision

relative à l'abrogation de l'article L.224-8 du Code de l'action sociale et des familles¹⁶³⁹. Une question prioritaire de constitutionnalité avait été soulevée devant la Cour de cassation. Elle dénonçait la non-conformité au droit à un recours effectif du délai prévu pour contester un arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat. Le recours prévu par l'article 224-8 du Code de l'action sociale et des familles devait être exercé dans les trente jours suivant l'arrêté du président du conseil général qui n'était soumis à aucune publicité. La Cour de cassation avait décidé de la renvoyer au Conseil constitutionnel¹⁶⁴⁰. L'inconstitutionnalité de la disposition critiquée fut déclarée, mais son abrogation fut différée au 1^{er} janvier 2014. Selon le Conseil constitutionnel, « *elle aurait eu pour effet de supprimer le droit de contester l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat et aurait des conséquences manifestement excessives* ». Il importait de laisser au législateur le temps nécessaire pour y remédier. Suite à la reprise de l'instance devant la Cour de cassation, l'auteur du pourvoi ne pouvait par conséquent bénéficier de l'inconstitutionnalité qu'il avait pourtant permis de constater. La Cour mentionna l'abrogation différée du texte dans sa décision, mais ce motif ne permettait pas à lui seul de casser l'arrêt critiqué. La cassation fut néanmoins prononcée car l'inconventionnalité de l'article L.224-8 du Code de l'action sociale et des familles au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme avait aussi été soulevée. La particularité de cette décision tient à l'accueil du moyen fondé sur l'inconventionnalité, soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Or la Cour fait preuve de sévérité en la matière¹⁶⁴¹. Les moyens tirés de la Convention européenne des droits de l'homme, comme ceux fondés sur la Convention internationale sur les droits de l'enfant, sont souvent considérés comme irrecevables en raison de leur nouveauté¹⁶⁴². Ils imposent fréquemment une appréciation des circonstances de l'espèce, à laquelle la Cour n'entend pas se livrer. Cet obstacle avait d'ailleurs été souligné par le mémoire en défense. La Cour considéra pourtant recevable le moyen fondé sur l'absence de droit à un recours effectif et cassa la décision critiquée¹⁶⁴³. L'étude du dossier de la procédure suffisait en effet à

¹⁶³⁹ Cons. const., 27 juil. 2012, n° 2012-268 QPC, *RTD Civ.* 2012.718, obs. HAUSER ; *JCP G*, n° 25, 17 juin 2013, p. 700, note FAVIER.

¹⁶⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 11-27.071, *Bull. civ.* I, n° 121.

¹⁶⁴¹ Voir n° 795 et s.

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 9 avr. 2013, n° 11-27.071, *Bull. civ.* I, n° 66, *D.* 2013. 1106, note DOUCHY-LOUDOT.

établir la réalité du grief allégué. La Cour put ainsi anticiper la réforme législative rendue nécessaire par l'inconstitutionnalité de l'article L.224-8 du Code de l'action sociale et des familles et démontrer l'existence d'une complémentarité entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité, là où certains craignaient leur concurrence.

564. La Cour de cassation occupe une place essentielle dans la mise en oeuvre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, en amont comme en aval de la question. Placée au cœur du système, elle apporte d'utiles précisions sur la recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité, dont le droit de la famille est un terrain privilégié. En outre, son filtrage est indispensable à la mise en oeuvre de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. La Cour de cassation s'est appropriée les critères énoncés. Elle module les conditions du renvoi au Conseil constitutionnel selon la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise. Son approche est dénuée d'automatisme. Elle prend en considération le contexte de l'inconstitutionnalité alléguée. Elle s'impose ainsi en juge « *néгатif* »¹⁶⁴⁴ de la constitutionnalité des lois. L'articulation entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité, particulièrement prégnant en droit de la famille, lui incombe aussi. Elle assume cette charge lors de la formation de la question prioritaire de constitutionnalité et en intégrant la décision du Conseil constitutionnel à l'examen des pourvois.

565. La complémentarité des fonctions dévolues à la Cour de cassation est évidente. Les publications de la Cour, comme la saisine pour avis, participent indirectement à la fonction de cassation en favorisant la diffusion de la jurisprudence et en levant des incertitudes sur le sens et la portée des règles juridiques avant la formation d'un pourvoi. Le rapport annuel et la question prioritaire de constitutionnalité sont utiles pour interpellier le législateur. Les avis rendus favorisent les échanges entre la Cour et les juridictions du fond. La jurisprudence est ainsi expliquée et annoncée, ce qui se vérifie notamment en droit de la famille.

¹⁶⁴⁴ MATHIEU, B., « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers du droit constitutionnel*, n° 32, juil. 2011, p. 45.

CONCLUSION DU TITRE II

566. A son origine simple sentinelle veillant sur l'application des lois, la Cour de cassation s'est profondément transformée au fil du temps. Le pourvoi aboutit à la cassation de tout jugement non conforme aux règles juridiques, accompagnée ou non d'un renvoi de l'affaire devant les juges du fond. Il leur appartient en effet d'apporter une solution au litige, lorsque la Cour n'a pu le faire en raison de l'interdiction qui lui est faite d'apprécier les circonstances factuelles de chaque espèce. Mais, réunie en Assemblée plénière, elle peut également décider d'imposer ses décisions quand elle l'estime nécessaire. Cette fonction juridictionnelle constitue le socle de sa jurisprudence. La Cour résout les problèmes de droit soulevés devant elle et ces solutions sont susceptibles d'être transposées dans des situations similaires. Bien que la motivation employée à ces fins soit parfois critiquée, les motifs des arrêts sont riches d'enseignements, tant sur l'application que sur l'interprétation des règles juridiques en vigueur. De plus, la fonction de cassation permet de procéder aux revirements nécessaires à l'adaptation du droit aux besoins de la société. Même si elle use de cette faculté avec prudence, la Cour de cassation décide d'évolutions importantes, admettant encore récemment la transcription dans les registres de l'état civil français d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger suite à une convention de gestation pour autrui. En outre, ses publications apportent d'utiles éclairages sur les difficultés de la pratique judiciaire, tandis que la saisine pour avis instaure un véritable dialogue avec les juges du fond. La Cour de cassation s'est aussi approprié le filtrage des questions de constitutionnalité, allant jusqu'à s'imposer au premier plan du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette diversification de ses fonctions renforce son influence en droit de la famille.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

567. L'influence de la Cour de cassation sur le droit de la famille résulte des fonctions qui lui progressivement été confiées, dont la principale consiste toujours à vérifier la conformité aux règles juridiques en vigueur des jugements rendus par les juges du fond. Or les considérations liées aux actes juridictionnels susceptibles d'être critiqués devant la Cour amènent à un constat indubitable : le domaine du pourvoi est large. Surtout, les orientations actuellement retenues par le législateur en droit de la famille n'ont pas pour effet de nuire au contrôle exercé par la Cour. Sur le plan procédural comme sur le plan temporel, le souci d'encadrer le pourvoi en cassation révèle plutôt la volonté de prendre en considération les impératifs inhérents à cette matière. La Cour est ainsi confortée dans son rôle, qui consiste à dire le droit au travers de ses arrêts.

568. D'autres outils concourent à cette même finalité. La publication des décisions dans les bulletins facilite leur diffusion auprès des justiciables et des juges du fond. Le rapport annuel souligne l'importance de certaines d'entre elles, tout en favorisant les échanges entre la Cour de cassation et les acteurs du monde politique et judiciaire. La saisine pour avis y participe également. Les imperfections et les doutes pesant sur l'application et l'interprétation des règles de droit de la famille peuvent ainsi être levés. Par exemple, ce fut le cas pour une adoption par la conjointe homosexuelle d'une mère, ayant donné naissance à un enfant conçu par une insémination artificielle réalisée à l'étranger. La question était sujette à débat, comme celle relative à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger suite à une convention de gestation pour autrui. La saisine de l'Assemblée plénière renforça l'autorité du revirement de jurisprudence décidé par la Cour à ce propos, tandis que la publication de l'avis rendu sur l'adoption dans le rapport annuel pour l'année 2014 accrut sa portée. Le même constat prévaut lorsque la Cour de cassation est confrontée à une question prioritaire de constitutionnalité. Elle décide de l'opportunité de la renvoyer au Conseil constitutionnel, tout en apportant des précisions sur sa recevabilité. Ainsi, elle admit une question sur sa jurisprudence, ce qui n'était pas expressément prévu par la réforme constitutionnelle. Grâce au filtrage incombant à la Cour, des interrogations pesant sur la conciliation entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et contrôle de

conventionnalité ont également été révélées. Le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne purent donc s'en saisir pour tenter d'y remédier.

569. Les fonctions dévolues à la Cour de cassation apportent des solutions aux problèmes en droit de la famille. Leur complémentarité garantit la cohérence du système juridique. Le recours au contrôle de conventionnalité à l'occasion d'un pourvoi permet de pallier l'abrogation différée d'une disposition législative jugée non conforme à la constitution suite à une question prioritaire de constitutionnalité. De même, la prise en considération des avis rendus par la Cour de cassation favorise l'unité d'application et d'interprétation des règles de droit de la famille, évitant parfois des pourvois inutiles. Mais pour que la Cour de cassation puisse mener ses missions à bien en droit de la famille, encore faut-il que la technique de cassation soit adaptée aux spécificités de la matière.

PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA COUR DE
CASSATION EN DROIT DE LA FAMILLE : L'EXAMEN
DU POURVOI

570. Le pourvoi en cassation vise à faire censurer la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit¹⁶⁴⁵. L'objectif est clairement proclamé par les textes, mais le choix des termes ne reflète pas la subtilité des vérifications menées par la Cour de cassation. L'absence de précisions sur les causes susceptibles de justifier la cassation garantit à la Cour la maîtrise des cas d'ouverture à cassation. L'expression « *règles de droit* » révèle la volonté d'élargir le contrôle au-delà de la loi, alors que la référence à la notion de jugement entraîne l'exclusion des simples faits. Ces considérations ont une signification particulière en droit de la famille, où les règles juridiques sont nombreuses et parfois complexes. La Cour de cassation exerce son contrôle, quel que soit le problème de droit soulevé par le pourvoi et sans être enfermée dans un carcan trop strict. Le droit de la famille illustre opportunément ces mécanismes. La souplesse de la technique de cassation permet sa modulation en fonction de la décision critiquée (Titre 1), tandis que la frontière entre le fait et le droit évolue constamment. Sans cesse, la Cour adapte le contrôle de légalité aux spécificités de la matière (Titre 2).

¹⁶⁴⁵ CPC, art. 604.

TITRE I : LA SOUPLESSE DE LA TECHNIQUE DE CASSATION
AU BENEFICE DU DROIT DE LA FAMILLE

571. La complexité de la technique de cassation rend ardue la synthèse des éléments qui la composent. Quelle que soit la matière à laquelle le pourvoi se rapporte, la Cour est chargée d'une même mission. Le droit de la famille ne fait pas exception au constat. Le pourvoi atteint son objectif lorsque la non-conformité aux règles de droit de la décision qu'il critique est établie. Pour ce faire, il importe de démontrer l'existence d'un cas d'ouverture à cassation (Chapitre 1), en invoquant un moyen approprié (Chapitre II).

Chapitre 1 : LES CAS D'OUVERTURE A CASSATION

572. La question d'une énumération des cas d'ouverture à cassation s'est posée avec une acuité particulière lors de l'adoption du Code de procédure civile. Certains arguèrent en faveur d'une liste exhaustive des circonstances justifiant la cassation d'une décision de justice, d'autres y furent réticents¹⁶⁴⁶. Le Conseil d'Etat fit part de son hostilité à l'égard d'une telle réforme¹⁶⁴⁷. A juste titre, la position dominante l'emporta : seul l'article 978 du Code de procédure civile contient une référence aux cas d'ouverture à cassation, sans préciser leur nature. Si le débat est aujourd'hui tranché, les difficultés relatives à leur classification subsistent. Les critères permettant de les différencier ne sont pas unanimement admis. Souvent, leur présentation est fonction de leur portée disciplinaire ou normative¹⁶⁴⁸. Une autre approche, plus pragmatique, consiste à fonder l'exposé sur la fréquence d'admission des griefs¹⁶⁴⁹. Il est également possible d'envisager l'analyse en distinguant selon que le cas d'ouverture à cassation ait trait au contexte entourant la décision critiquée (I) ou qu'il porte sur son contenu (II).

I. Les cas d'ouverture à cassation relatifs au contexte entourant la décision

573. Les griefs fondés sur le déroulement de l'instance devant les juges du fond n'entraînent pas forcément la cassation de la décision irrégulière, mais certains vices produisent cette conséquence (A). L'atteinte portée à une règle procédurale n'est toutefois pas seule à menacer le maintien de la décision critiquée. L'environnement juridique de l'acte juridictionnel visé par le pourvoi peut également s'y opposer (B)

¹⁶⁴⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 351, n° 70.01.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*

¹⁶⁴⁸ WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 205 et s.

¹⁶⁴⁹ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *La technique de cassation*, Dalloz, 2013, 8^e éd., p. 158 et s.

§1. La cassation résultant du non-respect des règles gouvernant l'instance

574. Les circonstances susceptibles d'entraîner la cassation d'un jugement prononcé à l'issue d'une instance irrégulière sont diverses, lorsque la procédure n'a pas été respectée. Elles tiennent tantôt à la violation des règles de compétence en droit de la famille (A), tantôt à la survenance d'un incident au cours de la procédure (B).

A. Le non-respect des règles de compétence juridictionnelle

575. Le contrôle des pouvoirs du juge¹⁶⁵⁰ par la Cour de cassation revêt un double aspect, selon la nature de la violation alléguée. Lorsque les juges du fond ne peuvent statuer sur la question de droit de la famille qu'ils ont pourtant tranchée, leur incompétence est soulevée par la Cour (1). Supposés compétents, ils outrepassent parfois leurs attributions, et commettent un excès de pouvoir exposant leur décision à la cassation (2).

1) L'incompétence des juges du fond

576. Le cas d'ouverture à cassation tiré de l'incompétence des juges du fond recouvrait autrefois un large domaine. Il est à présent bien plus marginal¹⁶⁵¹, d'autant que ce grief ne peut être soulevé pour la première fois par les parties devant la Cour de cassation¹⁶⁵². Une décision de la chambre mixte a conféré valeur absolue à cette interdiction¹⁶⁵³. Jugeant que « *les parties ne peuvent soulever les exceptions d'incompétence qu'avant toutes autres exceptions ou défense* »¹⁶⁵⁴ et « *qu'il en est ainsi alors même que les règles de compétence seraient d'ordre public* »¹⁶⁵⁵, la Cour a indéniablement restreint la portée de l'incompétence en tant que cas d'ouverture à

¹⁶⁵⁰ BOUCARD, F., « Pourvoi en cassation. Conformité du jugement. Cas d'ouverture à cassation », 5 juin 2009, *Encyclopédies du juriste*, Proc. Civ., fasc. n° 755.

¹⁶⁵¹ « *A ce caractère (...) s'ajoute celui de la subtilité, voir du byzantinisme* » - BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 129.

¹⁶⁵² CPC, art. 74.

¹⁶⁵³ Cass. ch. mixte, 24 nov. 1975, n° 73-13.556, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 55, p. 517 ; *RCDIP* 1976.347, note FOYER et HOLLEAUX ; D. 1975.497, note TOUFFAIT ; *JCP* 1975 II. 18 180, concl. TOUFFAIT.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

cassation autonome. Le principe est dorénavant consacré par l'article 74 du Code de procédure civile et les parties au pourvoi sont irrémédiablement empêchées d'invoquer à l'appui de leur pourvoi une violation des règles de compétence par les juges du fond, lorsqu'elles ne l'avaient pas dénoncée auparavant. En outre, si les juges du fond, saisis d'une exception d'incompétence dûment soulevée, se sont à tort déclarés compétents, la cassation n'est plus encourue pour incompétence, mais pour violation de la loi¹⁶⁵⁶ ou manque de base légale¹⁶⁵⁷. De même, lorsque l'exception a été avancée devant eux avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir et qu'ils ont simplement omis d'y répondre, la décision encourt la cassation pour défaut de réponse à conclusions¹⁶⁵⁸. Dans ces circonstances, la compétence de la juridiction s'étant prononcée n'est pas directement mise en cause.

577. L'incompétence n'a pourtant pas totalement cessé de provoquer la cassation des décisions qui en sont empreintes. Selon l'article 92 du Code de procédure civile, ce vice peut être relevé d'office « *si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative, ou échappe à la connaissance de la juridiction française* ». Seule cette incompétence, soulevée d'office par la Cour, est un cas d'ouverture à cassation autonome. La cassation pour incompétence suppose une erreur grave des juges du fond, liée à la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ou à la négation d'un aspect international évident du litige familial¹⁶⁵⁹. Par exemple, ce fut le cas quand un tribunal d'instance se prononça sur une demande formée par une caisse d'allocations familiales tendant au remboursement de prestations versées à un particulier, alors qu'il appartenait à la juridiction administrative de statuer sur l'action en répétition de l'indu intentée par la personne publique¹⁶⁶⁰. La Cour de cassation releva d'office le moyen de cassation fondé sur l'incompétence des juridictions judiciaires et invita les parties à mieux se pourvoir. Mais en dehors du contentieux opposant la famille ou l'un de ses membres à l'administration étatique, l'incompétence est devenue résiduelle. La multiplication des litiges comportant un élément d'extranéité n'est pas davantage

¹⁶⁵⁶ Voir n° 659 et s.

¹⁶⁵⁷ Voir n° 641 et s.

¹⁶⁵⁸ Voir n° 623 et s.

¹⁶⁵⁹ CPC, art. 92 al. 2.

¹⁶⁶⁰ Cass. 2^e civ., 14 mars 2007, n° 06-12.436. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 5 fév. 2002, n° 00-16.816, *Bull. civ.* I, n° 44.

susceptible d'accroître la portée de ce cas d'ouverture. De nombreux instruments internationaux envisagent la résolution de conflits de compétence juridictionnelle en droit international privé de la famille¹⁶⁶¹. Les décisions non conformes à ces principes peuvent être cassées. Cependant, la cassation est le plus souvent prononcée en raison d'une violation de la loi *stricto sensu* ou d'un manque de base légale.

578. Il importe également de préciser que le Code de procédure civile ne prévoit qu'une simple faculté pour la Cour, de sorte que même si l'incompétence entachant la décision critiquée par le pourvoi présente un caractère d'ordre public, elle n'est pas tenue de la relever d'office¹⁶⁶². Les parties ont toutefois intérêt à la dénoncer, bien qu'elles soient certaines que ce moyen ne puisse être accueilli, car elles attirent ainsi l'attention de la Cour de cassation sur l'existence du vice¹⁶⁶³.

579. La portée du cas d'ouverture à cassation tiré de l'incompétence des juges du fond est limitée par l'étroitesse de la notion. Lorsque le non-respect par les magistrats des limites de leurs attributions se présente sous un angle différent, la cassation intervient pour excès de pouvoir.

2) L'excès de pouvoir

580. L'excès de pouvoir est une incompétence radicale¹⁶⁶⁴, qui consiste en une méconnaissance par le juge de ses attributions. Conséquence de la défiance originaire du législateur à l'encontre des éminentes fonctions de la Cour de cassation¹⁶⁶⁵, ce cas d'ouverture fut conçu pour sanctionner les atteintes susceptibles d'être portées par l'autorité judiciaire au principe fondamental de la séparation des pouvoirs¹⁶⁶⁶. Son intervention dans les domaines réservés aux autres pouvoirs constitués est une forme particulièrement grave d'incompétence, empêchant le maintien de la décision qui en est entachée¹⁶⁶⁷. Ce fut le cas lorsqu'un tribunal, saisi d'une demande relative à une

¹⁶⁶¹ Voir n° 832 et s.

¹⁶⁶² Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1976, *Bull. civ.* I, n° 417.

¹⁶⁶³ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 361, n° 73.13.

¹⁶⁶⁴ KERNAGUELEN, F., « L'excès de pouvoir du juge », *Justices*, n° 3, 1996, p. 151.

¹⁶⁶⁵ CARTAULT, P., *De l'excès de pouvoir à la Cour de cassation et de ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux*, th. Paris, 1911, p. 14.

¹⁶⁶⁶ CHARRUAULT, C., *L'excès de pouvoir du juge civil*, in *Mél. Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 857.

¹⁶⁶⁷ Il s'agit là de « l'usurpation majeure... qui viole la loi fondamentale » - *ibid.*

légitimation adoptive à laquelle il avait fait droit, décida de restreindre le contenu des actes de l'état civil subséquents¹⁶⁶⁸. L'incursion dans le domaine réservé du législateur, seul compétent en matière d'état des personnes¹⁶⁶⁹, justifia la cassation de cette décision. La même solution s'imposa à l'égard des décisions statuant par voie d'arrêts de règlement¹⁶⁷⁰.

581. Le manquement du juge à ses obligations se situe parfois au-delà d'un simple empiètement sur le pouvoir législatif ou exécutif, allant jusqu'à critiquer les dispositions qu'il applique ou refuse de mettre en oeuvre. Or, s'il est chargé de dire le droit, il n'entre pas dans ses attributions de discuter du bien-fondé des normes. La décision qui comporte de telles appréciations, excessives, doit être cassée¹⁶⁷¹. L'excès de pouvoir dépasse l'atteinte à la séparation des pouvoirs pour devenir une véritable voie de fait¹⁶⁷². En effet, le juge porte alors sciemment préjudice à la mission confiée à l'autorité judiciaire et viole les règles de conduite de sa profession¹⁶⁷³. Ces comportements sont exceptionnels dans la pratique judiciaire. Il n'existe guère d'exemples jurisprudentiels susceptibles de les illustrer.

582. L'excès de pouvoir existe aussi lorsque le juge ne respecte pas le devoir de justice qui lui incombe¹⁶⁷⁴. La cassation intervenant sur ce fondement ne suppose pas toujours un acte positif. L'omission du juge est sanctionnée à ce titre, lorsqu'elle constitue un déni de justice¹⁶⁷⁵. L'assimilation du déni de justice à l'excès de pouvoir demeure toutefois discutée¹⁶⁷⁶. Les hésitations de la jurisprudence participent aux incertitudes relatives à sa classification parmi les cas d'ouvertures à cassation¹⁶⁷⁷. La Cour conclut rarement à un excès de pouvoir, même si l'arrêt vise l'article 4 du Code civil. Elle préfère

¹⁶⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1958, *D.* 1958. JP. 337.

¹⁶⁶⁹ Const. 4 octobre 1958, art. 34.

¹⁶⁷⁰ C. civ., art. 5.

¹⁶⁷¹ KERNAGUELEN, F., art. préc., p. 154.

¹⁶⁷² *Ibid.*

¹⁶⁷³ WALINE, M., *La notion judiciaire d'excès de pouvoir*, th. Paris, 1926, p. 118.

¹⁶⁷⁴ KERNAGUELEN, F., art. préc., p. 153.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ *Contra* : PERDRIAU, A., *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation : principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1993, p. 8. Voir également CHARRUAULT, C., art. préc., p. 859, qui estime qu'une réponse négative à cette question paraît s'imposer.

¹⁶⁷⁷ JEULAND, E., *Propos conclusifs*, in *Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, Actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, dir. CADIET, L. et LORIFERNE, D., IRJS, 2011, p. 151.

casser la décision pour manque de base légale ou violation de la loi¹⁶⁷⁸. Pourtant, la notion a été précisée : il y a déni de justice toutes les fois que le juge refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi¹⁶⁷⁹. Il en fut ainsi quand une cour d'appel s'en remit à un notaire liquidateur pour trancher une contestation relative au sort de l'impôt lors de la liquidation du régime matrimonial¹⁶⁸⁰, ou pour évaluer le montant de la récompense due à la communauté¹⁶⁸¹. De même, en s'estimant inaptes à se prononcer sur la validité d'une vente consentie entre époux et constatée par un acte d'une juridiction étrangère, les juges du fond contrevinrent à la prohibition édictée par le Code civil¹⁶⁸². Un déni de justice fut aussi constaté à l'égard d'une décision qui avait refusé de statuer sur le recouvrement d'une créance alimentaire, en se fondant sur l'insuffisance des preuves fournies par les parties¹⁶⁸³. En effet, il appartenait à la juridiction d'ordonner toute mesure d'instruction nécessaire pour en déterminer le montant.

583. Ce cas d'ouverture à cassation ne suppose pas forcément le constat de manquements aussi flagrants. Sans usurper des pouvoirs qui ne lui appartiennent pas, le juge peut les détourner. Il méconnaît alors les limites de ses attributions, en les dépassant ou en les amputant. Par exemple, un juge aux affaires familiales ne pouvait nommer un notaire aux fins de solder la liquidation du régime matrimonial dont il était saisi¹⁶⁸⁴, et il fut reproché à une cour d'appel de ne pas évaluer les dommages et intérêts accordés à un époux lors d'un divorce¹⁶⁸⁵. Statuant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les juges du fond n'étaient pas davantage autorisés à s'en remettre à la seule volonté des enfants pour déterminer la fréquence du droit de visite accordé à leur père¹⁶⁸⁶. De plus, ils ne pouvaient confier le choix des modalités d'exécution de ce droit à l'organisme responsable du mineur dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative¹⁶⁸⁷. En outre, une cour d'appel, qui constata son incompétence pour trancher une question portant sur

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ C. civ., art. 4.

¹⁶⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 10-24.214, *Bull. civ. I*, n° 288, *RTD Civ.* 2012.102, obs. HAUSER.

¹⁶⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 2008, n° 07-12.224, *Bull. civ. I*, n° 122, *RTD Civ.* 2009. 768, obs. VAREILLE.

¹⁶⁸² Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1998, n° 96-12.618.

¹⁶⁸³ Cass. 2^e civ., 28 juin 2006, n° 04-17.224, *Bull. civ. II*, 174, *RTD Civ.* 2006.821, obs. PERROT.

¹⁶⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012, n° 11-20.195, *Dr. fam.* 2012, n° 6, p. 18, note LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁶⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n° 02-11.435.

¹⁶⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2007, n° 05-21.666.

¹⁶⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2001, n° 99-05.088 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2003, n° 00-05.070, *RTD Civ.* 2003.281, obs. HAUSER.

les mesures provisoires prises au cours du divorce, méconnut les limites de ses attributions¹⁶⁸⁸, comme celle n'ayant pas procédé aux recherches qui s'imposaient pour déterminer la disparité entre les conditions de vie respectives des époux aux fins d'octroi d'une prestation compensatoire¹⁶⁸⁹.

584. La sanction est identique si, à l'inverse, la juridiction dépasse la limite de ses attributions. Par exemple, une décision par laquelle une cour d'appel prononça un divorce en violation de l'immunité de juridiction dont bénéficiait le mari fut cassée¹⁶⁹⁰. La même solution s'imposa pour une décision décidant d'une mesure d'assistance éducative, au préjudice de la compétence exclusive du juge des enfants¹⁶⁹¹. Le fait d'obliger une femme à consentir un droit à bail rural au profit de son ex-mari, au titre des conséquences patrimoniales de leur divorce, caractérisa également un excès de pouvoir¹⁶⁹². En statuant de la sorte, les juges du fond ne pouvaient éviter la cassation.

585. Quelles que soient les circonstances qui le révèlent, l'excès de pouvoir justifie la cassation de la décision qui en est entachée. En droit de la famille, elle est surtout prononcée à l'encontre de décisions rendues en matière d'assistance éducative ou dans le cadre d'un divorce¹⁶⁹³. Encore récemment, ces cassations recouvraient un champ plus large. L'atteinte à un principe essentiel de la procédure était réprimée par ce biais, avant qu'un revirement de jurisprudence fut décidé. La Cour de cassation refusa de considérer la violation de la contradiction comme un excès de pouvoir¹⁶⁹⁴ et rompit le lien entretenu entre la violation d'un principe fondamental de droit processuel et l'excès de pouvoir¹⁶⁹⁵. Persévérant dans cette vision restrictive de la notion, elle exclut également

¹⁶⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005, n° 04-13.463, *Bull. civ. I*, n° 354, *Dr. fam.* n° 12, déc. 2005, comm. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁶⁸⁹ Cass. 2^e civ., 18 mars 1998, n° 96-11.389, *Bull. civ. II*, n° 89.

¹⁶⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 1986, n° 84-13.422, *Bull. civ. I*, n° 87.

¹⁶⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, n° 93-14.375, *Bull. civ. I*, n° 192, *RTD Civ.* 1995. 614, obs. HAUSER.

¹⁶⁹² Cass. 1^{ère} civ., 4 jan. 1995, n° 92-20.013, *Bull. civ. I*, n° 4, *RTD Civ.* 1996.971, note VAREILLE.

¹⁶⁹³ Pour une étude plus approfondie de l'excès de pouvoir dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voir : SOMMER, J.-M., *L'excès de pouvoir dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1990-2010, étude empirique*, in *Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, Actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, CADIET, L. et LORIFERNE, D. (dir.), IRJS, 2011, p. 151

¹⁶⁹⁴ Cass. ch. mixte, 28 jan. 2005, n° 02-19.153, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 1, *D.* 2006.545, obs. FRICERO et JULIEN.

¹⁶⁹⁵ CHARRUAULT, C. th. préc., p. 865.

la méconnaissance des termes du litige¹⁶⁹⁶, aujourd'hui considérée comme une dénaturation¹⁶⁹⁷.

586. Cette solution fut critiquée¹⁶⁹⁸, plusieurs auteurs considérant qu'elle était de nature à porter atteinte à l'accès à la Cour de cassation¹⁶⁹⁹. Elle fut néanmoins confirmée¹⁷⁰⁰ : la violation d'un principe fondamental de la procédure n'autorise pas à bénéficier du régime dérogatoire de l'excès de pouvoir¹⁷⁰¹. Celui qui invoque un tel grief doit dorénavant se fonder sur la violation des formes de la procédure.

B. Les cas d'ouverture à cassation liés à la régularité de la procédure

587. La violation des formes de la procédure provoque la cassation de la décision critiquée dans deux séries d'hypothèses. L'irrégularité peut d'abord consister en un vice de forme *stricto sensu*, lorsque le jugement rendu ne satisfait pas aux exigences énoncées par le Code de procédure civile (1). Ensuite, l'atteinte portée aux grands principes de la procédure justifie aussi la cassation (2).

1) Le vice de forme *stricto sensu*

588. Le Code de procédure civile consacre des développements conséquents aux conditions de régularité des jugements, laissant à penser qu'un nombre important de vices de forme entraîne la cassation. Ce n'est pourtant pas le cas. Seules certaines formalités sont prescrites à peine de nullité¹⁷⁰², comme les règles concernant la tenue du délibéré et le nombre de magistrats y participant¹⁷⁰³. Les principes gouvernant le

¹⁶⁹⁶ Cass. 2^e civ., 19 mai 2005, n° 03-14.840.

¹⁶⁹⁷ Voir n° 652.

¹⁶⁹⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 73.54. Sur l'excès de pouvoir et la violation des principes fondamentaux de la procédure, voir également : JEULAND, E., art. préc., p. 149.

¹⁶⁹⁹ PIWNICA, E., « Pourvoi en cassation et excès de pouvoir : à propos de l'arrêt de Chambre mixte du 28 janvier 2005 », *Justice et cassation*, 2006, p. 259.

¹⁷⁰⁰ FOUSSARD, D., *Le recours pour excès de pouvoir. De quelques remarques théoriques et pratiques, in Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile, op. cit.*, p. 128.

¹⁷⁰¹ Voir n° 152.

¹⁷⁰² CPC, art. 458.

¹⁷⁰³ CPC, art. 447.

prononcé de la décision¹⁷⁰⁴, ainsi que ceux ayant trait à ses mentions obligatoires¹⁷⁰⁵, à son contenu¹⁷⁰⁶ et à ses signataires¹⁷⁰⁷, présentent aussi un caractère substantiel.

589. En premier lieu, la Cour de cassation a apporté d'utiles précisions sur le respect de ces injonctions. La décision doit obligatoirement indiquer le nom de ceux qui composent la formation de jugement¹⁷⁰⁸ et qui doivent siéger en nombre impair¹⁷⁰⁹. Le principe est identique pour les mentions portant sur l'organisation et la tenue du délibéré¹⁷¹⁰. Les mêmes magistrats assistent aux débats et participent au délibéré¹⁷¹¹. Seuls peuvent intervenir pendant celui-ci les juges présents lors des débats¹⁷¹². En outre, le jugement doit en toutes circonstances être prononcé par un membre du collège présent à l'audience et au délibéré¹⁷¹³. L'obligation de faire figurer l'objet de la demande formée par les parties et les moyens avancés par celles-ci revêt également une grande importance¹⁷¹⁴. La signature du président de la formation de jugement ou faisant fonction est requise sur la minute¹⁷¹⁵, comme celle du greffier qui a assisté au prononcé de la décision¹⁷¹⁶. Par contre, la mention du nom du secrétaire présent à l'audience n'est plus exigée¹⁷¹⁷. La Cour a aussi conféré valeur substantielle à l'indication de la date du jugement¹⁷¹⁸, précisant que la contradiction entre les mentions qui y sont relatives équivaut à une absence de date¹⁷¹⁹. Le respect de ces exigences est contrôlé selon les spécificités de la procédure en droit de la famille¹⁷²⁰.

¹⁷⁰⁴ CPC, art. 451.

¹⁷⁰⁵ CPC, art. 454.

¹⁷⁰⁶ CPC, art. 455.

¹⁷⁰⁷ CPC, art. 456.

¹⁷⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2009, n° 07-14.827,

¹⁷⁰⁹ Cass. 2^e civ., 6 fév. 1991, *Bull. civ.* II, n° 49 ; Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2011, n° 09-65.927.

¹⁷¹⁰ Cass. 2^e civ., 13 mai 1981, *JCP* 1981. IV. 267 ; Cass. Soc. 2 fév. 2011, n° 09-40.718 ; Cass. 2^e civ., 20 juil. 1988, n° 83-10.826 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2009, n° 07-21.982.

¹⁷¹¹ Cass. 2^e civ., 20 juil. 1988, n° 87-15.754, *Bull. civ.* II, n° 177.

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ Cass. 2^e civ., 20 juil. 1988, préc. ; Cass. 3^e civ., 30 oct. 1991, n° 89-21.729.

¹⁷¹⁴ Cass. 2^e civ., 21 janv. 1965, *Bull. civ.* II, n° 60 ; Cass. 2^e civ., 3 mai 1985, n° 83-16.987., *Bull. civ.* II, n° 90.

¹⁷¹⁵ Cass. 2^e civ., 9 juil. 1997, n° 95-20.854, *Bull. civ.* II, n° 228.

¹⁷¹⁶ Cass. 3^e civ., 11 juin 1981, n° 79-16.233, *Bull. civ.* III, n° 123 ; Cass. 2^e civ., 7 janv. 1999, n° 96-16.944, *Bull. civ.* II, n° 2.

¹⁷¹⁷ Cass. ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 08-13.643, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 3, *RTD Civ.* 2010. 154, obs. PERROT.

¹⁷¹⁸ Cass. 2^e civ., 9 juin 1971, n° 70-11.155, *Bull. civ.* II, n° 208 ; Cass. 2^e civ., 9 déc. 1997, n° 96-13.139.

¹⁷¹⁹ Cass. 2^e civ., 9 juin 1971, préc.

¹⁷²⁰ Voir n° 38 et s.

590. Comme dans toute autre matière, le jugement non conforme à ces impératifs formels encourt la cassation. Pourtant, la Cour a rarement recours à ce cas d'ouverture pour plusieurs raisons. La recevabilité du moyen se heurte souvent au régime particulier des nullités formelles, qui doivent être soulevées avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir¹⁷²¹. De plus, aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul en l'absence de sanction prévue par un texte¹⁷²² et sans que ne soit prouvé le grief causé par l'irrégularité¹⁷²³, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public¹⁷²⁴. Ainsi, l'argument tiré de la composition irrégulière de la juridiction est reçu sous réserve qu'il ait été avancé dès l'ouverture des débats ou dès la révélation de l'irrégularité¹⁷²⁵. Il est impossible de l'invoquer après la clôture¹⁷²⁶. La Cour de cassation est inflexible, même lorsque le plaideur dénonce la partialité du tribunal¹⁷²⁷. Ces principes régissent aussi les critiques portant sur la publicité des débats¹⁷²⁸. Le président de la juridiction devant laquelle le non-respect des formalités de publicité est dénoncé doit se prononcer immédiatement sur l'incident¹⁷²⁹. En conséquence, « *si l'audience est poursuivie sous sa forme régulière, aucune nullité fondée sur son déroulement antérieur ne pourra être ultérieurement prononcée, même d'office* »¹⁷³⁰. De plus, le vice tenant au prononcé du jugement n'est admis que s'il est présenté au moment où la décision est rendue¹⁷³¹. Cette politique d'élimination des vices de forme¹⁷³² tend à restreindre le domaine de ce cas d'ouverture à cassation, quelle que soit la nature de l'irrégularité alléguée.

591. En deuxième lieu, le Code de procédure civile déroge à l'obligation de recourir à la procédure d'inscription de faux pour prouver contre un jugement, qui est un

¹⁷²¹ CPC, art. 112.

¹⁷²² CPC, art. 114.

¹⁷²³ CPC, art. 114 al. 2. Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 8 déc. 2011, n° 10-21.572, *Procédures*, n° 2, fév. 2012, p. 14, note PERROT.

¹⁷²⁴ *Ibid.*

¹⁷²⁵ CPC, art. 430.

¹⁷²⁶ CPC, art. 444 al. 2.

¹⁷²⁷ Cass. ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 10, *RTD Civ.* 2001. 192, obs. NORMAND ; *D.* 2001.2427, note BEIGNIER et BLERY.

¹⁷²⁸ CPC, art. 446.

¹⁷²⁹ CPC, art. 437.

¹⁷³⁰ *Ibid.*

¹⁷³¹ CPC, art. 458 al. 2.

¹⁷³² BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 376, n° 74.41.

acte authentique¹⁷³³, en autorisant l'utilisation du registre d'audience ou de tout autre moyen¹⁷³⁴. Cet aménagement du régime de la preuve opère dans le sens de la régularité de la procédure. Démontrer l'existence d'un vice de forme n'est guère évident, bien que le plaideur puisse toujours demander une expédition du registre d'audience à ces fins¹⁷³⁵. A cette faveur, s'ajoute la possibilité de réparer l'erreur, offerte aux juges du fond et à la Cour de cassation¹⁷³⁶. Ces rectifications ne sont possibles qu'à l'encontre d'erreurs matérielles, non lorsque qu'une formalité substantielle du jugement n'a pas été respectée.

592. En troisième lieu, la Cour a développé des présomptions de régularité, fruits d'une construction jurisprudentielle remarquable. Elles visent à écarter le vice de forme allégué, en présumant que l'irrégularité dénoncée n'a pas été commise ou en réputant accomplie la formalité prétendument omise¹⁷³⁷. Elles tendent au rejet du pourvoi, alors que la règle enfreinte est prescrite à peine de nullité et que le grief est recevable. Par exemple, les magistrats qui ont assisté aux débats sont considérés comme étant ceux qui ont délibéré¹⁷³⁸, et inversement¹⁷³⁹, quand les éléments de la procédure ne contiennent pas de précision à ce sujet¹⁷⁴⁰. Les signatures figurant sur la minute du jugement sont présumées être celles émanant du greffier¹⁷⁴¹, du président¹⁷⁴² ou de celui faisant fonction¹⁷⁴³. Le magistrat qui prononce la décision est supposé avoir assisté aux débats et pris part au délibéré¹⁷⁴⁴, comme celui qui la signe¹⁷⁴⁵. Le remplacement d'un juge par l'un des ses collègues et la désignation des assesseurs sont réputés conformes à la loi, sauf mention contraire¹⁷⁴⁶. Pour chaque présomption de régularité, la preuve contraire doit être

¹⁷³³ CPC, art. 457.

¹⁷³⁴ CPC, art. 459.

¹⁷³⁵ CPC, art. 729.

¹⁷³⁶ CPC, art. 462.

¹⁷³⁷ PERDRIAU, A., « Les présomptions de régularité de la procédure instituées par la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 1999, p. 4.

¹⁷³⁸ Cass. 2^e civ., 24 mars 1993, *Bull. civ. II*, n° 123.

¹⁷³⁹ Cass. 2^e civ., 9 juil. 1997, *Bull. civ. II*, n° 228.

¹⁷⁴⁰ Cass. 3^e civ., 18 juin 2003, *JCP G* 2003. IV. 2434.

¹⁷⁴¹ Cass. ch. mixte, 21 oct. 2005, *JCP G* 2005. IV. 3456. Voir également : Cass. Soc. 15 oct. 1998, n° 96-20.898.

¹⁷⁴² Cass. Com., 5 déc. 1977, *Bull. civ. IV*, n° 285.

¹⁷⁴³ Cass. 2^e civ., 21 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 192. Voir également : Cass. 3^e civ., 18 juin 2003, *JCP G* 2003. IV. 2434.

¹⁷⁴⁴ Cass. Soc. 20 mars 1990, *Bull. civ. V.*, n° 127 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 1999, *Bull. civ. I*, n° 263.

¹⁷⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n° 296 ; Cass. Soc., 15 oct. 1998, n° 96-20.898.

¹⁷⁴⁶ Cass. Com., 15 déc. 1998, n° 96-30.224,

rapportée par un écrit figurant dans le dossier ou les actes de la procédure¹⁷⁴⁷. La cassation pour vice de forme ne suppose donc pas la simple absence d'indication relative à une formalité substantielle, mais bien la présence d'une mention révélant le manquement dénoncé.

593. En droit de la famille, un vice de forme conserve toutefois une grande importance. En imposant la communication au ministère public des affaires relatives à la filiation et à l'organisation de la tutelle des mineurs¹⁷⁴⁸, le Code de procédure civile accroît considérablement les exigences relatives à la régularité de ces procédures. Tout jugement rendu en contravention à ces dispositions encourt la cassation. Elle fut prononcée quand la cause relative au droit des grands-parents d'entretenir des relations avec leur petit-enfant fut tranchée sans avoir été préalablement communiquée au ministère public, par exemple¹⁷⁴⁹. L'absence de communication d'une demande visant à l'annulation d'une reconnaissance de paternité entraîna aussi la cassation de la décision subséquente¹⁷⁵⁰, comme celle tendant à faire admettre une action en recherche de paternité¹⁷⁵¹, ou ayant trait à la constatation de la possession d'état d'enfant naturel¹⁷⁵², ou même encore à une demande de subsides¹⁷⁵³. L'obligation de communication au ministère public recouvre donc un large champ qui s'étend des affaires relatives à la filiation et à l'autorité parentale, à celles dénonçant un enlèvement international d'enfant¹⁷⁵⁴. L'injonction est d'ordre public¹⁷⁵⁵.

594. Ce grief est davantage admis par la Cour de cassation que ceux portant sur d'autres violations formelles. En effet, la Cour s'est abstenue de limiter les cassations pour défaut de communication de la cause au ministère public. Les présomptions de

¹⁷⁴⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 372, n° 74.11 et s.

¹⁷⁴⁸ CPC, art. 425.

¹⁷⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1986, n° 84-16.014, *Bull. civ. I*, n° 171 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1988, n° 87-13.897, *Bull. civ. I*, n° 355 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 03-17.704. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2004, n° 03-19.028, *D.* 2011.2093, note CADOU.

¹⁷⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, n° 06-22.141, *Bull. civ. I*, n° 47, *D.* 2009. Pan. 773, obs. GRANET-LAMBRECHTS. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2007, n° 06-20.684.

¹⁷⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 2012, n° 10-25.335. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2008, n° 07-17.407, *Bull. civ. I*, n° 134.

¹⁷⁵² Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 2010, n° 08-15.152. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 24 mai 2007, n° 06-20.058 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2008, n° 07-18.029 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 08-14.875.

¹⁷⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2007, n° 06-16.923, *Bull. civ. I*, n° 325.

¹⁷⁵⁴ CPC, art. 1210-6.

¹⁷⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1983, *Bull. civ. I*, n° 297.

régularité de la procédure jouent ici un rôle mineur. Mettant un terme à la controverse opposant les première et deuxième chambres civiles, une chambre mixte de la Cour de cassation écarta leur application¹⁷⁵⁶. Depuis, la cassation de l'arrêt est prononcée dès que l'adversaire est dans l'incapacité de démontrer le respect de cette formalité. Dans le silence de la décision critiquée, la communication est supposée n'avoir pas été effectuée. La preuve de la régularité de la transmission est néanmoins facilitée, puisqu'elle peut résulter de l'audition des conclusions du ministère public à l'audience¹⁷⁵⁷, ou même de sa seule présence¹⁷⁵⁸. Le défendeur au pourvoi produit toute pièce de la procédure aux fins d'établir le respect de l'obligation. Il faut en outre préciser que seule l'absence de communication de la cause au ministère public est exclue du jeu des présomptions de régularité. Concernant le rôle du parquet durant l'audience, son représentant est réputé avoir pris la parole en dernier¹⁷⁵⁹ dans les affaires qui ont été communiquées. La preuve contraire est néanmoins admise.

595. La cassation pour vice de forme est moins marginale en droit de la famille qu'en d'autres matières. La fréquence d'admission de ces griefs demeure faible, mais la Cour veille sur l'obligation de communication au ministère public. La solution mérite d'être approuvée. Certains auteurs recommandent d'ailleurs d'éviter la multiplication des présomptions de régularité à l'avenir¹⁷⁶⁰. Certes, cette construction jurisprudentielle tend à empêcher la cassation d'un jugement régulier sur le fond. Elle n'échappe pourtant pas à la critique. L'existence d'une incertitude n'empêche pas de rejeter le pourvoi, alors que les règles énoncées par le Code de procédure civile participent au respect du droit à un procès équitable¹⁷⁶¹ et la Cour doit garantir le respect des principes fondamentaux de la procédure.

¹⁷⁵⁶ Cass. ch. mixte, 21 juil. 1978, n° 75-14.832, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 4, *RTD Civ.* 1979. 192, note NORMAND.

¹⁷⁵⁷ Cass. 2^e civ., 21 nov. 1973, n° 72-13.924, *Bull. civ.* II, n° 302.

¹⁷⁵⁸ Cass. Soc., 17 nov. 1976, n° 74-40.763, *Bull. civ.* V, n° 591.

¹⁷⁵⁹ Cass. 2^e civ., 21 juin 1995, *Bull. civ.* II, n° 192 et Cass. Soc. 13 nov. 1986, n° 84-40.223, *Bull. civ.* V, n° 522.

¹⁷⁶⁰ PERDRIAU, A., art. préc.

¹⁷⁶¹ BOUCARD, F., *encycl. préc.*

2) La violation des grands principes de la procédure

596. L'atteinte aux grands principes gouvernant l'instance est davantage considérée comme une violation de la procédure qu'assimilée à un excès de pouvoir en droit processuel contemporain¹⁷⁶². La Cour de cassation protège les valeurs cardinales du droit judiciaire privé, et les textes enjoignent aux juges du fond de tout mettre en œuvre pour assurer la contradiction et prévenir les manquements aux droits de la défense¹⁷⁶³. Bien que le contenu de ces notions ne soit pas expressément défini par le Code de procédure civile, le moyen fondé sur leur violation est souvent invoqué. Lorsque la cassation est prononcée sur ce fondement, ce n'est pas en raison d'une non-conformité à la loi substantielle. La critique porte sur la procédure telle que diligentée par les juges du fond, non sur la contestation élevée devant eux. La particularité de ce cas d'ouverture incite à développer l'analyse, même s'il ne revêt pas un caractère autonome.

597. D'abord, le Code de procédure civile énonce que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* »¹⁷⁶⁴. La Cour garantit le respect du principe. A l'occasion d'un conflit de filiation, il fut ainsi décidé que la paternité légitime ne pouvait en aucun cas être annulée sans que le père des enfants et époux de leur mère fût convoqué à l'audience¹⁷⁶⁵. De même, un arrêt fut cassé pour violation de l'article 14 du Code de procédure civile, en ce qu'il avait fixé le montant d'une créance dont profitait l'indivision post-communautaire au détriment de l'indivision générale sans en appeler les membres à l'instance les membres¹⁷⁶⁶. Le contrôle ne porte pas seulement sur l'existence de la convocation. La Cour de cassation veille aussi au respect effectif des droits de la défense. Par exemple, elle vérifia que l'adresse figurant sur la lettre de notification envoyée n'était pas différente de celle indiquée dans l'acte d'appel¹⁷⁶⁷ et qu'elle n'avait pas été envoyée tardivement¹⁷⁶⁸. La Cour exige aussi que le courrier soit remis à qui de droit. A l'évidence, une telle convocation n'était pas susceptible d'être confiée au conjoint

¹⁷⁶² Voir n° 586.

¹⁷⁶³ CPC, art. 16.

¹⁷⁶⁴ CPC, art. 14.

¹⁷⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 2011, n° 10-24.063.

¹⁷⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, n° 99-15.049.

¹⁷⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 avril. 1988, n° 97-05.082. Voir également : Cass. 2^e civ., 15 mai 2003, n° 01-11.827, *Bull. civ. II*, n° 148.

¹⁷⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 1997, n° 96-05.064.

de la personne concernée, s'agissant d'une assignation en divorce¹⁷⁶⁹. Plus surprenant, une cassation fut prononcée dans une hypothèse où l'absence de notification résultait du refus de retrait du recommandé par l'intéressé¹⁷⁷⁰.

598. Ensuite, la contradiction empêche de retenir les pièces qui n'ont pas été régulièrement versées aux débats. Il existe une présomption de régularité en la matière. La Cour juge qu'à défaut d'énonciations contraires, les documents sur lesquels les juges se sont appuyés et dont la production n'a donné lieu à aucune contestation sont réputés avoir été régulièrement produits et soumis à la libre discussion des parties¹⁷⁷¹. Les pièces doivent être spontanément communiquées par celui qui les invoque à toute autre partie à l'instance¹⁷⁷², simultanément à la notification des conclusions exposant les prétentions qu'elles étayent¹⁷⁷³. Leur délai de présentation est une condition de régularité de la procédure, aucune pièce ne pouvant en principe être produite après l'ordonnance de clôture¹⁷⁷⁴, et seules celles présentées en temps utile sont donc acceptées. Le caractère tardif de la transmission est souverainement apprécié par les juges du fond¹⁷⁷⁵ qui sont contraints de motiver l'atteinte portée au contradictoire pour décider d'un rejet¹⁷⁷⁶. Par exemple, pour écarter le rapport d'un détective privé présenté par le mari au cours dans une procédure de divorce, une cour d'appel devait caractériser les circonstances particulières qui empêchaient l'épouse d'y répondre¹⁷⁷⁷. Elle manqua à cet impératif en se contentant de préciser que le document, établi en 1995, n'avait été transmis à l'adversaire qu'en 1998, deux semaines avant la date de l'ordonnance de clôture¹⁷⁷⁸. La Cour de cassation maintient un contrôle strict en la matière, au risque de susciter le mécontentement des juges du fond¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁶⁹ Cass. 3^e civ., 19 déc. 1973, n° 72-12.183, *Bull. civ.* III, n° 417.

¹⁷⁷⁰ Cass. 2^e civ., 31 mai 2000, n° 98-20.165.

¹⁷⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 avril 1985, JCP 1985. IV. 236 ; Cass. 2^e civ., 14 oct. 1982, *Bull. civ.* II, n° 127 ; Cass. 2^e civ., 13 juin 1985, *Bull. civ.* II, n° 121.

¹⁷⁷² CPC, art. 132.

¹⁷⁷³ Cass. Avis, 25 juin 2012, n° 12-00.005, *D.* 2012.2435, note ALCALDE.

¹⁷⁷⁴ CPC, art. 783.

¹⁷⁷⁵ Cass. ch. mixte, 3 fév. 2006, n° 04-30.592, *Bull. civ. ch. mixtes*, n° 2, *D.* 2006.1268, note BOLZE.

¹⁷⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004, n° 01-16.659, *Bull. civ.* I, n° 53, *D.* 2004.1995, note BOLZE ; Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 2003, n° 01-16.127.

¹⁷⁷⁷ Cass. 2^e civ., 31 mai 2000, n° 98-17.896, *Bull. civ.* II, n° 93.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ BOLZE, A., « L'office du juge en matière de contrôle du contradictoire : la forte résistance des juges du fond à la position de la Cour de cassation », *D.* 2004. 1995.

599. Les règles assurant le respect de la contradiction lors de la communication des conclusions entre les parties sont similaires. Le Code de procédure civile subordonne la régularité des conclusions à la signature du représentant de la partie concluante¹⁷⁸⁰. La signification des conclusions à l'adversaire est exigée, en la forme des notifications entre avocats¹⁷⁸¹. Le respect de cette formalité fait aussi l'objet d'une présomption de régularité¹⁷⁸². Les dernières écritures des parties reprennent les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans les écrits antérieurs¹⁷⁸³. Un bordereau récapitulatif des pièces invoquées à l'appui des conclusions y est annexé¹⁷⁸⁴. En outre, elles doivent être transmises dans le même temps¹⁷⁸⁵. Comme pour les pièces de la procédure, le dépôt intervient durant la phase préparatoire du procès et avant la phase décisive¹⁷⁸⁶. Les parties sont tenues de se faire connaître en temps utile leurs conclusions respectives et le juge ne peut retenir un élément auquel la partie adverse n'a pas eu la possibilité de répondre¹⁷⁸⁷. La Cour de cassation garantit le respect de ce principe et s'en remet au pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier le respect de ces conditions¹⁷⁸⁸. La caractérisation d'une atteinte à la contradiction demeure indispensable pour déclarer irrecevables des conclusions tardives¹⁷⁸⁹. Dès lors que l'une de ces règles est violée au cours de l'instance devant les juges du fond, leur décision est exposée à la cassation.

600. Enfin, le respect du contradictoire s'impose avec la même force pour les mesures d'instruction, qu'il s'agisse de leur prononcé, de leur exécution ou de leurs résultats. La jurisprudence est constante : nul ne peut opposer à son adversaire une mesure d'instruction à laquelle il n'a pas participé¹⁷⁹⁰. La mesure peut néanmoins être régulière au regard des droits de la défense lorsque l'acte a été ordonné et réalisé au cours d'une

¹⁷⁸⁰ CPC, art. 961.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*

¹⁷⁸² Cass. 2^e civ., 11 oct. 1978, *RTD Civ.* 1979.191, obs. PERROT.

¹⁷⁸³ CPC, art. 954 al. 3.

¹⁷⁸⁴ Art. 954 al. 1 CPC.

¹⁷⁸⁵ Cass. Avis, 25 juin 2012, préc.

¹⁷⁸⁶ CPC, art. 783.

¹⁷⁸⁷ CPC, art. 16.

¹⁷⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, n° 05-15.007.

¹⁷⁸⁹ Cass. 2^e civ., 11 janv. 2001, n° 99-13.060, *Bull. civ. II*, n° 5 ; Cass. 2^e civ., 26 sept. 2002, n° 00-15.249, *Bull. civ. II*, n° 196 ; Cass. 2^e civ., 7 juin 2001, n° 99-15.596.

¹⁷⁹⁰ BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 74.141. Voir : Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000, n° 97-20.017, *Bull. civ. I*, n° 79 ; Cass. 2^e civ., 18 jan. 2001, n° 98-19.958, *Bull. civ. II*, n° 11.

autre instance. Le juge en accepte le rapport, à condition qu'il ait été régulièrement versé aux débats et que les données contenues soient soumises à la libre discussion des parties¹⁷⁹¹. Si tel est le cas, nulle atteinte à la contradiction ou aux droits de la défense n'est caractérisée. En droit de la famille, le propos appelle plusieurs exceptions, par exemple à propos de l'expertise sanguine, qui est en principe de droit lorsque l'affaire a trait à la filiation ou aux subsides¹⁷⁹². Selon une jurisprudence constante, le juge peut tirer toutes les conséquences utiles du refus par l'une des parties de s'y soumettre. De même, l'enquête sociale, fréquemment ordonnée lors des procédures d'assistance éducative, a lieu sans qu'il soit nécessaire de recueillir le consentement des intéressés¹⁷⁹³ et le rapport dressé par l'enquêteur est malgré tout opposable aux parties. L'invitation à consulter le dossier de la procédure au greffe suffit au respect du droit à un procès équitable¹⁷⁹⁴.

601. Le respect de la contradiction oblige la Cour de cassation à rester vigilante, quel que soit le problème de droit soulevé par le pourvoi. Le Code de procédure civile incite le juge à faire respecter le principe, mais aussi à s'y tenir lui-même¹⁷⁹⁵. Chaque partie doit pouvoir prendre connaissance et discuter toute pièce ou observation présentée au juge afin d'influer sur sa décision¹⁷⁹⁶. Il en va ainsi pour les moyens soulevés d'office par les juges du fond. La procédure est régulière sous réserve qu'ils aient été soumis à la contradiction. Dans le cas contraire, la décision prise à l'issue de l'instance doit être cassée¹⁷⁹⁷. Le droit à la parole offert à l'enfant dans la procédure le concernant atteste également de la prudence de la Cour. L'audition du mineur en justice est une mesure d'instruction autonome¹⁷⁹⁸, assujettie à la contradiction¹⁷⁹⁹. A l'origine, aucune disposition ne prévoyait les incidences procédurales du recueil des mots de l'enfant par le juge. Le magistrat qui décidait de la tenue d'un entretien pouvait prendre en considération le résultat de cette mesure, sans être contraint d'en avertir quiconque. La

¹⁷⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2003, *D.* 2005. JP. 46, note CAVALIER.

¹⁷⁹² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

¹⁷⁹³ CPC, art. 1072. Voir : Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1987, *Bull. civ.* I, n° 140.

¹⁷⁹⁴ Voir n° 1020.

¹⁷⁹⁵ CPC, art. 16. Voir : BOLZE, A., art. préc.

¹⁷⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 juil. 2004, n° 01-14.506, *Bull. civ.* I, n° 205, *RTD Civ.* 2004.716, obs. HAUSER.

¹⁷⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 2001, n° 10-17.540 et 10-18.771 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009, n° 08-14.902.

¹⁷⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 2011, n° 10-10.547, *Bull. civ.* I, n° 59, *RJPF*, n° 6, juin 2011, p. 32, note EUDIER ; Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2011, n° 10-23.502, *RJPF*, n° 12, déc. 2011, p. 26, note EUDIER.

¹⁷⁹⁹ HAYAT, J.-M. et FRICERO, N., « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF*, n° 10, oct. 2009, p. 8.

cassation des décisions ne mentionnant aucune information des parties sur l'existence de la mesure était dès lors inévitable¹⁸⁰⁰. Un compte-rendu de la parole de l'enfant fut aussi imposé aux fins de respect du contradictoire¹⁸⁰¹. La Cour s'abstint cependant d'en définir le contenu.

602. La Cour de cassation assure le respect de la contradiction devant les juges du fond en contrôlant la conformité aux règles de procédure de la décision rendue. Un manquement entraîne la cassation. La légalité matérielle est subordonnée à la légalité procédurale de la décision¹⁸⁰². Le contexte entourant l'acte juridictionnel critiqué a aussi son importance, surtout lorsque la Cour est confrontée à l'impossibilité de le maintenir dans son environnement juridique.

§2. Le maintien de la décision critiquée par le pourvoi dans son contexte juridique

603. Suite au prononcé de la décision, des événements peuvent modifier le contexte juridique dans lequel elle s'inscrit. C'est le cas lorsque la règle de droit de la famille lui servant de fondement est abrogée (A), mais aussi quand sa coexistence avec une décision ultérieure est impossible (B).

A. La perte de fondement juridique

604. La cassation pour perte de fondement juridique survient dans l'hypothèse où un jugement ou un arrêt est rétroactivement réduit à néant, en raison de la disparition, ultérieurement à sa naissance, d'une règle ou d'un acte sur lequel il reposait¹⁸⁰³. Le maintien d'une décision dépourvue de socle est impossible, au risque de créer une incohérence systémique. Ce cas d'ouverture n'est pas expressément envisagé par le Code de procédure civile, qui précise toutefois que la cassation « entraîne, sans qu'il y ait lieu

¹⁸⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-11.552, *Bull. civ. I*, n° 279, *RTD Civ.* 2009. 110, obs. HAUSER.

¹⁸⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2007, *Bull. civ. I*, n° 320, *AJfam.* 2008. 213, obs. BOICHE ; *D.* 2008. 1857, obs. BONFILS et GOUTTENOIRE.

¹⁸⁰² CADIET, L., *Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil*, in *La création du droit jurisprudentiel*, *Mél. Jacques Boré, op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁰³ LE BARS, T., *La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé*, in *Le nouveau Code de procédure civile, op. cit.*, p. 270.

à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ». Il s'agit là d'un effet particulier attaché à l'annulation d'une décision par la Cour de cassation.

605. La situation diffère lorsque la perte de fondement juridique résulte de l'abrogation d'une règle servant de base à la décision critiquée, survenue postérieurement au prononcé de celle-ci. Elle suppose toujours la disparition d'une norme¹⁸⁰⁴, qui en est l'évènement générateur¹⁸⁰⁵. Il peut s'agir de l'annulation rétroactive d'un texte législatif ou réglementaire, due à des circonstances particulières, comme ce fut le cas pour l'abrogation de nombreux textes édictés par le régime de Vichy¹⁸⁰⁶ ou quand elle est décidée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*¹⁸⁰⁷. Plus fréquemment, la perte de fondement juridique survient suite à l'adoption d'une loi nouvelle, déclarée immédiatement applicable aux instances en cours. La loi du 30 juin 2000¹⁸⁰⁸, relative à la prestation compensatoire, illustra ce cas de figure. Elle instaura le principe d'un versement sous forme de capital, en lieu et place du choix entre capital et rente laissé auparavant aux juges du fond. L'article 23 imposait son application immédiate « *aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée* ». Le pourvoi formé à l'encontre d'un jugement de divorce ayant un effet suspensif¹⁸⁰⁹, les dispositions nouvelles devaient donc être respectées. La Cour de cassation procéda à l'annulation des décisions rendues par les juges du fond et qui faisaient l'objet d'un pourvoi¹⁸¹⁰. En effet, les décisions condamnant un époux au

¹⁸⁰⁴ « Dans tous les cas où l'on admet une perte de fondement juridique, la disparition du jugement et celle de son fondement s'opèrent toutes les deux rétroactivement. (...). On peut dire de cette double rétroactivité, affectant à la fois la destruction du jugement et celle de son fondement, qu'elle constitue un critère de la perte de fondement juridique » - LE BARS, T., *op. cit.*, p. 277, n° 10.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ Ord. 9 août 1944. Voir : BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 76.11.

¹⁸⁰⁷ Voir n° 488 et s.

¹⁸⁰⁸ L. n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, *JORF*, n° 151, 1^{er} juil. 2000, p. 9946.

¹⁸⁰⁹ Voir n° 288.

¹⁸¹⁰ Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 4 juil. 2000, n° 00-14.596 ; Cass. 2^e civ., 30 nov. 2000, n° 99-10.923, *Bull.civ.* II, n° 157 ; Cass. 2^e civ., 1^{er} mars 2001, n° 99-14.321 ; Cass. 2^e civ., 21 fév. 2002, n° 00-15.936 ; Cass. 2^e civ., 12 déc. 2002, n° 00-15.470 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2003, n° 02-13.657 et 02-12.229 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2004, n° 02-19.196 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 2004, n° 02-12.235.

versement d'une rente viagère au titre de la prestation compensatoire n'étaient pas conformes aux règles de droit nouvellement en vigueur¹⁸¹¹.

606. En outre, l'annulation d'une décision de justice est parfois consécutive à la disparition d'un acte administratif, d'un contrat de droit privé ou d'un acte unilatéral¹⁸¹². Il ne semble toutefois pas exister d'exemple topique en droit de la famille. La cassation en raison d'une perte de fondement juridique y occupe d'ailleurs un domaine restreint, bien que ce constat doive être nuancé depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁸¹³. Surtout, elle présente certains inconvénients. A la fois instable¹⁸¹⁴ et explosive¹⁸¹⁵ en raison de ses heurts avec l'autorité de chose jugée, elle est diversement accueillie. Elle s'impose néanmoins chaque fois que la décision critiquée par le pourvoi ne peut être maintenue dans son environnement juridique. La cassation est inévitable, comme celle qui survient en cas de contrariété insurmontable entre des actes juridictionnels.

B. La contrariété de décisions

607. Le Code de procédure civile se réfère à la notion de contrariété de jugements à deux reprises, en énonçant que « *la contrariété de jugements peut être invoquée lorsque la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée a en vain été opposée devant les juges du fond* »¹⁸¹⁶. La cassation est justifiée par l'atteinte à l'autorité de chose jugée, non par la contrariété de jugements. Il en va différemment lorsque « *deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire* »¹⁸¹⁷. Cette situation menace la cohérence du système juridique. Par conséquent, la formation d'un pourvoi dérogatoire est autorisée¹⁸¹⁸. Plusieurs conditions doivent être réunies pour que la Cour de cassation

¹⁸¹¹ Cass. 2^e civ., 30 nov. 2000, préc.

¹⁸¹² BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 398, n° 76.52 ; LE BARS, T., *op. cit.*, p. 275 s.

¹⁸¹³ Voir n° 561.

¹⁸¹⁴ PUIGELIER, C., *Temps et création jurisprudentielle*, in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, n° 50, Dalloz, 2007, p. 107.

¹⁸¹⁵ LE BARS, T., *op. cit.*, p. 285.

¹⁸¹⁶ CPC, art. 617.

¹⁸¹⁷ CPC, art. 618.

¹⁸¹⁸ Voir n° 152.

puisse procéder à l'annulation de l'un, ou de l'autre, ou encore de chacun des jugements critiqués.

608. En premier lieu, il importe que le pourvoi soit formé contre l'ensemble des décisions en conflit, à peine d'irrecevabilité¹⁸¹⁹. Il est intéressant de rappeler qu'à son origine, le recours dénonçant une contrariété de jugements ne pouvait concerner que les décisions émanant de deux tribunaux différents. Lorsque les jugements inconciliables étaient rendus par une même juridiction, seule la requête civile était admise¹⁸²⁰. L'article 618 du Code de procédure civile modifia profondément ce cas d'ouverture à cassation. A présent, le moyen est admis lorsque les deux décisions émanent du même tribunal ou de juridictions du même ordre¹⁸²¹. Par exemple, la Cour accueillit un pourvoi formé à l'encontre de deux jugements de divorce dont l'exécution simultanée était impossible¹⁸²². En l'espèce, le mari avait introduit une demande auprès du tribunal d'Avignon, qui prononça le divorce aux torts exclusifs de l'épouse. De son côté, la femme avait saisi le juge d'Evry, qui trancha en sa faveur. Chacun des deux jugements contenait sa propre solution à propos de l'exercice de l'autorité parentale. La Cour de cassation prononça l'annulation de ces décisions, qui ne pouvaient à l'évidence coexister.

609. Cependant, la cassation ne peut pas être prononcée lorsque la contrariété apparaît au sein d'un même jugement. Il est vrai que l'expression « *deux décisions* » retenue ne prête guère à discussion. Reconnaître une contrariété de jugements, alors qu'un seul et unique dispositif contient des chefs inconciliables, équivaldrait à détourner la lettre de la loi. De plus, le phénomène a fréquemment pour origine une contradiction entre les motifs du jugement, celle-ci étant déjà susceptible d'entraîner la cassation¹⁸²³. Dans le

¹⁸¹⁹ Cass. 2^e civ., 17 nov. 1982, n° 81-11.002, *Bull. civ.* II, n° 144.

¹⁸²⁰ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 389, n° 75.09.

¹⁸²¹ Le domaine de la contrariété de jugements a encore été étendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 29 nov. 1996, *JCP G* 1997. II. 22807, note LE BARS). Le pourvoi est dorénavant admis lorsqu'il vise, d'une part, une décision émanant d'un tribunal de l'ordre judiciaire, d'autre part, un jugement répressif. Cette approche est à approuver. La solution a été confirmée depuis lors (Cass. 2^e civ., 22 jan. 1997, n° 94-13.594 ; Cass. ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 08-86.304). Il faut cependant exclure tout raisonnement similaire lorsque la contrariété survient entre un acte juridictionnel et une décision administrative, puisque le Tribunal des conflits est en mesure de résoudre la difficulté. Ces hypothèses revêtent cependant une occurrence très faible en matière familiale. Rares sont les décisions rendues en matière pénale ou administrative susceptibles de heurter un acte rendu en application d'une règle de droit de la famille.

¹⁸²² Cass. 2^e civ., 4 juin 2009, n° 08-15.644.

¹⁸²³ PERDRIAU, A., « Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement », *JCP G*. 1997. I. 3990 ; BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 75.12.

cas contraire, une requête en interprétation ou en rectification suffit théoriquement à corriger l'irrégularité¹⁸²⁴. Le vice étant révélé par une décision unique, il n'y a pas lieu de permettre un pourvoi tardif. Pour ces raisons, la Cour s'abstient de casser sur le fondement d'une contrariété de jugements une décision comportant des dispositions contradictoires. En outre, l'article 618 du Code de procédure civile est réservé aux décisions inattaquables par d'autres moyens. Aucune voie de recours ordinaire ne doit être ouverte aux parties. Le domaine de cette ouverture à cassation est étroit, d'autant que la Cour de cassation apprécie strictement la recevabilité du grief.

610. En deuxième lieu, la cassation pour contrariété de jugements est subordonnée au caractère inconciliable des décisions critiquées par le pourvoi. Elles ne doivent pas être simplement contradictoires, mais impossibles à exécuter simultanément. Il en fut ainsi lorsque, par deux arrêts rendus suite à deux appels successifs d'un même jugement de divorce, une cour d'appel condamna l'époux à verser une prestation compensatoire, puis rejeta la demande de l'épouse aux fins d'obtention de la prestation¹⁸²⁵. A l'évidence, ces décisions ne pouvaient être toutes deux maintenues. Si l'époux se prévalait du rejet de la demande de prestation compensatoire formée par son épouse, la femme était en droit d'en requérir le versement. Face à cette difficulté insurmontable, la Cour de cassation cassa les deux arrêts.

611. A l'inverse, la Cour rejette le pourvoi dès que l'exécution des deux décisions litigieuses est envisageable. Par exemple, le pourvoi formé dans une affaire opposant un mari allemand à sa femme française fut rejeté¹⁸²⁶. L'époux avait invoqué une contrariété entre, d'une part, le rejet par la cour d'appel d'une exception de litispendance au profit du juge étranger et, d'autre part, l'exequatur du jugement de divorce allemand prononcé par la même juridiction. Selon lui, en reconnaissant la compétence exclusive de la juridiction française dans un premier temps, puis en prononçant l'exequatur du divorce prononcé en Allemagne, les juges du fond avaient rendu des décisions inconciliables. La Cour de cassation jugea ce moyen inopérant. Reconnaissant le caractère provisoire de la première décision, qui n'avait pas tranché la question du divorce, elle refusa d'annuler

¹⁸²⁴ *Ibid.*

¹⁸²⁵ Cass. 2^e civ., 22 fév. 2012, n° 11-12.819 et 11-13.770.

¹⁸²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 3 oct. 2000, n° 98-20.051.

l'exequatur du jugement allemand, la rupture du lien conjugal étant devenue définitive. La Cour prononça également un non-lieu à statuer, dans une espèce où l'objet matériel de la contrariété avait cessé d'exister. Un pourvoi avait été formé à l'encontre de deux arrêts statuant différemment en matière d'assistance éducative. Il fut rejeté, de nouvelles mesures ayant été prises par le juge des enfants entre-temps¹⁸²⁷.

612. En troisième lieu, la Cour de cassation s'abstient néanmoins d'exiger une identité de parties¹⁸²⁸ entre les instances ayant abouti aux jugements critiqués. En effet, une décision prise à l'égard d'un justiciable peut se trouver confrontée avec celle qui en concerne un autre¹⁸²⁹. Là réside d'ailleurs la spécificité de l'article 618 du Code de procédure civile. En principe, l'impossibilité de concilier les décisions n'entretient pas de lien direct avec la définition de l'autorité de chose jugée¹⁸³⁰. Mais la Cour se réfère parfois à l'existence d'objets distincts pour justifier le rejet du pourvoi fondé sur une contrariété de décisions. Par exemple, elle refusa de juger inconciliables deux décisions portant sur le calcul d'une pension alimentaire¹⁸³¹. La première tranchait une contestation relative au recouvrement direct de la pension, tandis que la seconde statuait sur le paiement de la contribution pour une période donnée. En raison de cette différence, leur exécution simultanée fut jugée possible.

613. L'identité d'objet ne facilite pas pour autant la démonstration du grief. A cet égard, la Cour retint d'ailleurs une position surprenante¹⁸³². Au cours d'un litige successoral, la qualification de biens immobiliers était sujette à débat. Un premier jugement avait admis leur inclusion dans l'actif de la communauté, mentionnée d'ailleurs par le notaire dans l'acte de déclaration de partage. A l'inverse, un arrêt rendu au cours d'un autre litige jugea ces biens comme appartenant en propre à la veuve et prononçant l'expulsion du fils occupant les lieux. Ce dernier se pourvut en cassation, en dénonçant

¹⁸²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 1988, n° 86-80.050, *Bull. civ.* I, n° 192.

¹⁸²⁸ Cass. 3^è civ., 6 jan. 1982, *RTD Civ.* 1982. 790, obs. PERROT.

¹⁸²⁹ « On peut très bien alors imaginer une impossibilité d'exécution dans des cas où les conditions requises pour que la fin de non recevoir tirée de la chose jugée puisse être invoquée ne seraient pas toutes réunies » - *ibid.*

¹⁸³⁰ CONTAMINE-RAYNAUD, M., *L'« inconciliable » de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire*, in *Mél. Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 116.

¹⁸³¹ Cass. 2^è civ., 21 juin 1989, n° 88-13.627.

¹⁸³² Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003, n° 01-12.835.

les qualités distinctes reconnues par l'autorité judiciaire à un même bien. Malgré l'« *inconciliabilité* »¹⁸³³ entre les décisions, qui semblait indiscutable, le pourvoi fut rejeté.

614. L'appréciation des critères énoncés par l'article 618 du Code de procédure civile est donc encore incertaine. De plus, l'ouverture tirée de la contrariété de jugements demeure marginale. Son utilité est pourtant évidente. Relevant de la logique pure, ce recours particulier prévient la survenance d'incohérences jurisprudentielles. Mais les cas d'ouverture à cassation liés à la procédure et au contexte juridique entourant la décision critiquée sont peu utilisés par la Cour de cassation. Le constat a pour origine l'étroitesse des conditions de leur admission et le développement de techniques particulières permettant de préserver la régularité de la décision frappée d'un pourvoi. Il en va différemment lorsque la Cour de cassation est confrontée à une question touchant au fond d'un litige portant sur la motivation d'un jugement en droit de la famille ou sur la mise en œuvre d'une règle de droit substantiel.

¹⁸³³ Selon l'expression employée par Madame CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*

II. Les cas d'ouverture à cassation liés à l'application et à l'interprétation des règles de droit

615. Gardienne de l'unité jurisprudentielle, la Cour de cassation assure sa fonction en contrôlant l'application et l'interprétation des règles substantielles du droit. Ces vérifications sont distinctes, selon qu'elles portent sur la motivation retenue par les juges du fond (§1) ou qu'elles visent à constater l'existence d'une violation de la loi (§2).

§1. Le contrôle de la motivation des décisions

616. Le droit interne¹⁸³⁴ comme les normes supranationales¹⁸³⁵ impose aux juridictions de motiver leurs décisions, ce qui protège les parties contre le risque d'une justice arbitraire et garantit que leurs prétentions ont été examinées par la juridiction tenue d'y répondre et de s'en expliquer¹⁸³⁶. En outre, les motifs retenus par les juges du fond permettent à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la *ratio decidendi*. Les irrégularités sanctionnées résultent de l'inexistence et de l'insuffisance des motifs (A) ou encore de la dénaturation des circonstances du litige par les juges du fond (B).

A. Les vices de la motivation inhérents à la décision attaquée

617. Les décisions de justice encourent la cassation lorsqu'elles ne contiennent pas de motifs appropriés. A défaut, la Cour ne pourrait vérifier leur conformité aux règles de droit en vigueur. Pour ces raisons, elle vérifie l'existence d'une motivation (1) et sa pertinence (2).

¹⁸³⁴ Cons. const., 3 nov. 1977, n° 77-101 ; CPC, art. 455 et 458.

¹⁸³⁵ CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c/ Pays-Bas*, req. n° 16.034/90, §61.

¹⁸³⁶ Il s'agit pour le justiciable de « *la plus précieuse des garanties ; elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés, et, en même temps, elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de cassation* » - FAYE, E., *op. cit.*, p. 107, n° 82.

1) Le défaut de motifs

618. Selon l'article 455 du Code procédure civile, « *le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif* ». L'inclusion de cette disposition dans le chapitre relatif à la régularité des décisions de justice semble rattacher ce grief aux cas d'ouverture ayant trait à la procédure. Pourtant, l'examen du moyen tiré du défaut de motifs oblige à s'intéresser au fond du litige tranché par les juges du fond, non à sa conformité aux règles procédurales. L'assimilation du défaut de réponse à conclusions (b), de la contrariété de motifs (c) et des motifs hypothétiques et dubitatifs (d) à une absence totale de motivation (a) confère une importance particulière à ce cas d'ouverture à cassation.

a) Le défaut total de motifs

619. Le défaut total de motifs est un vice de forme, qui justifie la cassation de la décision critiquée par le pourvoi. Le domaine du grief doit être précisé. Pour ce faire, il importe de distinguer le défaut total de motifs et la simple erreur matérielle. Si ces irrégularités supposent toutes deux une lacune dans la décision rendue par les juges du fond, la carence n'a pas trait au même élément. Il y a erreur matérielle en cas d'omission de statuer sur un chef de la demande. Le dispositif est incomplet : le juge a oublié de trancher la contestation qui lui a été soumise par les parties. Afin de corriger l'imperfection dont est empreinte la décision attaquée, une requête en interprétation ou en rectification peut être formée. A l'inverse, quand le juge a effectivement statué sur la demande en justice, sans s'en expliquer, la cassation pour défaut total de motif est encourue. Dans le cas contraire, l'existence d'un motif, même erroné ou insuffisant, peut conduire à la cassation mais sur un autre fondement.

620. La jurisprudence contient peu d'exemples de défaut total de motif. Le plus souvent, le vice apparaît lorsque les juges du fond omettent de se prononcer sur une

exception de procédure ou sur des mesures accessoires¹⁸³⁷, tout en statuant sur le fond de la demande. Ce faisant, ils refusent implicitement les autres moyens avancés par les parties, alors qu'elles sont en droit de connaître le sort réservé à leurs prétentions. Les juges du fond sont donc tenus de répondre à chacun des moyens qu'elles ont soulevés¹⁸³⁸. La faiblesse quantitative du grief ne masque pas son importance qualitative. L'obligation de motivation doit impérativement être respectée, nonobstant certaines circonstances particulières. En droit de la famille, l'exigence ne cède que lorsque les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire¹⁸³⁹. Par exemple, la commission d'un notaire au cours de la liquidation du régime matrimonial des époux n'est pas assujettie à l'obligation de motivation édictée par l'article 455 du Code de procédure civile¹⁸⁴⁰. En dehors de ces hypothèses, toute décision doit préciser les motifs qui soutiennent son dispositif, sous peine de cassation.

621. De plus, il est constant qu' « *une décision de justice doit se suffire à elle-même et qu'il ne peut être suppléé au défaut ou à l'insuffisance de motifs par le seul visa des documents de la cause et la seule référence aux débats, n'ayant fait l'objet d'aucune analyse* »¹⁸⁴¹. Les juges du fond ne sont pas autorisés à motiver leur décision par un simple rappel circonstancié. En droit de la famille, le législateur prévoit cependant une exception à ce principe. L'article 245-1 du Code civil permet de restreindre les motifs du jugement au constat des faits constituant une cause de divorce pour faute, lorsque les parties en font la demande. En outre, aucune motivation de pure forme n'est admise par la Cour de cassation. Les motifs qui se bornent à reproduire le dispositif sous une autre forme¹⁸⁴² sont considérés comme inexistant. L'exigence de motivation est satisfaite seulement si la justification présentée par le juge à l'appui de sa décision est rattachée par un lien direct à l'espèce¹⁸⁴³.

¹⁸³⁷ WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 244, n° 603.

¹⁸³⁸ FAYE, E., *op. cit.*, p. 107, n° 82.

¹⁸³⁹ Sur cette notion, voir n° 1084 et s.

¹⁸⁴⁰ C. civ., art. 255.

¹⁸⁴¹ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2006, n° 04-11.124 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, n° 99-18.221, *Bull. civ. I*, n° 260 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 1998, n° 97-10.400, *Bull. civ. III*, n° 254.

¹⁸⁴² FAYE, E., *op. cit.*, n° 95, p. 115.

¹⁸⁴³ FAYE, E., *op. cit.*, n° 97, p. 116.

622. En outre, la possibilité de motiver le jugement par renvoi à une autre décision est strictement encadrée. La référence à une jurisprudence antérieure non précisée, ou à la solution dégagée à l'issue d'une autre instance est constitutive d'un défaut total de motivation lorsque la décision ne contient pas de motifs qui lui sont propres. En effet, le juge ne peut emprunter à une autre cause pour justifier sa décision, sauf en de rares occasions. En vertu du principe d'unicité de l'instance, la Cour de cassation l'autorise à se référer aux motifs d'une décision rendue précédemment entre les mêmes parties, pour une demande tendant à un objet identique¹⁸⁴⁴. Et à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, elle conclut au respect de l'obligation de motivation dans le cas où les juges du fond rejettent un recours en s'appropriant les motifs de la décision attaquée¹⁸⁴⁵. Certes, l'adoption de motifs n'est possible qu'en l'absence de moyens nouveaux présentés par les parties devant la juridiction du second degré. Dans le cas contraire, une cassation pour défaut de réponse à conclusions pourrait être prononcée.

b) Le défaut de réponse à conclusions

623. Selon une formule constante, la Cour de cassation considère que le défaut de réponse à conclusions s'apparente à une absence de motif¹⁸⁴⁶. Il s'agit d'un grief fréquemment invoqué, mais qui ne peut prospérer qu'à certaines conditions. Seules les conclusions régulièrement déposées et signifiées obligent le juge à y répondre. Quand elles sont présentées hors délai, de sorte qu'elles n'ont pu être soumises à la contradiction, le moyen est rejeté¹⁸⁴⁷.

624. Ces dernières conclusions revêtent une grande importance. La précision de leur rédaction détermine la recevabilité du grief. La Cour de cassation n'oblige pas les juges du fond à répondre aux prétentions par lesquelles les parties se contentent d'une simple référence à leurs précédents écrits. Dans un avis, elle dénia toute portée aux simples formules de renvoi¹⁸⁴⁸, en rappelant que les dispositions relatives aux dernières

¹⁸⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 1984, n° 83-13.320, *Bull. civ. I*, n° 306.

¹⁸⁴⁵ CEDH, 21 jan. 1999, *Procédures* 1999, comm. 230, note PERROT.

¹⁸⁴⁶ Cass. Soc., 17 fév. 1960, *Bull. civ. IV*, n° 193 ; Cass. com., 17 mars 1965, *Bull. civ. III*, n° 203. Voir : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 416, n° 77.161.

¹⁸⁴⁷ CPC, art. 954.

¹⁸⁴⁸ Cass. Avis, 10 juillet 2000, *JCP G* 2000. II. 10404, note PERDRIAU.

conclusions ont pour objet d'éviter aux juges du fond d'avoir « *à se reporter à des écritures antérieures, sauf pour vérifier, s'il y a lieu, les effets de droit que le dépôt de ces écritures, au regard notamment de l'interruption de la prescription ou de la péremption, a pu entraîner* »¹⁸⁴⁹.

625. Par conséquent, seule l'absence de réponse aux dernières conclusions, qui récapitulent les moyens de fait et de droit avancés par les parties, justifie la cassation de la décision. Il fut ainsi jugé que l'époux, ayant interjeté appel du jugement prononçant le divorce aux torts partagés, ne pouvait obtenir la cassation de la décision par laquelle les juges du fond avaient considéré comme abandonnées les prétentions qu'il avait omis de reprendre dans ses dernières écritures¹⁸⁵⁰. En l'espèce, le mari avait déposé des conclusions, dites récapitulatives, qui ne reprenaient pas la discussion des griefs du divorce. La Cour rejeta le pourvoi, jugeant que la cour d'appel n'était tenue de statuer que sur les prétentions et moyens contenus dans les dernières conclusions, non sur ceux présentés dans les écritures antérieures. La même obligation prévaut lorsque l'infirmité du jugement est demandée. Le requérant ne peut procéder par voie de référence à ses conclusions de première instance. Il est tenu de reprendre expressément les moyens invoqués à l'appui de sa demande, même s'ils sont identiques à ceux présentés auparavant.

626. La Cour de cassation assure un strict respect de ce principe qui supporte toutefois une exception. En effet, le Code de procédure civile prévoit que « *la partie qui, sans énoncer de nouveaux moyens, demande la confirmation du jugement est réputée s'en approprier les motifs* »¹⁸⁵¹. En ce cas, il suffit qu'elle déclare reprendre les motifs du jugement attaqué par son adversaire. En l'absence de réponse de la cour d'appel aux motifs de la première décision, la cassation est prononcée, comme ce fut le cas dans l'affaire suivante¹⁸⁵² : un mineur avait été confié par le juge des enfants aux services de l'aide sociale à l'enfance en raison de l'appartenance de ses parents à une secte. Mais en appel, la cour avait infirmé le jugement, jugeant que les certificats médicaux produits ne faisaient état que de troubles sans valeur significative et ne signalaient aucun sévère

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*

¹⁸⁵⁰ Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, n° 99-19.898, *Bull. civ.* II, n° 95.

¹⁸⁵¹ CPC, art. 954 al. 5.

¹⁸⁵² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 1995, n° 94-05.024, *Bull. civ.* I, n° 141.

corporel, de sorte que rien ne justifiait le maintien de la mesure de placement contestée. Or, en s'abstenant d'examiner les motifs du premier jugement, aux termes desquels l'évolution et l'équilibre psychologique du mineur risquaient d'être gravement compromis par l'environnement dans lequel vivaient ses parents, d'autant que ces circonstances avaient déjà justifié le placement de ses frères et sœurs, les juges du fond omirent de répondre aux conclusions confirmatives de l'aide sociale à l'enfance. La cassation fut prononcée, bien que les motifs du premier jugement n'aient pas été expressément repris dans les dernières conclusions.

627. Il en va de même lorsqu'une cour d'appel prend en considération une partie des motifs de la décision et s'en sert pour l'infirmier. Dans une affaire ayant trait à la restitution de deux fillettes placées par la direction départementale de l'aide sanitaire et sociale en famille d'accueil, les juges du fond avaient ainsi entaché leur décision d'un défaut de réponse à conclusions. Ils n'avaient pas examiné l'ensemble des justifications avancées par la juridiction du premier degré¹⁸⁵³. En l'espèce, la mère des enfants demandait leur retour à son foyer, alors que le couple auquel les mineures avaient été confiées arguait d'un risque de bouleversement pesant sur leur équilibre. Un jugement avait admis le moyen avancé par la famille d'accueil. La mère interjeta appel et les juges accueillirent ses prétentions en se contentant d'examiner son aptitude à élever et éduquer ses enfants. En conservant le silence sur les motifs relatifs à la préservation de l'équilibre psychologique des enfants, la cour d'appel entacha sa solution d'un défaut de réponse aux conclusions confirmatives présentées par la partie adverse. La cassation était inévitable.

628. Le défaut de réponse à conclusions entraîne la cassation lorsque le silence a été gardé sur un moyen de droit susceptible d'avoir une incidence sur l'issue du litige¹⁸⁵⁴. L'absence de réponse à un simple argument n'expose donc pas l'acte juridictionnel à la cassation. En revanche, le grief est recevable lorsqu'il porte sur un moyen avancé en tant que soutien nécessaire de la demande ou de la défense¹⁸⁵⁵, « *réunion dynamique du fait utile et de la règle applicable* »¹⁸⁵⁶. Une obligation de réponse incombe aux juges chaque fois que la partie, en alléguant un fait ou un acte,

¹⁸⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1976, n° 75-80.004 et n° 75-80.005, *Bull. civ. I*, n° 97.

¹⁸⁵⁴ FROUIN, J.-Y., « La technique de cassation (synthèse) », *LPA*, n° 19, 25 jan. 2007, p. 54.

¹⁸⁵⁵ LE CLEC'H, J., « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », *JCP G.* 1951. I. 939.

¹⁸⁵⁶ MARTIN, R., « Sur la notion de moyen », *JCP G.* 1976. I. 2768.

déduit une conséquence juridique susceptible de modifier la solution du litige. Le respect de ces trois éléments est de rigueur. A défaut, il ne s'agit pas d'un moyen.

629. Si les juges ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, ils sont contraints de s'expliquer sur les moyens qui leur sont soumis, quelle qu'en soit la pertinence. Statuant sur une demande en séparation de corps, une cour d'appel ne répondit à tous les griefs invoqués, exposant ainsi son arrêt à la cassation¹⁸⁵⁷. En l'occurrence, l'épouse reprochait à son mari d'avoir quitté à deux reprises le domicile conjugal. Considérant ces abandons comme injurieux, elle demandait la confirmation de la séparation de corps, prononcée aux torts exclusifs du mari en première instance. Mais, se contentant de prendre en considération le premier départ de l'époux, la cour d'appel infirma le jugement. La Cour de cassation lui reprocha cette omission et retint un défaut de réponse à conclusions.

630. De plus, seul le moyen potentiellement opérant mérite une réponse. Par exemple, une décision fut cassée pour avoir refusé d'allouer des dommages et intérêts. Sur le fondement de l'article 266 du Code civil, une épouse demandait réparation de son préjudice. La réalité du comportement violent du mari, allégué par la femme comme ouvrant droit à réparation, devait être examinée par les juges du fond¹⁸⁵⁸. Par contre, l'ordre de présentation des moyens méritant réponse dans les conclusions importe peu. Si le Code de procédure civile enjoint aux juges du fond de ne statuer que sur les prétentions énoncées au dispositif des dernières écritures, il en va différemment en ce qui concerne les moyens présentés par les parties. La Cour de cassation décide en effet que tout moyen formulé sans équivoque dans les motifs des conclusions doit être pris en considération, même s'il n'est pas repris dans le dispositif¹⁸⁵⁹.

631. Le moyen avancé au soutien du pourvoi doit donc être fondé sur des conclusions précises, tant en fait qu'en droit¹⁸⁶⁰. Mais la Cour conclut parfois à son inopérance, lorsqu'elle décide de répondre elle-même aux conclusions délaissées par un

¹⁸⁵⁷ Cass. 2^e civ., 18 nov. 1965, *Bull. civ.* II, n° 902.

¹⁸⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, n° 10-17.461.

¹⁸⁵⁹ Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004 ; Cass. 2^e civ., 4 fév. 1982.

¹⁸⁶⁰ En définitive, « *la partie qui veut obliger le juge du fond à se prononcer sur ses moyens, doit prendre des conclusions précises en droit et en fait, visant les principales pièces du procès, justifiant de la réunion de chacune des conditions d'application de la notion de droit qu'elles choisissent d'invoquer et explicitant bien les déductions qu'elles prétendent en tirer* » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 421, n° 77.205.

motif de pur droit¹⁸⁶¹. A défaut, la décision entachée du vice ne peut subsister. Le même traitement est réservé à l'existence d'une contrariété entre les motifs avancés par les juges du fond.

c) La contrariété de motifs

632. La cassation pour contradiction de motifs suppose de constater une discordance objective dans la motivation de l'arrêt¹⁸⁶². A l'instar du défaut de réponse à conclusions, la Cour de cassation assimile cette contradiction à un défaut de motivation. Les motifs ne pouvant être maintenus simultanément sont neutralisés, privant de soutien le dispositif du jugement. La contrariété s'entend d'une opposition entre choses contraires¹⁸⁶³. L'analyse de ce cas d'ouverture à cassation oblige à déterminer au préalable les éléments de la décision critiquée susceptibles de constituer une contradiction de motifs.

633. Tout d'abord, il est évident que le grief doit être élevé à l'encontre des motifs du jugement. Considérant les mœurs d'un couple entretenant tous deux des relations avec une tierce personne, une cour d'appel avait conclu à la volonté des époux de prendre une grande liberté de vie par rapport à la conception traditionnelle du mariage¹⁸⁶⁴. Pourtant, les juges du fond constatèrent que l'adultère commis par l'épouse avec la maîtresse de son mari était constitutif d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil. La cassation de cette décision fut prononcée, comme celle d'une autre décision comportant une contradiction entre un motif du jugement et le dispositif dont il était le soutien. En l'espèce, les juges du fond avaient ordonné le versement de la prestation compensatoire sous forme de capital, tout en précisant que l'état de santé de la femme justifiait l'allocation d'une rente viagère à ce titre¹⁸⁶⁵. De plus, la Cour admet le grief en cas de contradiction entre deux chefs du dispositif inconciliables. Il importe néanmoins

¹⁸⁶¹ Voir n° 754 et s.

¹⁸⁶² WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 247, n° 613.

¹⁸⁶³ *Le nouveau Petit Robert*, Le Robert, 2007, p. 527.

¹⁸⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2009, n° 04-12.614.

¹⁸⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 2004, n° 02-16.662.

que le vice n'ait pu être éliminé par une autre voie de recours, telle une requête en interprétation formée devant la juridiction ayant statué.

634. Ensuite, seule la contradiction entre motifs de fait est assimilée à un défaut de motif. Si l'irrégularité consiste en une opposition entre un motif de fait et un motif de droit, le cas d'ouverture à cassation change de nature. Il s'agit davantage d'une violation de la loi *stricto sensu*, puisqu'elle établit l'existence d'une fausse qualification des faits ou d'une fausse application de la loi, l'arrêt n'ayant pas déduit de ses propres constatations de fait les conséquences légales qu'elles imposaient¹⁸⁶⁶. De même, la contradiction entre des motifs de droit n'entraîne pas la cassation pour défaut de motif. La Cour peut corriger le vice en considérant le motif erroné comme surabondant¹⁸⁶⁷, ou en procédant à une substitution de motif¹⁸⁶⁸. Dans l'hypothèse où ces mécanismes ne peuvent être mis en œuvre, elle ne constate pas une contradiction de motifs, mais conclut à un manque de base légale lié à une insuffisance de motivation¹⁸⁶⁹.

635. L'impossibilité de concilier les motifs de fait est donc le domaine propre de la contradiction de motifs, ce qui justifie son assimilation à un défaut de motif. En effet, la Cour ne peut pas remédier à une incohérence entre des constatations factuelles. Chargée de dire le droit et ne pouvant constater les faits de l'espèce, le choix du motif le plus approprié ne lui appartient pas. A cet égard, un arrêt fut instructif¹⁸⁷⁰. Une femme avait mis au monde une fillette après avoir quitté le domicile conjugal. L'enfant fut déclarée comme née du mari. Suite à leur divorce et aux secondes noces de la mère, son nouvel époux une action en contestation de paternité légitime afin d'établir la filiation de l'enfant à son égard. Après avoir constaté un abandon du domicile conjugal en septembre, la cour d'appel retint finalement une date du mois d'août et débouta le second mari. A l'appui de son pourvoi, celui-ci dénonçait cette contradiction. La date de la séparation de fait des époux avait emporté la conviction des juges du fond, qui avaient considéré que la paternité du premier époux était vraisemblable. La Cour ne pouvait trancher entre ces

¹⁸⁶⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 412, n° 77.113.

¹⁸⁶⁷ Voir n° 741 et s.

¹⁸⁶⁸ Voir n° 747 et s.

¹⁸⁶⁹ Voir n° 641 et s.

¹⁸⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1981, n° 79-15.334, *Bull. civ. I*, n° 78.

motifs inconciliables. Elle cassa la décision critiquée, les juges du fond étant seuls compétents pour déterminer les éléments de fait du litige.

636. Enfin, il faut préciser que seule une contradiction établie provoque la cassation de la décision qui en est entachée. L'incompatibilité entre les motifs de fait doit être totale. Le plus souvent, elle apparaît à la lecture de la décision critiquée. Par exemple, lorsqu'une cour d'appel rejette la demande de dommages et intérêts formée par un époux et prononce le divorce aux torts partagés, elle ne peut pas décider que le préjudice allégué a déjà été réparé par le prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'épouse¹⁸⁷¹. La cassation est inévitable. Il en va de même lorsque les juges du fond confient l'exercice exclusif de l'autorité parentale à la mère, tout en relevant que l'intérêt actuel des enfants ne justifie pas que l'exercice de l'autorité parentale lui soit attribué¹⁸⁷². Une prétendue relation extraconjugale ne permet pas non plus de fonder le prononcé du divorce¹⁸⁷³ ; les juges du fond se sont contredits en jugeant que cette aventure constituait une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations, alors que ce fait était incertain. D'ailleurs, la cassation est aussi encourue quand la décision critiquée est fondée sur des motifs dubitatifs ou hypothétiques.

d) La sanction des motifs dubitatifs ou hypothétiques

637. L'obligation de motivation contraint les juges du fond à justifier leur décision, en fait et en droit, sans ambiguïté¹⁸⁷⁴. Tel n'est pas le cas lorsqu'une incertitude existe, liée à un motif dubitatif¹⁸⁷⁵. Le grief surgit dès la lecture de la décision critiquée. Les termes employés par les juges du fond le laisse apparaître. Ce fut le cas lorsqu'une cour d'appel attribua une pension alimentaire à l'épouse, en énonçant qu'étant employée au consulat des Etats-Unis, elle ne paraissait pas avoir droit aux allocations familiales¹⁸⁷⁶. L'estimation des ressources de la personne devant être certaine pour qu'une pension lui soit accordée, la Cour jugea cette motivation dubitative et cassa l'arrêt.

¹⁸⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 03-20.808.

¹⁸⁷² Cass. 1^{ère} civ., 28 fév. 2006, n° 05-11.732.

¹⁸⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2004, n° 03-10.221.

¹⁸⁷⁴ GULLERMET, C.-J., *La motivation des décisions de justice*, L'Harmattan, 2006, p. 70.

¹⁸⁷⁵ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 191.

¹⁸⁷⁶ Cass. 2^e civ., 16 fév. 1966, *Bull. civ.* II, n° 205.

638. Le motif hypothétique ne se confond pas avec le motif dubitatif. Il ne révèle pas une incertitude, mais repose sur un fait qui n'a pas été établi¹⁸⁷⁷. Par exemple, une décision refusant à une épouse le bénéfice de la prestation compensatoire fut cassée. Les juges du fond avaient considéré qu'il n'était pas certain que la rupture du mariage créait une disparité dans les conditions de vie des époux¹⁸⁷⁸. Ils s'étaient fondés sur la brève durée de l'union et le grand écart d'âge entre la femme et son mari. Même si ces éléments purement factuels n'étaient pas contestés, ils ne pouvaient conclure à l'absence de disparité sans la démontrer au regard des circonstances de l'espèce.

639. La critique dénonçant un motif dubitatif ou hypothétique est rarement admise par la Cour de cassation. Elle est subordonnée au caractère factuel du motif en cause. Le motif de droit ne demeure jamais flou, puisque la Cour de cassation interprète à bon escient la règle litigieuse. De plus, seul le doute planant sur un motif déterminant est susceptible d'entraîner la cassation. Le grief doit porter sur un élément qui aurait dû être établi de manière certaine. A défaut, le moyen peut être déclaré comme inefficace, en tant qu'il vise un motif surabondant¹⁸⁷⁹. La Cour est donc tenue de prendre en considération l'objet de la demande formée par les parties.

640. Le rejet du pourvoi est décidé toutes les fois que le motif dénoncé comme hypothétique ou dubitatif ne préjudicie pas au raisonnement mis en œuvre par les juges du fond. Par exemple, l'incertitude relative à la paternité ne nuit pas à l'allocation de subsides au profit d'un enfant. L'action intentée sur ce fondement n'impliquant pas la preuve du lien de filiation, c'est à bon droit que la cour d'appel l'accueillit en motivant sa décision par une possibilité de paternité¹⁸⁸⁰. En outre, il existe une controverse à propos des cas d'ouverture à cassation auxquels se rattache le motif dubitatif ou hypothétique. Puisque le grief oblige la Cour de cassation à se pencher plus avant sur la motivation de la décision critiquée, son assimilation à un vice de forme suscite le débat. Certains considèrent que toute motivation hypothétique ou dubitative équivaut à une absence totale de motifs¹⁸⁸¹, tandis que d'autres estiment que le moyen est davantage lié à leur

¹⁸⁷⁷ PERDRIAU, A., *op. cit.*, p. 73, n° 217.

¹⁸⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2003, n° 01-14.842.

¹⁸⁷⁹ Voir n° 741 et s.

¹⁸⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1980, n° 79-14.618, *Bull. civ. I*, n° 162.

¹⁸⁸¹ Voir sur cette controverse : BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 414, n° 77.141.

insuffisance¹⁸⁸². L'analyse de la jurisprudence n'apporte pas de solution claire¹⁸⁸³. Le motif dubitatif ou hypothétique justifie tantôt la cassation pour défaut de motifs, tantôt la cassation pour manque de base légale. Pourtant, ces cas d'ouverture à cassation ne se confondent pas. Les limites respectives du défaut de motif et du manque de base légale sont distinctes.

2) Le manque de base légale

641. « *Maillon fort* »¹⁸⁸⁴ de la technique de cassation, le cas d'ouverture à cassation tiré d'un manque de base légale constitue encore « *un mystère* »¹⁸⁸⁵ pour beaucoup. Le contrôle de la qualité des motifs retenus par les juges du fond n'avait pas été envisagé lors de la création du Tribunal de cassation. Néanmoins, il fut rapidement admis. Depuis, les principes gouvernant le contrôle se sont inversés. L'ambiguïté des motifs ne profite plus à la décision critiquée, mais aboutit au constat d'une non-conformité aux règles juridiques en vigueur¹⁸⁸⁶. A défaut, les juges du fond pourraient échapper à la cassation en simplifiant à l'excès la motivation qu'ils sont tenus d'exposer¹⁸⁸⁷. Ce n'est pas tant l'insuffisance de la motivation qui justifie l'existence de ce cas d'ouverture à cassation, que l'impossibilité pour la Cour de procéder au contrôle dont elle a la charge.

642. Le manque de base légale est un cas d'ouverture nécessaire¹⁸⁸⁸, mais sa nature est sujette à débat. Ni l'appréciation des faits de l'espèce, ni l'interprétation de la règle applicable ne sont en cause lorsque le vice est invoqué. Celui qui dénonce un défaut de base légale critique une lacune entachant le raisonnement du juge. Pour cette raison, il semble difficile de rattacher le manque de base légale à un simple vice de forme. La

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ En effet, « *la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, étant œuvre humaine, n'échappe pas à la critique* » - GHESTIN, J., *Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, in *Mél. André Ponsard*, Litec, 2003, p. 181.

¹⁸⁸⁴ BLONDEL, P., *Le manque de base légale, son avenir*, in *Mél. André Ponsard*, Litec, 2003, p. 59.

¹⁸⁸⁵ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 161.

¹⁸⁸⁶ FROUIN, J.-Y., art. préc., p. 53.

¹⁸⁸⁷ MOTULSKY, H., *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 32.

¹⁸⁸⁸ Le manque de base légale est la « *Pierre de touche de la technique juridique* » - MOTULSKY, H., *op. cit.*, p. 31. Il revêt « *une importance quantitative (...) à la mesure de son intérêt théorique* » - GUILLERMET, C.-J., *op. cit.*, p. 74.

doctrine est partagée sur la question. Certains y voient seulement le prolongement du défaut de motifs¹⁸⁸⁹, mais la majorité des auteurs considère qu'il s'agit là d'un vice de fond¹⁸⁹⁰. En effet, le manque de base légale oblige la Cour de cassation à s'intéresser au contenu de la motivation exprimée par les juges du fond selon le problème de droit qui lui est posé, tandis que l'existence formelle des motifs est plutôt un prérequis. Il paraît opportun de souscrire à cette dernière analyse¹⁸⁹¹. Les arrêts rendus en droit de la famille illustrent d'ailleurs tout particulièrement ce constat¹⁸⁹².

643. La jurisprudence offre de nombreux exemples de cassations pour défaut de base légale. Une décision fut cassée parce qu'une cour d'appel ne pouvait rejeter une demande en contestation de paternité sur la foi de la conformité du titre de naissance et de la possession d'état pendant plus de cinq ans, sans avoir recherché s'il existait une réunion suffisante de faits établissant cette possession d'état, comme il le lui était demandé¹⁸⁹³. De même, les juges de fond privèrent leur décision de base légale en s'abstenant de préciser si les fautes retenues pour fonder un divorce étaient constitutives d'une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage¹⁸⁹⁴. La Cour de cassation leur laissait l'appréciation de ces caractères au sens de l'article 242 du Code civil. Ils devaient donc motiver suffisamment leur décision.

644. La source des motifs invoqués a également son importance. Lorsque les magistrats omettent d'indiquer l'origine des constatations prises en dehors des conclusions des parties, la cassation doit être prononcée. De plus, si des faits adventices peuvent venir au soutien du dispositif, encore faut-il que la teneur en soit indiquée. Ainsi, il fut jugé que la seule mention des attestations établissant que le comportement de l'épouse avait contribué à l'échec du mariage ne constituait pas une motivation suffisante¹⁸⁹⁵. En l'espèce, les juges du fond n'avaient apporté aucune précision sur les attestations qui fondaient leur décision. Les dérogations ne sont pas davantage tolérées

¹⁸⁸⁹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 430, n° 78.31.

¹⁸⁹⁰ MARTY, G., *th. préc.*

¹⁸⁹¹ En effet, « *si la Cour de cassation casse une décision pour ne pas avoir effectué telle ou telle recherche c'est bien souvent parce qu'elle a le sentiment que, si cette recherche avait été effectuée, elle aurait conduit à une décision différente* » - BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 156.

¹⁸⁹² Voir n° 1082 et s.

¹⁸⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, n° 11-14.798.

¹⁸⁹⁴ Cass. 2^e civ., 12 mars 1997, n° 95-16.857.

¹⁸⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, n° 93-11.215, *Bull. civ.* II, n° 189.

dans l'interprétation d'un acte obscur. Une cour d'appel, qui s'était abstenue de rechercher la volonté testimoniale pour déterminer la nature d'une lettre, priva sa décision de base légale¹⁸⁹⁶. Au contraire, l'inexistence de formules sacramentelles n'autorisa pas à conclure à l'absence de valeur testamentaire¹⁸⁹⁷. Les juges du fond étaient tenus de rechercher l'intention de l'auteur de la missive. Les décisions fondées sur des motifs inappropriés encourent aussi la cassation. Ce fut le cas lorsqu'une cour d'appel, invitée à se prononcer sur une demande tendant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la rejeta puisque rien ne montrait que l'intérêt de l'enfant commandait un tel changement des modalités antérieures¹⁸⁹⁸. En omettant de rechercher concrètement quel était l'intérêt de l'enfant, les juges du fond avaient privé leur décision de base légale.

645. L'exposé incomplet des faits de l'espèce n'est pas seul à justifier la cassation. Les éléments requis, même s'ils figurent dans la décision critiquée, doivent être suffisamment précis. La motivation ne doit pas consister en une simple affirmation. Par exemple, une cour d'appel ne pouvait condamner un mari à verser une prestation compensatoire à son ex-épouse en se bornant à considérer les revenus globaux des exercices comptables passés¹⁸⁹⁹. Remarquant une diminution conséquente entre deux années successives, les juges du fond avaient considéré que rien ne permettait de retenir que cette baisse était ponctuelle et liée aux difficultés économiques particulières de cette période¹⁹⁰⁰. Cette formule générale ne permettait pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle. De même, les juges du fond ne pouvaient refuser de fixer la résidence habituelle des enfants chez leur père en constatant que la décision était adaptée à la situation décrite et qu'enfin il n'y avait pas d'éléments nouveaux justifiant la modification de la décision déferée¹⁹⁰¹. Ce faisant, ils s'étaient abstenus de justifier légalement la solution qu'ils avaient retenue. Les motifs ambigus sont également sanctionnés par la Cour de cassation, qui reprocha à une cour d'appel d'avoir écarté des débats des déclarations de témoins

¹⁸⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 11 jan. 2005, n° 02-16.985, *Bull. civ. I*, n° 24.

¹⁸⁹⁷ NICOD, M., « La nature testamentaire d'une lettre missive », *D.* 2005. 1064.

¹⁸⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1993, n° 92-10.700, *Bull. civ. I*, n° 275.

¹⁸⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 2011, n° 10-23.680. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2010, n° 09-10.989, *Bull. civ. I*, n° 186, *RTD Civ.* 2011.112, obs. HAUSER.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2006, n° 05-14.696.

produites au cours d'une instance de divorce, au motif qu'elles reproduiraient des confidences reçues des époux, sans plus de précisions¹⁹⁰².

646. Les cassations prononcées pour défaut de base légale présentent un trait commun : l'imprécision et l'insuffisance portent sur des motifs de fait, non de droit. Même lorsque le manque de base légale a pour origine l'impossibilité de déterminer le fondement juridique de la décision, c'est surtout en fait que la motivation est lacunaire. Un arrêt fut particulièrement révélateur à cet égard¹⁹⁰³. Les juges du fond avaient confirmé un jugement condamnant une femme à payer des dommages et intérêts à son ex-mari suite à leur divorce. La cour d'appel justifia sa décision par les problèmes de santé du bénéficiaire causés par l'attitude de son épouse, à savoir un dénigrement systématique, suivi de son abandon pur et simple¹⁹⁰⁴. Le fondement juridique de la solution retenue ne fut pas précisé. En l'occurrence, le préjudice ouvrant réparation pouvait résulter soit de la rupture définitive du lien conjugal¹⁹⁰⁵, soit d'une faute civile¹⁹⁰⁶. Selon son fait générateur, l'allocation de dommages et intérêts ne poursuivait pas le même objectif et n'était pas soumis aux mêmes conditions. En l'absence de constatations factuelles supplémentaires, la Cour de cassation ne pouvait pas vérifier si les conditions d'application de la loi étaient réunies, puisque les motifs de fait exposés ne lui permettaient pas de déterminer si la condamnation était fondée sur l'article 1382 du Code civil ou sur l'article 266. Le problème semblait consister en un défaut de motif de droit, mais si les juges du fond avaient davantage motivé leur décision en fait, la Cour de cassation aurait éventuellement pu suppléer la carence de l'arrêt critiqué.

647. Le manque de base légale supposerait donc l'insuffisance ou l'imprécision d'un motif de fait, bien que des auteurs situent son origine tant dans une lacune de fait que de droit¹⁹⁰⁷. Le seul obstacle à la conception restrictive du grief semble toutefois

¹⁹⁰² Cass. 2^e civ., 5 juil. 1972, n° 71-11.978 et 71-13.251, *Bull. civ.* II, n° 209. Voir également : Cass. 2^e civ. 23 mai 1964, *Bull. civ.* II, n° 397 ; Cass. 2^e civ., 2 mai 1958, *Bull. civ.* II, n° 303.

¹⁹⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 21 sept. 2005, n° 04-11.800.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁹⁰⁵ C. civ, art. 266.

¹⁹⁰⁶ C. civ., art. 1382.

¹⁹⁰⁷ LE BARS, T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th. Caen, LGDJ, 1997.

découler de l'absence d'obligation pour la Cour de « *sauver* »¹⁹⁰⁸ les arrêts empreints de motifs fondés en fait mais non en droit. Elle peut casser l'arrêt pour défaut de base légale, ou suppléer la carence dénoncée lorsque les motifs de fait le permettent¹⁹⁰⁹. Toutefois, la marge de manœuvre dont elle dispose ne l'autorise pas à considérer le défaut d'un motif de droit comme un manque de base légale entraînant la cassation.

648. Par le biais du défaut de motifs et du manque de base légale, la Cour de cassation veille au respect de l'obligation de motivation qui incombe aux juges du fond. La conformité de la décision critiquée aux règles de droit est subordonnée à l'existence de motifs suffisamment précis pour soutenir le dispositif critiqué par le pourvoi. Les juges du fond sont aussi tenus d'apprécier les éléments apportés par les parties à leur juste valeur, sous peine d'entacher leur décision d'une dénaturation ouvrant droit à cassation.

B. La dénaturation en droit de la famille

649. La dénaturation consiste à altérer le sens clair et précis d'un écrit¹⁹¹⁰. Fruit d'une construction jurisprudentielle ancienne¹⁹¹¹, cette théorie occupe une place conséquente au sein de la technique de cassation. Pourtant, elle fut longtemps critiquée. Ernest Faye y était particulièrement hostile¹⁹¹², au contraire de Gabriel Marty¹⁹¹³. Ce débat n'est pas totalement clos. Si l'existence de ce cas d'ouverture n'est plus guère discutée, des auteurs plaident pour l'extension de son champ d'application¹⁹¹⁴. A cet égard, le fondement (1) et les conditions de ce cas d'ouverture à cassation (2) doivent être rappelés.

¹⁹⁰⁸ Selon l'expression employée par les auteurs, WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 399, n° 1020.

¹⁹⁰⁹ Voir n° 754 et s.

¹⁹¹⁰ CORNU, G., *op. cit.*, p. 325.

¹⁹¹¹ WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 225, n° 542.

¹⁹¹² FAYE, E., *op. cit.*, n° 165 et s.

¹⁹¹³ MARTY, G., *th. préc.*, n° 181.

¹⁹¹⁴ HEMERY, B., *Pour un contrôle de la dénaturation des faits par la Cour de cassation*, in *Mél. Jacques Boré*, *op. cit.*, p. 289.

1) Le fondement de la théorie de la dénaturation

650. L'originalité de la dénaturation réside dans la prise en considération d'un élément extérieur à la décision attaquée. A l'inverse du défaut de motifs, elle suppose un respect formel de l'exigence de motivation. La dénaturation ne se confond pas davantage avec le défaut de base légale. Les motifs ne sont pas lacunaires. Au contraire, il est reproché aux juges du fond d'avoir procédé à une interprétation inutile d'un écrit. La justification de la cassation réside justement dans la motivation qu'ils ont retenue. Par exemple, lorsque les juges du fond apprécient les termes d'un testament, ils ne doivent pas leur donner un sens autre que celui qui paraît évident. C'est d'ailleurs en ces circonstances que la notion de dénaturation apparut¹⁹¹⁵, avant d'être étendue à tout écrit doté d'un sens clair et précis méconnu par le juge.

651. Il importe de rappeler que la dénaturation porte toujours sur un écrit. Ni les faits ni les accords tacites ou contrats verbaux ne sont susceptibles d'être dénaturés. La Cour de cassation veille au respect de la distinction et rappelle qu'une dénaturation ne saurait porter sur des faits¹⁹¹⁶. Nombreux sont toutefois les instruments contre lesquels le grief peut être soulevé. La dénaturation atteint tant les contrats passés entre les parties que les pièces de la procédure ou la loi étrangère¹⁹¹⁷, même si le fondement de chacune de ces sanctions diffère. Ce n'est qu'en cas de doute sur le sens littéral des termes de ces actes qu'il y a place pour une interprétation exclusive de dénaturation. Par exemple, les juges du fond ne peuvent modifier les conditions claires d'une donation sans qu'une dénaturation leur soit reprochée. Après avoir rappelé la condition consistant en l'origine communautaire des biens donnés, une cour d'appel décida ainsi qu'elle devait être comprise comme la manifestation de la volonté des parties de subordonner la donation de l'immeuble à l'épouse, à condition que celle-ci en rapportât la valeur à la communauté¹⁹¹⁸. Les termes de l'acte authentique étant clairs et précis, cette interprétation était constitutive d'une dénaturation. Les cassations prononcées sur ce fondement demeurent cependant rares, notamment en droit de la famille, la conclusion d'accords entre les parties à

¹⁹¹⁵ Cass. civ., 20 jan. 1868, *D.* 1868. I. 22.

¹⁹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 8 mai 1974, n° 72-14.787. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1981, n° 80-11.578, *Bull. civ. I*, n° 228 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1981, n° 79-16.501, *Bull. civ. I*, n° 38 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1977, n° 76-11.435, *Bull. civ. I*, n° 243.

¹⁹¹⁷ Voir n° 965 et s.

¹⁹¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009, n° 08-16.584, *Bull. civ. I*, n° 120.

l'instance supposant le plus souvent une homologation judiciaire¹⁹¹⁹. Pour cette raison, ce cas d'ouverture à cassation sert davantage à sanctionner la dénaturation d'écrits non conventionnels, bien qu'il ne s'agisse pas là de sa vocation première.

652. Au-delà de l'atteinte portée à la force obligatoire des conventions¹⁹²⁰, la Cour de cassation sanctionne aussi la méconnaissance du sens clair et précis d'une pièce de la procédure, d'un élément de preuve ou de la loi étrangère. Un arrêt illustra cette diversification des applications de la théorie¹⁹²¹. En l'espèce, les juges du fond avaient dénié le caractère d'aveu à des lettres comportant les termes « *ma petite Fanny* » et « *son papa* », adressées à un enfant par le défendeur dans une action en recherche de paternité. L'utilisation de ces expressions ne laissant pas place au doute, la Cour cassa cette décision entachée d'une dénaturation. En effet, l'article 340 ancien du Code civil énonçait que « *dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque (...) la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée* ». En refusant de considérer les lettres produites lors des débats comme un aveu non équivoque de paternité, les juges du fond les avaient dénaturées. A cet égard, il faut préciser qu'en l'absence de régime probatoire particulier, la dénaturation des éléments de preuve est le plus souvent prononcée sur le fondement de l'article 1341 du Code civil.

653. La violation des prescriptions claires et précises d'une loi étrangère est également susceptible d'entraîner la cassation pour dénaturation de la décision qui en est empreinte. Au visa de l'article 3 du Code civil, la Cour de cassation rappelle que « *sauf dénaturation, l'application et l'interprétation de la loi étrangère sont souveraines* »¹⁹²². L'interprétation manifestement erronée des prescriptions du droit béninois applicable exposa à la cassation la solution retenue par une cour d'appel qui avait statué sur l'établissement d'une filiation paternelle¹⁹²³.

654. La théorie de la dénaturation autorise la Cour aussi à sanctionner la méconnaissance des termes du litige par les juges du fond. La cassation est prononcée au

¹⁹¹⁹ Voir n° 80.

¹⁹²⁰ C. civ., art. 1134.

¹⁹²¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 juil. 1991, n° 90-10.294, *Bull. civ. I*, n° 237.

¹⁹²² Voir n° 965 et s.

¹⁹²³ Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 2008, n° 07-14.934, *Bull. civ. I*, n° 235, *RCDIP* 2009.53, note MUIR-WATT.

visa des articles 4 et 5 du Code de procédure civile. Il en fut ainsi lorsqu'une cour d'appel refusa d'annuler un mariage en raison de l'absence de titularité de l'action en nullité relative, alors que le demandeur arguait d'une nullité absolue de l'union pour défaut total de consentement¹⁹²⁴. L'article 1134 du Code civil n'est donc plus le socle exclusif de la théorie de la dénaturation. La Cour a développé ce cas d'ouverture à cassation, tout en soumettant l'admission du grief au respect de conditions strictes.

2) Les conditions de la cassation en raison d'une dénaturation

655. L'efficacité du moyen tiré de la dénaturation est d'abord subordonnée au caractère « *clair et précis* » de l'écrit en cause¹⁹²⁵. La précision de l'acte ne fait pas l'objet d'une analyse autonome. Elle apparaît plutôt comme une technique permettant d'apprécier sa clarté¹⁹²⁶. L'acte imprécis étant susceptible de plusieurs acceptions, il est difficile de considérer qu'il est suffisamment clair. Or, face à un acte dont le sens est évident, toute interprétation est une dénaturation. Dans le cas contraire, il y a lieu d'interpréter, à peine de déni de justice, comme lorsqu'un doute apparaît sur le sens littéral des termes d'une convention¹⁹²⁷, ou quand les preuves non établies par la loi « *sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat* »¹⁹²⁸. Le critère ne s'apprécie pas à la seule étude de l'écrit critiqué, mais aussi selon son contexte. En effet, l'ambiguïté peut résulter d'une opposition entre écrits incompatibles qui, considérés indépendamment les uns des autres, ont un sens évident.

656. Ensuite, l'écrit litigieux doit impérativement avoir été soumis aux juges du fond pour entraîner la cassation de la décision à laquelle il se rapporte. Seule la dénaturation d'un écrit présenté et considéré comme déterminant entraîne la cassation. L'absence de toute indication à cet égard entrave la preuve du grief. La Cour de cassation vérifie le respect de cette exigence en s'assurant que les conclusions ou l'arrêt attaqué mentionnent l'instrument dont l'appréciation est litigieuse. Lorsque la référence est expresse, l'issue du pourvoi ne suscite guère de doute. Mais dans l'hypothèse où les juges

¹⁹²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 2010, n° 08-19.500, *RTD Civ.* 2010.304, obs. HAUSER.

¹⁹²⁵ VOULET, J., art. préc.

¹⁹²⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 455, n° 79.154.

¹⁹²⁷ C. civ., art. 1156.

¹⁹²⁸ C. civ., art. 1353.

du fond ont examiné et retenu l'acte dénoncé, sans l'indiquer pour autant dans leurs motifs, le contrôle mené par la Cour est plus difficile.

657. Afin de préciser son efficacité, il faut enfin distinguer selon que la dénaturation alléguée a trait ou non à un écrit s'imposant aux juges du fond. La Cour admet toujours la critique tirée de la dénaturation d'un acte ayant force obligatoire. Le vice peut alors être établi tant par un acte de commission que par un acte d'omission. Par exemple, en attribuant des droits sur le domicile conjugal à l'ex-épouse qui, pourtant, ne les demandait pas, une cour d'appel méconnut les termes du litige¹⁹²⁹. La cassation de la décision fut prononcée, puisque les juges étaient tenus de respecter l'objet de la demande. En ce cas, la référence expresse à l'écrit dénaturé ne fut pas exigée. La simple omission d'un acte obligatoire caractérisait la dénaturation dénoncée par le pourvoi, puisque cela influençait la solution retenue à l'issue de l'instance. A l'inverse, lorsque les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation de la portée de l'acte ou des pièces de la procédure dénaturées, la constatation même erronée résulte de leur pouvoir souverain. Par conséquent, la cassation n'est pas encourue en l'absence de rattachement de cette appréciation au dispositif critiqué. Aucune dénaturation par omission ne peut donc être reprochée aux juges du fond lorsqu'ils n'étaient pas contraints d'apprécier l'élément dénaturé, ni de s'y appuyer pour fonder leur décision. La dénaturation d'un acte, d'une pièce de la procédure ou d'un autre écrit non doté de la force obligatoire mais auquel la décision litigieuse se réfère, ne peut être causée par omission.

658. La théorie de la dénaturation répond à des conditions restrictives qui empêchent souvent d'admettre le grief¹⁹³⁰. La Cour de cassation veille au respect de la distinction entre le fait et le droit¹⁹³¹. Poussant trop avant le contrôle de la dénaturation des écrits clairs et précis en droit de la famille, elle pourrait empiéter sur les constatations des juges du fond, seuls compétents pour apprécier les circonstances de l'espèce. Lorsque le vice allégué résulte d'une violation d'une règle de droit de la famille *stricto sensu*, elle est davantage maîtresse de son contrôle.

¹⁹²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005, n° 02-19.559, *Bull. civ. I*, n° 166. Voir également : Cass. 2^e civ., 12 juin 1996, n° 94-15.594, *Bull. civ. II*, n° 148.

¹⁹³⁰ VOULET, J., art. préc.

¹⁹³¹ Voir : MARTY, G., th. préc.

§2. La violation de la loi *stricto sensu*

659. Qu'elle soit disciplinaire ou normative, qu'elle ait pour origine un vice affectant le fond, la forme ou le contexte dans lequel une décision est rendue, la cassation consiste toujours à sanctionner la non-conformité aux règles juridiques en vigueur. Entendue au sens strict, la violation de la loi recouvre un domaine plus restreint (A). Elle est constatée à l'égard de décisions correctement motivées, mais entachées d'une erreur consistant en un refus d'application, une fausse application ou encore une fausse interprétation de la règle de droit par les juges du fond (B).

A. La violation de la loi *stricto sensu*

660. La violation de la loi *stricto sensu* est considérée comme le cas d'ouverture à cassation le plus noble, puisqu'elle permet de réprimer les atteintes les plus directes à la volonté du législateur¹⁹³² (1). Ses contours doivent être précisés (2).

1) Le domaine du cas d'ouverture à cassation pour violation de la loi

661. Pour que le moyen tiré de la violation de la loi puisse être reçu, il importe que la décision critiquée soit dûment motivée en fait et en droit. Ce ne sont pas les motifs retenus par les juges du fond qui sont sujets à débat, mais la mise en œuvre de la norme au regard de l'espèce, dont les faits servent à déterminer la règle de droit applicable¹⁹³³.

662. La terminologie employée n'est d'ailleurs guère heureuse. Alors que le Code de procédure civile fait usage de l'expression « *règle de droit* », la doctrine persiste à nommer « *violation de la loi* » cette ouverture à cassation. Pourtant, la cassation n'oblige pas à ce que le dispositif critiqué enfreigne une norme au sens formel. La non-conformité est sanctionnée lorsqu'elle affecte une loi écrite, mais aussi un principe

¹⁹³² BACHELLIER X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 149.

¹⁹³³ GRIMALDI, C., « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, Chron. 1448.

général du droit¹⁹³⁴. Essentiels¹⁹³⁵, les principes généraux du droit sont garantis par la Cour de cassation¹⁹³⁶. La violation de ces règles non écrites est assimilée à la violation de la loi *stricto sensu*, qu'elles soient spécifiques au droit de la famille ou dotées d'une portée plus large. Tel est le cas lorsque la Cour considère que l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt¹⁹³⁷, mais aussi lorsqu'elle fait application d'adages tels que « *fraus omnia corrumpit* »¹⁹³⁸ ou « *aliments ne s'arréragent pas* »¹⁹³⁹.

663. Le domaine de la cassation pour violation de la loi est large puisque toutes les règles juridiques peuvent en faire l'objet. Or la Cour de cassation est tenue de garantir leur respect. Par conséquent, ce cas d'ouverture à cassation revêt de l'importance. Il importe d'en préciser le mécanisme.

2) Le mécanisme de la cassation pour violation de la loi

664. L'exposé théorique des circonstances entraînant la cassation d'une décision entachée d'une violation de la loi est aisé, du moins en apparence. Le syllogisme mis en œuvre par les juges du fond est au cœur des vérifications menées par la Cour de cassation. Elle vérifie si la loi a été respectée, en examinant le rapport existant entre la décision visée par le pourvoi et les faits souverainement constatés par les juges du fond¹⁹⁴⁰. Cela suppose d'étudier la règle de droit dont la violation est invoquée.

665. L'analyse structurale de la loi aide à la démonstration¹⁹⁴¹. Toute norme est constituée de deux principaux éléments. En premier lieu, la règle expose le présupposé auquel est subordonnée son application. Il s'agit de décrire la situation qu'elle a vocation à régir. En second lieu, une injonction définissant « *l'effet de droit attaché par la loi à la*

¹⁹³⁴ Voir à ce sujet : GRIDEL, J.-P., « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002. Chron. 228 ; SARGOS, P., « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP G* 2001, n° 12, p. 589.

¹⁹³⁵ CORNU, G., *Droit civil. Introduction au droit.*, Montchrestien, 2007, 1ère éd., n° 421.

¹⁹³⁶ Voir également : BUREAU, D., *L'ambivalence des principes généraux du droit*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 181.

¹⁹³⁷ Cass. 1^{ère} civ. 10 déc. 1985, *Bull. civ.* I, n° 339.

¹⁹³⁸ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, préc.

¹⁹³⁹ SARGOS, P., art. préc.

¹⁹⁴⁰ FAYE, E., *op. cit.*, p. 128, n° 113.

¹⁹⁴¹ GRIMALDI, C., art. préc.

situation que détermine l'hypothèse »¹⁹⁴² suit cet énoncé. Cette prescription est le siège de la portée normative de la règle. Mais la simple assimilation du présumé à la prescription est le plus souvent insuffisante à résoudre le problème posé. Pour unir ces deux composantes, le tribunal est contraint de qualifier juridiquement les concepts et les notions de la cause¹⁹⁴³. Lorsque le présumé répond aux conditions d'application de la norme et que les juges du fond, après l'avoir justement qualifié, lui applique la prescription correspondante, la solution échappe à la cassation. A l'inverse, quand elle est contrôlée par la Cour de cassation¹⁹⁴⁴, l'erreur sur la qualification, ou sur le sens de la présupposition, ou sur celui de la prescription, entraîne la cassation pour violation de la loi. A défaut, la norme pourrait être appliquée à des hypothèses qu'elle n'a pas vocation à régir, soit que les juges du fond en aient restreint la portée, soit qu'ils l'aient accrue.

666. Ce contrôle permet à la Cour d'influer sur l'application et l'interprétation des règles de droit. Elle peut ainsi maintenir sa jurisprudence, ou décider d'un revirement le cas échéant. Ce faisant, elle assure l'unité d'application et d'interprétation du droit de la famille. Distinguer entre ces différentes hypothèses présente l'avantage d'une présentation simplifiée des cassations pour violation de la loi.

B. Les formes de la cassation pour violation de la loi *stricto sensu*

667. Entendue au sens strict, la violation de la loi est néanmoins protéiforme, selon l'erreur entachant le raisonnement du juge. La cassation est prononcée en cas de contravention formelle à la règle de droit, soit que le juge ait refusé de l'appliquer (a), soit qu'il ait commis une erreur dans l'application qu'il en a retenue au regard des faits de l'espèce (b), soit qu'il se soit trompé en l'interprétant¹⁹⁴⁵ (c).

¹⁹⁴² *Ibid.*

¹⁹⁴³ Voir n° 1025 et s.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ FAYE, E., *op. cit.*, p. 126, n° 109.

1) Le refus d'application d'une règle de droit claire et précise

668. Le cas d'ouverture à cassation tiré du refus d'application de la loi est le seul à avoir été expressément consacré dès le XIX^e siècle¹⁹⁴⁶. Il entraîne la cassation lorsque les juges du fond n'ont pas appliqué la règle de droit à une situation qu'elle devait régir. L'existence, la suffisance et l'exactitude des motifs avancés par les juges du fond ne suscitent pas la discussion. Les constatations de fait figurant dans la décision attaquée ont été correctement effectuées, mais ce n'est pas la loi applicable qui a été retenue.

669. Bien que ces hypothèses résultent souvent d'erreurs grossières¹⁹⁴⁷, de nombreuses cassations sont prononcées sur ce fondement. Tel fut le cas lorsque les juges du fond décidèrent à tort que seul l'article 266 était applicable¹⁹⁴⁸ aux demandes visant l'obtention de dommages et intérêts lors de la rupture du lien conjugal, puisque des textes spéciaux dérogeaient aux textes généraux¹⁹⁴⁹. En refusant l'indemnisation demandée, une cour d'appel avait violé l'article 1382 du Code civil. La cassation était inévitable. De même, les juges du fond qui avaient admis l'existence d'une première union non dissoute étaient tenus de faire respecter la prohibition de la bigamie puisqu'un second mariage avait été célébré, même s'il impliquait les mêmes personnes. Le recours à l'article 147 du Code civil était justifié au regard des faits de l'espèce. La cour d'appel qui s'en était abstenue encourut la cassation¹⁹⁵⁰. Le grief est également susceptible d'être soulevé quand les juges du fond ne précisent pas les conséquences de leur décision, alors que la loi les y contraints. Ainsi, la Cour de cassation jugea que la décision établissant la résidence des enfants chez un seul de leurs parents devait aussi statuer sur les modalités du droit de visite de l'autre¹⁹⁵¹, comme la loi l'y obligeait¹⁹⁵². La cassation pour violation de la loi par refus d'application fut constatée. En outre, il est fréquent que la violation de la loi résulte d'une confusion entre deux normes juridiques, aboutissant ainsi à la fausse application d'une autre règle de droit.

¹⁹⁴⁶ Voir n° 14 et s.

¹⁹⁴⁷ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n° 04-13.913, *Bull. civ. I*, n° 257, *RTD Civ.* 2005.758, obs. HAUSER.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 2004, n° 00-19.838, *Bull. civ. I*, n° 33, *RCDIP* 2005.395, note ANCEL.

¹⁹⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2011, n° 10-23.391, *Bull. civ. I*, n° 202, *RTD Civ.* 2012.111, obs. HAUSER.

¹⁹⁵² C. civ., art. 373-2-9 al. 3.

2) La fausse application d'une règle de droit de la famille claire et précise

670. Au refus d'application d'une norme s'ajoute souvent la fausse application d'une autre¹⁹⁵³. Que l'erreur commise consiste en une fausse détermination du champ d'application de la loi ou en une méprise sur les conditions de sa mise en œuvre¹⁹⁵⁴, elle aboutit au choix d'une règle de droit inapplicable. A l'instar de la violation de la loi par refus d'application, le vice expose la décision critiquée à la cassation. L'hypothèse recouvre un large domaine.

671. Par exemple, une cour d'appel ne put justifier l'octroi de dommages et intérêts à l'un des ex-époux en raison du préjudice causé par la dissolution du mariage, alors que leur divorce avait été prononcé aux torts partagés¹⁹⁵⁵. L'ancien article 266 du Code civil réservait en effet cette indemnisation à la rupture aux torts exclusifs du débiteur. En appliquant ce texte à une hypothèse qu'il ne concernait pas, les juges du fond avaient violé la loi par fausse application, d'où la cassation. Il en va de même lorsqu'une condition est ajoutée au texte sans qu'elle ait été prévue par le législateur¹⁹⁵⁶. Dans une espèce relative à l'attribution préférentielle du domicile conjugal suite au divorce des époux, la Cour cassa une décision par laquelle une cour d'appel avait rejeté la demande formée par l'épouse à ce titre¹⁹⁵⁷. En l'occurrence, les juges du fond avaient décidé qu'un compte aurait dû être établi entre les parties pour déterminer les droits de chacun des époux sur le bien commun. Rappelant que nulle évaluation préalable des biens, ni compte entre les copartageants n'étaient requis par les textes en vigueur, la Cour de cassation reprocha aux juges du fond d'avoir ajouté une condition que la loi n'imposait pas¹⁹⁵⁸. En effet, la règle de droit de la famille applicable au litige doit être appliquée sans que sa portée soit modifiée. Une solution identique fut retenue pour casser trois décisions entachées d'une fausse application de l'article 79-2 du Code civil, relatif à l'établissement

¹⁹⁵³ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 358, n° 72.31.

¹⁹⁵⁴ ATIAS, C., « La condition ajoutée à la loi par le juge (là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer) », *D.* 2009. Chron. 2654.

¹⁹⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 04-12.234, *Bull. civ.* I, n° 383, *Dr. fam.* 2005, comm. 269, note LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁹⁵⁶ ATIAS, C., art. préc.

¹⁹⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 sept. 2009, n° 08-70.340, *Bull. civ.* I, n° 245 Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1988, n° 87-12.427, *Bull. civ.* I, n° 267.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

d'un acte d'enfant sans vie¹⁹⁵⁹. Les juges du fond en avaient subordonné la délivrance au constat d'un développement fœtal suffisamment avancé. Les enfants concernés n'étant pas viables selon les critères établis par l'organisation mondiale de la santé, leurs parents ne purent obtenir l'établissement des actes d'enfant sans vie réclamés. Sur pourvoi, la Cour de cassation admit leurs moyens et conclut à la violation de la loi par fausse application, les juges du fond ne pouvant ajouter au texte des conditions non exigées.

672. En définitive, la fausse application d'une règle de droit, matérialisée par le recours à un texte mal appliqué, entraîne en toutes circonstances la cassation de la décision contre laquelle le grief est soulevé. Ces violations de la loi supposent que la règle de droit soit suffisamment claire pour trancher le litige. L'erreur apparaît de manière évidente, sans qu'aucune difficulté d'interprétation ne sème le doute. Dans le cas contraire, le cas d'ouverture à cassation trouve davantage sa justification dans les hésitations sur le sens de la disposition, qu'en raison d'une mauvaise application.

3) La fausse interprétation d'une règle de droit imprécise

673. Pour assurer sa mission de contrôle, la Cour de cassation s'attache aux termes des règles de droit, et à leur esprit. Toute fausse interprétation fonde la cassation. Par exemple, la Cour rappela l'impossibilité pour la partenaire de la mère biologique d'adopter l'enfant de sa compagne¹⁹⁶⁰. Les juges du fond avaient accueilli une requête en adoption simple. Au visa de l'article 365 du Code civil, la Cour jugea que le prononcé de l'adoption aurait eu pour effet de priver la mère biologique de l'exercice de l'autorité parentale. Cette interprétation n'avait pas été retenue par la cour d'appel, dont la décision fut cassée pour violation de la loi.

674. Le grief apparaît lorsque la décision critiquée révèle une prise de position sur une difficulté d'interprétation, soit que la question n'ait pas encore été tranchée par la Cour, soit que les juges du fond aient entendu lui résister¹⁹⁶¹. Pour cette raison, la cassation pour violation de la loi par fausse interprétation constitue l'outil le mieux

¹⁹⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, n° 06-16.498, *Bull. civ. I*, n° 41 ; n° 06-16.499, *Bull. civ. I*, n° 42 ; n° 06-16.500, *Bull. civ. I*, n° 43.

¹⁹⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, n° 06-15.647, *Bull. civ. I*, n° 71, *D.* 2007.1047, note VIGNEAU.

¹⁹⁶¹ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 150.

approprié pour garantir l'unité d'interprétation du droit. Il ne s'agit pas de sanctionner une erreur dans le choix de la loi applicable ou dans les conditions de son application. L'analyse est poussée plus avant : la Cour de cassation affirme aux juges du fond le sens qu'elle attache aux règles juridiques en vigueur, comme en témoigne un arrêt¹⁹⁶². Avant la naissance d'un enfant, son père avait procédé à une reconnaissance de paternité. Le jour de l'accouchement, la mère fit valoir son droit au secret. Le nourrisson fut confié à l'aide sociale à l'enfance et immatriculé comme pupille de l'Etat à titre provisoire. Après avoir intenté des démarches pour le retrouver, son père l'identifia. Il demanda sa restitution alors que l'enfant avait été placé en vue de son adoption par des époux agréés, après son immatriculation définitive. Ce couple forma une requête en adoption. Le tribunal de grande instance les débouta et ordonna la restitution de l'enfant à son père. Infirmant ces décisions, la cour d'appel jugea irrecevable la demande de restitution de l'enfant et prononça son adoption plénière par le couple auprès duquel il avait été placé. Selon les juges du fond, la décision d'accoucher dans le secret privait d'effet la reconnaissance de paternité car la mère était réputée n'avoir jamais mis un enfant au monde. A défaut, le droit à l'anonymat dont bénéficiait la mère aurait été violé. De plus, le placement en vue de l'adoption empêchant toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine¹⁹⁶³, le père ne pouvait se manifester postérieurement pour demander son enfant. Il se pourvut en cassation. La difficulté d'interprétation était évidente et la Cour de cassation réfuta celle retenue par les juges du fond. Elle décida que l'interdiction d'établir la filiation maternelle n'empêchait pas la reconnaissance de paternité de produire effet et ce dès la naissance de l'enfant. L'article 352 du Code civil ne s'opposait donc pas à sa restitution au père, qui d'ailleurs était seul à pouvoir consentir à l'adoption requise aux termes de l'article 348-1 du Code civil. En outre, la Cour statua au visa de l'article 7.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant protégeant le droit pour l'enfant de connaître ses parents. La cassation de ces deux décisions apporta d'utiles précisions sur ces dispositions et permit de concilier des impératifs parfois concurrents.

¹⁹⁶² Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, préc. Voir aussi : BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 151 et s.

¹⁹⁶³ C. civ., art. 352.

675. Un récent revirement de jurisprudence confirma la portée de ce contrôle¹⁹⁶⁴. Un homme avait reconnu un enfant né en Russie d'une femme russe, en exécution d'une convention de procréation pour autrui. Il demandait la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français. Les juges du fond avaient refusé de l'ordonner, considérant que le recours à un processus frauduleux dans le but de contourner la prohibition des maternités de substitution empêchait d'y procéder. L'article 47 du Code civil prévoit pourtant que tout acte de l'état civil fait à l'étranger fait foi, sauf s'il apparaît irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. De plus, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg¹⁹⁶⁵, empêche de porter atteinte à la vie privée du mineur en refusant la transcription de son acte de naissance dans les registres français de l'état civil. En retenant l'existence d'un faisceau d'indices attestant de manœuvres frauduleuses pour refuser la transcription litigieuse et en estimant que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne justifiait pas de l'ordonner, les juges du fond avaient faussement interprété ces textes. La décision critiquée fut cassée pour violation de la loi. Ce cas d'ouverture à cassation fut significatif. La Cour aurait aussi pu envisager de casser la décision critiquée pour manque de base légale, en reprochant aux juges du fond de s'être abstenus de justifier leur refus de transcription au regard de l'article 47 du Code civil. Mais la portée de la solution aurait été moindre. En cassant pour violation de la loi, la Cour de cassation condamna clairement la solution retenue par les juges du fond.

676. Le cas d'ouverture à cassation tirée de la violation de la loi *stricto sensu* recouvre diverses hypothèses, ce qui souligne son importance quantitative et qualitative. La fausse application d'un texte entraîne souvent le refus d'en admettre un autre, tandis qu'une fausse interprétation s'accompagne fréquemment d'une incertitude sur la qualification des faits retenue par les juges du fond. La complexité des subdivisions entre les cas d'ouverture à cassation est d'ailleurs générale. Par conséquent, l'auteur du pourvoi a intérêt à étayer son mémoire de plusieurs moyens qui, fondés sur des griefs distincts, tendent vers un même objectif : la cassation de la décision critiquée.

¹⁹⁶⁴ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-13.205.

¹⁹⁶⁵ CEDH, 22 juin 2014, préc.

Chapitre 2 : LES MOYENS DE CASSATION

677. Tout pourvoi s'accompagne de moyens de cassation, par lesquels l'auteur cherche à établir le grief qu'il invoque. Les critères gouvernant leur recevabilité et leur opérance révèlent la complexité de la technique de cassation. L'accueil du moyen suppose de satisfaire à des exigences strictes, liées au caractère extraordinaire de la voie de la cassation (I). Son efficacité dépend du problème de droit soulevé par le pourvoi, car la Cour de cassation dispose d'une marge de manœuvre qu'elle met à profit pour casser la décision ou rejeter le pourvoi (II).

I. La recevabilité des moyens de cassation

678. Le pourvoi vise à obtenir la cassation de la décision critiquée. A peine d'irrecevabilité, le moyen sur lequel il prend appui doit donc présenter un intérêt pour son auteur, ce qui suppose le respect de plusieurs conditions (§1). La finalité de la fonction de cassation doit aussi être préservée, ce qui justifie le rejet d'un moyen nouveau. Il existe néanmoins des exceptions à cette irrecevabilité de principe (§2).

§1. Les irrecevabilités dirimantes liées à la notion d'intérêt à la cassation

679. Devant la Cour de cassation, il importe que le moyen proposé soit dirigé contre un dispositif faisant grief à celui qui se pourvoit (A). En outre, la critique ainsi formulée ne peut contredire la position précédemment retenue par la partie qui la soutient (B).

A. Le moyen dirigé contre un chef du dispositif faisant grief

680. La portée normative d'un acte juridictionnel réside dans son dispositif¹⁹⁶⁶. Par conséquent, le moyen doit être dirigé contre la disposition de l'arrêt (1) préjudiciable à celui qui en requiert la cassation (2). Le respect de ce principe oblige les parties à exposer ce en quoi la décision encourt le reproche allégué, à peine de rejet des arguments insuffisamment détaillés (3).

1) Le moyen dirigé contre un chef du dispositif

681. Le moyen de cassation vise obligatoirement le dispositif de la décision rendue par les juges du fond. L'auteur du pourvoi a intérêt à la cassation si la disposition critiquée lui fait grief¹⁹⁶⁷. Le moyen qui se limite à critiquer la motivation retenue par les juges du fond est donc irrecevable. La solution est fréquemment réaffirmée par la Cour de cassation. Par exemple, un pourvoi fut formé à l'encontre d'une décision relative aux conséquences d'un divorce¹⁹⁶⁸. Le mari reprochait à la cour d'appel d'avoir considéré les meubles acquis par sa femme, grâce à sa pension alimentaire, comme des propres de celle-ci. Il estimait que ces biens, achetés avant l'assignation en divorce, appartenaient à la communauté, peu important l'origine de leur financement. Pourtant, l'époux n'avait élevé aucune contestation sur ce point devant les juges du fond qui étaient seulement saisis d'une demande d'homologation de la convention liquidant le régime matrimonial. Se contentant de critiquer un motif de la décision qui invitait l'épouse à justifier l'importance des meubles litigieux, il ne pouvait remettre en cause la qualification retenue par les juges du fond¹⁹⁶⁹.

682. De même, aucun moyen de cassation n'est admis à l'encontre d'un jugement avant-dire droit¹⁹⁷⁰. La Cour jugea irrecevable un moyen par lequel une partie critiquait une décision statuant sur des questions afférentes à la prestation compensatoire et à une pension alimentaire¹⁹⁷¹. L'auteur du pourvoi soutenait que ses créances n'étaient

¹⁹⁶⁶ Voir n° 74 et s.

¹⁹⁶⁷ Voir n° 191 et s.

¹⁹⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2001, n° 00-11.573.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁹⁷⁰ Voir n° 125 et s.

¹⁹⁷¹ Cass. 2^e civ., 9 déc. 1999, n° 96-18.474.

pas soumises à l'obligation de déclaration prévue par les textes applicables au redressement et à la liquidation judiciaire, mais la décision ne tranchait pas le fond du litige. En effet, la cour d'appel avait seulement ordonné une expertise avant-dire droit. Dès lors, le moyen ne pouvait être valablement reçu, puisque la soumission de ces créances à l'obligation de déclaration discutée ne figurait pas dans le dispositif définitif, seul à même de causer grief au requérant. La solution retenue par la Cour de cassation ne fut guère surprenante. Elle avait déjà eu l'occasion d'apporter des précisions sur ce point¹⁹⁷². Au cours d'une procédure de divorce, les juges du fond avaient délivré une autorisation de résidence séparée au profit de l'épouse et de son enfant. Ils justifiaient cette décision avant-dire droit par le fait que le mari leur aurait fait subir des sévices. Considérant que ces motifs préjugeaient du fond du droit, l'époux avait formé un pourvoi qui fut rejeté. La Cour décida que le moyen formé à l'encontre des motifs d'une décision avant-dire droit était irrecevable. Le principe renforce l'interdiction plus générale de former un pourvoi à l'encontre d'un arrêt ne contenant pas de disposition définitive et la prohibition des recours visant les seuls motifs des actes juridictionnels¹⁹⁷³.

683. En outre, l'irrecevabilité est inéluctable quand le moyen est dirigé contre de simples faits, ou contre des éléments extérieurs à la décision critiquée. Il en va ainsi lorsqu'un pourvoi est limité au chef du jugement de première instance non repris par la cour d'appel, ou lorsque le recours s'appuie sur un grief étranger à l'acte juridictionnel considéré. Ces erreurs portant sur l'objet du moyen sont néanmoins peu fréquentes, car grossières. Le rejet du pourvoi intervient également quand, justement dirigé contre le chef de la décision attaquée, le moyen ne fait pas état d'un grief justifiant la cassation.

2) La nécessité d'un grief causé par le chef du dispositif attaqué

684. L'existence d'un grief est une condition de recevabilité du moyen de cassation. A l'instar du lien entre recevabilité de l'action en justice et intérêt du demandeur¹⁹⁷⁴, la démonstration d'un préjudice causé par le vice allégué est indispensable à l'admission du moyen. Le rapport entre intérêt à agir et grief est évident, mais ces

¹⁹⁷² Cass. 2^e civ., 29 nov. 1966, *Bull. civ.* II, n° 428.

¹⁹⁷³ *Ibid.*

¹⁹⁷⁴ Voir n° 191 et s.

notions ne se confondent pas totalement. En effet, l'appréciation du grief oblige à une plus grande précision. Ainsi que le rappelle l'article 978 du Code de procédure civile, tout moyen de cassation doit indiquer « *ce en quoi* [la décision attaquée] *encourt le reproche allégué* », à peine d'irrecevabilité relevée d'office. Celui qui recherche la cassation doit démontrer son intérêt à l'obtenir, au regard du préjudice que lui cause la décision qu'il critique.

685. Cependant, il ne suffit pas d'arguer d'un intérêt né, actuel et certain pour satisfaire à cet impératif. Un rappel de la règle de droit violée est indispensable, ainsi que l'explication du vice qui entache l'arrêt¹⁹⁷⁵. Le grief doit donc être rattaché à un cas d'ouverture à cassation, tout en étant suffisamment étayé en fait et en droit. Sinon, le moyen est dépourvu de fondement. Tel est le cas lorsqu'il ne tend qu'à remettre en cause les faits souverainement constatés par les juges du fond. Par exemple, la critique qui se borne à contester des éléments de preuve soumis aux juges du fond ne peut être admise par la Cour, puisqu'elle ne contient aucun élément de droit. Ce moyen de pur fait ne démontrant aucun grief, il doit être déclaré irrecevable. Une solution identique prévaut lorsque l'argumentation avancée manque en fait¹⁹⁷⁶. De même, le moyen qui critique des motifs ne figurant pas dans la décision frappée de pourvoi, ou contestant le dispositif du jugement de première instance non repris par la juridiction du second degré, est dénué de fondement. La cause de l'irrecevabilité du moyen est évidente : son absence de rattachement à la décision empêche de l'admettre. Régulier en la forme, l'argumentaire développé ne l'est pas sur le fond.

686. La Cour de cassation n'adopte pas toujours la même solution. Prononçant tantôt l'irrecevabilité du pourvoi lui-même, tantôt sa déchéance ou son rejet pour irrecevabilité de ses moyens¹⁹⁷⁷, elle semble éprouver des doutes sur le fondement de la sanction qui consiste en une exception de procédure, en une fin de non-recevoir, ou en une réfutation sur le fond¹⁹⁷⁸. Il en va différemment face à une absence totale de grief qui entraîne en toutes circonstances l'irrecevabilité du moyen. L'hypothèse demeure pourtant

¹⁹⁷⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 474, n° 81.111.

¹⁹⁷⁶ PERDRIAU, A., « Diversité et disparité des solutions apportées aux pourvois en cassation qui ne sont pas accueillis », *LPA*, n° 128, 28 juin 2001, p. 17.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*

résiduelle, puisque l'auteur du pourvoi développe toujours un ou plusieurs griefs dans son mémoire ampliatif. L'irrecevabilité est plus souvent due à un contenu trop flou. Une rédaction précise du moyen de cassation est en effet indispensable.

3) La précision du moyen de cassation

687. Il a déjà été indiqué que la recevabilité du moyen de cassation est subordonnée à des exigences rédactionnelles¹⁹⁷⁹. Les règles édictées par le Code de procédure civile et précisées par la jurisprudence sont contraignantes, mais la soumission du droit de la famille à l'obligation de représentation en facilite le respect¹⁹⁸⁰. Au-delà de ces impératifs formels, l'admission du moyen dépend de sa précision. Le Code de procédure civile oblige à indiquer pour chaque moyen ou élément de moyen le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi elle encourt le reproche allégué¹⁹⁸¹.

688. La Cour de cassation impose un scrupuleux respect des divers éléments composant le moyen. Par exemple, elle jugea irrecevable un moyen de cassation dont le libellé ne répondait pas aux exigences de l'article 978 du Code de procédure civile¹⁹⁸². En l'espèce, une femme divorcée avait été déboutée de sa demande de prestation compensatoire. Elle avait formé un pourvoi, fondé sur la production tardive de documents, sans pour autant viser expressément les pièces litigieuses. La Cour de cassation ne prit pas la peine d'étudier l'opérance du moyen puisqu'il ne précisait pas sur quelles pièces ou documents la cour d'appel s'était fondée¹⁹⁸³. Il était donc trop imprécis pour être admis. L'argument relatif à l'atteinte au contradictoire fut écarté. Le moyen qui, dénonçant un défaut de réponse à conclusions, ne contient pas les indications nécessaires à l'identification des éléments omis par les juges du fond, est aussi irrecevable, comme lorsqu'une dénaturation est invoquée à l'appui d'un pourvoi. Il est alors nécessaire d'indiquer précisément quel écrit est prétendument dénaturé, à peine d'irrecevabilité. La Cour n'admet pas un moyen unique comportant trois griefs de nature différente, sans autre

¹⁹⁷⁹ Art. 978 CPC.

¹⁹⁸⁰ Voir n° 211 et s.

¹⁹⁸¹ CPC, art. 978.

¹⁹⁸² Cass. 2^e civ., 30 avr. 2009, n° 08-14.111, *Procédures*, n° 7, juil. 2009, p. 11, note PERROT.

¹⁹⁸³ *Ibid.*

précision relative à la partie de la décision critiquée par chacun d'eux¹⁹⁸⁴. La doctrine considère d'ailleurs que l'exigence d'unicité du cas d'ouverture invoqué impose de n'invoquer qu'un seul grief par branche de moyen¹⁹⁸⁵ et oblige ainsi l'auteur du pourvoi à formuler un grief par branche¹⁹⁸⁶. A défaut, la déchéance du pourvoi est encourue.

689. Malgré les apparences, ces règles complexes servent les intérêts des parties. Les chances de succès du pourvoi sont accrues, puisque la Cour de cassation est confrontée à un grief défini¹⁹⁸⁷. Les impératifs tenant à la clarté des moyens facilitent le traitement du pourvoi et la rédaction des arrêts¹⁹⁸⁸, à condition toutefois que la critique avancée réponde aux objectifs précédemment poursuivis par celui qui recherche la cassation de la décision critiquée.

B. Le moyen contraire aux précédentes écritures

690. L'intérêt d'un moyen de cassation diffère de la notion plus générale d'intérêt à agir. Celui qui avance un argument doit en démontrer la pertinence et la cohérence au regard de ses prétentions. L'impossibilité d'accueillir un moyen contraire aux précédentes écritures est justifiée par la nécessité d'un débat loyal (1), en droit de la famille comme en toute autre matière (2).

1) Le fondement de l'irrecevabilité des moyens contraires aux précédentes écritures

691. Si le fondement de l'irrecevabilité du moyen contraire aux précédentes écritures reste incertain, son origine ne soulève guère de doute¹⁹⁸⁹. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui résulte de l'estoppel du droit anglo-saxon. Il s'agit d'un mécanisme de blocage qui fonctionne à la manière d'une fin de non-recevoir¹⁹⁹⁰ visant à

¹⁹⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1981, *Bull. civ. I*, n° 166 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1993, *Bull. civ. I*, n° 60.

¹⁹⁸⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 472, n° 81.82.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁹⁸⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 471, n° 81.81.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ GRIDEL, J.-P., « La Cour de cassation au printemps 2009 », *Gaz. Pal.*, n° 98 et 100, 8 et 10 avr. 2009, p. 2 et 6.

¹⁹⁹⁰ FAUVARQUE-CAUSSON, B., *L'estoppel du droit anglais*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université Paris V le 13 jan. 2000, *Economica*, 2001, p. 3.

empêcher de « *souffler le chaud et le froid, d'affirmer d'un côté et de dénier de l'autre* »¹⁹⁹¹. Cette règle n'est pas expressément consacrée en droit processuel interne, ce qui s'explique aisément. Une telle contradiction résulte d'une incohérence comportementale et procédurale évidente, à laquelle les parties ne se prêtent généralement pas¹⁹⁹². Edicter une prohibition n'est guère utile, d'autant qu'une éventuelle insertion dans les textes pourrait menacer la liberté d'agir en justice en restreignant les parties dans le choix de leurs arguments.

692. Malgré ces incertitudes sur le socle textuel de la théorie, une sanction s'impose quand la contradiction met en péril les principes fondamentaux gouvernant les débats¹⁹⁹³. Adopter une attitude contradictoire n'est pas sans conséquences. Le droit de la famille illustre le phénomène. Par exemple, quiconque a tacitement confirmé la régularité de son mariage se trouve empêché d'agir en nullité relative de l'union¹⁹⁹⁴. De même, le père qui accepte de recourir à la procréation médicalement assistée ne peut ensuite demander l'annulation du lien de filiation établi sauf s'il prouve que l'enfant n'est pas né de la procréation médicalement assistée ou que son consentement a été privé d'effets¹⁹⁹⁵.

693. Les juges du fond appliquent également l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui pour justifier le rejet de prétentions révélant un comportement déloyal. Tel est le cas lorsque la contradiction constatée révèle un détournement des règles juridiques en vigueur. Par exemple, la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir rejeté une demande en révocation d'une adoption plénière¹⁹⁹⁶. En l'espèce, une femme avait adopté un jeune homme pour échapper à la loi applicable aux baux ruraux, qu'elle considérait comme contraire à ses intérêts. Remarquant que les démarches en vue de l'adoption avaient été effectuées à l'initiative de la demanderesse, la cour d'appel refusa d'admettre que sa propre turpitude pût justifier la révocation de l'adoption contractée à des fins autres que celles traditionnellement réservées à l'institution¹⁹⁹⁷. En

¹⁹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹⁹² HILLEL, O. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *L'application du principe en droit du contentieux interne et international*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁹⁹³ MUIR-WATT, H., *Rapport de synthèse*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹⁹⁴ C. civ., art. 183.

¹⁹⁹⁵ C. civ., art. 311-20 al. 2.

¹⁹⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1991, n° 90-16.950, *Bull. civ. I*, n° 316.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*

l'occurrence, il s'agissait d'empêcher les parties d'avoir recours à un « *shopping institutionnel* » prohibé¹⁹⁹⁸. Les attitudes déloyales et contradictoires peuvent se manifester sous des formes diverses, mais elles présentent toujours un trait commun. Elles se rapportent en effet à des situations dans lesquelles la contradiction apparaît entre un comportement factuel et l'objet de la demande en justice subséquente. Par conséquent, la prohibition de ces comportements a peu d'incidence sur la technique de cassation. Devant la Cour, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui s'exprime surtout par la condamnation de contradictions intra-processuelles¹⁹⁹⁹. La non-admission des moyens de cassation contraires aux précédentes écritures est sa principale manifestation procédurale.

2) La sanction des contradictions intra-processuelles

694. Selon une jurisprudence constante, un moyen contraire aux précédentes écritures des parties est irrecevable. La Cour de cassation garantit le respect de ce principe, comme le révèle un arrêt²⁰⁰⁰. Celle-ci débute lorsqu'un couple demanda le divorce. L'épouse reprochait à son mari de lui avoir imposé la présence d'une concubine au domicile conjugal pendant vingt-cinq ans. Le divorce fut prononcé aux torts exclusifs de l'époux, alors que les juges du fond avaient aussi constaté qu'aucun mariage n'avait été célébré entre lui et sa compagne. Le mari se pourvut en cassation, faisant grief à la décision critiquée d'avoir écarté un éventuel lien matrimonial régulier avec sa compagne, à même d'« *amoindrir* » la nature de ses fautes. Dans ses écritures d'appel, il avait pourtant nié l'existence d'un mariage. Or l'auteur du pourvoi ne pouvait pas se contredire. La Cour de cassation jugea ce moyen irrecevable et rejeta le pourvoi.

695. Cet exemple démontre la vigilance dont fait preuve la Cour de cassation à l'égard des contradictions processuelles. L'incohérence portant sur la date d'acquisition de l'autorité de chose jugée d'une décision prononçant le divorce²⁰⁰¹ ou sur le fondement d'une requête en révision de la prestation compensatoire²⁰⁰² est également sanctionnée.

¹⁹⁹⁸ HILLEL, O. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 57.

¹⁹⁹⁹ DUPONT, N., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD Civ.* 2010. 459.

²⁰⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 fév. 1992, n° 90-10.433.

²⁰⁰¹ Cass. 2^e civ., 31 mai 2000, n° 97-17.670.

²⁰⁰² Cass. 2^e civ., 16 avril 1986, n° 85-10.978, *Bull. civ.* II, n° 53.

L'Assemblée plénière a apporté d'utiles précisions, en décidant que le fait qu'une partie se soit contredite au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement une fin de non-recevoir²⁰⁰³. Certains ont vu dans l'emploi de cette formule la consécration d'un estoppel à la française²⁰⁰⁴, mais des réserves doivent être émises²⁰⁰⁵. La solution retenue par l'Assemblée plénière nie tout caractère automatique à la sanction des comportements contradictoires. Certes, ce constat n'est valable qu'à l'égard des contradictions purement factuelles ou opposant l'attitude considérée et la demande en justice afférente. L'analyse diffère pour celles inhérentes aux aspects procéduraux d'une même instance en justice.

696. La Cour de cassation s'est aussi prononcée sur la question des limites de l'irrecevabilité du moyen contraire aux précédentes écritures des parties. Elle décida que le père d'un enfant ayant seulement demandé la confirmation d'une décision statuant sur la garde et le droit de visite, ne pouvait contester l'arrêt confirmatif rendu en soutenant que les juges du fond étaient également tenus de se prononcer sur l'autorité parentale²⁰⁰⁶. Le moyen soulevé était d'ordre public, mais la Cour refusa de l'admettre. A l'instar de la chambre commerciale²⁰⁰⁷ et de la chambre sociale²⁰⁰⁸, la première chambre civile adopta une position surprenante. Elle manifesta une volonté de moralisation des débats, qui s'exerce parfois au détriment de l'office du juge²⁰⁰⁹. La sévérité est moindre en ce qui concerne l'exception d'irrecevabilité tirée de la nouveauté du moyen de cassation.

²⁰⁰³ Cass. ass. plén., 27 fév. 2009, n° 07-19.841, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 1, *D.* 2009. 1245, note HOUTCIEFF.

²⁰⁰⁴ DUPONT, N., art. préc.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁰⁶ Cass. 2^e civ., 14 mars 1990, n° 89-10.505, *Bull. civ.* II, n° 60

²⁰⁰⁷ Cass. Com. 7 nov. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 270 ; Cass. com., 26 juin 1990, *Bull. civ.* IV, n° 187.

²⁰⁰⁸ Cass. Soc. 25 oct. 2007, *Bull. civ.* V, n° 176.

²⁰⁰⁹ En effet, « *le juge doit aux parties l'application de la règle de droit* » - BOLARD, G., *Le moyen contraire aux précédentes écritures*, in *Mél. Jean Buffet*, Les Petites affiches, 2004, p. 51.

§2. L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation

697. L'irrecevabilité des moyens nouveaux renforce le caractère exceptionnel du pourvoi. La Cour de cassation assure le respect de cet impératif (A), qui connaît toutefois des exceptions (B).

A. Le principe d'irrecevabilité des moyens nouveaux

698. L'exception d'irrecevabilité tirée de la nouveauté du moyen de cassation a une origine ancienne (1). La mise en œuvre de ce principe oblige à en préciser les critères (2).

1) La justification de l'irrecevabilité des moyens nouveaux

699. Au début du siècle dernier, Ernest Faye affirmait déjà qu' « *on ne peut faire valoir devant [la Cour de cassation] aucun moyen nouveau, c'est-à-dire qui n'ait pas été, expressément ou implicitement, soumis par la partie qui l'invoque au tribunal dont la décision est attaquée, ou qui n'ait pas été apprécié par ce tribunal (...)* »²⁰¹⁰. La Cour de cassation juge en effet irrecevable les moyens nouveaux avancés au soutien des pourvois. La règle est ancienne. La Chambre des requêtes décida que « *la Cour de cassation est instituée seulement pour apprécier sous le rapport du droit les arrêts ou jugements rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux ; qu'on ne peut donc, devant elle, présenter des moyens nouveaux, mais seulement apprécier la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges* »²⁰¹¹. Cette exception d'irrecevabilité est liée à la fonction de cassation²⁰¹². L'admission de moyens nouveaux empêcherait de considérer le pourvoi comme une voie de recours extraordinaire. Il n'y aurait alors qu'une différence de degré entre la Cour de cassation et les autres juridictions. En outre, les moyens nouveaux s'appuyant souvent sur des faits non soumis aux juges du fond, leur admission réduirait à néant la distinction entre le fait et le droit.

²⁰¹⁰ FAYE, E., *op. cit.*, n° 123.

²⁰¹¹ VOULET, J., « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.* 1973. I. 2544.

²⁰¹² BOUCARD, F., *encycl. préc.*

700. L'exception d'irrecevabilité des moyens nouveaux est dorénavant consacrée par l'article 619 du Code de procédure civile. Malgré son utilité, elle présente certains inconvénients. En ce cas, la Cour n'est pas en mesure de répondre au moyen. Elle pourrait néanmoins rejeter le pourvoi, tout en faisant connaître son opinion²⁰¹³. La modification de son office sur ce point est toutefois peu envisageable, d'autant que la Cour a la faculté de soulever un moyen de pur droit ou d'ordre public le cas échéant²⁰¹⁴. De plus, l'autoriser à préciser l'issue éventuelle du pourvoi, tout en rejetant le recours, aurait pour effet de dissocier dispositif et motivation de l'arrêt rendu, au risque de perturber les enseignements susceptibles d'en être tirés.

701. Les conséquences négatives de l'irrecevabilité des moyens nouveaux ne se manifestent pas exclusivement sur un plan théorique. La règle est également susceptible de menacer le droit à un recours effectif devant un tribunal. La Cour européenne des droits de l'homme se prononça sur la conciliation entre l'exception d'irrecevabilité pour nouveauté et les exigences du procès équitable. Elle conclut à l'absence théorique d'atteinte à la convention²⁰¹⁵, en assortissant sa solution de tempéraments. Elle jugea que le principe appliqué par la Cour de cassation ne heurtait pas en lui-même le droit à un procès équitable, mais subordonna la non-admission d'un moyen nouveau à l'existence d'un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence²⁰¹⁶. Tout en approuvant l'exception d'irrecevabilité des moyens nouveaux, la Cour européenne des droits de l'homme s'arrogea ainsi le droit de procéder à un contrôle effectif des motifs de non-admission du moyen considéré. En l'espèce, l'existence d'une erreur manifeste dans l'appréciation du caractère nouveau du moyen invoqué la conduisit à condamner la France. Les circonstances étaient singulières, puisque l'irrecevabilité de l'unique moyen soulevé entraînait de fait celle du pourvoi. Mais la Cour européenne précisa que la brièveté de la formule employée n'était pas forcément constitutive d'une erreur d'appréciation²⁰¹⁷, admettant cependant qu'en optant

²⁰¹³ PERDRIAU, A., « Comment se manifeste le contrôle qu'exerce la Cour de cassation », *LPA*, n° 256, 2001, p. 17.

²⁰¹⁴ Voir n° 760 et s.

²⁰¹⁵ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, req. n° 34553/97, *JCP G.* 2000. I. 10 344, obs. PERDRIAU ; *D.* 2000.883, note CLAY.

²⁰¹⁶ *Ibid.*

²⁰¹⁷ CEDH, 29 août 2000, *Jahnke et Lenoble c/ France*, req. n° 40490/98, *JCP G.* 2000. II. 10 435, comm. PERDRIAU.

pour une réponse laconique, l'arrêt de la Cour de cassation pouvait prêter à confusion et obligeait la Cour à se livrer à un examen du fond de l'affaire afin de s'assurer que les règles du procès équitable n'avaient pas été méconnues²⁰¹⁸.

702. L'exception d'irrecevabilité pour cause de nouveauté du moyen, essentielle à la technique de cassation, repose sur une assise solide. Son analyse contraint également à préciser les conditions d'appréciation de la nouveauté.

2) L'appréciation de la nouveauté du moyen

703. Leur nouveauté est la principale cause d'irrecevabilité des moyens de cassation²⁰¹⁹, en droit de la famille comme en toute autre matière. L'appréciation de la nouveauté oblige à considérer les précédentes écritures des parties (a). En principe, l'irrecevabilité atteint tous les moyens qui n'avaient pas été invoqués devant les juges du fond, quel que soit leur objet (b).

a) Les critères d'appréciation de la nouveauté

704. L'exception d'irrecevabilité pour cause de nouveauté est opposée à tout moyen mélangé de fait et de droit, s'il ne figurait pas dans les dernières conclusions de celui qui l'invoque. A l'évidence, c'est le cas lorsque l'auteur du pourvoi n'avait présenté aucune conclusion lors de l'instance d'appel. Par exemple, la Cour refusa d'accueillir un moyen avancé à l'encontre du refus opposé à une demande de prestation compensatoire²⁰²⁰. Les premiers juges en avaient accordé le bénéfice à l'épouse. Le mari interjeta appel. S'étant abstenue de conclure devant les juges du fond et de demander la confirmation du jugement de première instance, l'épouse ne disposait d'aucun moyen pour étayer son pourvoi. Seuls les moyens précédemment soulevés dans des conclusions existantes et régulières pouvaient être discutés lors de l'instance en cassation, et uniquement par la partie ayant soulevé l'argument devant les juges du fond²⁰²¹. Les liens

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ PERDRIAU, A., « Diversité et disparité des solutions qui sont apportées aux pourvois en cassation qui ne sont pas accueillis », *LPA*, n° 128, 28 juin 2001, p. 19.

²⁰²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 10-13.831.

²⁰²¹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 472, n° 82.84.

de dépendance entre le débat ayant eu lieu devant les juges du fond et les moyens soulevés devant la Cour de cassation sont en effet incontestables. La recevabilité des moyens de cassation oblige à considérer le dernier état des conclusions des parties²⁰²². Le respect de ce principe incite à faire preuve d'une grande prudence lors de leur rédaction, puisque le moyen qui n'y figure pas est réputé avoir été abandonné²⁰²³. De même, les pièces ou actes de la procédure non visés dans les dernières conclusions ne peuvent servir à démontrer l'existence d'un cas d'ouverture à cassation.

705. Pour éviter l'irrecevabilité d'un moyen en raison de sa nouveauté, le contenu des dernières conclusions est assujéti à un double impératif. Tout en cherchant à obtenir le meilleur résultat possible en appel, les justiciables doivent veiller à se ménager, en cas d'échec, un éventuel pourvoi en cassation²⁰²⁴. En premier lieu, l'auteur du pourvoi est contraint de faire figurer dans ses dernières écritures tous les moyens qu'il peut faire valoir, à titre principal ou subsidiaire. En deuxième lieu, la situation litigieuse doit être envisagée sous toutes les qualifications possibles²⁰²⁵. En troisième lieu, les dernières conclusions sont censées contenir le récapitulatif de l'ensemble des pièces et actes de la procédure. A défaut, l'élément nouveau est déclaré irrecevable par la Cour, celle-ci n'étant pas en mesure de l'apprécier.

706. L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation doit aussi inciter les parties à réfuter tous les moyens soulevés par les conclusions adverses²⁰²⁶. Celui qui conclut ne peut se contenter de réfuter la thèse qui lui est opposée devant la cour d'appel. Il est important de contester aussi les motifs du premier jugement. En effet, si l'arrêt est confirmatif suite à une adoption de motifs, l'auteur du pourvoi n'est plus recevable à soulever de moyen à l'encontre d'une motivation qu'il n'avait pas critiquée devant les juges du fond. De même, l'intimé qui reprend les mêmes arguments qu'en première instance est tenu de demander expressément la confirmation du jugement dans ses dernières conclusions²⁰²⁷, à peine de ne pouvoir s'en approprier les motifs. Cette seule

²⁰²² FAYE, E., *op. cit.*, n° 124.

²⁰²³ CPC, art. 954 al. 3.

²⁰²⁴ BORE, J. et L., « La rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation », *Gaz Pal.* 1974. 2. Doctr. 803.

²⁰²⁵ *Ibid.*

²⁰²⁶ *Ibid.*

²⁰²⁷ CPC, art. 954 al. 5.

mention est cependant insuffisante à se prémunir contre l'exception d'irrecevabilité tirée de la nouveauté du moyen de cassation. En outre, chaque partie doit veiller à réfuter l'argumentaire de l'adversaire et à reprendre les moyens qui n'avaient pas été retenus par les premiers juges²⁰²⁸. Suite à un arrêt infirmatif, l'absence de ces diligences empêche l'auteur du pourvoi de présenter des moyens autres que ceux contenus dans le jugement de première instance. Le respect de ces injonctions permet aux parties devant la Cour de cassation de faire valoir leurs moyens, sans que ceux-ci puissent être déclarés irrecevables pour nouveauté.

b) L'objet de la nouveauté du moyen

707. La nouveauté est d'abord susceptible d'affecter l'objet même de la demande portée devant la Cour de cassation. Lorsqu'un pourvoi fut formé à l'encontre de la décision refusant d'ordonner le retour d'un enfant au domicile familial, les parents ne purent reprocher aux juges du fond d'avoir omis de statuer sur leur droit de visite dont ils souhaitaient bénéficier²⁰²⁹. La prétention était nouvelle, puisque les parties à l'instance avaient limité les débats au prolongement contesté d'une mesure d'assistance éducative. L'irrecevabilité du moyen nouveau peut aussi avoir pour origine la modification de la cause de la demande en justice. Ainsi, l'auteur d'un pourvoi fut empêché d'invoquer l'adage « *aliments ne s'arréragent pas* » à l'encontre de la décision constatant sa paternité et l'obligeant à verser une pension alimentaire, puisqu'il avait seulement discuté le montant de cette pension devant les juges du fond²⁰³⁰.

708. Ensuite, le moyen fondé sur des faits nouveaux ou sur des pièces nouvelles est irrecevable. Tel fut le cas quand les éléments constitutifs d'une fraude viciant une possession d'état constatée par les juges du fond furent soulevés pour la première fois devant la Cour de cassation²⁰³¹. Considérant que le moyen était mélangé de fait et de droit, elle décida de l'écarter. De même, un époux ne pouvait tirer profit des fautes commises

²⁰²⁸ Cass. 2^e civ., 14 avr. 1988, *Bull. civ.* II, n° 80.

²⁰²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2004, n° 03-05.118. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-14.726.

²⁰³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 2 fév. 1966, *Bull. civ.* I, n° 81. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1981, n° 80-12.303, *Bull. civ.* I, n° 351.

²⁰³¹ Cass. 2^e civ., 27 fév. 2003, n° 01-11.091. Voir également : Cass. 2^e civ., 30 nov. 2009, n° 97-21.675.

par sa femme pour excuser ses torts, à défaut d'avoir fait valoir cet argument devant la cour d'appel²⁰³².

709. Enfin, la sanction est identique pour les vices de procédure qui n'avaient pas été préalablement invoqués. Par exemple, l'auteur du pourvoi ne put reprocher à une cour d'appel de n'avoir pas relevé une cause de nullité de la procédure de mise en état en première instance, alors qu'il n'avait pas dénoncé à temps cette irrégularité²⁰³³. La solution est identique lorsque le moyen de cassation s'appuie sur une interprétation nouvelle des pièces présentées aux juges du fond, comme quand le pourvoi est fondé sur une approche inédite de la loi étrangère applicable aux faits de l'espèce²⁰³⁴.

710. La nouveauté apparaît sous des formes diverses, selon l'élément que l'auteur du pourvoi a omis de soumettre aux juges du fond. Elle aboutit à l'irrecevabilité du moyen invoqué par l'auteur du pourvoi. Cette conséquence est justifiée. Il est impossible de reprocher aux juges du fond de n'avoir pas répondu, ou d'avoir mal répondu, à des griefs dont ils n'avaient pas connaissance²⁰³⁵. L'étendue de la cassation recherchée ne peut dépasser la cause tranchée par la décision critiquée²⁰³⁶. Mais contrairement aux irrecevabilités dirimantes résultant d'un manque d'intérêt ou de précision du moyen de cassation, celle découlant de sa nouveauté connaît des exceptions, permettant l'adaptation de la technique de cassation au problème soulevé par le pourvoi.

²⁰³² Cass. 2^e civ., 18 mai 2000, n° 98-13.226.

²⁰³³ Cass. 2^e civ., 16 jan. 2003, n° 01-01.041. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2012, n° 11-18.206.

²⁰³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, n° 93-15.322.

²⁰³⁵ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 1181, n° 1814.

²⁰³⁶ *Ibid.*

B. La recevabilité exceptionnelle de certains moyens nouveaux

711. Le moyen né de la décision critiquée, comme celui révélé par le pourvoi lui-même, sont recevables même s'ils sont invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation. D'une part, seule la Cour peut sanctionner les irrégularités apparues après le prononcé de l'acte juridictionnel critiqué (1). D'autre part, les parties peuvent soulever pour la première fois un moyen de pur droit, qu'il soit d'ordre public ou non, sauf disposition contraire²⁰³⁷. Le cas échéant, la fonction de cassation suppose de retenir la règle de droit applicable au litige, selon les constatations menées par les juges du fond (2).

1) Les moyens révélés par la décision critiquée ou par le pourvoi en cassation

712. Lors de l'instance ayant abouti au prononcé de la décision visée par le pourvoi, des irrégularités peuvent se produire. Ces vices ne sont pas susceptibles d'être corrigés par une voie de recours ordinaire, mais ils ne peuvent être tolérés. Pour y remédier, la Cour de cassation admet les moyens tirés de la décision attaquée (a). Il en va de même pour les éléments qui apparaissent lors de l'instance en cassation (b).

a) Les moyens révélés par la décision attaquée

713. La recevabilité des moyens de cassation dénonçant un vice révélé par la décision attaquée se justifie par l'impossibilité de les avoir invoqués devant les juges du fond²⁰³⁸. L'auteur du pourvoi, qui ne pouvait soulever le moyen avant d'en avoir pris connaissance à la lecture de l'arrêt, ne se heurte pas à l'exception de nouveauté²⁰³⁹. A l'inverse, l'irrégularité préexistante à l'instance devant la cour d'appel ou celle qui survient en cours d'instance, doit impérativement avoir été invoquée pour être ensuite dénoncée devant la Cour de cassation. Dans le cas contraire, le moyen, mélangé de fait et de droit, est irrecevable. L'hypothèse existe quelle que soit la matière à laquelle a trait le

²⁰³⁷ CPC, art. 619.

²⁰³⁸ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 488, n° 82.141.

²⁰³⁹ VOULET, J., art. préc.

pourvoi. Le droit de la famille n'est donc pas le lieu privilégié de ce tempérament à l'exception de nouveauté, bien qu'il illustre le propos.

714. En premier lieu, le moyen révélé par la décision critiquée vise fréquemment à soulever une irrégularité formelle. Le cas d'ouverture à cassation proposé résulte d'un vice de la procédure. Les chances de succès du pourvoi sont réduites, puisque les présomptions de régularité s'imposent avec la même force selon que l'irrégularité survient devant les premiers juges ou la cour d'appel²⁰⁴⁰. Rarement opérant, le moyen est néanmoins recevable. En ce cas, le rejet du pourvoi n'est pas fondé sur l'exception de nouveauté du moyen de cassation, mais sur son absence d'incidence sur la conformité de la décision critiquée aux règles de droit. Par exemple, le moyen tiré du non-respect des règles de publicité est admis, mais la cassation n'est prononcée que si le vice avait été dénoncé avant la clôture des débats²⁰⁴¹. Il existe toutefois des exemples empêchant de généraliser ce constat. Ainsi, une cour d'appel qui prononça le divorce aux torts exclusifs de l'épouse exposa sa décision à la cassation, le procès-verbal de gendarmerie établissant l'adultère n'ayant pas été communiqué à la partie à laquelle il avait été opposé²⁰⁴². A l'évidence, l'absence de transmission des pièces avant la clôture des débats ne pouvait être invoquée devant les juges du fond, puisque le vice était révélé par les motifs qu'ils avaient retenus à l'appui de leur décision. Il en va de même en cas de communication tardive des conclusions lors de l'instance d'appel, la partie adverse n'ayant pu invoquer une telle irrégularité dans ses propres conclusions. Recevable, le moyen entraîne la cassation de la décision rendue en dernier ressort et entachée d'un vice de forme.

715. En deuxième lieu, l'exception de nouveauté cède également lorsqu'est invoquée une atteinte aux principes fondamentaux de la procédure commise par les juges du fond. Le non-respect de la contradiction est un exemple topique de la recevabilité du moyen subséquent. La Cour de cassation admet le grief tiré de l'absence de débat contradictoire, suite au relevé d'office d'un moyen de droit par la cour d'appel. Elle cassa un arrêt rejetant un contredit, le demandeur n'ayant pas été en mesure de débattre de la tardiveté de son recours qui avait été soulevée d'office²⁰⁴³. En outre, la partie à l'instance

²⁰⁴⁰ Voir n° 592.

²⁰⁴¹ CPC, art. 446 al. 2.

²⁰⁴² Cass. 2^e civ., 6 fév. 1975, n° 74-11.434, *Bull. civ.* II, n° 40.

²⁰⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 13 avril 1999, n° 97-05.072.

devant la Cour de cassation peut proposer un moyen réfutant celui qui avait été soulevé d'office²⁰⁴⁴. Elle aura néanmoins intérêt à fonder son recours sur la violation des droits de la défense, avant de discuter la conformité à la loi du moyen litigieux²⁰⁴⁵.

716. En troisième lieu, le moyen nouveau est recevable s'il dénonce un vice de motivation que seule la lecture de la décision rendue en dernier ressort permet de déceler, comme lorsque les juges du fond privent leur décision de base légale²⁰⁴⁶, ou que celle-ci est entachée d'un défaut de motif²⁰⁴⁷. L'ouverture à cassation étant révélée par l'arrêt critiqué, il n'est pas envisageable de reprocher aux parties d'avoir omis d'en faire état avant la formation du pourvoi en cassation. La même solution s'imposa quand une cour d'appel dénatura une pièce du débat, mais s'appuya dessus pour justifier la solution dégagée. En effet, le grief tiré de la dénaturation était inconnu des parties avant l'issue de l'instance d'appel²⁰⁴⁸. Le moyen qui le dénonçait fut donc admis. Toutefois, la solution est valable seulement si la pièce ou l'acte dénaturé a bien été soumis aux juges du fond.

717. En définitive, tous les moyens de cassation révélés par la décision attaquée échappent à l'exception de nouveauté. Il ne peut être reproché aux parties à l'instance de cassation d'avoir négligé de faire valoir un argument qui était hors de leur portée. Un raisonnement identique s'impose lorsque le moyen nouveau met en cause la recevabilité du pourvoi en cassation ou le contenu du mémoire ampliatif.

b) Les moyens révélés par le pourvoi en cassation

718. Un pourvoi est recevable à condition que son auteur ait intérêt à la cassation, ce qui suppose qu'il ait succombé devant les juges du fond²⁰⁴⁹. Dans le cas contraire, son adversaire peut lui opposer une fin de non-recevoir. Ce moyen est recevable, comme celui dénonçant une irrégularité affectant la déclaration de pourvoi ou le mémoire ampliatif. La solution est logique. Seule la Cour de cassation est en mesure

²⁰⁴⁴ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 490, n° 82.181.

²⁰⁴⁵ *Ibid.* Voir également : VOULET, J., art. préc., n° 17.

²⁰⁴⁶ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n° 07-19.217 et 07-19.218 ; Cass. 2^e civ., 7 juin 2001, n° 99-16.877.

²⁰⁴⁷ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.165 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1998, n° 95-22.083, *Bull. civ. I*, n° 175.

²⁰⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2009, n° 08-11.245, *Bull. civ. I*, n° 213, *RTD Civ.* 2010. 97, obs. HAUSER.

²⁰⁴⁹ Voir n° 199 et s.

de sanctionner de tels vices qui n'existaient pas avant la formation du pourvoi²⁰⁵⁰. Cette exception à l'irrecevabilité des moyens nouveaux, aisément compréhensible, n'appelle pas de précisions particulières en droit de la famille. Elle relève davantage d'un pouvoir de police au cours de l'instance que de la technique de cassation. Il s'agit d'ailleurs de la seule hypothèse dans laquelle un moyen mélangé de fait et de droit est reçu.

719. S'il est révélé par la décision attaquée ou lors de la formation du pourvoi, le moyen est recevable puisqu'il ne pouvait être invoqué devant les juges du fond. Ces tempéraments au principe général de l'irrecevabilité des moyens nouveaux présentent d'ailleurs un trait commun. Ils tendent à assurer la cohérence du contrôle par la Cour de cassation. Retenir une conception trop stricte de l'exception de nouveauté est impossible, puisqu'elle empêcherait de sanctionner les vices apparus pour la première fois dans les arrêts rendus par les juridictions statuant en dernier ressort. La recevabilité des moyens de pur droit et d'ordre public obéit à des impératifs distincts.

2) Les moyens de pur droit et d'ordre public

720. Incompétente pour apprécier les faits de l'espèce, la Cour de cassation peut néanmoins admettre les moyens de pur droit révélés au cours de l'instance (a). De même, lorsque l'ordre public est menacé, le moyen de cassation qui s'y rapporte est recevable (b). La distinction entre ces deux catégories d'exceptions est aujourd'hui remise en cause. Leurs régimes sont similaires et elles poursuivent un même objectif en participant à l'efficacité de la fonction de cassation.

a) Le moyen de pur droit

721. L'exception tirée du caractère de pur droit d'un moyen nouveau est ancienne²⁰⁵¹. Elle a un rôle essentiel, qui consiste pour la Cour de cassation à dire le droit sans être liée par des considérations de fait²⁰⁵². Les critères d'identification et de recevabilité du moyen de pur droit doivent être précisés, afin de déterminer son champ

²⁰⁵⁰ *Ibid.*

²⁰⁵¹ FAYE, E., *op. cit.*, p. 143, n° 126.

²⁰⁵² PERDRIAU, A., « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *JCP G.* 1996. I. 3911.

d'application et son utilité, notamment en droit de la famille. Une approche littérale est en effet exclue. Le moyen de pur droit ne repose pas uniquement sur une règle juridique dissociée des circonstances de l'espèce. Il résulte des faits établis par les juges du fond et est présent dans la cause, même s'il n'a pas été expressément formulé par l'auteur du pourvoi²⁰⁵³. Aux fins de le caractériser, la Cour de cassation souligne l'importance des faits : le moyen est de pur droit quand il ne nécessite aucune constatation qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond²⁰⁵⁴. Ainsi, il suppose une réunion circonstanciée entre le fait et le droit. En l'absence d'un tel rapprochement, le moyen serait « *en quelque sorte, suspendu entre ciel et terre* »²⁰⁵⁵, et donc dépourvu de valeur juridique.

722. Son admission par la Cour de cassation dépend des faits et des documents qui figurent dans la décision critiquée et que les juges du fond ont tenus pour établis²⁰⁵⁶, comme le rappela un arrêt²⁰⁵⁷. Une cour d'appel avait prononcé un divorce aux torts partagés et accordé des dommages et intérêts à l'épouse en compensation du préjudice causé par la rupture du lien conjugal. L'ancien article 266 du Code civil réservait pourtant ce droit à réparation au divorce aux torts exclusifs du créancier. Le mari se pourvut en cassation en se fondant sur la violation de cette règle de droit, alors qu'il s'était abstenu de l'invoquer devant les juges du fond. Ce moyen ne supposait pas la démonstration de faits extérieurs à la décision critiquée. Seule la fausse application de la règle de droit aux circonstances de l'espèce était dénoncée. En conséquence, la Cour de cassation jugea le moyen recevable pour la première fois devant elle et cassa cette décision non conforme aux règles juridiques en vigueur.

723. Au-delà de cet indispensable présumé, l'admission du moyen de pur droit doit aussi présenter une identité d'objet avec la demande portée en justice par l'auteur du pourvoi. Par exemple, une femme critiquant le prononcé du divorce à ses torts exclusifs ne pouvait dénoncer un manque de base légale entachant cette décision, alors qu'elle s'était contentée de former une demande reconventionnelle devant les juges du fond²⁰⁵⁸. Le grief invoqué était pourtant susceptible d'entraîner la cassation souhaitée,

²⁰⁵³ *Ibid.*

²⁰⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 1994, n° 91-17.270, *Bull. civ. I*, n° 68.

²⁰⁵⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 491, n° 82.211.

²⁰⁵⁶ VOULET, J., art. préc.

²⁰⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 04-12.234, *Bull. civ. I*, n° 383, *RTD Civ.* 2006. 97, obs. HAUSER.

²⁰⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 11 jan. 2005, n° 02-15.637.

puisque le tribunal de grande instance avait insuffisamment caractérisé la faute au regard de l'article 242 du Code civil. Cependant, ayant omis de faire valoir ce moyen devant la cour d'appel, l'épouse n'était plus recevable à le présenter devant la Cour de cassation. La différence entre l'objet de l'appel et celui du pourvoi empêchait de considérer le moyen invoqué comme étant de pur droit. Cette impossibilité ne se vérifiait pas dans l'arrêt précédemment évoqué²⁰⁵⁹. En invoquant la fausse application des textes relatifs au versement de dommages et intérêts suite à la rupture du lien conjugal, le mari poursuivait le même objectif devant les juges du fond, puis devant la Cour.

724. En outre, la qualification de moyen de pur droit est subordonnée à l'absence de contradiction entre la thèse développée par l'auteur du pourvoi et celle avancée devant les juges du fond. Il n'y pas de dérogation à l'irrecevabilité des moyens contraires aux précédentes écritures²⁰⁶⁰. La Cour de cassation précise d'ailleurs que les parties au pourvoi ne peuvent proposer un moyen allant à l'encontre de leurs prétentions antérieures, même s'il est de pur droit²⁰⁶¹. La justification de cette irrecevabilité n'est guère évidente. L'office du juge étant de dire le droit, il est difficile de comprendre pourquoi la Cour se prive de cette possibilité en raison d'une incohérence avec la position précédemment retenue par les parties. Dès lors que les faits sur lesquels le moyen de pur droit prend appui ont été établis par les juges du fond, la règle de droit correspondante devrait être appliquée²⁰⁶². La jurisprudence est néanmoins constante sur ce point, malgré la pertinence de la critique.

725. Le moyen de pur droit doit aussi être fondé sur un texte applicable au jour du prononcé de la décision attaquée. Un arrêt a illustré ce cas de figure²⁰⁶³. En l'espèce, un divorce avait été prononcé aux torts exclusifs du mari, à qui avait été accordée une prestation compensatoire. Selon les dispositions transitoires prévues par la loi du 26 mai 2004, la délivrance de l'assignation avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles entraînait la subordination de l'instance à l'ancien droit du divorce. Or l'ancien article 280-1 du Code civil empêchait l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce avait été

²⁰⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, préc.

²⁰⁶⁰ Voir n° 694 et s.

²⁰⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1995, n° 93-12.260.

²⁰⁶² En effet, « *l'erreur des plaideurs ne saurait travestir les devoirs du juge en simples facultés* » - BOLARD, G., art. préc.

²⁰⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 26 jan. 2011, n° 10-15.767.

prononcé de prétendre à une prestation compensatoire. La femme souleva ce moyen à l'appui de son pourvoi. L'assignation en divorce ayant été délivrée avant l'entrée en vigueur la loi nouvelle, la cour d'appel ne pouvait faire droit aux prétentions du mari. La Cour de cassation jugea ce moyen comme étant de pur droit, puisque la disposition sur laquelle il était fondé était applicable au moment où la décision critiquée fut rendue. Par conséquent, la cassation fut prononcée.

726. La conception restrictive du moyen de pur droit nuit souvent à son admission par la Cour de cassation²⁰⁶⁴. Il est subordonné aux constatations menées par les juges du fond dans l'exercice de leur pouvoir souverain. Dépourvue d'absolutisme²⁰⁶⁵, sa caractérisation oblige à examiner le contenu de la décision visée par le pourvoi. La portée doctrinale de cette exception à l'irrecevabilité des moyens nouveaux s'en ressent. Il pourrait s'agir d'un critère pour distinguer entre le moyen de pur droit et le moyen d'ordre public, mais des doutes ont surgi en ce qui concerne le maintien d'une réelle frontière entre ces notions.

b) La subsistance des moyens d'ordre public fondés sur une règle de droit

727. La règle autorisant l'admission pour la première fois devant la Cour de cassation d'un moyen d'ordre public résulte d'une tradition jurisprudentielle ancienne. Elle est justifiée par sa nature particulière. Le moyen d'ordre public est considéré comme nécessairement présent dans la cause et participant à la protection de l'intérêt général²⁰⁶⁶. Mais à la différence du moyen né de la décision critiquée et du moyen de pur droit, il ne fut pas été élevé au rang d'exception à l'irrecevabilité des moyens nouveaux par l'article 619 du Code de procédure civile. Cette omission suscita le débat, des auteurs y ayant vu l'abandon de toute distinction entre moyen de pur droit et moyen d'ordre public²⁰⁶⁷. La spécificité du moyen d'ordre public semble en effet se dissoudre progressivement, au profit d'une assimilation au moyen de pur droit.

²⁰⁶⁴ Voir cependant : Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010, n° 09-14.923 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 2009, n° 08-13.907 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 jan. 2008, n° 07-11.862 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, n° 05-14.491.

²⁰⁶⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 491, n° 82.212.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

²⁰⁶⁷ EUDIER, F., *Ordre public substantiel et office du juge*, th. Rouen, 1994, n° 48 et s.; VAN DROOGHENBROECK, J.-F., *Cassation et juridiction*, th. Louvain, LGDJ, 2004, n° 1039 et s.

728. Pourtant, l'expression pourrait révéler l'accent porté sur l'intensité de la règle juridique en cause²⁰⁶⁸, ou traduire la persistance d'un particularisme du moyen d'ordre public lié à un régime de recevabilité spécifique²⁰⁶⁹. La doctrine et la jurisprudence ont précisé les conditions d'admission du moyen d'ordre public soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu en 1871, le conseiller rapporteur Rau s'était attaché à préciser le champ d'application de cette exception. Un pourvoi avait été formé par un époux contre un arrêt qui avait prononcé une séparation de corps. Dénonçant l'absence de préliminaires de conciliation au cours de la procédure, le requérant fit valoir sa nullité. Il s'était pourtant abstenu de soulever ce grief devant la cour d'appel. Le conseiller Rau développa à cette occasion une distinction pertinente. L'obligation incombant au juge d'appliquer au litige la règle de droit appropriée, particulièrement lorsque celle-ci était d'ordre public, n'autorisait pas en toutes circonstances l'admission d'un moyen empreint de nouveauté. Seuls les moyens ou griefs apparents révélés par la nature de l'action, l'objet de la demande, les qualités des parties, ou le dispositif du jugement pouvaient être produits pour la première fois devant la Cour de cassation²⁰⁷⁰. Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisqu'aucun fait ne pouvait révéler à la juridiction du second degré l'existence d'une irrégularité survenue en première instance. Jugeant « *qu'il ne serait ni juridique ni juste de reprocher au juge du fond d'avoir violé une loi que rien ne lui avait signalée ou indiquée comme applicable à la cause* »²⁰⁷¹, la Cour rejeta le pourvoi formé par le mari.

729. Ce critère de recevabilité du moyen d'ordre public soulevé pour la première fois en cassation est longtemps resté inchangé. A la différence de la nécessaire adéquation du moyen de pur droit aux faits et documents figurant dans la décision critiquée, le moyen d'ordre public serait donc accueilli s'il ne s'appuie sur aucun fait ou aucune pièce qui n'ait été soumis au juge du fond et ne soit dans le débat²⁰⁷². En conséquence, aussi bien les constatations établies par les juges du fond que les faits adventices ou les actes de la procédure pourraient rendre recevable le moyen nouveau

²⁰⁶⁸ VAN DROOGHENBROECK, J.-F., th. préc., n° 1041.

²⁰⁶⁹ Voir : BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 9, note 3 ; BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 82.324 ; GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 410, n° 500.

²⁰⁷⁰ Cass. ch. requêtes, 12 déc. 1871, *DP.* 1872. 316, rapp. RAU.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 498, n° 82.322.

d'ordre public, comme cela fut rappelé dans un arrêt²⁰⁷³. A l'appui de son pourvoi dirigé contre l'arrêt ayant prononcé le divorce, un époux soutenait que la cour d'appel avait omis de tenir compte de la réconciliation survenue avec sa femme, dont il soutenait avoir fait état devant les juges du fond. La Cour de cassation rejeta cet argument, précisant que ses écritures d'appel ne mentionnaient qu'une promesse de réconciliation, et non la réalité de la fin de non-recevoir. Le moyen n'était donc pas apparent en cause d'appel. Rappelant fort à propos la distinction établie par le conseiller Rau, la Cour de cassation rappela qu'un moyen, fût-il d'ordre public, ne pouvait être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation s'il supposait la connaissance de circonstances qui n'avaient pas été soumises aux juges du fond²⁰⁷⁴.

730. Cette solution, même si elle consiste en une irrecevabilité pour nouveauté, souligne l'importance des écritures des parties. La Cour ne motiva pas sa décision par l'absence de toute référence à la réconciliation alléguée dans les constatations de l'arrêt critiqué. Elle s'intéressa aux actes et aux pièces de la procédure afin d'apprécier la nature du moyen soulevé par l'auteur du pourvoi. Elle sembla ainsi rejoindre la position défendue par Monsieur Boré, selon qui la recevabilité du moyen d'ordre public fait l'objet d'une approche plus libérale que celle attachée aux moyens de pur droit, eu égard aux faits susceptibles de les appuyer²⁰⁷⁵. Toutefois, l'absence de conceptualisation claire de ces notions²⁰⁷⁶ empêche de généraliser ce constat. La Cour de cassation n'hésite guère à soulever des moyens de pur droit lorsque les circonstances de l'espèce établies par les juges du fond le lui permettent, en ayant recours à des faits adventices. Par conséquent, le régime du moyen de pur droit tend à se confondre avec celui du moyen d'ordre public.

731. Pour être recevable lorsqu'il est invoqué pour la première fois en cassation, le moyen d'ordre public doit également être conforme à l'objet de la demande présentée devant les juges du fond²⁰⁷⁷. Par exemple, l'auteur d'un pourvoi qui, après avoir obtenu confirmation du jugement de première instance relatif à la garde et au droit de visite et d'hébergement, dénonçait l'inapplication des dispositions de la loi du 22 juillet 1987

²⁰⁷³ Cass. 2^e civ., 1^{er} avril 1994, n° 97-19.836.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*

²⁰⁷⁵ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 498, n° 83.222.

²⁰⁷⁶ DORSNER-DOLIVET, A. et BONNEAU, T., « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986. Chron. 60.

²⁰⁷⁷ VAN DROOGHENBROECK, J.-F., *th. préc.*, n° 1046.

présentant un caractère d'ordre public, fut débouté²⁰⁷⁸, ce moyen étant jugé irrecevable. La Cour précisa qu'il n'était pas recevable à présenter un moyen, même d'ordre public, contraire à ses propres écritures²⁰⁷⁹. Les critiques élevées par Monsieur Bolard²⁰⁸⁰ conservent ici leur intérêt : il est surprenant que la Cour de cassation refuse d'appliquer une règle de droit pour cette raison.

732. Les similitudes entre moyen de pur droit et moyen d'ordre public sont évidentes. Distinguer selon leurs régimes de recevabilité n'emporte pas l'adhésion. Aussi la reconnaissance d'une spécificité du moyen d'ordre public est-elle dorénavant sujette à débat. Le recours à cette notion n'apparaît pas pour autant obsolète. Si la Cour ne semble pas marquer une quelconque différence avec le moyen de pur droit sur le plan technique, le choix des termes demeure révélateur. La principale caractéristique du moyen d'ordre public ne tient pas aux conditions de recevabilité du grief, mais à sa valeur doctrinale. Pour être qualifié de la sorte, le moyen doit avoir trait à une disposition d'ordre public. Il est possible de considérer que tout moyen d'ordre public est un moyen de pur droit, mais la réciproque ne se vérifie pas. Cela empêche de confondre totalement moyen d'ordre public et moyen de pur droit. Le premier semble plutôt devenir une sous-catégorie du second. Le maintien du moyen d'ordre public apparaît néanmoins souhaitable, notamment en droit de la famille. En effet, l'accent porté sur le caractère d'ordre public de la norme souligne son importance. Mais quel que soit la catégorie de moyen à laquelle elles se rapportent, les exceptions à l'irrecevabilité des moyens nouveaux en cassation ont une indubitable utilité. Elles participent à l'efficacité de la technique mise en œuvre par la Cour, bien que le succès du pourvoi dépende surtout des moyens qui le soutiennent.

²⁰⁷⁸ Cass. 2^e civ., 14 mars 1990, n° 89-10.505, *Bull. civ.* II, n° 60.

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

²⁰⁸⁰ Voir n° 696.

II. L'efficacité des moyens de cassation

733. Face à un pourvoi, la Cour peut rejeter tout moyen non susceptible de provoquer la cassation de la décision critiquée, allant parfois jusqu'à la « sauver » (§1). A l'inverse, un moyen de pur droit peut aussi être soulevé d'office afin de prononcer une cassation (§2).

§1. L'inefficacité du moyen de cassation

734. L'inefficacité du moyen de cassation soulevé à l'encontre d'une décision rendue en droit de la famille a des origines diverses. Elle tient tantôt à la nature du grief invoqué (A), tantôt à la possibilité pour la Cour de rejeter le pourvoi en substituant à la motivation initiale des motifs justifiant le rejet du pourvoi (B).

A. La théorie de l'erreur causale

735. Un moyen entraîne la cassation de la décision critiquée à condition que le vice allégué ait exercé une influence déterminante sur la solution retenue à l'issue de l'instance. Ce n'est pas le cas lorsque le moyen dénonce une erreur matérielle, susceptible d'être rectifiée (1). De même, le rejet du pourvoi est prononcé toutes les fois que la Cour de cassation retient dans l'arrêt attaqué un autre motif, suffisant à soutenir le dispositif critiqué (2).

1) L'erreur matérielle et le pouvoir de rectification dévolu à la Cour de cassation

736. Selon une jurisprudence constante, l'erreur ou l'omission matérielle entachant la décision visée par le pourvoi ne constitue pas un cas d'ouverture à cassation²⁰⁸¹. L'article 462 du Code de procédure civile précise que « *les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il a été déféré, selon ce que le dossier révèle ou à défaut ce que la raison commande* ». A

²⁰⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 1er juin 1976, *Bull. civ.* I, n° 203. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, n° 08-11.652.

l'instar des juridictions du fond, la Cour de cassation est ainsi investie d'un pouvoir de rectification. Sa mise en œuvre est subordonnée au caractère purement matériel de l'erreur ou de l'omission constatée. Dépourvu de conséquences juridiques sur la solution apportée au litige par les juges du fond, le vice dénoncé ne peut donc provoquer la cassation. Il n'y a pas eu violation de la règle de droit en cette circonstance, puisque l'erreur ne résulte que de « *l'expression inexacte de la pensée qui se trompe* »²⁰⁸².

737. Bien que la définition de l'erreur matérielle soit stricte, des exemples illustrent la mise en œuvre du pouvoir de rectification dévolu à la Cour de cassation. Les litiges relatifs aux conséquences pécuniaires du divorce ou à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux en sont d'ailleurs un terrain privilégié. Par exemple, un pourvoi formé à l'encontre d'une décision condamnant le mari à verser une prestation compensatoire à sa femme fut rejeté²⁰⁸³. Les juges du fond avaient accordé à l'épouse la cession d'un bien en pleine propriété, complétée par le versement d'échéances mensuelles. Ils s'étaient toutefois abstenus d'indiquer la valeur de cet immeuble commun dans le dispositif, alors que l'article 1080 du Code de procédure civile l'imposait. L'époux leur reprochait cette omission. La Cour de cassation jugea ce moyen inopérant. Elle décida que la carence ainsi dénoncée pouvait être rectifiée sur le fondement de l'article 462 du Code de procédure civile, la valeur du bien cédé ayant été précisée dans les motifs de l'arrêt critiqué²⁰⁸⁴. La Cour rejeta aussi des pourvois dénonçant une erreur de date, qu'il s'agît de celle d'une assignation en divorce²⁰⁸⁵, d'une convention internationale appliquée en la cause²⁰⁸⁶, ou encore du jugement attaqué²⁰⁸⁷. La confusion terminologique, comme celle survenant entre l'emploi des mots « *sommes* » et « *récompenses* », provoque une réponse identique²⁰⁸⁸.

738. En outre, la compétence rectificative dévolue aux juridictions judiciaires par l'article 462 du Code de procédure civile permet à la Cour de cassation de résoudre certaines contradictions inhérentes à la décision visée par le pourvoi, sans pour autant la

²⁰⁸² FRICERO, N., *Rectification des erreurs et omissions matérielles*, in *Droit et pratique de la procédure civile*, GUINCHARD, S., (dir.), Dalloz, 2014, 8^e éd., p. 1413, n° 522.11.

²⁰⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 2009, n° 08-18.344.

²⁰⁸⁴ Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2008, *Rép. Defr.*, 2008. 1113, obs. MASSIP.

²⁰⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 fév. 2005, n° 03-15.384, *Bull. civ. I*, n° 66.

²⁰⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 3 jan. 1980, n° 78-12.086, *Bull. civ. II*, n° 2.

²⁰⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 1985, n° 94-05.104.

²⁰⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1988, n° 96-16.614.

casser. Ce fut le cas dans une affaire portant sur des difficultés nées à l'occasion de la liquidation d'un régime matrimonial²⁰⁸⁹. La juridiction de première instance avait satisfait aux prétentions de l'épouse, concédant une récompense d'un montant de 13 062 francs au mari. Tout en constatant dans ses motifs la validité d'une expertise fixant un droit à récompense de 19 900 francs, la cour d'appel rétablit pourtant le montant initial de 13 062 francs dans son dispositif. L'époux s'était pourvu en cassation afin de dénoncer cette contradiction, mais la Cour décida que le vice allégué ne constituait qu'une erreur matérielle sujette à rectification. En l'occurrence, l'existence d'un droit à récompense ne faisait l'objet d'aucune contestation. Seul le montant de celui-ci étant erroné, la Cour pouvait procéder aux corrections commandées par la raison, s'abstenant par la même occasion de casser une décision conforme aux règles de droit en vigueur.

739. Lorsqu'elle ne résulte que d'une erreur matérielle, la contradiction n'entraîne donc pas la cassation de la décision qui en est entachée. Un autre exemple fut particulièrement instructif²⁰⁹⁰. Lors d'une instance relative à l'établissement de la filiation paternelle, une cour d'appel avait constaté la coexistence de deux paternités distinctes. Les mentions du dispositif étaient inconciliables, d'autant que les juges du fond avaient motivé leur décision en admettant la preuve d'une possession d'état d'enfant naturel à l'égard d'un des pères. La Cour de cassation, s'appuyant sur la motivation contenue dans l'arrêt, jugea l'erreur « *purement rédactionnelle* » et « *pouvant aisément être redressée* ». Le moyen fut jugé inopérant.

740. Le constat d'une erreur matérielle réellement indubitable est seul à permettre de rectifier ces contradictions. A l'instar de la possibilité offerte à la Cour de cassation d'éliminer un vice de forme par référence aux pièces de la procédure, au registre d'audience ou par tout autre moyen²⁰⁹¹, sa compétence en matière de rectification est étroitement liée au caractère apparent de l'erreur matérielle. Lorsque l'inexactitude ou l'incohérence ne se décèle pas à la simple lecture de l'arrêt critiqué ou du dossier, la Cour n'est plus en mesure d'y remédier sans outrepasser ses attributions. En effet, elle ne peut procéder aux corrections qui supposent une appréciation des faits de l'espèce, pour

²⁰⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 fév. 1991, n° 88-15.741, *Bull. civ.* I, n° 41.

²⁰⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, n° 95-16.341.

²⁰⁹¹ CPC, art. 459.

laquelle les juges du fond sont seuls compétents. Mais, à l'inverse, chaque fois que le grief invoqué dénonce un vice susceptible d'être rectifié, le pourvoi est rejeté. Pour ce faire, la Cour peut aussi trouver, dans la décision visée par le pourvoi, un motif suffisant pour soutenir le dispositif litigieux.

2) La surabondance du motif critiqué par le moyen

741. Aux termes de l'article 620 du Code de procédure civile, « *la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi (...) en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant* ». Elle peut considérer un moyen comme inefficace, alors même que le grief invoqué par celui-ci est fondé. Cette faculté est justifiée, eu égard à la fonction de cassation. En effet, les motifs sont dépourvus d'autorité de chose jugée. L'erreur qui porte sur un motif ne peut donc pas entraîner la cassation, sauf si ce motif a déterminé la solution du litige²⁰⁹². Dans ce cas, l'inefficacité du moyen de cassation ne découle pas de son contenu, mais de l'existence, dans l'arrêt critiqué, d'un autre motif soutenant le dispositif. Le motif surabondant est alors inutile, puisque l'inexactitude qu'il contient n'empêche pas de maintenir une décision par ailleurs conforme aux règles de droit. Le recours à la notion de surabondance permet ainsi de « sauver »²⁰⁹³ la décision visée par le pourvoi. Cette technique est néanmoins subordonnée au respect de conditions précises.

742. Il importe d'indiquer que le constat d'une erreur de droit entachant la motivation exprimée par les juges du fond n'est pas un préalable nécessaire au sauvetage²⁰⁹⁴ de l'acte juridictionnel. L'ambiguïté, le doute sur la régularité du motif critiqué, suffisent à entraîner sa mise à l'écart, comme le révéla un arrêt²⁰⁹⁵. En l'espèce, une cour d'appel avait débouté une femme de sa requête en adoption simple de certains de ses petits-enfants. L'auteur du pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir considéré que l'adoption envisagée était de nature à empêcher toute reprise éventuelle des relations au sein de la famille, sans avoir pris en considération l'intérêt des enfants. La Cour de

²⁰⁹² BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 508, n° 83.31.

²⁰⁹³ Selon l'expression autorisée employée par les auteurs, WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 399, n° 1020.

²⁰⁹⁴ *Ibid.*

²⁰⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2001, n° 00-10.665, *Bull. civ.* I, n° 256, *D.* 2007.1097, note BOULANGER.

cassation écarta ce moyen, puisqu'il ressortait de la décision critiquée que la juridiction du second degré avait bel et bien pris en considération la situation des intéressés, en estimant que l'adoption envisagée était de nature à perturber les liens familiaux. De plus, la demande semblait avoir été formée en vue d'avantager les droits successoraux des petits-enfants. La cour d'appel pouvait donc considérer qu'il s'agissait là d'un but étranger à l'institution. Sa décision était légalement justifiée, tandis que le motif critiqué était dépourvu d'incidence sur la solution retenue. La valeur intrinsèque du motif n'importait guère : le jeu de la surabondance avait démontré son inutilité.

743. Certes, la Cour de cassation n'est pas tenue de relever le vice affectant le motif qu'elle estime surabondant. Mais elle peut indiquer s'il est erroné ou non. Par exemple, elle précisa qu'une enquête sociale ne pouvait être prise en considération pour déterminer l'imputabilité d'une faute, cause de divorce²⁰⁹⁶. Malgré l'utilisation de ce mode de preuve prohibé, le pourvoi formé contre la décision prononçant la rupture du mariage aux torts exclusifs du mari fut rejeté. En effet, les violences exercées étaient aussi établies par des attestations de témoins, un dépôt de plainte et un certificat médical. L'erreur probatoire commise par les juges du fond était donc superfétatoire, et le moyen la dénonçant fut écarté car inopérant. Ce recours à la surabondance en droit de la preuve souleva néanmoins des critiques²⁰⁹⁷. Elles peuvent être combattues. La Cour de cassation n'excède pas ses attributions lorsqu'elle constate le caractère surabondant d'un motif, erroné ou non. Elle se contente de relever l'existence d'un motif suffisant à soutenir le dispositif critiqué. De plus, la solution inverse aboutirait à la cassation d'une solution certes entachée d'une erreur, mais tout de même conforme aux règles de droit. Le pragmatisme manifesté par la Cour est conforme à sa fonction, sous réserve qu'elle s'abstienne de considérer comme suffisant un motif ne résultant pas expressément des énonciations de l'acte juridictionnel visé par le pourvoi.

744. En définitive, la condition essentielle autorisant le mécanisme de la surabondance consiste en l'existence d'une double motivation²⁰⁹⁸ justifiant le maintien

²⁰⁹⁶ Cass. 2^e civ., 26 oct. 2000, n° 98-15.001. Voir également : Cass. 2^e civ., 22 avr. 1966, *Bull. civ.* II, n° 463 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 jan. 1965, *Bull. civ.* I, n° 16.

²⁰⁹⁷ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 508, n° 83.56.

²⁰⁹⁸ *Ibid.* Voir aussi : WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 406, n° 1036.

du dispositif contesté. L'appréciation du motif de remplacement, pendant du motif surabondant, est facilitée lorsqu'aucune critique n'est élevée à son encontre. Dans le cadre de sa saisine, la Cour de cassation peut alors le considérer comme valable sans en approfondir l'examen. Il en va différemment en cas de pluralité de moyens visant la motivation exprimée par les juges du fond. En ce cas, il importe de rejeter le grief élevé à l'encontre du motif satisfaisant, avant de déclarer le motif litigieux surabondant²⁰⁹⁹. Un pourvoi formé par une mère contre la décision attribuant l'exercice de l'autorité parentale au père de l'enfant fut ainsi rejeté²¹⁰⁰. Par un moyen articulé en trois branches, elle reprochait aux juges du fond d'avoir omis de rechercher l'intérêt de l'enfant. Elle dénonçait aussi une atteinte à sa vie privée commise par la cour d'appel, qui avait motivé sa décision par l'effet délétère sur le mineur de la situation de concubinage dans laquelle elle vivait. La Cour de cassation écarta le premier grief, approuvant les juges du fond de s'être prononcés sur la foi de divers documents, parmi lesquels un rapport d'expertise pédopsychiatrique. La décision était donc légalement justifiée et la Cour put conclure à la surabondance du motif relatif à l'incidence du concubinage sur l'enfant. Cette solution révèle l'importance des prérogatives dont dispose la Cour de cassation pour écarter tout moyen n'établissant pas sans secours possible la contrariété de l'arrêt attaqué aux règles de droit.

745. La surabondance autorise le maintien de décisions qui, bien qu'entachées d'une erreur ou d'une ambiguïté, sont suffisamment motivées. Dans le cas contraire, le « *sauvetage* »²¹⁰¹ de l'arrêt visé par le pourvoi demeure possible. La Cour de cassation est aussi compétente pour soulever un motif de pur droit, afin de pallier une motivation lacunaire.

²⁰⁹⁹ *Ibid.*

²¹⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1998, n° 94-20.073.

²¹⁰¹ Selon l'expression employée par les auteurs, WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 399, n° 1020.

B. L'inefficacité du moyen de cassation en raison d'une substitution ou d'une suppléance de motifs

746. Le Code de procédure civile autorise la Cour de cassation à sauver une décision judiciaire entachée d'un vice affectant sa motivation²¹⁰², en procédant à une substitution de motifs (1). Cette faculté s'étend parfois aux actes juridictionnels exposés à la cassation pour insuffisance de motifs (2).

1) La substitution de motifs

747. Selon l'article 620 du Code de procédure civile, « *la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné (...)* ». Ce mécanisme diffère du jeu de la surabondance, puisqu'il permet au juge de procéder à un véritable « *sauvetage* »²¹⁰³ de l'arrêt, en corrigeant une erreur de droit par le biais d'un élément extérieur à la décision critiquée. Ce pouvoir de substitution existe en droit de la famille comme en toute autre matière. La mise en œuvre de cette prérogative est subordonnée au respect de divers impératifs. L'étude de la substitution de motifs oblige à une double analyse. Le motif de substitution, comme le motif substitué, présente des spécificités.

748. Le recours à la substitution oblige à constater une inexactitude entachant les motifs de la décision critiquée. Lorsque la motivation retenue par les juges du fond ne justifie pas la cassation, il n'y a pas lieu de la remplacer. L'efficacité théorique des moyens avancés à l'appui du pourvoi détermine l'opportunité du recours à la substitution de motifs. De même, dans l'hypothèse où le jeu de la surabondance permet corriger le vice, la recherche d'un motif de pur droit extérieur à la décision est dépourvue d'utilité. L'existence d'un motif erroné ou inexact, sans qu'aucun autre élément de l'arrêt ne puisse venir au secours de la décision critiquée, est donc nécessaire pour qu'une substitution puisse être envisagée²¹⁰⁴.

²¹⁰² CPC, art. 620 al. 1.

²¹⁰³ Selon l'expression employée par les auteurs, WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., RÉGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 399, n° 1020.

²¹⁰⁴ JOLY, A., *Préface*, in PRIEUR, E., *La substitution de motifs*, th. Caen, Economica, 1985, p. II.

749. L'absence d'erreur indubitable n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de cette faculté. Une ambiguïté ou un doute sur le motif, au regard du dispositif, y suffit. La nuance n'apparaît pourtant pas expressément dans les textes, ni dans la jurisprudence. Elle suppose une étude approfondie de la technique de cassation²¹⁰⁵. Souvent, la Cour s'abstient de préciser le caractère erroné ou simplement incertain du vice justifiant le recours à la substitution de motifs. Ainsi, dans un arrêt, elle remplaça un étrange motif avancé par une cour d'appel²¹⁰⁶. L'affaire portait sur une demande d'adoption, formée dans des circonstances assez originales. Suite au décès d'un homme, ceux qui avaient été recueillis à son domicile présentèrent une requête en adoption simple en son nom. Ils agissaient en leur qualité de légataires universels, considérant qu'ils pouvaient bénéficier des dispositions de l'article 353 du Code civil. Ce texte ouvrait l'action au conjoint survivant ou aux héritiers de l'adoptant, à condition que l'accueil de l'enfant eût lieu avant le décès. En l'espèce, cela avait été le cas, mais les juges du fond déboutèrent les requérants, motivant leur décision par l'impossibilité pour l'héritier venant en représentation de l'adoptant de présenter une requête à son bénéficiaire personnel. Les auteurs du pourvoi reprochèrent à la cour d'appel d'avoir faussement interprété la disposition litigieuse du Code civil, y ajoutant une fin de non-recevoir non prévue par la loi. La Cour de cassation n'apporta aucune précision sur ce point. S'abstenant de toute indication sur la confusion de qualités ayant motivé la décision critiquée, elle décida que les légataires universels ne pouvaient être considérés comme des héritiers au sens de l'article 353 du Code civil. Par conséquent, elle rejeta le pourvoi après avoir substitué ce motif de pur droit aux incertitudes entachant la motivation de l'arrêt rendu par la cour d'appel.

750. A l'instar du principe autorisant l'admission pour la première fois en cassation d'un moyen de pur droit, un motif exempt de toute nouveauté peut être utilisé pour corriger l'inexactitude constatée, peu importe qu'il soit de pur droit ou d'ordre public et du moment que les circonstances de fait nécessaires à son existence aient été portées à la connaissance des juges du fond. Par exemple, la Cour de cassation rejeta un pourvoi formé à l'encontre d'une décision portant sur les conséquences pécuniaires d'un divorce,

²¹⁰⁵ PRIEUR, E., th. préc.

²¹⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2010, n° 09-10.918, *Bull. civ.* I, n° 65, *RTD Civ.* 2010.543, obs. HAUSER.

qui semblait porter atteinte à l'ordre public²¹⁰⁷. Avant d'introduire sa requête, le mari avait consenti à sa femme le versement d'une somme conséquente, prélevée sur ses parts lors de la vente d'un bien immobilier. En contrepartie, l'épouse s'était engagée à renoncer définitivement à toute prestation compensatoire. L'accord des époux avait été constaté par un acte notarié. Devant les juges du fond, la femme demanda à bénéficier d'une prestation compensatoire, qui lui fut accordée. S'estimant lésé, l'époux se pourvut en cassation. Il reprochait à la cour d'appel d'avoir écarté l'acte authentique, en motivant cette exclusion des débats par le fait que la transaction était antérieure à la procédure de divorce. Or les pièces du dossier démontraient clairement qu'il n'en était rien, selon les dires du mari. La Cour de cassation était donc contrainte d'apprécier les données temporelles de l'affaire, risquant d'outrepasser ses compétences. Pour cette raison, elle écarta le moyen, tout en procédant au sauvetage de l'acte juridictionnel par substitution de motifs, en rappelant que « *sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge* »²¹⁰⁸. Le caractère d'ordre public du motif de substitution ne suscitait ici guère de doute, au regard de l'ancien droit du divorce. La Cour s'abstint de le préciser, démontrant la faible incidence d'une telle considération sur le mécanisme de substitution de motifs.

751. Ce qui importe consiste davantage en l'absence de nouveauté des faits à l'origine du motif de pur droit soulevé par le juge. A cet égard, il est inutile de distinguer selon que le remplacement a trait à une règle d'ordre public ou d'intérêt privé. Dès lors que les éléments factuels sur lesquels s'appuie la substitution ont été constatés ou étaient au moins apparents lors des débats devant les juges du fond, le recours à cette technique permet le sauvetage de la décision dont la motivation est inexacte²¹⁰⁹. Le mécanisme offre une marge de manœuvre remarquable à la Cour de cassation, sous réserve que la solution retenue soit identique à celle dégagée par les juges du fond. En effet, elle ne peut interpréter différemment les faits souverainement constatés pour modifier l'issue du litige telle que décidée par les juges du fond.

²¹⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 02-20.334, *Bull. civ. I*, n° 325, *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2005, comm. 32, LARRIBAU-TERNEYRE.

²¹⁰⁸ *Ibid.*

²¹⁰⁹ PRIEUR, E., th. préc, p. 89.

752. Lorsqu'elle décide de procéder à une substitution de motifs, la Cour est aussi tenue de respecter des exigences formelles. L'article 1015 du Code de procédure civile oblige le juge à aviser les parties « *lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné* », afin de garantir le contradictoire. Dans le cas contraire, la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation du droit à un procès équitable. Elle sanctionna la France pour cette raison²¹¹⁰, incitant à insérer cette disposition dans le Code de procédure civile²¹¹¹. Mais la Cour de cassation avait déjà démontré son attachement au principe, en l'absence de disposition expresse²¹¹². En outre, il importe de préciser le rôle dévolu à l'avocat aux Conseils, qui peut utilement suggérer une substitution de motifs à la Cour. En ce cas, la motivation alternative est exposée dans le mémoire en défense, soumis lui-même à la contradiction. L'injonction édictée par l'article 1015 du Code de procédure civile n'est alors plus impérative, le moyen ayant déjà été porté à la connaissance des parties. Bien que cette technique de défense soit de plus en plus fréquente²¹¹³, certains persistent à en contester le bien-fondé²¹¹⁴.

753. La Cour de cassation peut donc influencer sur le traitement du pourvoi. La référence au verbe « *pouvoir* »²¹¹⁵ lui offre toute latitude pour décider de sauver ou non la décision critiquée, chaque fois qu'une substitution de motifs est envisageable. Elle n'est jamais contrainte d'y procéder, ce qui complique la compréhension de la technique de cassation, tout en l'enrichissant. Toutefois, ce caractère facultatif n'est pas remis en cause. La Cour de cassation ne saurait être tenue de rechercher en toutes circonstances un motif de pur droit, mais cette possibilité présente une grande utilité. Elle lui permet de prendre position²¹¹⁶ et de moduler l'opérance du moyen présenté par l'auteur du pourvoi. Tenue d'assurer la conformité des décisions aux règles de droit, la Cour doit pouvoir rejeter un

²¹¹⁰ CEDH, 13 oct. 2005, *Clinique des acacias c/ France*, n° 65399/01, *AJDA* 2006.466, obs. FLAUSS.

²¹¹¹ Décr. n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, *JORF*, n° 0120, 24 mai 2008, p. 8477.

²¹¹² Voir : PRIEUR, E., th. préc., p. 152 et s. ; BORE, J. et L., *op. cit.*, n° 83.91.

²¹¹³ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 10-25.078, *Bull. civ. I*, n° 179 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2010, n° 09-10.585, *Bull. civ. I*, n° 168 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2009, n° 06-21.097 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n° 06-19.638 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 2008, n° 06-13.744 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2008, n° 07-15.820, *Bull. civ. I*, n° 100 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 2004, n° 01-03.414, *Bull. civ. I*, n° 37 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 juil. 2003, n° 01-11.097 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2000, n° 98-15.566.

²¹¹⁴ PRIEUR, E., th. préc., n° 152.

²¹¹⁵ CPC, art. 620.

²¹¹⁶ JOLY, A., *Préface*, PRIEUR, E., th. préc., p. I.

pourvoi si elle l'estime nécessaire. Il en va de la sorte lorsque les motifs de la décision critiquée comportent une erreur ou une inexactitude et parfois aussi quand ils sont insuffisants.

2) La suppléance de motifs

754. La suppléance consiste à ajouter un motif de droit afin de réparer une insuffisance dont est empreinte la décision critiquée. Le mécanisme est proche de la substitution de motifs. Ces techniques partagent d'ailleurs la même finalité, puisqu'elles visent toutes deux à sauver un acte juridictionnel en réparant une erreur de motivation²¹¹⁷. Les circonstances justifiant le recours à ces procédés sont néanmoins distinctes. La suppléance de motifs n'oblige pas à constater une inexactitude dans les motifs de la décision attaquée. Elle contraint plutôt à dénoncer une lacune dans le raisonnement mené par les juges du fond, susceptible d'être corrigée par un motif de pur droit. La Cour de cassation n'est donc pas en mesure de suppléer à un manque de base légale. Elle est liée par les constatations souveraines menées par les juges du fond et n'est pas compétente pour y remédier, le cas échéant. Par exemple, aucun motif ne peut être soulevé d'office pour préciser le montant pécuniaire d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire. Sur ce point, les conditions de la suppléance sont identiques à celles d'une substitution²¹¹⁸.

755. Au-delà de la substitution d'un motif de pur droit à un motif erroné, la Cour de cassation complète parfois des motivations lacunaires. Mais la question des limites dans lesquelles s'exerce ce pouvoir est sujette à débat. En effet, lorsque l'insuffisance dénoncée n'est que partielle, l'ajout d'un motif de pur droit répond à la logique d'une substitution, ce qui ne suscite pas la controverse. Il en va différemment quand le rejet du pourvoi nécessite une suppléance totale. En ce cas, les motifs ne sont pas incomplets, mais absents. La vocation de la suppléance est alors de sauver une décision empreinte d'un défaut de motivation, bien que la Cour ne puisse réparer un défaut total de motif. Cela lui permet d'éviter de prononcer la cassation pour défaut de

²¹¹⁷ PRIEUR, E., th. préc., n° 93.

²¹¹⁸ Voir n° 752.

réponse à conclusions, à condition qu'un motif de pur droit soulevé d'office lui permette de répondre aux conclusions prétendument délaissées²¹¹⁹.

756. La Cour de cassation a déjà mis en œuvre son pouvoir de suppléance à ces fins²¹²⁰. Par exemple, elle rejeta un pourvoi dénonçant une absence de réponse²¹²¹, après avoir corrigé ce vice. En l'espèce, un enfant avait interjeté appel du jugement homologuant un changement de régime matrimonial. Les juges du fond admirèrent ce recours et infirmèrent la décision rendue en première instance. Les époux s'étaient pourvus en cassation, contestant la recevabilité de l'appel incident. Ils reprochèrent aux juges du fond d'avoir omis de répondre à leurs conclusions, invoquant un défaut de motifs. La Cour constata la réalité du défaut de réponse à conclusions, mais refusa de prononcer la cassation sur ce fondement. Il lui était possible de pallier cette carence, en soulevant d'office un motif de pur droit. Selon le Code de procédure civile, la voie de l'appel était ouverte, en matière gracieuse, aux tiers auxquels le jugement avait été notifié²¹²². En l'occurrence, la suppléance ne nécessitait pas la constatation de faits inconnus des juges du fond. La Cour de cassation y procéda pour rejeter le pourvoi formé à l'encontre d'une décision pourtant entachée d'un défaut de réponse à conclusions.

757. Son audace ne fit pas l'unanimité. Certains relevèrent le caractère isolé de cette décision²¹²³, mais d'autres constatèrent à juste titre sa pertinence²¹²⁴. Seule l'assimilation du défaut de motif à un vice de forme plaide pour l'absence de pouvoir de suppléance totale au profit du juge de cassation, en tant qu'elle empêcherait d'éviter la cassation. De plus, la Cour n'outrepasse pas ses compétences en y remédiant par un motif de pur droit soulevé d'office. La mise en œuvre de cette faculté est conforme à la mission qui lui incombe et lui permet de moduler son contrôle selon le problème de droit qui lui est soumis. Le pouvoir de suppléance lui confère une marge de manœuvre importante, sous réserve que les parties en soient informées, dans le respect du contradictoire. En outre, la Cour de cassation ne modifie en rien l'issue du litige, la solution demeurant

²¹¹⁹ PERDRIAU, A., « Le pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G* n° 47, 2001, p. 2141 ; BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 197.

²¹²⁰ PRIEUR, E., note sous arrêts, Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1982, 9 mars et 13 avril 1983, *D.* 1984. JP. 273.

²¹²¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1983, n° 82-10.196, *Bull. civ.* I, n° 94.

²¹²² CPC, art. 546 al. 2.

²¹²³ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 511, n° 83.102.

²¹²⁴ PRIEUR, E., art. préc.

conforme aux règles juridiques substantielles. Elle garantit ainsi l'efficacité du pourvoi, tout en faisant gagner du temps aux parties et en leur évitant les frais occasionnés par un renvoi devant les juges du fond²¹²⁵. Par conséquent, la possibilité de procéder à une suppléance partielle ou totale afin de rejeter le pourvoi emporte l'adhésion²¹²⁶, d'autant que les chambres sociale et commerciale ont adopté la même solution²¹²⁷ que la première chambre civile.

758. Qu'il vise à corriger une erreur ou une insuffisance de motivation, le relevé d'office d'un motif de pur droit présente une utilité évidente. Le droit de la famille ne fait pas exception au constat, comme le prouvent de multiples exemples en jurisprudence. Ces mécanismes attestent de la flexibilité de la technique de cassation. Le bien-fondé des moyens avancés par les parties n'est pas en cause. Le rejet du pourvoi est justifié, parce que la décision est conforme aux règles de droit en vigueur malgré l'efficacité théorique du moyen de cassation proposé. A l'inverse, son inefficacité n'entraîne pas en toutes circonstances le rejet du pourvoi. La Cour peut aussi soulever d'office un moyen de pur droit pour casser une décision rendue en violation des règles de droit.

§2. Le moyen de cassation relevé d'office

759. Aux termes de l'article 620 du Code de procédure civile, la Cour de cassation peut « *casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit* ». Cette prérogative traduit sa mission la plus fondamentale (A). En droit de la famille comme en toute autre matière, le relevé d'office d'un moyen de pur droit est subordonné au respect de conditions de fond et de forme (B).

²¹²⁵ PERDRIAU, A., art. préc., n° 47.

²¹²⁶ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 202 ; WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B., et DUHAMEL, J.-P., *op. cit.*, p. 222, n° 536 et s.

²¹²⁷ Cass. Soc, 3 avr. 2001 ; Cass. Com., 29 mai 2001.

A. Le pouvoir du juge de relever d'office un moyen de pur droit

760. La substitution de moyen diffère de la substitution de motif dans sa finalité, mais relève d'une logique similaire. Dirigé non contre le défendeur à la cassation, mais contre la décision critiquée, le pourvoi tend à en dénoncer la non-conformité aux règles de droit²¹²⁸. Le relevé d'office d'un moyen de cassation garantit l'efficacité de la fonction de cassation. L'omission par les parties d'un moyen ne peut aboutir au maintien d'une décision entachée d'une violation de la loi. Par conséquent, la Cour doit pouvoir relever un moyen de pur droit pour casser un acte juridictionnel irrégulier, même s'il a été inutilement critiqué (1). Les limites dans lesquelles ce pouvoir s'exerce demeurent pourtant floues à certains égards (2).

1) La justification du mécanisme de la substitution de moyens

761. L'évolution des textes et de la jurisprudence révèle la complexité du mécanisme permettant la substitution de moyen. L'article 12 du Code de procédure civile, dans son troisième alinéa, autorisait initialement le juge à « *relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* », sans qu'un débat contradictoire fût imposé. Considérant à juste titre que ces textes ne pouvaient être maintenus sans heurter les principes fondamentaux du procès civil, le Conseil d'Etat décida de les annuler²¹²⁹. A présent, le Code de procédure civile enjoint seulement au juge de « *donner ou de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »²¹³⁰. La référence à son office relatif au relevé d'un moyen de pur droit fut occultée. Seules les conditions formelles entourant ce pouvoir ont été précisées, le juge étant dorénavant contraint de provoquer les observations des parties, lorsqu'il entend fonder sa décision sur des moyens de droit relevés d'office²¹³¹.

762. Les dispositions des articles 12 et 16 du Code de procédure civile revêtent une importance cruciale au regard des missions incombant aux juridictions judiciaires.

²¹²⁸ PERDRIAU, A., « Ce que la Cour de cassation relève d'office... », *JCP G*. 1996. I. 3911.

²¹²⁹ BORE, J., note sous arrêt, CE Ass., 12 oct. 1979, *JCP G* 1980. II. 19288.

²¹³⁰ CPC, art. 12.

²¹³¹ CPC, art. 16.

Leur portée fut débattue. Le relevé d'office d'un moyen de pur droit était considéré comme une obligation pour la doctrine²¹³², le juge devant trancher « *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »²¹³³. Selon cette analyse, l'emploi du présent avait valeur d'impératif. Tout magistrat était donc tenu de relever d'office le moyen de pur droit applicable à l'espèce. Particulièrement contraignante, la solution avait pour effet d'astreindre chaque juridiction à procéder à des recherches approfondies en vue de soulever les moyens de droit appropriés. De plus, l'omission d'un moyen de pur droit présent en la cause et susceptible d'apporter la solution du litige entraînait un manquement du juge à son office. La décision subséquente était alors exposée à la cassation et pouvait conduire à engager la responsabilité des magistrats. Or il semblait difficile de reprocher aux juges du fond de n'avoir pas eu recours à un moyen de pur droit, surtout lorsque la solution retenue était conforme aux règles juridiques en vigueur. Si la consécration d'une obligation pour le juge de procéder au relevé des moyens de pur droit renforçait son office, des considérations d'opportunité relatives au choix d'une politique judiciaire appropriée plaident pour la simple faculté.

763. Après une longue période d'incertitude, la Cour de cassation trancha la question. Réunie en Assemblée plénière le 21 décembre 2007, elle jugea que « *si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* »²¹³⁴. Par conséquent, le relevé d'un moyen de pur droit demeure facultatif. Devant la Cour de cassation, l'article 12 du Code de procédure civile est repris par l'article 620, aux termes duquel le juge « *peut, sauf disposition contraire, casser la décision en relevant d'office un moyen de pur droit* ». L'absence de formule impérative incite à retenir la même solution²¹³⁵. La Cour

²¹³² « *L'indicatif vaut impératif (comme souvent dans le style législatif), de telle sorte que cette mission est pour le juge un devoir : il doit identifier et appliquer la règle de droit qui régit la situation des parties* » - DESHAYES, O., « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008. 1102, n° 9.

²¹³³ CPC, art. 12 al. 1.

²¹³⁴ Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 10, *D.* 2010.769, note FRICERO ; *RTD Civ.* 2008.317, GAUTIER ; *Procédures* n° 3, mars 2008, comm. 71, PERROT.

²¹³⁵ La conciliation de ces solutions fait toutefois naître une incohérence. En effet, si la Cour de cassation est en mesure de sanctionner les juges du fond en relevant d'office un moyen de pur droit, c'est que ces derniers étaient en tort de ne pas l'avoir fait. Le moyen considéré comme étant de pur droit présente

peut procéder à une substitution de moyen lorsqu'elle l'estime nécessaire et que les faits constatés le lui permettent, et elle est alors tenue d'en respecter les conditions procédurales.

2) L'encadrement procédural de la substitution de moyen

764. La Cour de cassation n'est pas liée par les moyens proposés par l'auteur du pourvoi²¹³⁶, à condition toutefois qu'elle n'outrepasse pas le cadre de sa saisine. Le relevé d'office d'un moyen de cassation ne doit pas avoir pour effet de modifier l'objet de la demande. En vertu du principe dispositif, l'initiative du juge dépend des prétentions des parties et des éléments préalablement constatés par les juges du fond. La substitution de moyen est donc strictement encadrée, tout en incarnant la mission la plus importante de la Cour de cassation qui consiste à dire le droit.

765. Le respect de la contradiction s'impose. L'article 1015 du Code de procédure civile oblige la Cour à « *aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'[elle] fixe* ». Cette formule est constamment rappelée par la Cour de cassation. Lorsqu'elle procède à une substitution de moyen, elle se réfère expressément à l'article 1015 du Code de procédure civile dans le visa de l'arrêt rendu. En outre, elle assortit souvent sa décision d'un chapeau reprenant la règle de droit soulevée d'office²¹³⁷. Cette pratique permet opportunément aux parties d'en comprendre les raisons et au lecteur, de l'identifier plus aisément.

766. En raison des difficultés de fond et de forme suscitées par sa mise en œuvre, la cassation sur substitution de moyen demeure peu fréquente en pratique²¹³⁸. La Cour use davantage de son pouvoir de substitution pour sauver une décision que pour la casser, comme le révèle l'analyse de la jurisprudence en droit de la famille.

logiquement un caractère identique devant les juridictions du fond, la Cour étant tenue par les constatations de fait menées.

²¹³⁶ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 495, n° 82.261.

²¹³⁷ Voir n° 419 et s.

²¹³⁸ PERDRIAU, A., « Ce que la Cour de cassation relève d'office... », *JCP G* 1996. I. 3911, n° 26.

B. Le recours à la substitution de moyen en droit de la famille

767. La Cour de cassation est tenue de respecter des conditions strictes quand elle entend procéder à une substitution de moyen. En premier lieu, elle doit impérativement prendre en considération les constatations de fait établies par les juges du fond, afin de déterminer le caractère de pur droit du moyen relevé d'office (1). En second lieu, il importe de préciser l'origine des moyens substitués en droit de la famille (2).

1) Les éléments de la décision critiquée permettant la substitution de moyen

768. Lorsque les énonciations de l'arrêt attaqué sont insuffisantes, aucune substitution de moyen n'est envisageable. Certes, la Cour de cassation ne s'en tient pas aux termes figurant dans la décision visée par le pourvoi pour procéder au relevé d'office d'un moyen de droit. Il lui est également loisible de s'intéresser aux pièces et actes de la procédure pour s'assurer que les faits en cause ont bien été portés à la connaissance de la juridiction s'étant prononcée. Une cassation fut ainsi prononcée²¹³⁹, sur un pourvoi dénonçant l'irrecevabilité d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par un juge aux affaires familiales. En l'occurrence, un père avait été condamné à verser une pension alimentaire d'un montant de quatre-vingts euros pour les enfants communs. Les juges du fond refusèrent d'admettre le recours de la mère, jugeant que les parties s'étaient accordées devant la juridiction inférieure. Selon leur interprétation, l'acte objet de l'appel était un contrat judiciaire. Appréciant les constatations factuelles des juges du fond, la Cour de cassation conclut à l'absence de contrat judiciaire, le seul fait que le juge aux affaires familiales eût condamné le père à verser une pension alimentaire démontrant la nature juridictionnelle de la décision. Elle souleva d'office ce moyen de pur droit.

769. La substitution de moyen suppose donc l'examen des termes de la décision critiquée, comme des faits adventices qui l'entourent, mais son socle textuel est indifférent, dès lors que le moyen soulevé à ces fins est de pur droit.

²¹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2007, n° 06-12.223, *RTD Civ.* 2007.558, obs. HAUSER.

2) Le fondement du moyen de pur droit substitué

770. L'origine du moyen substitué n'a aucune incidence sur le pouvoir de substitution de la Cour de cassation, sous réserve qu'il soit de pur droit, qu'il résulte de la loi française ou d'une convention internationale. A ces fins, elle applique les instruments internationaux adéquats, dont la Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux²¹⁴⁰ ou tout autre traité instaurant des règles particulières de compétence²¹⁴¹. Une cassation fut ainsi prononcée, après que la Cour eut soulevé d'office l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁴². De même, les articles 3 et 12 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant justifiaient la cassation d'une décision par laquelle les juges du fond avaient refusé d'entendre l'enfant au cours d'une procédure qui le concernait²¹⁴³. En d'autres circonstances, le moyen substitué peut prendre appui sur une règle de fond ignorée par les précédents juges. Par exemple, une cour d'appel avait méconnu les dispositions réglementant les conséquences pécuniaires du divorce en amputant le droit à compensation de l'épouse du montant d'une indemnité d'occupation dont elle était redevable²¹⁴⁴. Ce faisant, elle avait commis une violation de la loi qui, soulevée d'office par la Cour, entraîna la cassation.

771. De plus, la nature substantielle ou procédurale de la règle de droit substituée importe peu. Par exemple, la substitution peut avoir trait aux conditions de recevabilité d'une action en justice, comme le démontra un arrêt²¹⁴⁵. En l'espèce, une épouse avait interjeté appel d'un jugement de divorce ayant pourtant satisfait à l'ensemble de ses prétentions. Elle forma une demande nouvelle aux fins d'obtenir des dommages et intérêts, et obtint satisfaction devant la cour d'appel. Le mari se pourvut en cassation. La Cour releva l'absence d'intérêt à agir de l'épouse et conclut à la violation de l'article 125 du Code procédure civile. La cassation fut prononcée d'office, par substitution de moyen.

²¹⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1999, n° 08-18.343, *Bull. civ. I*, n° 224.

²¹⁴¹ Voir annexes.

²¹⁴² Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, préc.

²¹⁴³ Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005, préc.

²¹⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 avr. 2005, n° 03-16.140, *Bull. civ. I*, n° 190.

²¹⁴⁵ Cass. 2^e civ., 19 nov. 1980, n° 78-13.908, *Bull. civ. II*, n° 236.

772. A cet égard, il importe de préciser les obligations de la Cour de cassation. A l'instar des juges du fond, elle est contrainte de relever certaines fins de non-recevoir présentant un caractère d'ordre public. Tel est le cas lorsque les circonstances de l'espèce révèlent une absence d'intérêt ou de qualité à agir. Le moyen tiré d'une application erronée des règles relatives à la prescription des actions en contestation de la filiation fut aussi soulevé d'office dans un arrêt²¹⁴⁶. En l'espèce, les juges du fond avaient considéré une action irrecevable, au motif que les enfants avaient un titre de naissance conforme à leur possession d'état depuis plus de cinq ans. Ce délai préfix avait été introduit dans le Code civil par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation²¹⁴⁷. Or les enfants étaient nés avant l'entrée en vigueur de cette réforme. La cassation fut donc prononcée.

773. L'analyse est plus délicate dans l'hypothèse où le moyen porte sur le fond du droit. Le sujet soulève une controverse en doctrine, que la jurisprudence récente n'a fait qu'attiser²¹⁴⁸. La formule employée par l'Assemblée plénière²¹⁴⁹ n'a pas permis de lever toutes les incertitudes, loin s'en faut. La nuance apportée par l'expression « *sauf règles particulières* »²¹⁵⁰ suscite le débat. Certains y voient le socle résiduel de la spécificité du moyen d'ordre public²¹⁵¹. Cette interprétation semble devoir être approuvée en raison de sa conformité à la finalité du pourvoi en cassation. En effet, il est cohérent d'inciter à casser toute décision empreinte d'une contrariété à une règle d'ordre public, au besoin en relevant d'office un moyen de cassation. Du moins, il ne paraît pas pertinent de s'en tenir à la signification présumée du verbe « *pouvoir* »²¹⁵² pour trancher cette question²¹⁵³. Afin d'éviter toute confusion, il faut d'ailleurs rappeler que le pouvoir de substitution exercé par la Cour de cassation n'est pas subordonné au caractère d'ordre public du moyen soulevé d'office, mais participe à l'efficacité de la fonction de cassation. L'absence de restrictions relatives au contenu des normes juridiques susceptibles d'être

²¹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 27 fév. 2013, n° 12-13.326 et 12-13.329, *Bull. civ.* I, n° 24.

²¹⁴⁷ C. civ., art. 333.

²¹⁴⁸ Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, préc.

²¹⁴⁹ *Ibid.*

²¹⁵⁰ *Ibid.*

²¹⁵¹ DARGENT, L., « Portée de l'obligation de requalification du juge », note sous arrêt, Cass. Ass., 21 déc. 2007, *D.* 2008. 228.

²¹⁵² CPC, art. 620.

²¹⁵³ DESHAYE, O., art. préc., n° 35.

soulevées d'office accroît encore davantage son pouvoir d'initiative. Seul importe le caractère de pur droit du moyen substitué²¹⁵⁴.

774. Si les cas d'ouverture à cassation ne font l'objet d'aucune énumération dans les textes, il n'en va pas de même des conditions de recevabilité des moyens avancés par l'auteur d'un pourvoi, qui sont strictes. La rigueur de la Cour, lorsqu'elle est confrontée à un moyen nouveau par exemple, est justifiée par le caractère extraordinaire de cette voie de recours. La distinction entre le fait et le droit doit être respectée, tout comme la finalité de la fonction de cassation. Cependant, la Cour de cassation n'est pas liée par les moyens avancés par les parties, comme en attestent les mécanismes de substitution de motifs ou de moyens auxquels elle a parfois recours. Cette souplesse garantit d'ailleurs l'efficacité de la technique de cassation : sous cet angle, elle « *prend son plus grand relief* »²¹⁵⁵.

²¹⁵⁴ GEORGES, B., *A propos de quelques illustrations récentes de l'exercice par la Cour de cassation de son pouvoir de suppléance ans la procédure des pourvois avec représentation obligatoire*, in *Mél. Jacques Boré, op. cit.*, p. 246.

²¹⁵⁵ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE I

775. La conformité des actes juridictionnels aux règles juridiques en vigueur est examinée par la Cour de cassation selon une méthode particulière. La cassation est prononcée pour les raisons précisées par la Cour, tandis que l'absence de vice au titre des cas d'ouverture à cassation entraîne le rejet du pourvoi. L'analyse de ce raisonnement est indispensable pour comprendre la fonction de cassation, en droit de la famille comme en tout autre domaine. L'examen du pourvoi est en effet encadré, par les textes mais aussi par la Cour elle-même. La technique de cassation est conçue pour satisfaire aux finalités de la mission confiée à la Cour. Juge du droit, elle ne peut constater les faits de l'espèce, comme le rappelle l'exception d'irrecevabilité des moyens nouveaux. De même, un moyen ne contenant aucun grief ne peut être accueilli par la Cour de cassation. Il importe en effet que l'auteur du pourvoi démontre un intérêt à la cassation de la décision qu'il critique. Ces règles n'enferment cependant pas l'examen des pourvois dans un carcan trop strict. La Cour dispose au contraire d'une indubitable faculté d'adaptation.

776. D'abord, l'absence d'énumération des cas d'ouverture à cassation lui a permis de retenir ceux qu'elle estimait opportuns. Elle use de leur diversité pour moduler son contrôle. Ainsi, les conditions d'une cassation pour violation de la loi ne sont pas identiques à celles du défaut de base légale et la portée de l'arrêt rendu s'en ressent. Ensuite, les critères de recevabilité des moyens de cassation induisent une moralisation des débats, à laquelle la Cour est attentive. L'interdiction de se contredire par rapport aux précédentes écritures justifie parfois le rejet du pourvoi, même si le moyen jugé irrecevable est de pur droit ou d'ordre public. L'approche retenue par la Cour n'est donc pas totalement neutre. Elle prend soin de situer le pourvoi dans le cadre du litige à son origine. Enfin, l'efficacité des moyens est toujours laissée à la Cour de cassation, qui n'est pas liée par ceux proposés par l'auteur du pourvoi.

777. Dès lors que la distinction entre le fait et le droit est respectée, la Cour peut décider de casser une décision ou de rejeter un pourvoi, au besoin d'office. Pour ce faire, elle a recours à la théorie de l'erreur causale ou à la surabondance, ainsi qu'aux substitutions de motifs ou de moyens qui s'imposent. Réunie en Assemblée plénière, elle a d'ailleurs utilement précisé ces mécanismes, en indiquant quel était le rôle du juge à ces fins. Mais cette solution demeure ambiguë, l'identification des « *règles particulières* »

devant être relevées d'office étant sujette à débat. Il pourrait toutefois s'agir d'un choix délibéré : ce faisant, la Cour s'est aussi abstenue de figer son propre contrôle. La souplesse de la technique de cassation est limitée par une unique frontière, résidant dans la distinction entre le fait et le droit.

TITRE II : LA REPONSE APPORTEE PAR LA COUR DE CASSATION AUX EVOLUTIONS DU DROIT DE LA FAMILLE

778. La Cour de cassation « *ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition légale contraire* »²¹⁵⁶. Sa compétence est déterminée par la distinction entre le fait et le droit. La signification des termes n'a que l'apparence de la clarté. Le tracé d'une frontière nette entre ces notions est périlleux. Au terme de son étude, qui a encore aujourd'hui valeur de référence, Marty dénonça à juste titre le caractère artificiel²¹⁵⁷ et irréalisable²¹⁵⁸ de cette distinction. Quand la règle en cause puise sa source dans la loi, le contrôle mené est à son apogée. Mais le droit de la famille a cessé d'être contenu tout entier dans le Code civil²¹⁵⁹. Dans un contexte de plus en plus internationalisé, la Cour de cassation est confrontée à l'incursion de règles supranationales ou étrangères. Cette multiplication des sources a une incidence indubitable sur la technique de cassation. En réponse, la Cour fait preuve d'une remarquable capacité d'adaptation (Chapitre I). Il est toutefois vain de restreindre le problème de la distinction entre le fait et le droit à l'identification des règles du droit de la famille, la frontière entre ces notions n'étant pas statique. Elle évolue sous l'effet conjugué des phénomènes bouleversant la matière et de la volonté de la Cour de cassation de ne pas restreindre son contrôle (Chapitre 2).

²¹⁵⁶ COJ, art. L.411-2.

²¹⁵⁷ MARTY, G., th. préc., p. 320, n° 162.

²¹⁵⁸ *Ibid.*

²¹⁵⁹ FENOUILLET, D., « Le droit civil hors le Code civil », *LPA*, n° 188, 21 sept. 2005, p. 3.

Chapitre 1 : L'ADAPTATION DU CONTROLE DE LEGALITE A **L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE LA FAMILLE**

779. La diversification des sources du droit résulte d'un mouvement d'internationalisation observé depuis la seconde moitié du XX^e siècle. Ce phénomène tend à s'accroître de manière constante²¹⁶⁰, notamment en droit de la famille. Il puise son origine dans le développement d'instruments internationaux. De profonds bouleversements sociétaux accompagnent ce foisonnement normatif. L'ouverture du droit de la famille à la sphère supranationale aboutit à la consécration de textes directement invocables devant les juridictions nationales (I). La mobilité des populations, qui dépassent les frontières étatiques et culturelles, induit l'apparition d'éléments d'extranéité au cœur même des litiges familiaux, auxquels sont confrontés les juges du fond. La Cour de cassation est, elle aussi, contrainte d'appréhender la question complexe du droit applicable à ces situations (II).

I. La Cour de cassation confrontée à l'internationalisation du droit de la famille

780. La Constitution de la V^eme République contient des références expresses à deux catégories de normes qui ne trouvent pas leur origine dans l'ordre interne. Selon l'approche moniste retenue par le constituant, ces règles sont incorporées au système juridique français. L'instrument suprême réserve une place aux accords et traités internationaux²¹⁶¹, ainsi qu'au droit de l'Union européenne²¹⁶². Les textes qui en sont issus intéressent la famille et les règles de droit qui lui sont applicables. Il appartient à la Cour de cassation d'en assurer le respect. Le cas échéant, le contrôle de la régularité des décisions est mené au regard de conventions internationales (§1) et du droit de l'Union européenne (§2).

²¹⁶⁰ Voir n° 6.

²¹⁶¹ Const. 4 octobre 1958, art. 52 et s.

²¹⁶² Const. 4 octobre 1958, art. 88-1 et s.

§1. La confrontation de la technique de cassation aux conventions internationales

781. L'existence d'un mouvement d'internationalisation des droits de l'homme ayant une incidence sur les règles de droit emporte l'unanimité. Il est vain de nier ce constat²¹⁶³. Consciente de l'expansion du phénomène, la Cour de cassation applique les normes conventionnelles (A), en sa qualité d'interprète privilégiée (B).

A. L'application des règles de droit international concernant le droit de la famille

782. Les instruments supranationaux n'ont pas tous vocation à être directement applicables au profit des justiciables français. En droit de la famille, deux textes revêtent une importance particulière : la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁶⁴ et la Convention internationale sur les droits de l'enfant²¹⁶⁵, qui contiennent des règles concernant au premier plan les relations de famille (1). Ces conventions figurent parmi les sources du contrôle mené par la Cour de cassation (2).

1) L'applicabilité des conventions internationales en droit de la famille

783. Adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe, des Nations Unies ou lors de la Conférence de La Haye, de nombreuses conventions internationales se rapportent au droit de la famille. Les normes édictées supposent fréquemment le constat préalable d'un élément d'extranéité. En outre, la majeure partie des traités ratifiés par la France ne créent de droits et d'obligations qu'à la charge des Etats parties. Ils demeurent par conséquent dépourvus d'effet sur la technique de cassation. Certains sont directement applicables devant les juridictions nationales, lorsqu'ils respectent les conditions requises. Tout d'abord, aucune disposition spéciale n'est exigée pour leur introduction au

²¹⁶³ MALAURIE, P., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP G* 2002. I. 143 : « La coexistence dans un ordre juridique donné, notamment dans l'ordre juridique français, d'un droit international et du droit national auquel il se surajoute a toujours existé ; aucune société ne peut se fermer sur elle-même ni ne connaître pour seul droit qu'une loi universelle ; le nationalisme et le mondialisme juridiques exclusifs sont deux utopies ».

²¹⁶⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

²¹⁶⁵ Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'ONU le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur en France le 2 septembre 1990.

sein de l'ordre juridique national. Ensuite, les parties ont exprimé leur intention de voir le traité s'appliquer directement au sein du système étatique concerné. Enfin, l'objet et la forme des principes édictés à l'échelon supranational sont suffisamment précis pour qu'aucun écueil ne s'oppose à leur invocation par les justiciables de l'Etat signataire²¹⁶⁶. La Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales (a) et la Convention de New York sur les droits de l'enfant (b) répondent à ces exigences.

a) L'applicabilité directe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

784. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales occupe une place importante en droit de la famille. Ratifiée par la France en 1974, le droit des personnes et de la famille est son « *domaine de prédilection* »²¹⁶⁷. L'article 1^{er} du texte énonce que « *les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre de la présente convention* ». Les droits objectifs consacrés ne sont pas soumis au respect de la condition de réciprocité²¹⁶⁸. La faculté offerte aux justiciables français d'invoquer directement les dispositions conventionnelles ne suscite aucun doute. Par exemple, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme renforce les garanties du procès équitable, quelle que soit la matière à laquelle l'instance a trait. La Cour de cassation rappela la nécessité d'une juridiction impartiale sur ce fondement²¹⁶⁹. Le pourvoi dénonçait la participation du même magistrat à la formation ayant connu d'un abandon de famille et à celle statuant sur une demande relative à une pension alimentaire. Il siégeait, dans l'une, en qualité de juge des enfants, dans la seconde, au titre de juge aux affaires familiales. Il avait porté la même appréciation sur le comportement du père lors

²¹⁶⁶ RENUCCI, J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2012, n° 285.

²¹⁶⁷ DEBET, A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, th. Paris, Dalloz, 2002, p. 83, n° 72.

²¹⁶⁸ Voir par ex. : CEDH, 18 jan. 1978, *Irlande c/ R. U.*, req. n° 5310/71 : « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son Préambule, bénéficient d'une garantie collective ». Voir aussi : LAMANDA, V., *Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Mél. Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 363.

²¹⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 29 sept. 2004, n° 02-16.436, *Bull. civ. I*, n° 217, *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2005, comm. 6, GOUTTENOIRE.

des deux instances. La Cour de cassation conclut à la violation du droit à un tribunal impartial.

785. Sur le plan substantiel, toutes les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme n'intéressent pas le droit de la famille. Certaines s'y prêtent davantage, tels les articles 8 et 12 de la convention, qui proclament le respect de la vie privée et familiale et la liberté du mariage. La Cour de cassation accueille les moyens fondés sur ces dispositions et n'hésite pas à statuer sous ce seul visa. Un arrêt récent et très remarqué en atteste²¹⁷⁰. Dans cette espèce, relative à une demande en nullité du mariage pour cause d'inceste, la Cour de cassation constata une violation du droit au respect de la vie privée et familiale. Une femme avait épousé en secondes noces son beau-père. A la mort de son époux, elle était entrée en concurrence avec son ex-mari, héritier du défunt. Ce dernier avait remis en cause la validité de l'union incestueuse. La cour d'appel prononça la nullité absolue du mariage sur le fondement de l'article 161 du Code civil. Le pourvoi dénonçait la violation de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme car la prohibition du mariage entre beau-père et bru constituait une atteinte à la liberté nuptiale. La Cour de cassation ne procéda pas au contrôle de conventionnalité suggéré par son auteur. La décision fut cassée au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La solution incite à rappeler l'utilité de ce fondement en d'autres circonstances²¹⁷¹, comme lorsque la Cour de cassation opéra un revirement en admettant la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance d'enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger²¹⁷².

786. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme concerne également le droit de la famille, même s'il ne présente pas un caractère autonome. Un arrêt de cassation fut rendu sous ce visa²¹⁷³. Une discrimination entre enfants légitimes et enfants naturels était dénoncée en matière successorale. L'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la convention, relatif aux biens, était aussi avancé au soutien du pourvoi, puisque la prohibition de toute discrimination suppose une atteinte à l'un des droits reconnus par la convention. Aux termes de ce texte, « *toute personne physique ou*

²¹⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, préc.

²¹⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 1991, n° 89-05.058.

²¹⁷² Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

²¹⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 29 jan. 2002, n° 99-21.134, *Bull. civ. I*, n° 32, *D.* 2002.1938, DEVERS.

morale a droit au respect de ses biens ». La protection offerte aux enfants légitimes en cas de remariage de leur auteur sous un régime de communauté universelle devait donc être étendue aux enfants naturels placés dans la même situation. A défaut, la Cour de cassation conclut à la violation de la convention. En effet, les normes issues des protocoles additionnels ont la même autorité. L'article 5 du Protocole additionnel n° 7, qui consacre le principe d'égalité entre époux, connaît d'ailleurs un sort remarquable en droit de la famille. La Cour de cassation se fonde sur ce texte, qui relève de l'ordre public international français, pour refuser la reconnaissance des répudiations unilatérales prononcées à l'étranger²¹⁷⁴. Elle est aussi confrontée à la Convention internationale des droits de l'enfant dont certains articles sont directement applicables devant les juridictions françaises.

b) L'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant

787. L'application horizontale des dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant suscita un vaste débat. Adoptée en 1989 et entrée en vigueur en France le 2 septembre 1990, la Convention de New York fut longtemps « *maltraitée* »²¹⁷⁵ en droit interne. Bien qu'elle fût théoriquement invocable devant les juridictions françaises, la Cour de cassation refusa d'abord d'en reconnaître l'applicabilité directe²¹⁷⁶, en dépit des critiques de la doctrine²¹⁷⁷. Elle opéra ensuite un revirement²¹⁷⁸. Se fondant sur la Convention internationale des droits de l'enfant, elle reprocha à une cour d'appel de n'avoir pas répondu à la demande d'audition formée par un enfant dans une procédure modificative de son lieu de résidence. En effet, l'article 12 de la convention

²¹⁷⁴ Voir n° 905 et s.

²¹⁷⁵ NEIRINCK, C. et MARTIN, P.-M., « Un traité bien maltraité », *JCP G* 1993. I. 3677.

²¹⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1993, *Lejeune*, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1993, *Bull. civ. I*, n° 259 ; Cass. Soc. 13 juill. 1994, *Bull. Civ. V*, n° 236. Pour justifier sa position, la Cour s'est basée sur la formule énoncée à l'article 4 de la Convention, selon laquelle « *les Etats parties s'engagent à...* ». Cette formule a été interprétée comme mettant des obligations uniquement à la charge des Etats, et ne créant pas de droits directement invocables par le justiciable devant les tribunaux. Elle a jugé que « *les dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties n'étant pas directement applicable en droit interne* ».

²¹⁷⁷ Voir notamment NEIRINCK, C. et MARTIN, P.-M., art. préc. ; RONDEAU-RIVIER, M.-C., « Un traité mis hors jeu », *D.* 1993. 2003.

²¹⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc. Voir aussi Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, préc.

prévoit la possibilité pour tout enfant doué de discernement d'être entendu au cours de la procédure le concernant. La Cour de cassation releva d'office ce moyen de cassation. De plus, dans un arrêt rendu le même jour, la première chambre civile se fonda expressément sur la conformité de la décision des juges du fond à l'article 3 de la convention²¹⁷⁹. Le moyen avait été avancé au soutien du pourvoi. Ces décisions marquèrent un véritable tournant dans la jurisprudence.

788. Depuis, la Cour s'est montrée plus favorable à l'application directe de l'instrument dans l'ordre juridique interne. Ce faisant, elle s'est alignée sur la position du Conseil d'Etat, qui avait rapidement reconnu au justiciable la possibilité d'invoquer directement des dispositions conventionnelles²¹⁸⁰. Tel fut le cas pour les articles relatifs à la protection de la vie privée de l'enfant²¹⁸¹ ou à la prise en compte de son intérêt supérieur en tant que considération primordiale²¹⁸². Lorsque les dispositions de la convention sont suffisamment précises²¹⁸³, elles devraient être reconnues comme étant d'application directe, comme l'admet la Cour de cassation. Parmi elles, l'article 3.1, relatif à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, revêt une importance particulière. Les arrêts fondés sur la convention comportent souvent ce visa²¹⁸⁴. La notion demeure soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond mais permet l'exercice d'un véritable contrôle de motivation²¹⁸⁵. De même, les articles 7.1 et 12 peuvent être directement invoqués devant les juridictions familiales. La Cour de cassation reconnaît aussi autorité interprétative à d'autres dispositions conventionnelles, portant sur les relations de l'enfant avec sa famille en cas de séparation des parents²¹⁸⁶ ou de dissolution de la cellule familiale²¹⁸⁷. L'applicabilité directe de ces règles de droit international est

²¹⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336, *Bull. civ. I*, n° 211, *RCDIP* 2005.679, note BUREAU.

²¹⁸⁰ Les deux ordres de juridictions adoptent à présent un raisonnement similaire, jouant un « concert harmonieux » - GOUTTENOIRE, A., « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA*, n° 50, 9 mars 2012, p. 17.

²¹⁸¹ CE, 10 mars 1995, *D.* 1995. 617, note BENHAMOU.

²¹⁸² CE, *Cinar*, 22 septembre 1997 ; *D.* 1998. Somm. 297, obs. DESNOYER ; *JCP G* 1998. I. 101, n°5, obs. FOSSIER.

²¹⁸³ ANCEL, J-P., « La Convention de New York relative aux droits de l'enfant devant la Cour de cassation », *Justice et cassation*, Dalloz, 2011, p. 13.

²¹⁸⁴ *Ibid.* Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010, n° 09-68.399, *JCP G*, n° 11-12, 14 mars 2011, p. 525, note MARTEL.

²¹⁸⁵ *Ibid.*

²¹⁸⁶ CIDE, art. 9-3. Voir : Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, n° 06-12.687, *Bull. civ. I*, n° 199.

²¹⁸⁷ CIDE, art. 20. Voir : Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2010, n° 09-10.439, *Bull. civ. I*, n° 265.

désormais acquise, ce qui contraint la Cour de cassation à contrôler la conformité à leur égard de la décision critiquée par le pourvoi.

2) L'incidence des conventions internationales sur l'exercice du contrôle de légalité

789. Confrontée aux droits consacrés par un instrument international, la Cour de cassation adopte trois attitudes distinctes. La technique à laquelle elle a recours diffère selon que le contrôle porte sur la conformité de la loi nationale aux règles de droit international (a), sur l'application directe d'une norme conventionnelle (b), ou encore sur l'impact des décisions rendues par une juridiction supranationale (c).

a) La mise en œuvre du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation

790. La Cour de cassation assure la suprématie de l'instrument international sur la loi interne. Elle vérifie la conventionnalité de la disposition nationale prétendument contraire²¹⁸⁸. Le contrôle, fondé sur l'article 55 de la Constitution, peut aboutir à l'éviction du texte. Par exemple, la Cour se prononça sur la compatibilité de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, jugeant qu'il ne portait pas atteinte au droit à la vie privée et au respect de la vie familiale²¹⁸⁹. Une solution similaire fut retenue²¹⁹⁰ à l'égard des anciens articles 1186 et 1187 alinéa 2 du Code de procédure civile, aux termes desquels la consultation du dossier de la procédure d'assistance éducative était interdite aux parties sans l'assistance d'un avocat. Une contrariété entre la procédure française et le droit à un procès équitable était invoquée. La Cour de cassation exclut l'incompatibilité alléguée par l'auteur du pourvoi. Aucune précision ne fut apportée sur les critères gouvernant son appréciation. Le laconisme est constant en ces circonstances. La Cour de cassation répond aux moyens fondés sur l'inconventionnalité d'une norme nationale par des motifs succincts. Elle s'abstient d'interpréter la disposition litigieuse²¹⁹¹. De plus, le droit interne

²¹⁸⁸ GUINCHARD, S., FERRAND, F. et MOUSSA, T., « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement adapté au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015.278.

²¹⁸⁹ Cass 2^e civ., 25 mars 1987, n° 85-12.262, *Bull. civ.* II, n° 76.

²¹⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1995, n° 94-05.075.

²¹⁹¹ *Contra* : Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, n° 06-10.982, *Bull. civ.* I, n° 562.

de la famille a jusqu'ici été jugé conforme aux règles de droit international²¹⁹², que l'inconventionnalité ait été dénoncée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Convention internationale des droits de l'enfant.

791. La Cour de cassation est toutefois vigilante à l'égard du contrôle opéré par les juges du fond. Elle reprocha à une cour d'appel d'avoir négligé de répondre à l'exception d'inconventionnalité avancée par l'une des parties. La cassation fut prononcée en raison d'un excès de pouvoir négatif²¹⁹³. En outre, la Cour s'assure que les magistrats ont correctement procédé aux vérifications nécessaires. Un arrêt de cassation fut rendu à l'encontre d'une décision ayant déclaré l'article 346 du Code civil incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁹⁴. La cour d'appel avait estimé que la prohibition des adoptions simples par plusieurs personnes, édictée par le législateur français, constituait une discrimination entre les beaux-parents d'un enfant. La Cour de cassation jugea que « *le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption tous les liens d'affection* »²¹⁹⁵. Par conséquent, l'article 346 du Code civil ne pouvait être considéré comme contraire à la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁹⁶.

792. Dans ces hypothèses, la Cour de cassation place l'instrument législatif au centre de ses réflexions. Elle s'intéresse davantage à la conventionnalité de la règle de droit qu'à la décision critiquée. La cassation est encourue, mais elle est la conséquence de l'éviction d'une loi. Le contrôle diffère lorsque le problème a trait à l'application des règles de droit international au cas d'espèce.

²¹⁹² Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 06-12.419, *RJPF*, n° 6, juin 2007, p. 17, note GARE.

²¹⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, n° 00-05.026 et 00-05.030, *Bull. civ. I*, n° 97, *RDSS* 2001.588, comm. MONEGER.

²¹⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 jan. 2011, n° 09-16.527, *Bull. civ. I*, n° 9, *JCP G* n° 15, 11 avril 2011, note 415 ; *Dr. fam.* n° 2, fév. 2011, comm. 20, NEIRINCK.

²¹⁹⁵ *Ibid.*

²¹⁹⁶ *Ibid.*

b) L'application spontanée des conventions internationales par la Cour de cassation

793. Les principes consacrés par les conventions internationales déterminent également le droit applicable à l'instance en droit de la famille. L'argument tiré de la violation d'une disposition de droit international directement applicable est admis par la Cour de cassation, à condition qu'il satisfasse aux conditions générales de recevabilité des moyens. L'hypothèse est de plus en plus fréquente. Les avocats²¹⁹⁷ semblent toutefois y avoir recours en dernier lieu²¹⁹⁸. Par conséquent, la nouveauté du moyen peut poser un problème. A titre d'exemple, la Cour de cassation déclara irrecevable un moyen dénonçant l'atteinte portée à la vie privée et familiale consacrée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁹⁹. Un pourvoi en cassation avait été formé à l'encontre du refus opposé à une demande de transfert de la résidence habituelle d'enfants. Le père considérait que l'expertise psychologique portée au dossier violait l'intimité de sa vie privée. Aux termes de ce rapport, sa requête ne résultait que d'« *une blessure narcissique importante* » causée par la séparation d'avec son ex-épouse. Le non-respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme obligeait à tenir compte d'éléments factuels non soumis aux juges du fond. Ce moyen n'était donc pas de pur droit.

794. Une solution identique s'impose souvent face à l'invocation de la Convention internationale des droits de l'enfant. Ainsi, la première chambre civile rejeta un pourvoi formé par un père²²⁰⁰. Le problème portait sur le changement du nom de ses enfants. Le nom de l'adoptant du père avait récemment été joint au patronyme de ce dernier. Or les enfants étaient nés avant cette adoption. L'auteur du pourvoi considérait que la transcription du double nom sur leurs actes d'état civil portait atteinte à leur intérêt supérieur, protégé par l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. De plus, la cour d'appel n'avait pas recueilli le consentement des enfants et le

²¹⁹⁷ BRUCE, E., « La Cour de cassation française et l'application de la convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2005.401.

²¹⁹⁸ *Ibid.*

²¹⁹⁹ Cass. 2^e civ., 7 oct. 1999, n° 98-11.642. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2010, n° 09-10.636, *Bull. civ. I*, n°115.

²²⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 2008, n° 07-16.067 et 07-18.811, *Bull. civ. I*, n° 220, *Dr. fam.* n° 1, jan. 2009, comm. 6, MURAT.

père dénonçait la violation du droit pour le mineur d'être entendu au cours de toute procédure le concernant. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Les moyens tirés d'une atteinte aux articles 3.1 et 12 de la Convention sur les droits de l'enfant supposaient de prendre en considération des éléments de fait nouveaux et furent donc jugés irrecevables.

795. Le régime du moyen fondé sur une disposition de droit international n'est pas distinct des règles de la recevabilité générale des moyens de cassation²²⁰¹. L'exception de nouveauté produit pleinement son effet, tout comme l'impossibilité pour la partie d'invoquer un moyen imprécis, dénué d'intérêt ou contraire à ses prétentions antérieures. Dès lors que le moyen avancé est recevable, les juges du fond ne peuvent omettre d'y répondre sans entacher leur décision d'un défaut de réponse à conclusions. Par exemple, la Cour de cassation rejeta un pourvoi qui soutenait que l'indication du nom de la mère dans son acte de naissance permettait l'établissement d'une filiation naturelle²²⁰², en vertu des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sans se prononcer sur ce moyen, elle conclut à la violation de l'article 455 du Code de procédure civile. Les juges du fond devaient répondre aux conclusions des parties, fondées sur la violation d'une disposition conventionnelle directement applicable.

796. L'efficacité des moyens de cassation est également similaire, peu importe l'origine de la règle juridique invoquée. La surabondance permet le rejet du moyen dirigé contre un arrêt conforme au droit en vigueur, que l'assise subsidiaire de la décision relève d'un texte interne ou supranational. Cela fut le cas dans un arrêt rendu par la première chambre civile²²⁰³. En l'espèce, une femme reprochait aux juges du fond d'avoir pris en considération la situation de concubinage dans laquelle elle vivait pour refuser de lui confier l'exercice de l'autorité parentale sur son propre enfant. Elle dénonçait une atteinte à sa vie privée et familiale, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt était motivé par l'intérêt de l'enfant. Or la notion relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. La cour d'appel avait légalement justifié sa

²²⁰¹ Voir n° 678.

²²⁰² Cass. 1^{ère} civ., 25 avr. 2006, n° 04-19.341,

²²⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 1996, n° 94-20.073. Voir également, pour l'éviction d'un moyen fondé sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 09-68.671.

décision. Par conséquent, le moyen fondé sur la situation de concubinage dans laquelle vivait la mère visait un motif surabondant et fut donc écarté.

797. Les pouvoirs de substitution et de suppléance dévolus à la Cour de cassation par l'article 620 du Code de procédure civile ne sont pas davantage menacés par l'origine supranationale de la règle de droit. Le constat est flagrant lorsque le moyen de cassation est tiré d'une disposition consacrant une règle processuelle. En ce cas, l'appréciation présente souvent un caractère objectif. Un arrêt illustre ce phénomène²²⁰⁴. Jugeant que le droit à la parole de l'enfant²²⁰⁵ n'avait pas été respecté par les juges du fond, la Cour de cassation souleva d'office ce moyen de cassation. Le fait que la procédure concernait l'enfant était révélé par la nature même de l'instance. Dans un arrêt ultérieur²²⁰⁶, la première chambre civile réitéra cette approche. La grand-mère d'un enfant s'opposait au placement de celui-ci en qualité de pupille de l'Etat. Elle reprochait aux juges du fond d'avoir considéré comme nouveau un grief fondé sur le non-respect de son droit à un procès équitable. Cette décision fut cassée, puisque « *dès lors qu'il invoquait une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et n'appelait la prise en considération d'aucun élément de fait nouveau qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt* »²²⁰⁷, le moyen fondé sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme était de pur droit, donc recevable. La précision est importante. L'invocation d'une disposition conventionnelle d'ordre procédural est plus aisée que celle d'un moyen prenant appui sur une norme internationale substantielle.

798. Les droits consacrés par les instruments conventionnels obligent fréquemment à apprécier *in concreto* les éléments de la cause. A l'instar des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, les principes consacrés par la Convention internationale sur les droits de l'enfant contraignent à s'intéresser aux circonstances de l'espèce. Lorsque la règle vise les notions d'« *intérêt de l'enfant* » ou de « *vie privée et familiale* », la Cour de cassation ne peut procéder au relevé d'office que si l'arrêt critiqué est suffisamment étayé en fait sur ces points. Il n'est guère fréquent

²²⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

²²⁰⁵ CIDE, art. 12.

²²⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 avr. 2013, n° 11-27.071, *Bull. civ.* I, n° 66.

²²⁰⁷ *Ibid.*

qu'un tel moyen serve à la cassation d'une décision rendue en droit de la famille²²⁰⁸. Cependant, dans une affaire portant sur une demande de nullité du mariage, la Cour de cassation releva d'office la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²²⁰⁹. Le prononcé de la nullité revêtait à l'égard de l'épouse le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale « *dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ». La perspective « *pragmatique* »²²¹⁰, à défaut d'être « *sentimentaliste* »²²¹¹, surprit²²¹². Les motifs avancés par les juges du fond permettaient le relevé d'office du moyen. Le recours à la substitution de moyen conduisit à écarter la prohibition édictée par l'article 161 du Code civil et à valider un mariage pourtant « *illégal* »²²¹³. La cassation, prononcée sans renvoi, laisse augurer une possible évolution dans l'appréhension de l'instrument conventionnel. La Cour de cassation pourrait avoir souscrit au principe de proportionnalité, qui consiste à rechercher un équilibre entre des droits d'une égale valeur normative²²¹⁴. Elle procéda en effet à la pesée des intérêts en présence, sans s'en expliquer. L'hypothèse d'une décision inspirée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fut donc évoquée²²¹⁵. Prudente, la Cour de cassation s'abstint de l'affirmer expressément. En effet, la conceptualisation de ce contrôle de proportionnalité est l'un des principaux enjeux des réformes actuellement envisagées à la

²²⁰⁸ BRUCE, E., art. préc. : « *De par leur rédaction même, les dispositions de la Convention prêtent le plus souvent à l'examen de considérations d'ordre factuel ou de proportionnalité ne pouvant incomber à la Cour de cassation* ».

²²⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, préc.

²²¹⁰ LAMARCHE, M., « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation ? », *JCP G*, n° 4, 27 jan. 2014, p. 139.

²²¹¹ *Ibid.*

²²¹² CHEYNET de BEAUPRE, A., « Une décision incestueuse », *RJPF*, n° 2, fév. 2014, p. 23.

²²¹³ CHENEDE, F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014. 179.

²²¹⁴ La Cour de cassation a réitéré cette approche récemment. Dans un arrêt rendu le 30 septembre 2015, la première chambre civile jugea que lorsque des droits ont une égale valeur normative, « *il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ». En l'espèce, le droit à la vie privée et la liberté d'expression entraient en conflit et la Cour de cassation choisit de protéger le droit à la vie privée du justiciable. Voir à ce sujet : GAUTIER, P.-Y., « Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015.2189.

²²¹⁵ Dans un arrêt *B. et L. c/ R.U* rendu le 13 sept. 2005 (CEDH, req. n° 36536/02), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la prohibition des unions entre beaux-parents et beaux-enfants édictée en droit anglais portait atteinte au droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention EDH. Voir aussi : JESTAZ, P., MARGUENAUD, J-P. et JAMIN, C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061.

Cour de cassation²²¹⁶. La question d'un éventuel abandon du syllogisme est évoquée²²¹⁷, mais elle ne suscite pas totalement l'adhésion. La motivation des décisions rendues par la Cour de cassation s'en trouverait irrémédiablement affectée²²¹⁸, notamment en raison d'une longueur accrue qui risquerait d'en perturber la clarté et parfois l'autorité. En outre, un développement conséquent des motifs aura nécessairement pour effet d'allonger le temps de traitement des pourvois, d'où les réflexions actuelles sur un éventuel filtrage des recours. Cependant, celui-ci ne peut s'exercer au détriment du justiciable. Bien qu'une évolution soit « *inéluçtable* »²²¹⁹, les conditions dans lesquelles doit être mis en œuvre le contrôle de proportionnalité suscitent donc un vif débat²²²⁰. Selon le premier président de la Cour de cassation, il importe toutefois de respecter ce « *nouveau légalisme* »²²²¹. A défaut, le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ne peut être écarté.

c) L'application « *commandée* »²²²² des conventions internationales par la Cour de cassation

799. L'incidence de l'internationalisation du droit de la famille sur la technique de cassation revêt un dernier aspect, lorsque la Cour de cassation opère un revirement après que la France ait été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. L'application de l'instrument supranational n'est plus « *spontanée* »²²²³, mais

²²¹⁶ LOUVEL, B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015. 1326.

²²¹⁷ GAUTIER, P.-Y., « Eloge du syllogisme », *JCP G*, n° 36, 31 août 2015, p. 902.

²²¹⁸ Voir n° 410 et s.

²²¹⁹ FRICERO, N., « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du club des juristes. A propos du Rapport Sécurité juridique et initiative économique Deuxième partie « La Cour de cassation » », *JCP G*, n° 26, 29 juin 2015, p. 753.

²²²⁰ Voir par ex. : DEUMIER, P., « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015.2022 ; JAMIN, C., « Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 2015.2001 ; REBEYROL, V., « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G*, n°37, 7 sept. 2015, p. 954.

²²²¹ BERANGER, H., « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle. Entretien avec Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 43, 19 octobre 2015, p. 1122.

²²²² CANIVET, G., *La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2000 par l'Ecole nationale de la magistrature, la Faculté Jean Monnet (Université de Paris-Sud), l'Ordre des avocats à la Cour de Paris et l'Association française pour l'Histoire de la justice, Bruylant, Nemesis, 2002, p. 268.

²²²³ *Ibid.*

« commandée »²²²⁴. La réaction de la Cour de cassation diffère selon que le législateur a ou non pris la mesure de la violation constatée. Dans l'hypothèse où la décision rendue par les juges de Strasbourg a induit la création d'une norme nationale, la Cour de cassation applique le droit réformé. Le contrôle s'exprime dans son cadre habituel. L'arrêt *Mazurek* du 1^{er} février 2000²²²⁵ provoqua ainsi l'abolition de toute discrimination envers les enfants adultérins en droit successoral français. Mais le rôle joué par la Cour de cassation ne revêtit guère de spécificités. En effet, le législateur français avait pris la mesure de cette condamnation²²²⁶. La Cour procéda aux adaptations nécessaires, sans bouleverser les modalités de son contrôle.

800. L'adaptation des pratiques nationales aux principes dégagés par la juridiction européenne n'est pas toujours empreinte d'une telle célérité. La Cour de cassation peut mettre un terme à la situation litigieuse afin d'éviter toute nouvelle sanction, en procédant au revirement qui s'impose²²²⁷. Une illustration topique, en matière de changement de la mention du sexe inscrite dans les registres de l'état civil, peut être rappelée. Longtemps, la Cour refusa d'accéder aux requêtes visant à faire modifier la mention du sexe dans l'acte de naissance d'un transsexuel²²²⁸, en se fondant sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Dans un arrêt *B. contre France*, la Cour de Strasbourg condamna cette solution, considérant que le refus opposé par l'Etat français portait atteinte au droit à une vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention. La Cour de cassation tira rapidement les conséquences de cette décision, en opérant un revirement en Assemblée plénière²²²⁹ et en décidant que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Code civil obligeaient à indiquer sur les actes de l'état civil le sexe auquel la personne appartient, « dès lors qu'une expertise judiciaire confirme la réalité du syndrome transsexuel »²²³⁰. L'utilisation d'un

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ F.*, req. n° 34406/97, *JCP G* 2000. II. 10286, comm. GOUTTENOIRE ; *Dr. fam.* n° 6, juin 2001, comm. 60, BEIGNIER.

²²²⁶ L. n° 2001-135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et de l'enfant adultérin et modifiant diverses dispositions de droit successoral, *JORF*, n° 281, 4 déc. 2001, p. 19279.

²²²⁷ BURGELIN, J.-F. et LALARDRIE, A., *L'application de la Convention par le juge judiciaire français*, in *Mél. Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 145.

²²²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 176 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 176 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 189.

²²²⁹ Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, préc.

²²³⁰ FERRAND, F., « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *RCDIP*, n° 3, 1995, p. 693, n° 26.

double visa démontre l'intérêt porté à l'instrument conventionnel, subsidiairement aux normes internes.

801. Plus récemment, la condamnation de la France dans les affaires *Labassée* et *Menesson* entraîna aussi un revirement sur la question de la transcription dans les registres français des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger en exécution d'une convention de gestation pour autrui²²³¹. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le refus opposé par les autorités françaises portait atteinte au droit à la vie privée et familiale des enfants, en violant l'article 8 de la convention. Saisie de deux pourvois soulevant un même problème de droit, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation opéra donc un revirement. Au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 47 du Code civil et de l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, elle admit la transcription dans les registres de l'état civil français d'actes de naissance régulièrement dressés à l'étranger au profit d'enfants nés d'une gestation pour autrui²²³². Ce revirement de jurisprudence mérite approbation pour éviter de nouvelles condamnations.

802. Les revirements consécutifs aux arrêts rendus par la juridiction strasbourgeoise servent à la cohérence des jurisprudences nationale et européenne, tandis que le contrôle de conventionnalité permet d'assurer le respect de la hiérarchie des normes. De plus, la Cour de cassation vérifie la conformité des décisions rendues en droit de la famille aux sources internationales, que le moyen soit soulevé d'office ou avancé à l'appui du pourvoi. Des difficultés relatives à leur interprétation sont néanmoins susceptibles d'entraver cette mission.

B. L'interprétation des conventions internationales par la Cour de cassation

803. La Convention européenne des droits de l'homme et la Convention internationale sur les droits de l'enfant consacrent des droits pouvant être invoqués par les justiciables au soutien de leur pourvoi en cassation. L'applicabilité directe de ces dispositions oblige à interprétation²²³³ (1). Pourtant, l'harmonie jurisprudentielle est

²²³¹ CEDH, 22 juin 2014, préc.

²²³² Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, préc.

²²³³ CANIVET, G., *op. cit.*, p. 257.

difficile à atteindre. Confronté à une norme internationale, la Cour est contrainte d'adapter son contrôle à cette origine particulière, tout en respectant des principes d'interprétation spécifiques (2).

1) Le juge national, interprète privilégié des sources internationales en droit de la famille

804. L'applicabilité directe des dispositions des conventions internationales résulte de leur intégration dans l'ordre juridique interne. A ce titre, le juge national en est l'interprète privilégié. La Cour de cassation a longtemps refusé d'admettre cette solution et imposait un renvoi en interprétation des traités au pouvoir exécutif²²³⁴. Le Conseil d'Etat procédait de même, jusqu'à ce que la Commission européenne, puis la Cour européenne des droits de l'homme fussent saisies dans l'affaire *Beaumartin*²²³⁵. Devant les instances européennes, les requérants dénonçaient une atteinte au droit à un procès équitable en raison du pouvoir exclusif d'interprétation dévolu au ministre des affaires étrangères. Les juges de Strasbourg conclurent au non-respect du droit à un tribunal indépendant, garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme le Conseil d'Etat, la Cour de cassation mit fin à la pratique critiquée, considérant dorénavant qu' « *il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit besoin de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle* »²²³⁶.

805. La précision est importante, d'autant que des procédures spécifiques permettent parfois de trancher une difficulté d'interprétation. Le recours à une question préjudicielle posée à la juridiction supra-étatique compétente s'impose alors. Ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni la Convention de New York ne prévoient un tel dispositif. Le Comité des droits de l'enfant a seulement vocation à « *examiner les progrès accomplis par les Etats parties dans l'exécution des obligations*

²²³⁴ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 7 fév. 1995, n° 93-12.668, *Bull. civ. I*, n° 73.

²²³⁵ CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*, req. n° 15287/89. Voir : COHEN-JONATHAN, G., *Gaz. Pal.*, 28-29 juin 1996.

²²³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1995, *Banque africaine de développement*, n° 93-20.424, *Bull. civ. I*, n° 470, *RCDIP* 1996.468, obs. OPPETIT.

contractées par eux »²²³⁷. L'instance ne dispose d'aucune compétence en matière d'interprétation de la Convention de New York. Le Comité des Ministres peut, quant à lui, solliciter l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme « *sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et ses Protocoles* »²²³⁸. Toutefois, « *ces questions ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu des droits et libertés (...), ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention* »²²³⁹. Pour le moment, aucune procédure n'autorise à consulter les instances instituées par ces conventions internationales lorsqu'une difficulté d'interprétation entrave leur application, mais le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme permettra bientôt d'adresser à la Cour de Strasbourg des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principes relatives à l'application ou à l'interprétation des droits et libertés définis par la convention et ses protocoles²²⁴⁰. Ce dispositif entrera en vigueur à l'issue d'une période de trois mois suivant la dixième ratification d'un Etat partie à la Convention. A l'heure actuelle, la France n'a pas encore ratifié ce protocole, dont l'utilité pour les plus hautes juridictions étatiques est pourtant indubitable. En conséquence, le contrôle confié à la Cour de cassation revêt de l'importance.

2) Les principes interprétatifs dégagés par la Cour de cassation

806. Le contrôle de la régularité de la décision critiquée suppose l'interprétation de la règle juridique prétendument atteinte. La Cour de cassation a été confrontée à de nombreux pourvois dénonçant une violation de la Convention de New York. Elle en a parfois précisé le sens et le contenu (a). A propos de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales, la logique interprétative obéit à des impératifs distincts (b).

²²³⁷ CIDE, art. 43.

²²³⁸ CESDH, art. 47.2.

²²³⁹ CESDH, art. 47.2.

²²⁴⁰ Protocole additionnel n° 16 à la CESDH, art. 1.

a) L'interprétation de la Convention internationale des droits de l'enfant

807. L'analyse de la jurisprudence récente révèle l'importance du rôle joué par la Cour de cassation dans l'interprétation de la Convention internationale des droits de l'enfant. Après avoir persisté à refuser de lui reconnaître une applicabilité directe, la Cour tend à préciser certaines de ses dispositions. Dans son arrêt de revirement²²⁴¹, la cassation fut prononcée au visa des articles 3.1 et 12.2 de la Convention internationale des droits de l'enfant. La Cour a jugé que « *la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu* » obligeaient à satisfaire à sa demande d'audition. Elle interpréta les articles 3.1 et 12.2 de la Convention de New York comme consacrant un droit à la parole au profit du mineur²²⁴². Elle eut aussi l'occasion de se prononcer sur la portée de l'article 8, consacrant le droit pour l'enfant au respect de son identité²²⁴³. Le refus opposé par les juges du fond à la requête d'une mère visant à l'adjonction de son patronyme à celui du père, porté par l'enfant, fut jugé conforme aux principes garantis par la Convention de New York. L'origine du moyen n'a donc aucune incidence, qu'il soit soulevé par les parties à l'instance de cassation ou relevé d'office par la Cour.

808. De manière plus significative encore, la Cour interpréta l'article 7.1 de la convention²²⁴⁴. Le caractère général de la disposition avait pourtant été dénoncé²²⁴⁵ car le recours à l'expression « *dans la mesure du possible* » laisse planer le doute sur l'applicabilité directe du principe. La Cour de cassation décida de s'en affranchir²²⁴⁶, jugeant qu'un père ayant reconnu son enfant avant son placement pouvait valablement s'opposer à son adoption. La cassation fut prononcée au visa de l'article 7.1 de la convention, assorti des dispositions pertinentes du droit interne²²⁴⁷. En l'espèce, les droits fondamentaux de l'enfant et de son père avaient été méconnus, la reconnaissance anténatale empêchant le placement en vue de l'adoption. Par deux arrêts relatifs à une

²²⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

²²⁴² DOUCHY-OU DOT, M., « L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif », *LPA*, n° 200, 7 oct. 2010, p. 13.

²²⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 2010, n° 08-18.871, *Bull. civ. I*, n° 3, *RTD Civ.* 2010.296, obs. HAUSER.

²²⁴⁴ MURAT, P. « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA*, n° 200, 7 oct. 2010, p. 17.

²²⁴⁵ *Ibid.*

²²⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, préc.

²²⁴⁷ C. civ., art. 335, 336, 341-1, 348-1 et 352.

même affaire²²⁴⁸, la Cour précisa son approche. Une fillette avait été déclarée à l'état civil sans filiation. Fruit d'un viol, sa mère avait préféré la confier à un organisme agréé sans demander le secret de l'accouchement. Le père avait obtenu que soit ordonnée une expertise biologique qui démontra sa paternité. Les parents avaient ensuite reconnu l'enfant, déjà placée en vue d'une adoption plénière. Ces reconnaissances furent annulées par les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation. Il apparaissait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de mettre fin à un placement lui offrant un environnement familial stable. Le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux est en effet garanti « *dans la mesure du possible* », formulation qui incite à la nuance. L'interprétation de la disposition conventionnelle fut menée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais la Cour de cassation ne visa pas expressément l'article 3.1 de la Convention de New York dans ces décisions.

809. L'engouement pour l'article 3.1 est pourtant très marqué²²⁴⁹. En reconnaissant l'applicabilité directe de l'article 3.1 de la Convention de New York, la Cour de cassation a ouvert la voie à de nombreuses contestations²²⁵⁰. Les difficultés d'interprétation suscitées tant par la terminologie employée²²⁵¹ que par la notion elle-même²²⁵² sont importantes. « *Formulation essentiellement symbolique, voir incantatoire* »²²⁵³, la disposition offre une marge d'interprétation indubitable. Lorsqu'elle ne rejette pas le moyen en raison de sa nouveauté, la Cour de cassation retient une approche tantôt concrète, tantôt abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant²²⁵⁴. Dans les décisions²²⁵⁵ relatives à l'exercice de l'autorité parentale, elle s'en remet aux juges du fond pour prendre en considération la situation particulière de l'enfant afin d'apprécier son intérêt supérieur²²⁵⁶. Tel fut le cas dans un arrêt²²⁵⁷ rendu au visa de l'article 3.1 de la

²²⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, n° 10-19.028, *Bull. civ. I*, n° 105 et 10-20.554, *Bull. civ. I*, n° 104, *D.* 2011.2093, obs. CADOU.

²²⁴⁹ ANCEL, J-P., art. préc.

²²⁵⁰ GOUTTENNOIRE, A., art. préc.

²²⁵¹ Aux termes de l'article 3.1 de la convention, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être tenu pour une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent* ».

²²⁵² RENCHON, J.-L., « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, n° 200, 7 oct. 2010, p. 29.

²²⁵³ *Ibid.*

²²⁵⁴ GOUTTENNOIRE, A., art. préc. Voir également : RENCHON, J.-L., art. préc.

²²⁵⁵ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2009, n° 09-68.179 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 06-17.869, *Bull. civ. I*, n° 103 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2007, n° 06-18.379, *Bull. civ. I*, n° 286.

²²⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 19 nov. 2009, préc.

²²⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2010, n° 08-14.619, *Bull. civ. I*, n° 64, *RTD Civ.* 2010. 521, obs. HAUSER.

Convention de New York. Une enfant avait été reconnue par sa mère à sa naissance, puis par son concubin quelques mois plus tard. Les parents avaient conjointement déclaré que le nom de son père lui serait seul attribué. Une expertise ayant conclu à la non-paternité de cet homme et à la paternité d'un tiers, la cour d'appel décida de substituer en conséquence le nom de la mère à celui de l'homme dont la paternité était annulée. Ce dernier se pourvut en cassation, arguant que l'intérêt supérieur de l'enfant imposait la conservation de son nom. La Cour rejeta le pourvoi, au motif que les juges du fond avaient souverainement apprécié l'intérêt supérieur de l'enfant comme ne justifiant pas le maintien du nom de l'auteur de la reconnaissance annulée.

810. La Cour de cassation bénéficie d'une liberté certaine dans l'interprétation de l'article 3.1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Elle applique fréquemment la disposition, sans qu'il soit aisé d'en déterminer la méthode d'interprétation. En outre, le cas d'ouverture à cassation susceptible d'en découler consiste rarement en une violation de la loi *stricto sensu*. La Cour restreint son contrôle au manque de base légale, hormis les cas où l'approche est menée *in abstracto*. Elle s'abstient d'apporter plus amples précisions sur l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant²²⁵⁸. La notion demeure soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le même constat peut être mené pour l'interprétation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

b) L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme

811. La Cour de cassation est compétente pour statuer sur le moyen dénonçant une atteinte à l'un des droits ou à l'une des libertés consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme. Le principe de subsidiarité, édicté par l'instrument, érige le juge national en garant du texte conventionnel. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut en effet être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Aussi la réalité de la violation alléguée est-elle d'abord soumise au contrôle des magistrats français. Interprète privilégiée de la convention, la Cour de cassation exerce

²²⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, préc.

son contrôle sur ces décisions, comme sur l'une d'elles refusant une demande de partage²²⁵⁹. Un homme revendiquait sa vocation successorale à l'égard d'une femme désignée comme sa mère dans son acte de naissance mais les juges du fond estimèrent que sa filiation maternelle n'était pas légalement établie. Il se pourvut en cassation, dénonçant une atteinte au principe de non-discrimination et au respect dû à sa vie privée. La Cour conclut à la violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme car la mention du nom de la mère dans l'acte d'état civil suffisait à établir cette filiation. Procédant à l'interprétation des dispositions conventionnelles invoquées par l'auteur du pourvoi, la Cour de cassation statua sous ce seul visa.

812. La cassation peut intervenir pour violation d'une norme européenne directement applicable, mais son interprétation n'obéit pas aux mêmes règles que celles gouvernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. L'influence de la jurisprudence européenne sur le raisonnement mis en œuvre dans l'ordre juridique national opère à un double niveau²²⁶⁰. Ce constat a incité Monsieur Canivet à dénoncer l'instauration d'un « *monisme relatif* »²²⁶¹, facteur de complication de la technique de cassation. En effet, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme bénéficient d'une autorité de chose jugée. La condamnation de la France pour violation d'une disposition conventionnelle a des conséquences sur la jurisprudence de la Cour de cassation²²⁶², comme en matière de transsexualisme²²⁶³ ou de transcription dans les registres français d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger en exécution d'une convention de gestation pour autrui²²⁶⁴. L'autorité de chose interprétée des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme provoque un débat plus marqué. Elle n'est pas toujours admise par la Cour de cassation, comme le démontre un arrêt antérieur à la réforme du droit des successions²²⁶⁵. Depuis l'arrêt *Marckx contre Belgique*²²⁶⁶, la vocation successorale est considérée comme touchant à la vie familiale. En jugeant que

²²⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2010, préc.

²²⁶⁰ CESDH, art. 34.

²²⁶¹ CANIVET, G., *op. cit.*

²²⁶² CESDH, art. 46.1.

²²⁶³ Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, préc.

²²⁶⁴ CEDH, 26 juin 2014, préc.

²²⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1996, n° 94-14.858, *Bull. civ. I*, n° 268.

²²⁶⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/7. Voir : SUDRE, F., MRGUENAUD, J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A., GONZALEZ, G., MILANO, L. et SURREL, H., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd., 2015, p. 570.

« *la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale* », la Cour de cassation nia ouvertement la jurisprudence européenne relative à la notion de vie privée et familiale et à la condamnation de toute discrimination sur ce fondement. Pourtant, la solution de la Cour européenne des droits de l'homme était dépourvue d'ambiguïté sur ce point²²⁶⁷. Elle condamna d'ailleurs la France pour la décision rendue par la Cour de cassation²²⁶⁸, en se fondant sur l'article 1^{er} du Protocole n° 1 relatif aux biens, et sur l'article 14 de la convention. Cette sanction aurait pu être évitée si la Cour de cassation avait davantage pris en considération l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme.

813. En s'abstenant de respecter l'interprétation des juges de Strasbourg dans des arrêts condamnant d'autres Etats parties, la Cour de cassation expose ses décisions à un risque considérable. Aucune contrainte n'est cependant imposée par les textes. La Cour semble avoir récemment pris conscience de cette nécessité qui participe d'une logique préventive indispensable²²⁶⁹. Dans trois arrêts rendus par l'Assemblée plénière²²⁷⁰, elle jugea que « *les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* ». Qualifiées de « *révolutionnaires* »²²⁷¹, ces décisions consacrent l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme en tant qu'interprète de la convention. Bien qu'ayant trait à la matière pénale, elles conduisent « *la Convention EDH telle qu'interprétée par les arrêts de la Cour EDH à dominer l'ensemble du paysage normatif* »²²⁷². Le bouleversement provoqué par l'Assemblée plénière retient l'attention²²⁷³, d'autant que des décisions ultérieures ont été rendues depuis par la

²²⁶⁷ DRZEMCZEWSKI, A., *Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg*, in *Mél. Jean-Paul Costa, op. cit.*, p. 244.

²²⁶⁸ CEDH, 1^{er} fév. 2000, préc.

²²⁶⁹ Comme le souligne Monsieur Costa, « *il n'est plus acceptable qu'un Etat ne tire pas, le plus tôt possible, les conséquences d'un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre Etat lorsque son ordre juridique comporte le même problème* » - Mémoire du président de la Cour européenne des droits de l'homme, du 3 juil. 2009, aux Etats en vue de la conférence d'Interlaken (cité par DRZEMCZEWSKI, A., *op. cit.*, p. 247).

²²⁷⁰ Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 ; *RTD Civ.* 2011. 725, obs. MARGUENAUD.

²²⁷¹ MARGUENAUD, J.-P., art. préc.

²²⁷² *Ibid.*

²²⁷³ Désormais, « *face à une difficulté donnée, le plus important n'est pas de savoir ce qu'en dit la loi votée par les représentants du peuple souverain, mais de s'assurer qu'un arrêt de la CEDH prononcé à*

première chambre civile. Ainsi, la Cour se fonda l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour conclure à l'existence d'une atteinte à la vie privée et familiale suite à l'annulation d'un mariage incestueux²²⁷⁴. En l'espèce, le principe de subsidiarité sembla justifier la solution, la Cour de cassation étant tenue de garantir aux justiciables l'effectivité des droits que leur garantit l'instrument conventionnel. La nécessité de le renforcer a été rappelée lors de la dernière audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation²²⁷⁵. De même, le revirement de jurisprudence relatif à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger suite à une convention de gestation pour autrui fut décidé au visa de l'article 8 de la convention, révélant la prise en considération des solutions retenues par la Cour de Strasbourg dans les affaires *Menesson* et *Labassée*²²⁷⁶. Des groupes de travail ont d'ailleurs été mis en place afin de réfléchir aux rapports que devront entretenir à l'avenir ces deux ordres de juridictions²²⁷⁷.

814. A la fois garante de l'application des instruments conventionnels et première interprète des droits et libertés qu'ils consacrent, la Cour de cassation contrôle la conformité des décisions à la Convention de New York et la Convention européenne des droits de l'homme. L'assimilation de ces instruments aux règles juridiques dont elle assure le respect est le fruit d'une évolution perpétuelle. L'importance de ces dispositions en droit de la famille aurait pu compliquer la mission dévolue à la Cour, mais la multiplication des sources du contrôle révèle surtout ses remarquables facultés d'adaptation. Il en va de même à l'égard du développement des sources du droit de la famille dans le droit de l'Union européenne.

l'encontre de l'un quelconque des quarante-sept états membres du Conseil de l'Europe ne l'a pas tranchée, de manière bien établie, dans un sens différent ; et, en cas de réponse affirmative, d'appliquer la solution européenne sans attendre que le législateur veuille bien se donner la peine de l'adopter » - JESTAZ, P., MARGUENAUD, J.-P et JAMIN, C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014.2061.

²²⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, préc.

²²⁷⁵ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014*, préc.

²²⁷⁶ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

²²⁷⁷ LOUVEL, B., « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015.1326.

§2. La Cour de cassation confrontée au droit de l'Union européenne

815. Poursuivant à son origine un but purement économique, l'Union européenne n'était pas censée rencontrer le droit de la famille. Or la création d'un espace permettant la libre circulation des biens et des personnes a fait apparaître des aspects nouveaux, tels que le droit au regroupement familial au profit des travailleurs européens. Un glissement inéluctable vers une européanisation du droit de la famille fut observé²²⁷⁸ et le droit de l'Union européenne interfère avec le droit interne (A). La Cour de cassation ne peut ignorer cette incursion parmi les instruments de son contrôle, d'autant que l'application et l'interprétation de ces textes obéissent à des impératifs particuliers (B).

A. L'européanisation du droit de la famille

816. En permettant la libre circulation des travailleurs en son sein, l'Union européenne s'est rapidement trouvée confrontée à un indéniable corollaire²²⁷⁹. L'exercice de ce droit devait être envisagé sous réserve d'un possible regroupement familial, concomitant ou ultérieur²²⁸⁰. Le droit de l'Union européenne, primaire (1) et dérivé (2), ne peut exclure totalement le droit de la famille de son champ d'action.

1) Les normes du droit primaire de l'Union européenne relatives au droit de la famille

817. L'évolution, initiée par le développement du droit communautaire économique et social, a franchi une étape lors de l'adoption du Traité de Maastricht²²⁸¹. La notion de citoyenneté européenne fut introduite²²⁸². Accordé à toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre, le statut de citoyen européen se juxtapose à la condition nationale²²⁸³. Il permet une protection accrue des droits associés, tel le principe de libre

²²⁷⁸ GAUDEMET-TALLON, H., *La famille face au droit communautaire*, 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 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, LERADP, de l'Université de Lille II, MEULDERS-KLEIN, M.-T. et DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (dir.), LGDJ, 1996, p. 85.

²²⁷⁹ NOURISSAT, C., « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2003. 2450.

²²⁸⁰ RAMET, S., *Le droit communautaire et la famille*, th. Paris, 2001, p. 23, n° 33.

²²⁸¹ Traité sur l'Union européenne, signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

²²⁸² BERGE, J.-S. et OMARJEE, I., « L'avenir du droit européen : le droit de la famille », *LPA*, n° 221, 6 nov. 2006, p. 13.

²²⁸³ TUE, art. 9 et TFUE, art. 20.

circulation. Le droit européen s'est encore engagé plus avant dans cette voie à l'occasion de la signature du traité d'Amsterdam²²⁸⁴. L'instrument avait pour objectif la création d'un espace de sécurité, de liberté et de justice sur le territoire de l'Union. Les Etats membres ont été incités à développer une coopération renforcée. Divers textes furent édictés à ces fins, dont certains concernent directement le droit de la famille, comme le règlement Bruxelles 2 bis²²⁸⁵ qui vise à harmoniser les règles de compétence juridictionnelles et la reconnaissance des décisions de justice en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ou le règlement Rome 3 relatif à la loi applicable en matière de divorce²²⁸⁶.

818. Puis la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²²⁸⁷ révéla la transfiguration d'une communauté économique en une union de valeurs, soucieuse des questions familiales²²⁸⁸. Par exemple, l'article 9 énonce le droit pour toute personne de se marier et de fonder une famille, « *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». Le respect de la vie privée des citoyens européens est également consacré²²⁸⁹, ainsi que le principe d'égalité entre hommes et femmes²²⁹⁰, ou encore des droits au profit de l'enfant²²⁹¹. De manière plus générale, la Charte proclame que « *la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social* »²²⁹².

819. Les difficultés rencontrées lors des consultations populaires aux fins de ratification du Traité constitutif européen avaient différé l'entrée en vigueur de ce texte fondateur. De plus, la Cour de cassation dénia tout effet direct à la charte²²⁹³. Saisie d'un pourvoi à l'encontre de l'annulation d'un mariage entre personnes de même sexe, elle se prononça sur le moyen dénonçant une atteinte aux droits protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La solution fut explicite : l'instrument n'avait pas

²²⁸⁴ Traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

²²⁸⁵ Règl. (CE) n° 2201/2003, préc.

²²⁸⁶ Règl. (UE) n° 1259/2010, préc.

²²⁸⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, préc.

²²⁸⁸ CLERGERIE, J.-L., GRUBER, A. et RAMBAUD, P., *L'Union européenne*, Dalloz, 10^è éd., 2014, p. 100 et s., n° 142 et s.

²²⁸⁹ Charte, art. 7.

²²⁹⁰ Charte, art. 23.

²²⁹¹ Charte., art. 24.

²²⁹² Charte, art. 33.

²²⁹³ Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, préc.

valeur contraignante en droit français²²⁹⁴. Depuis, le traité de Lisbonne a conféré force obligatoire à la Charte des droits fondamentaux²²⁹⁵. La chambre sociale intègre à présent la Charte parmi les sources de son contrôle²²⁹⁶, n'hésitant pas à soulever d'office un moyen tiré de sa violation²²⁹⁷. Mais pour l'heure, les chambres civiles appliquent rarement l'instrument²²⁹⁸, notamment en raison de son entrée en vigueur récente. En outre, une certaine redondance a pu être dénoncée entre les droits proclamés par la charte et ceux consacrés par certaines conventions internationales²²⁹⁹. Pourtant, les termes employés dans la charte sont parfois plus larges. Le droit au mariage n'est pas subordonné à une quelconque distinction de sexe entre les époux, par exemple. Les moyens de cassation soulevés par les parties sont toutefois davantage fondés sur le droit interne ou la Convention européenne des droits de l'homme que sur la Charte européenne des droits fondamentaux. Un dernier écueil est de nature à entraver l'intégration de la charte à la technique de cassation. Le texte n'est applicable qu'aux actes pris par les Etats lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union²³⁰⁰, comme le précisent les *Explications* qui l'accompagnent. Or le droit de l'Union, primaire ou dérivé, n'a pas vocation à régir la famille, domaine de compétence réservé aux Etats membres. Par conséquent, il est peu probable que la charte parvienne à trouver une place équivalente à celle occupée par la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de cassation, tout au moins dans un proche avenir.

820. L'impact du droit primaire de l'Union européenne sur la technique de cassation n'est guère conséquent, mais l'objectif de coopération judiciaire renforcée a provoqué des bouleversements indéniables. L'intégration des normes communautaires de droit dérivé aux instruments du contrôle mené en droit de la famille le démontre.

²²⁹⁴ *Ibid.*

²²⁹⁵ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité constituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007.

²²⁹⁶ Cass. Soc, 17 mai 2011, n° 10-12.852, *Bull. civ.* V, n° 108.

²²⁹⁷ *Ibid.* Voir aussi : Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Bull. civ.* V, n° 181.

²²⁹⁸ CASSIA, P. et VON COESTER, S., « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G.* 2013. 503.

²²⁹⁹ En effet, « la charte ne fait en principe que « codifier » les droits qui résultent de l'acquis communautaire, des traditions constitutionnelles, des obligations internationales et communes aux Etats membres, de la Convention EDH et des Chartes sociales » - *ibid.*

²³⁰⁰ CASSIA, P. et VON COESTER, S., art. préc.

2) Le droit dérivé de l'Union européenne devant la Cour de cassation

821. La Charte des droits fondamentaux n'est pas le seul instrument récent révélant l'influence du droit de l'Union européenne sur les règles applicables lors d'instances à caractère familial. Divers textes y concourent, dont la directive 2004/38/CE qui prend appui sur l'article 18 du Traité CE relatif aux droits de libre circulation et de libre séjour sur le territoire des Etats membres au profit des citoyens européens et de leur famille. Le critère du droit au regroupement familial n'est plus lié à la seule activité économique de l'agent, mais à sa citoyenneté européenne²³⁰¹. Surtout, la directive a permis à la Cour de Justice d'appréhender la notion de famille dans le silence des textes²³⁰².

822. Les règlements Bruxelles 2 bis²³⁰³ et Rome 3²³⁰⁴ illustrent également le phénomène, tout comme le règlement relatif aux obligations alimentaires du 18 décembre 2008²³⁰⁵. Ces textes ont vocation à instaurer des règles communes en matière de coopération judiciaire entre Etats membres, comme l'autorise l'article 81 du Traité de Lisbonne²³⁰⁶. Le choix du vecteur réglementaire n'est pas anodin, puisque les règlements ont la particularité d'être directement invocables dans tout Etat membre²³⁰⁷. Ces instruments de droit dérivé démontrent l'intérêt croissant de l'Union pour ces questions, alors même que le droit de la famille demeure théoriquement soumis à la compétence souveraine des Etats. Les prémices d'un droit privé communautaire de la famille apparaissent au grand jour. La Cour de cassation n'ignore pas cette évolution. Conformément aux principes fondateurs de l'Union et comme l'y invite la Constitution

²³⁰¹ CANDELA SORIANO, M. et CHENEVIÈRE, C., « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH*, n° 64, 2005, p. 924.

²³⁰² Saisie d'un litige relatif au nom porté par des enfants disposant de la double nationalité hispanico-belge, la Cour de Justice a par exemple eu l'occasion de préciser que « *la filiation ne saurait être nécessairement appréciée dans la vie sociale d'un Etat à l'aune du seul système applicable aux ressortissants de ce dernier Etat* ». La juridiction communautaire rappelle la citoyenneté européenne dont bénéficient ces enfants. Elle en déduit leur droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité, au regard des règles régissant leur nom de famille. Voir : CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello c/ Belgique*, aff. C-148/02, KARPENSCHIF, M. et NOURISSAT, C., *op. cit.*, p. 333, n° 70.

²³⁰³ Règl. (CE) n° 2201/2003, préc.

²³⁰⁴ Règl. (UE) n° 1259/2010, préc.

²³⁰⁵ Règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

²³⁰⁶ PAULINO PEREIRA, F. « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne », *RCDIP*, 2010, p. 1.

²³⁰⁷ TFUE, art. 288 al. 2.

de 1958²³⁰⁸, elle applique les textes de droit communautaire primaire et dérivé. Cette tâche est ardue. Contrairement aux pouvoirs dont elle dispose à l'égard des règles de droit international²³⁰⁹, la Cour n'est pas l'interprète privilégié du droit communautaire. En ce domaine, la technique de cassation est influencée par la Cour de justice de l'Union européenne.

B. L'application et l'interprétation du droit de l'Union européenne

823. L'effet direct produit par les dispositions de droit communautaire dérivé ne suscite aucun doute. Les règles intéressant le droit de la famille n'échappent pas au constat (1). Leur application est néanmoins susceptible d'être entravée lorsque leur interprétation prête à discussion (2).

1) L'effet direct des dispositions du droit de l'Union européenne en droit de la famille

824. Les modalités d'application et d'interprétation des normes de droit communautaire n'ont pas été expressément consacrées par les traités instituant la Communauté, puis l'Union européenne. Face à ce silence, la Cour de justice de l'Union européenne dégagait deux principes essentiels. Dans un arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963, elle précisa que « *le droit communautaire, indépendant des législations des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* »²³¹⁰. Cet effet direct permet aux citoyens des Etats membres de se prévaloir du droit communautaire, à un double niveau, vertical et horizontal. Les dispositions relatives au droit de la famille obéissent à ces règles d'origine jurisprudentielle. Le principe est cependant dépourvu de portée générale. L'effet direct opère selon la nomenclature de la règle visée. Si le règlement en bénéficie en toutes circonstances, ce n'est pas forcément le cas des directives communautaires. Le juge national veille au respect des injonctions

²³⁰⁸ Const. 4 octobre 1958, art. 88-1.

²³⁰⁹ Voir n° 804 et s.

²³¹⁰ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gen Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 1-58, KARPENSCHIF, M. et NOURISSAT, C., *op. cit.* p. 9, n° 1.

communautaires, que la partie à l'instance invoque un règlement obligatoire dans tous ses éléments ou l'esprit d'une directive non transposée.

825. Ce contrôle peut aussi conduire à écarter une norme nationale contraire à la règle communautaire. La Cour de justice jugea, dans un arrêt *Costa contre Enel* de 1964, que le droit communautaire « ne pourrait (...) se voir opposer un texte interne quel qu'il soit »²³¹¹. Par conséquent, le juge national est dans l'impossibilité de tenir compte du droit national contraire, antérieur ou postérieur à la norme communautaire qu'il est chargé d'appliquer. L'article 55 de la Constitution de 1958 rappelle ce principe de primauté. Sa portée fut précisée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Jacques Vabre*²³¹². Les règles gouvernant l'application du droit communautaire par les juridictions de l'ordre interne présentent à cet égard des similitudes avec celles régissant les normes supranationales. Une différence majeure subsiste néanmoins : le juge national n'est pas l'interprète privilégié du droit de l'Union européenne.

2) L'interprétation du droit de l'Union européenne

826. L'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne attribue à la Cour de Luxembourg une compétence exclusive pour interpréter les normes du droit de l'Union européenne. Confrontée à une telle difficulté, la Cour de cassation doit poser une question préjudicielle. Elle ne dispose pas d'une marge de manoeuvre identique à celle des juges du fond, sauf à user de la théorie de l'acte clair. Puisque ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne²³¹³, la procédure instituée par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'impose²³¹⁴. La Cour de justice admet toutefois trois exceptions à cette obligation. Le renvoi préjudiciel n'est pas impératif lorsque la réponse à la question n'exerce aucune influence sur l'issue du litige, en cas d'identité matérielle avec un problème déjà résolu, ou encore en l'absence de doute raisonnable sur l'interprétation

²³¹¹ CJCE, *Costa contre ENEL*, 15 juil. 1964, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141, KARPENSCHIF, M. et NOURISSAT, C., *op. cit.*, p. 18, n° 3.

²³¹² Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. ch. mixtes*, n° 4. Voir : ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 55-56, p. 517.

²³¹³ CLERGERIE, J.-L., GRUBER, A. et RAMBAUD, P., *op. cit.*, p. 183, n° 218.

²³¹⁴ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 14 avril 1982, n° 81-10.386, *Bull. civ.* I, n° 126 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2008, n° 07-11.648, *Bull. civ.* I, n° 108.

sujette à débat²³¹⁵. En dehors de ces hypothèses particulières, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un recours préjudiciel. Elle ne peut tirer parti des spécificités de la matière en invoquant la nécessité d'une réponse rapide, par exemple. En effet, une procédure urgente est prévue par les textes instituant la Cour de Justice de l'Union européenne²³¹⁶. Cette voie dérogatoire est utilisée lorsque la question préjudicielle a trait au droit de la famille²³¹⁷.

827. Ce dialogue des juges est pertinent. Au-delà de la nécessaire unité d'interprétation du droit de l'Union européenne, l'obligation de s'en remettre à la Cour de justice lui permet d'exercer un contrôle sur l'activité des juridictions des Etats membres²³¹⁸. Sa compétence interprétative exclusive lui permet d'influer indirectement sur le droit de la famille. Diverses notions furent ainsi précisées, telles que l'appartenance des mesures d'assistance éducative à la matière civile²³¹⁹ ou les modalités de la reconnaissance des décisions provisoires relatives à l'exercice de l'autorité parentale²³²⁰. L'auteur de la question préjudicielle est contraint de s'incliner devant la réponse obtenue²³²¹. De plus, la Cour de justice encourage les juges nationaux à retenir sa définition des notions autonomes du droit communautaire²³²². La Cour de cassation respecte cette volonté, que le problème porte sur une question de procédure ou sur le fond du litige familial. Par exemple, elle retient une approche communautaire de la litispendance, au détriment de celle précisée par le Code de procédure civile²³²³. La solution révèle la primauté des définitions communautaires sur certains concepts pourtant connus du droit français.

828. La Cour de cassation admet également l'existence de notions autonomes du droit communautaire touchant au fond du droit. Toutefois, en retenant que « *la*

²³¹⁵ GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *op. cit.*, p. 1055, n° 1550.

²³¹⁶ Art. 23 bis du statut de la CJUE et 104 ter du règlement de procédure de la CJUE.

²³¹⁷ Voir par ex. : CJUE, 11 juil. 2008, aff. C-195/08, *Rinau* ; 23 déc. 2009, aff. C-403/09, *Deticek* ; 1^{er} juil. 2010, aff. C-211/10, *Povse* ; 5 oct. 2010, aff. C-400/10, *MCB* ; 22 déc. 2010, aff. C-491/10, *Aguirre Zarraga* ; 22 déc. 2010, aff. C-497/10, *Mercredi* ; 26 avr. 2010, aff. C-92/12, *Health Service Executive*.

²³¹⁸ CLERGERIE, J.-L., GRUBER, A. et RAMBAUD, P., *op. cit.*, n° 218 et s.

²³¹⁹ HAUSER, J., « Assistance éducative : tentative de contribution du droit européen à la définition de certaines notions », note sous arrêt, CJCE, 2 avr. 2009, *RTD Civ.* 2009. 714.

²³²⁰ EPPLER, M., note sous arrêt, CJUE, 15 juil. 2010, n° C-256/09, *Vallés Perez*, *Gaz. Pal.*, 11 nov. 2010, p. 36.

²³²¹ CJCE, 8 fév. 1990, *Staatsecretaris van Financiën c/ Shipping and Forwarding Enterprise Safe*.

²³²² Ord. 5 mars 1986, *Wunsche*, aff. 69/85.

²³²³ Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2005, n° 01-13.447, *Bull. civ.* I, n° 465.

résidence habituelle, (...) se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts » dans une affaire relative à la séparation d'un couple, elle prit une initiative singulière²³²⁴. S'abstenant de poser une question préjudicielle²³²⁵, elle transposa la définition de la résidence habituelle retenue en d'autres domaines²³²⁶, pour appliquer le règlement Bruxelles 2 bis. Depuis, la Cour de justice apporta des précisions²³²⁷. La résidence habituelle du mineur est le « *lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial* ». Dans le cadre de l'article 8 du règlement Bruxelles 2 bis, la résidence habituelle du mineur répond à une finalité protectrice. Sa détermination suppose d'avoir recours à la technique du faisceau d'indices. Parmi les éléments pris en considération figurent « *la durée, la régularité et les conditions du séjour sur le territoire d'un Etat membre et du déménagement de la famille dans cet Etat, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit Etat* »²³²⁸. Cette définition concrète est distincte de celle retenue par la Cour de cassation en matière maritale²³²⁹. Or la prééminence de l'approche supranationale doit être respectée, dès lors qu'un instrument communautaire est applicable à la cause, ce que la Cour a admis depuis, notamment concernant la résidence habituelle du mineur²³³⁰. Mais le hiatus existant entre la tentative de définition ébauchée par la Cour de cassation et la réponse apportée par la Cour de justice révèle les difficultés générées par la coexistence des ordres normatifs. En effet, la logique inhérente aux instruments communautaires de droit international privé tend parfois à s'éloigner des conceptions internes. Le règlement Rome 3, qui offre aux

²³²⁴ FARGE, M., « Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? », *Dr. fam.* 2006, n° 3, étude 17.

²³²⁵ *Ibid.*

²³²⁶ MEYZEAUD-GARAUD, M.-C., « La Cour de cassation reprend la définition communautaire de la résidence habituelle de la CJCE », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2005, n° 05-10.951, *RJPF*, n° 4, avril 2006, p. 14.

²³²⁷ CJUE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, *AJ fam.* 2009.294, note BOICHE ; *RTD Civ.* 2009.714, obs. HAUSER.

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ GALLANT, E., « De la résidence habituelle au regard des règles de compétence posées par le règlement « Bruxelles II bis » », *RCDIP* 2009.791.

²³³⁰ Voir n° 847.

époux un choix pour la loi applicable à leur divorce²³³¹, laisse aussi entrevoir les problèmes à venir.

829. Même si le droit de la famille relève encore de la souveraineté des Etats membres de l'Union, le phénomène de communautarisation qui l'affecte exerce une incidence sur la technique de cassation²³³². Ces textes, et l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice de l'Union européenne, symbolisent l'incursion du droit européen en cette matière. Leur finalité première consiste à apporter une solution adéquate aux instances à caractère familial présentant un élément d'extranéité. En tant que tels, ces instruments ont vocation à être appliqués par la Cour de cassation. Ils obligent à s'intéresser subséquemment à la loi étrangère désignée par la règle communautaire désignée, ou par la règle de conflits de lois opportune le cas échéant.

II. La Cour de cassation confrontée au droit applicable aux litiges familiaux comportant un élément d'extranéité

830. Au développement des sources supranationales du droit de la famille, s'ajoute un mouvement d'internationalisation des cellules familiales. La mobilité des membres de la famille favorise l'incursion d'éléments d'extranéité dans les litiges. Les décisions prises en ces situations ne sauraient pour autant échapper aux vérifications menées par la Cour de cassation. La technique de cassation revêt des spécificités en droit international privé de la famille, que le problème soulevé par le pourvoi ait trait à un conflit de juridictions ou à l'accueil d'un jugement étranger (§1), ou encore à un conflit de lois (§2).

²³³¹ Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 5. Ce règlement n'est cependant pas applicable dans tous les Etats membres de l'Union. La Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumaine et la Slovénie ont manifesté leur « *intention d'instaurer une coopération renforcée dans le domaine applicable en matière matrimoniale* » (§6). La Lituanie étant également devenue partie au Règlement Rome 3, celui-ci est dorénavant appliqué dans quinze Etats membres de l'Union européenne.

²³³² HAUSER, J., « Assistance éducative : tentative de contribution du droit européen à la définition de certaines notions », note sous arrêt, CJCE, 3^e ch., 2 avr. 2009, *RTD Civ.* 2009.714.

§1. La Cour de cassation, la compétence du juge et l'accueil des jugements étrangers en droit de la famille

831. Au-delà des questions relatives à la compétence internationale directe des juridictions (A), la Cour de cassation s'intéresse aux conditions permettant l'accueil d'une décision rendue par une autorité étrangère (B).

A. La jurisprudence relative aux conflits de compétences juridictionnelles en droit international privé de la famille

832. Avant d'aborder le fond du problème rencontré par la famille binationale, il importe de vérifier la compétence juridictionnelle. Divers instruments, édictés à l'échelon national ou supranational, précisent les règles applicables. La désignation du juge peut tout d'abord résulter d'un traité ou d'une convention internationale attributifs de compétence (1). Les règles sont directes²³³³ et présentent aussi un caractère impératif, puisqu'elles priment sur le droit international privé interne. En l'absence de textes supranationaux, la Cour de cassation contrôle ensuite la compétence juridictionnelle au regard des règles du for dont elle détermine la portée (2).

1) L'attribution de la compétence juridictionnelle internationale sur le fondement des instruments supranationaux

833. La détermination de la compétence juridictionnelle pour connaître de litiges présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité est essentielle, avant que le fond du problème rencontré par la famille puisse être abordé. De même, l'exception de litispendance internationale soulevée par l'une des parties doit trouver une réponse pour éviter le blocage du contentieux. A ces fins, la conformité de la décision critiquée aux textes de droit international (a) ou de droit communautaire (b) est vérifiée par la Cour de cassation.

²³³³ PAULINA PEREIRA, F., art. préc.

a) Les traités et conventions attributifs de compétence en droit international

834. De nombreux instruments ont vocation à résoudre les litiges relatifs à la compétence juridictionnelle internationale en matière familiale. La France est partie à de nombreuses conventions bilatérales²³³⁴. La Cour de cassation se fonde sur ces textes pour contrôler la conformité des décisions rendues par les juges du fond aux règles juridiques en vigueur, lorsque ceux-ci sont confrontés à des conflits de juridictions. Par exemple, elle décida qu'un mari pouvait valablement saisir la justice marocaine d'une action en divorce²³³⁵. En l'espèce, les deux époux étaient de nationalité marocaine. Aux termes de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981²³³⁶, les juridictions de l'Etat dont les époux avaient la nationalité étaient compétentes pour connaître de la dissolution de leur lien conjugal, peu importe l'endroit où se trouvait leur domicile²³³⁷. La même solution fut retenue pour une demande de divorce formée par un époux en Tunisie²³³⁸. Le mari avait intenté une action devant le juge étranger, tandis que son épouse avait saisi les juridictions françaises. Il avait soulevé une exception de litispendance. Elle fut écartée par les juges du fond. La cour d'appel conclut à l'incompétence du juge tunisien, le mari n'ayant pas sa résidence habituelle en Tunisie depuis un an à compter de l'introduction de la requête en divorce. Or la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972²³³⁹ envisageait la compétence des juridictions tunisiennes pour connaître du divorce lorsque les époux étaient de nationalité tunisienne²³⁴⁰, sans qu'elle soit subordonnée à l'existence d'une résidence habituelle du requérant en Tunisie²³⁴¹. Par conséquent, les juges du fond avaient ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoyait pas. Leur décision fut cassée. Ainsi, la Cour veille sur l'application et l'interprétation des instruments internationaux auxquels la

²³³⁴ Voir annexes.

²³³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, n° 10-14.760, *Bull. civ.* I, n° 34.

²³³⁶ Voir annexes.

²³³⁷ Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et la coopération judiciaire, art. 11.

²³³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2014, n° 13-26.548, *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2015, comm. 43, ABADIE.

²³³⁹ Voir annexes.

²³⁴⁰ Convention franco-tunisienne 28 juin 1972 relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires, art. 16.

²³⁴¹ Il s'agit là d'un critère alternatif de rattachement : les juridictions de l'Etat partie sont compétentes dès lors que le requérant a la nationalité de cet Etat et qu'il y a fixé sa résidence habituelle depuis au moins un an à compter de l'acte introductif de l'instance en divorce ou en séparation de corps.

France est partie. Elle les intègre aux sources de son contrôle, et constate leur violation par les juges du fond le cas échéant.

835. Outre les accords bilatéraux conclus avec des Etats tiers²³⁴², la France et l'Union européenne²³⁴³ sont parties à la Conférence de La Haye de droit international privé, dont les objectifs consistent notamment à unifier les règles étatiques de droit international privé. Il s'agit de l'un des finalités de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Elle détermine la compétence juridictionnelle en matière de responsabilité parentale, pour les litiges trouvant un rattachement hors de la sphère communautaire. Edictée en lieu et place de la Convention de 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, elle connut une lente évolution²³⁴⁴. Elle fut signée par la France le 1^{er} avril 2003 mais n'entra en vigueur que le 1^{er} février 2011²³⁴⁵, après sa ratification le 15 octobre 2010²³⁴⁶. Son applicabilité directe dans l'ordre juridique interne est désormais acquise.

836. L'article 1§2 de la Convention de La Haye de 1996 étend son champ d'application aux questions relatives à l'« *autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou tout autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant* ». Les juridictions de l'Etat de la résidence habituelle du mineur sont compétentes pour décider des mesures nécessaires à la protection de l'enfant ou de ses biens²³⁴⁷. Si elles considèrent que la compétence d'une juridiction d'un autre Etat est plus adaptée, elles peuvent lui demander d'accepter celle-ci, ou surseoir à statuer et inviter les parties

²³⁴² Voir annexes.

²³⁴³ REMY-CORLAY, P., « La Communauté européenne est partie à la Conférence de La Haye – par adhésion du 3 avril 2007. L'exercice de la compétence externe de la Communauté », *RTD Civ.* 2007. 746.

²³⁴⁴ DEVERS, A., « La Convention de La Haye de 1961 est morte, vive la Convention de La Haye de 1996 ! », *Gaz. Pal.*, 6-7 janv. 2012, p. 8.

²³⁴⁵ Décr. n° 2011-1572 du 18 novembre 2011 portant publication de la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants signée à La Haye le 19 octobre 1996, *JORF*, n° 0269, 20 nov. 2011, p. 19053.

²³⁴⁶ JEHL, J., « Responsabilité parentale : le long chemin de la Convention de La Haye », *JCP G*, n° 49, 5 déc. 2011, p. 2420.

²³⁴⁷ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 5.

à la saisir²³⁴⁸. Ces solutions ne sont toutefois envisageables que si le pays concerné n'est pas partie au règlement Bruxelles 2 bis. Dans le cas contraire, la réponse apportée au conflit de juridictions doit être fondée sur cet instrument. L'utilité du texte se manifeste donc seulement en dehors des frontières de l'Union européenne²³⁴⁹.

837. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser le champ d'application spatio-temporel de la convention. En l'espèce, une mère contestait la compétence du juge français au profit de l'ordre judiciaire suisse²³⁵⁰. La résidence habituelle du mineur avait été transférée sur le territoire helvétique peu de temps avant le début de l'instance. Le juge aux affaires familiales s'était reconnu compétent pour statuer sur les modalités du droit de visite du père. Devant la cour d'appel, la mère avait soulevé une exception d'incompétence territoriale. Les juges du fond refusèrent d'admettre l'argument. Le pourvoi leur reprochait de n'avoir pas retenu l'applicabilité directe de la Convention de La Haye de 1996. La Cour de cassation le rejeta. Une mesure avait été prise par le premier juge avant l'entrée en vigueur de l'instrument conventionnel, empêchant les parties de s'en prévaloir. La Cour rappela que « *la Convention ne s'applique aux mesures prises dans un Etat qu'après son entrée en vigueur* »²³⁵¹. Par conséquent, elle ne pouvait être invoquée.

838. A l'inverse, la Convention de La Haye de 1996 doit être appliquée quand les circonstances de l'espèce s'y prêtent. La Cour de cassation n'admet pas que les juges du fond s'y refusent. Un autre arrêt en atteste²³⁵². Les circonstances des deux espèces étaient proches. Un couple français s'était installé en Suisse. L'épouse avait saisi la justice française. Le juge aux affaires familiales avait reconnu sa compétence, fondée sur la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs. Les juges du fond avaient précisé que seule cette convention s'appliquait entre la France et la Confédération helvétique. La Cour de cassation constata cette motivation erronée. A la différence du cas précédent, aucune mesure n'avait été prise avant le 1^{er} février 2011. Par conséquent, la décision rendue par la cour d'appel fut cassée. La violation de la Convention de La Haye

²³⁴⁸ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 8.

²³⁴⁹ JEHL, J., art. préc.

²³⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, n° 11-24.388, *Bull. civ. I*, n° 45, *RCDIP* 2014.100, note BONNET.

²³⁵¹ *Ibid.*

²³⁵² Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, n° 11-28.025, *Bull. civ. I*, n° 46, *RCDIP* 2014.100, note BONNET.

de 1996, par refus d'application²³⁵³, conduisit à une fausse application²³⁵⁴ de la Convention de La Haye de 1961.

839. Le non-respect des dispositions internationales expose la décision à la cassation pour violation de la loi. Les traités et conventions dûment signés, ratifiés, et publiés, intègrent l'ordre juridique français. Lorsque le texte permet de résoudre un conflit de juridictions, il est nécessaire d'y recourir et la Cour veille à ce que les juges du fond appliquent l'instrument approprié. Elle procède de même à l'égard du droit dérivé de l'Union européenne. L'objectif de renforcement de la coopération judiciaire en matière civile permet l'adoption de règlements relatifs à la compétence internationale des juridictions²³⁵⁵, qui revêtent une grande importance en droit international privé de la famille.

b) La violation des règlements du droit de l'Union européenne attributifs de compétence juridictionnelle

840. L'Union européenne a édicté plusieurs textes intéressant au premier plan la compétence juridictionnelle internationale en droit de la famille. Le règlement du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires²³⁵⁶ illustre cette démarche. La Cour de cassation n'a guère eu l'occasion de contrôler la conformité des décisions rendues par les juges du fond à ces dispositions, du moins pour trancher un conflit de juridictions²³⁵⁷. Sa jurisprudence est bien plus abondante concernant le règlement Bruxelles 2 bis du 27 novembre 2003. « *Relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* », cet instrument permet la résolution de conflits de juridictions. Conformément aux principes gouvernant le droit de l'Union européenne, il est obligatoire

²³⁵³ Voir n° 668.

²³⁵⁴ Voir n° 670.

²³⁵⁵ Voir n° 822 et s.

²³⁵⁶ Règl. (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008. Voir : NORD, N., « Présentation du règlement « obligations alimentaires » », *AJ fam.*, n° 5, mai 2011, p. 238.

²³⁵⁷ Le règlement relatif aux obligations alimentaires a récemment été appliqué par la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2015, n° 14-17.880) mais le problème de droit soulevé par le pourvoi avait trait à la loi applicable et non à la compétence juridictionnelle.

dans tous ses éléments et directement applicable sur le territoire des Etats membres, à l'exception du Danemark²³⁵⁸. Il occupe aujourd'hui une place prépondérante en droit international privé de la famille. La Cour de cassation veille sur son application et sur son interprétation, dès lors que les circonstances de l'espèce justifient d'y avoir recours.

841. Entré en vigueur le 1^{er} mars 2005, le règlement Bruxelles 2 bis remplaça le règlement Bruxelles 2²³⁵⁹. « *Relatif à la compétence, la reconnaissance, l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité des enfants communs* », celui-ci ne fut appliqué qu'entre le 1^{er} mars 2001 et le 1^{er} mars 2005. La plupart des principes qu'il consacrait ont été maintenus dans le règlement Bruxelles 2 bis. La Cour a d'ailleurs pris la mesure de cette évolution « *à droit communautaire quasi constant* »²³⁶⁰. Elle substitua l'article 2 du règlement Bruxelles 2 à l'article 3 du règlement Bruxelles 2 bis dans un arrêt²³⁶¹ rendu par une cour d'appel, qui avait conclu à l'incompétence du juge français sur le fondement de l'article 3 du règlement Bruxelles 2 bis pour connaître d'une action en divorce intentée en 2002. Or ce texte ne s'appliquait qu'aux demandes en divorce introduites après le 1^{er} mars 2005. La décision était donc entachée d'une violation de l'article 2 du règlement Bruxelles 2. Cette erreur de visa n'empêcha pas le maintien de la décision critiquée, la Cour de cassation ayant procédé à la substitution qui s'imposait. En effet, l'article 3 du règlement Bruxelles 2 bis reprenait les règles précédemment édictées par l'article 2 du règlement Bruxelles 2.

842. Les champs matériels respectifs des règlements ne se confondent pourtant pas totalement. Le règlement Bruxelles 2 bis inclut les questions relatives à la responsabilité parentale, que les enfants soient ou non issus d'un couple marié. La notion est entendue de manière large. Selon l'article 2 du règlement, il s'agit de « *l'ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant* ». Les questions relatives à l'attribution

²³⁵⁸ Conformément aux dispositions du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas au règlement Bruxelles 2 bis et n'est pas lié par son application. Voir : Règl. (CE) n° 2201/2003, (31).

²³⁵⁹ Règlement (CE) n° 1347/2000 du 17 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs.

²³⁶⁰ FARGE, M., « L'apparition du droit judiciaire européen du divorce devant la Cour de cassation », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2005, p. 17.

²³⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2008, n° 07-20.248, *Gaz. Pal.*, 7-9 juin 2009, p. 36, note EPPLER.

de l'autorité parentale ou à ses modalités d'exercice entrent dans le champ d'application matériel du règlement, mais d'autres en sont expressément exclues²³⁶². Le « *dépeçage juridictionnel* »²³⁶³ persiste, particulièrement en matière maritale. Seules les instances ayant trait au principe du divorce et à ses effets personnels relèvent du règlement Bruxelles 2 bis. Celles portant sur la prestation compensatoire sont soumises au règlement relatif aux obligations alimentaires²³⁶⁴, tandis que la compétence juridictionnelle pour connaître de la liquidation du régime matrimonial des époux est régie par les règles de conflit de juridiction du for²³⁶⁵ puisque la Convention de La Haye du 14 mars 1978 n'est applicable qu'aux conflits de lois²³⁶⁶.

843. Malgré ces difficultés, la Cour de cassation s'est saisie de l'instrument. Elle impose aux juges du fond de vérifier leur compétence juridictionnelle au regard du règlement Bruxelles 2 bis. Aux termes de l'article 9 du règlement Bruxelles 2 et de l'article 17 du règlement Bruxelles 2 bis, « *la juridiction d'un Etat membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre Etat membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente* ». Dans un arrêt remarqué²³⁶⁷, la Cour rappela leurs obligations aux juridictions nationales. En l'espèce, deux français vivant en Islande avaient chacun engagé une procédure de divorce. La femme s'était adressée aux juges islandais. Le mari avait saisi un juge aux affaires familiales, excipant du privilège de juridiction énoncé par l'article 14 du Code civil. L'épouse souleva une exception d'incompétence, qui fut admise. Les juges du fond constatèrent la renonciation tacite du

²³⁶² Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 1.3.

²³⁶³ Selon la formule du professeur Jacques Foyer lors du colloque sur le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, 7 et 8 avr. 2005. Voir : NIBOYET, M.-L., « Office du juge : vérification et exercice de la compétence », *Dr. et patr.*, juin 2005, n° 138, p. 75.

²³⁶⁴ Règl. (CE) n° 4/2009, préc.

²³⁶⁵ Une proposition de règlement relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux a toutefois été présentée par le Conseil de l'Europe le 16 mars 2011. Voir : REVILLARD, M., « Proposition de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats », *LPA*, n° 133, 6 juil. 2011, p. 3 ; SICOT, G. et LETELLIER, H., « Les couples internationaux et le législateur de l'Union européenne : publication de deux nouvelles propositions de règlements », *Gaz. Pal.*, n° 218, 6 août 2011, p. 23.

²³⁶⁶ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Voir : DROZ, G., « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sr la loi applicable aux régimes matrimoniaux) », *RCDIP* 1992.431.

²³⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 févr. 2005, n° 02-20.409, *Bull. civ.* I, n° 89, *RCDIP* 2005.515, note PATAUD.

mari à son privilège de juridiction et le juge aux affaires familiales se déclara incompétent pour connaître du divorce. L'époux forma un pourvoi, accueilli par la Cour. La cassation ne fut pas prononcée sur le fondement de l'article 14 du Code civil, mais pour la violation du règlement Bruxelles 2. Les juges français étaient compétents, eu égard à la nationalité commune des époux. La cour d'appel ne pouvait pas admettre l'exception d'incompétence soulevée par l'épouse. La substitution de moyen entraîna la cassation de la décision critiquée. La Cour de cassation démontra son attachement à la primauté du droit communautaire sur les règles internes de compétence internationale. Elle occulta le grief tiré du privilège de juridiction du for énoncé par l'article 14 du Code civil. Ce faisant, elle obligea les juges du fond à retenir en priorité l'application du règlement, même lorsqu'ils concluent à la compétence des juridictions françaises²³⁶⁸. Le jeu des règles du for, exorbitantes, est désormais « paralysé »²³⁶⁹ toutes les fois que le règlement communautaire est applicable.

844. La possibilité de relever d'office un motif ou un moyen sur le fondement du règlement Bruxelles 2 bis ne suscite pas la discussion²³⁷⁰. Ce fut le cas dans un arrêt rendu par la première chambre civile²³⁷¹. Des époux, résidant en Tunisie, avaient chacun déposé une requête en divorce. Le mari, franco-tunisien, avait saisi la justice tunisienne. Sa femme, de nationalité française, s'était ensuite adressée à une juridiction française, qui s'était reconnue compétente au regard du domicile des époux situé en France. Le mari contestait cette décision. Selon lui, la compétence internationale était déterminée par la résidence de la famille au jour du dépôt de la requête, qu'il estimait établie en Tunisie malgré le retour de son épouse en France. Il reprochait aussi à la cour d'appel d'avoir écarté l'exception de litispendance qu'il avait soulevée au profit des juridictions tunisiennes. La Cour de cassation eut recours à une substitution de motifs pour rejeter le pourvoi. Elle souleva d'office l'article 2 du règlement Bruxelles 2, aux termes duquel les juridictions de l'Etat membre de la nationalité des époux sont compétentes pour connaître des questions relatives à leur divorce. Les époux étant tous deux de nationalité française,

²³⁶⁸ NIBOYET, M.-L., « Office du juge : vérification et exercice de la compétence », *Dr. et patr.*, n° 138, juin 2005, p. 75.

²³⁶⁹ FARGE, M., « L'apparition du droit judiciaire européen du divorce devant la Cour de cassation (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. et 22 févr. 2005) », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2005, p. 17.

²³⁷⁰ NIBOYET, M.-L., art. préc.

²³⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 2007, n° 06-15.381, *Bull. civ. I*, n° 157.

les juridictions françaises étaient bien compétentes. Par ce motif de pur droit, la Cour procéda au sauvetage de la décision critiquée. L'application de l'article 1070 du Code de procédure civile permit ensuite d'établir la compétence du tribunal de grande instance de Nanterre.

845. La portée de l'obligation faite au juge de fixer au besoin d'office sa compétence sur le règlement Bruxelles 2 bis est plus discutable. Il faut rappeler à cet égard que la Cour de cassation n'enjoint pas aux magistrats, « *sauf règles particulières* »²³⁷², de « *changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes* »²³⁷³ dont ils sont saisis. La constance de la solution dégagée à propos du règlement Bruxelles 2 incite à la réflexion²³⁷⁴. Au regard de l'attendu de principe dégagé par l'Assemblée plénière²³⁷⁵, il paraît envisageable de réserver le cas des règles de compétence édictées par l'instrument communautaire. Tenus de vérifier la présence d'éléments d'extranéité pour vérifier leur compétence, les juges du fond seraient contraints de relever d'office l'application du règlement Bruxelles 2 bis le cas échéant. Cette obligation peut être considérée comme résultant de la primauté du droit européen sur les règles de droit interne. La Cour de cassation favoriserait ainsi un réflexe communautaire. La justification de la solution pourrait aussi être trouvée au regard du champ d'application du règlement, qui touche à l'état des personnes. La Cour fait preuve d'une vigilance accrue en ce domaine, notamment lorsqu'elle vérifie la résolution des conflits de lois par les juges du fond²³⁷⁶. Quel que soit l'argument retenu, la solution est remarquable. La Cour assure l'application des règles de compétence directe édictées par les règlements Bruxelles 2 et Bruxelles 2 bis.

846. Outre la rigueur exigée pour le recours à l'instrument, la Cour de cassation vérifie la conformité des décisions rendues au contenu du règlement Bruxelles 2 bis. Pour ce faire, elle contrôle l'interprétation menée par les juges du fond confrontés au texte. Elle ne dispose cependant pas de la même latitude que face à une norme interne et doit poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne en cas de

²³⁷² Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, préc. Voir n° 763.

²³⁷³ *Ibid.*

²³⁷⁴ Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2006, n° 04-11.088, *Bull. civ. I*, n° 537 et 05-16.705, *Bull. civ. I*, n° 539, *D.* 2007.780, comm. MAHINGA.

²³⁷⁵ Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, préc.

²³⁷⁶ Voir n° 915 et s.

doute²³⁷⁷. Par exemple, la double nationalité des parties à l'instance fut à l'origine d'une difficulté d'interprétation liée au critère de rattachement à retenir. Des époux, de nationalité hongroise, avaient été naturalisés français. Le mari avait saisi les juridictions hongroises d'une requête en divorce. Il obtint le divorce, après que sa femme eut introduit une requête devant les juridictions françaises. Rendant un arrêt infirmatif, la cour d'appel estima recevable la demande de l'épouse. La compétence fut fondée sur la résidence du couple, située en France. Les juges du fond conclurent à l'impossibilité de reconnaître en France le jugement de divorce obtenu à l'étranger par le mari, qui se pourvut en cassation. Il reprochait aux juges du fond de n'avoir pas pris en considération la nationalité commune hongroise des époux pour apprécier la compétence du juge étranger et de s'être intéressés seulement au domicile du couple et à leur nationalité française. Confrontée à une difficulté d'interprétation qu'elle ne pouvait résoudre, la Cour de cassation demanda à la Cour de justice s'il était possible de faire prévaloir la nationalité du for en ces circonstances²³⁷⁸. En cas de réponse négative, le recours à la nationalité effective fut suggéré. A défaut, la Cour de cassation envisagea l'option susceptible d'être laissée aux parties disposant de la double nationalité. La Cour de Justice de l'Union européenne répondit que les époux pouvaient « *saisir, selon leur choix, la juridiction de l'Etat membre devant laquelle le litige sera porté* »²³⁷⁹. Elle rappela qu'il était impossible d'empêcher les justiciables de se prévaloir d'une autre nationalité que celle de l'Etat membre dont les juridictions étaient requises et écarta le critère de la nationalité effective. La Cour de cassation s'inclina devant cet avis²³⁸⁰. Elle cassa la décision critiquée, abandonnant la primauté de la nationalité du for.

847. Aux fins de contrôler l'application et l'interprétation du règlement Bruxelles 2 bis, les motifs retenus par les juges du fond revêtent une importance prépondérante, surtout lorsque l'établissement de la résidence habituelle des justiciables est en cause. Cette notion est au cœur du règlement. Elle permet de déterminer la

²³⁷⁷ Voir n° 826 et s.

²³⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 2008, n° 07-11.648, *Bull. civ. I*, n° 108, *Procédures*, n° 6, juin 2008, p. 16, note NOURISSAT.

²³⁷⁹ CJCE, 16 juil. 2010, *Hadadi*, aff. C-168/08, *D.2009.2106*, note EGEA ; *AJ fam.* 2009.348, note BOICHE.

²³⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2010, n° 07-11. 648, *RJPF*, n° 5, mai 2010, p. 20, obs. GARE ; *JCP G*, n° 25, 21 juin 2010, p. 1283, note BOULANGER.

juridiction compétente pour les actions portant sur le divorce et la séparation de corps²³⁸¹ et l'annulation du mariage, ainsi que celles ayant trait à la responsabilité parentale²³⁸². Par exemple, la Cour reprocha à une cour d'appel d'avoir avancé des motifs dubitatifs pour déterminer la résidence habituelle d'un couple²³⁸³. Les juges du fond pouvaient conclure à l'absence de résidence habituelle sur le territoire du for, à condition de justifier pleinement leur décision. En estimant que l'épouse semblait être allée s'installer en Belgique, ils avaient entaché leur décision d'incertitudes, d'où la cassation. La Cour est aussi confrontée à la notion de résidence habituelle du mineur, comme le démontre un arrêt²³⁸⁴. Un pourvoi avait été formé contre la décision par laquelle une cour d'appel avait débouté un père de sa demande de retour de l'enfant, fondée sur le règlement Bruxelles 2 bis et la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants²³⁸⁵. La détermination de la résidence habituelle de l'enfant était indispensable pour caractériser le déplacement illicite justifiant la demande de retour. Considérant seulement la durée du séjour de l'enfant en France, les juges du fond avaient situé là sa résidence habituelle. La Cour cassa leur décision. Elle rappela expressément la définition retenue par la Cour de justice de l'Union européenne²³⁸⁶. La résidence habituelle de l'enfant devait donc être appréciée selon l'ensemble des circonstances de fait de l'espèce. A ce titre, la volonté des parents de transférer la résidence de l'enfant et les décisions prises pour favoriser son intégration étaient prépondérants. L'élément intentionnel aurait dû être examiné. La Cour de cassation prend également en considération l'aspect matériel de la résidence habituelle. Elle semble en effet avoir conscience de l'écueil constitué par d'éventuelles confusions avec la résidence habituelle parentale et mène un contrôle approfondi sur les motifs avancés par les juges du fond, en s'intéressant au lieu de socialisation du mineur par exemple²³⁸⁷. Un arrêt de rejet fut ainsi rendu, au motif que les juges du fond pouvaient valablement fixer la résidence habituelle d'enfants au domicile

²³⁸¹ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 3.1.

²³⁸² Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 8.1.

²³⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2012, n° 11-26.302, *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, 2 au 5 janvier 2013, p. 27, note EPPLER.

²³⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 2015, n° 14-19.015, *AJ fam.* 2015.283, note BOICHE.

²³⁸⁵ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

²³⁸⁶ Voir n° 828.

²³⁸⁷ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012, n° 11-24.505, *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, 2 au 5 janvier 2013, p. 30, note EPPLER.

de leur mère en Allemagne puisqu'ils avaient constaté que les enfants y résidaient dans la durée et étaient intégrés à un environnement familial et social²³⁸⁸.

848. La Cour de cassation ne limite pas ses vérifications aux seuls refus d'application, fausse application ou lacune de motivation au regard du règlement Bruxelles 2 bis. Elle casse aussi les décisions contenant une fausse interprétation du texte, même lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas précisé sa position sur le point en question²³⁸⁹. Une requête en divorce avait été déposée en France. Elle concernait des époux français, le mari résidant au Portugal. Les juges du fond avaient estimé les juridictions françaises incompétentes. Ils avaient considéré que le for de la résidence habituelle prévalait sur celui de la nationalité. Dès lors, le rattachement à l'Etat portugais leur était apparu prépondérant. La Cour conclut à une fausse interprétation du règlement Bruxelles 2. Elle rappela la possibilité pour l'époux d'opter pour le tribunal de la nationalité commune, quel que soit le lieu de la résidence habituelle. Les critères édictés par les règlements Bruxelles 2 et Bruxelles 2 bis sont alternatifs et non hiérarchisés. La décision, entachée d'une violation de la loi, fut cassée.

849. Le respect du règlement Bruxelles 2 bis est assuré par la Cour de cassation. Elle use de la diversité des cas d'ouverture à cassation pour exercer un contrôle complet. Pourtant, l'instrument repose sur une conception opposée à celle du for. En admettant une pluralité de rattachements placés sur un pied d'égalité, le règlement Bruxelles 2 bis ne contrarie pas le recours au *forum shopping* traditionnellement condamné par le droit international privé français. Pour y pallier, la Cour se livre à une analyse approfondie²³⁹⁰. Elle soulève d'office les moyens qui découlent de l'instrument. Elle vérifie l'interprétation retenue par les juges du fond, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et selon son appréciation propre. De plus, elle module l'applicabilité spatiale et matérielle du règlement, précisant tantôt sa vocation intra-communautaire, tantôt sa portée universelle. L'ordonnancement des règles de conflits de juridictions est ainsi précisé. Le règlement Bruxelles 2 bis « *figure au sommet de la*

²³⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2015, n° 13-25.225, *AJ fam.* 2015.283, note BOICHE.

²³⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2008, n° 07-20.248, *Bull. civ.* I, n° 208, *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2009, p. 33, note FARGE.

²³⁹⁰ Voir n° 843 et s.

hiérarchie des règles de compétence internationale »²³⁹¹. Mais lorsqu'aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente sur ce fondement, le conflit est, dans chaque Etat, réglé par sa loi²³⁹².

2) La résolution des conflits de juridictions en droit international privé interne de la famille

850. En l'absence d'instruments supranationaux, les normes issues du droit interne apportent la réponse adéquate au conflit de juridictions. L'article 1070 du Code de procédure civile, interprété en ce sens par la Cour de cassation, peut déterminer la compétence internationale des juridictions familiales (a). Socles originaires du droit international privé, les privilèges de juridiction sont à présent considérés comme exorbitants par la Cour (b).

a) L'internationalisation des règles internes de compétence juridictionnelle par la Cour de cassation

851. Dans un arrêt *Pelassa* du 19 octobre 1959²³⁹³, la Cour de cassation affirma « *le principe qui étend à l'ordre international les règles françaises internes de compétence* »²³⁹⁴. La méthode consiste à déduire l'équivalent international des textes qui prévoient la répartition territoriale interne des compétences²³⁹⁵. Bien que l'assimilation des questions de compétence internationale aux conflits entre des juridictions nationales ne puisse être totale²³⁹⁶, la jurisprudence est constante depuis. Lorsque le critère de rattachement envisagé par ces règles est situé en France, la compétence des juridictions françaises peut être établie. A l'origine, la solution fut dégagée dans une affaire ayant trait à la responsabilité civile. Elle fut ensuite étendue à la compétence internationale des juridictions françaises pour connaître du divorce de deux époux allemands domiciliés sur

²³⁹¹ EPPLER, M., « Notion de résidence habituelle de l'enfant : le point sur les critères en droit international privé », *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, 2-5 jan. 2013, p. 29.

²³⁹² Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 7.1 et 14.

²³⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1959, *D.*1960.37, note HOLLEAUX.

²³⁹⁴ *Ibid.*

²³⁹⁵ MAYER, P. et HEUZE, V., *Droit international privé*, 2014, LGDJ, 11^e éd, p. 204, n° 293.

²³⁹⁶ Voir sur ce point : ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 37, p. 319.

le territoire français²³⁹⁷. Un sort identique fut réservé à la compétence du juge aux affaires familiales²³⁹⁸, qui connaît des questions afférentes aux régimes matrimoniaux et à la protection des couples, quel que soit leur mode de conjugalité²³⁹⁹. Il est également compétent pour les instances en divorce, en séparation de corps, et pour leurs conséquences²⁴⁰⁰. Il est en charge des actions liées à la fixation des obligations alimentaires et des contributions aux charges de famille, à l'exercice de l'autorité parentale, à la révision du montant de la prestation compensatoire et des modalités de son paiement²⁴⁰¹. Seules lui échappent les actions relatives à la filiation, à l'annulation du mariage, au retrait total ou partiel de l'autorité parentale et à l'assistance éducative. Elles relèvent pour les unes du tribunal de grande instance réuni en formation collégiale²⁴⁰², pour les autres du juge des enfants²⁴⁰³. L'article 1070 du Code de procédure civile détermine le rattachement territorial de la plupart des instances à caractère familial, dans l'ordre interne et en droit international privé, lorsqu'aucun instrument international n'est applicable.

852. Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est celui du lieu de résidence de la famille et dans le cas où les parents vivent séparément, celui du lieu de résidence du parent avec lequel se trouvent habituellement les enfants mineurs. En toutes autres situations, le magistrat du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure est compétent. La transposition de ce texte en droit international privé fut décidée par la Cour de cassation²⁴⁰⁴. Une suédoise résidant en Suède avec les enfants avait assigné en divorce son mari, de nationalité anglaise, devant le tribunal de grande instance de Nice, lieu de la dernière résidence commune et de la résidence actuelle de l'époux. Le juge s'était déclaré incompétent sur le fondement de l'article 5 du décret du 5 décembre

²³⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1962, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 37, p. 319 ; *D.* 1963.109, note HOLLEAUX.

²³⁹⁸ CPC, art. 1070.

²³⁹⁹ COJ, art. L.213-3. Voir aussi, pour l'internationalisation de la règle de compétence prévue par l'article 1070 CPC : Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1981, n° 79-10.693, *Bull. civ.* I, n° 11, *RCDIP* 1981.331, note GAUDEMET-TALLON ; Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 1985, *Simitch*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 70, p. 625 ; *RCDIP* 1986.694, note BATIFFOL.

²⁴⁰⁰ *Ibid.*

²⁴⁰¹ *Ibid.*

²⁴⁰² CPC, art. 1202 ; COJ, art. L.211-3.

²⁴⁰³ CPC, art. 1181.

²⁴⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1981, préc.

1975, selon lequel le juge du lieu où se trouve l'époux avec qui les enfants résident est compétent pour connaître de l'action en divorce lorsque les époux vivent séparément. La cour d'appel confirma l'incompétence du premier magistrat. L'épouse se pourvut en cassation. Elle reprochait aux juges du fond de n'avoir pas adapté la règle interne de compétence territoriale, en procédant à son internationalisation. La hiérarchisation des critères de rattachement, impérative en droit interne, n'avait pas selon elle vocation à être transposée dans l'ordre juridique international. Les exigences propres à la sphère internationale justifiaient la mise en concurrence des hypothèses visées par l'article internationalisé. Mais la Cour de cassation appliqua le principe de l'extension des règles de compétence territoriale à la compétence internationale dans sa stricte acception et en déduisit l'incompétence du juge français. Les critères énoncés par le Code de procédure civile sont toujours hiérarchisés, qu'ils tendent à trancher un conflit opposant les juridictions de l'ordre interne ou un conflit avec les juridictions étrangères. Les parties à l'instance ne disposent d'aucune option entre les trois possibilités envisagées par l'article 1070 du Code de procédure civile. Depuis, la Cour assure le respect des règles ordinaires de compétence internationale. Lors du divorce d'un franco-tunisien et de sa femme américaine, elle approuva les juges du fond d'avoir retenu la compétence du juge français. La résidence de la famille se trouvait dans l'Ain, donc les juridictions françaises étaient compétentes pour connaître de l'action intentée par l'épouse²⁴⁰⁵. La Cour de cassation rappela également le caractère impératif des chefs de compétence énoncés par l'article 1070 du Code de procédure civile et qui ne sont pas susceptibles de renonciation²⁴⁰⁶.

853. La prépondérance de cette règle de conflit est cependant moindre depuis l'entrée en vigueur successive des règlements Bruxelles 2 et Bruxelles 2 bis. A l'obligation pour le juge de fonder sa compétence sur le règlement, s'ajoute la proximité des critères retenus par ces textes. L'article 3 du règlement Bruxelles 2 bis retient la compétence des juridictions de l'actuelle résidence des époux, de leur dernière résidence si l'un d'eux l'occupe encore, la résidence habituelle du défendeur, ou, en cas de demande conjointe et sous conditions, la résidence habituelle du demandeur. Ces rattachements alternatifs fondent la compétence juridictionnelle pour les questions relatives au divorce,

²⁴⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, n° 03-10.420, *Bull. civ.* I, n° 312,

²⁴⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} avril 1981, *JDI*, 1981, p. 813, note ALEXANDRE.

à la séparation de corps et à l'annulation du mariage. En matière de responsabilité parentale, le règlement envisage la compétence des juridictions de la résidence habituelle du mineur ou de sa dernière résidence habituelle²⁴⁰⁷. A l'instar de l'article 1070 du Code de procédure civile, la résidence de la famille ou des parties est un rattachement prépondérant.

854. Les normes internes ne jouent donc plus qu'un rôle résiduel en la matière, puisqu'il est peu fréquent²⁴⁰⁸ que le règlement Bruxelles 2 bis ne donne pas la solution d'un conflit de juridiction. Dans ce cas, il renvoie expressément à la loi des Etats membres. Le recours aux règles internes de compétence internationale s'impose alors²⁴⁰⁹. La Cour assure leur respect, reprochant aux juges du fond tout refus d'application de ces textes. Elle procède également au relevé d'office de la règle de pur droit lorsque les circonstances de l'espèce l'y autorisent. Même si son utilité est moindre, l'article 1070 du Code de procédure civile sert encore à la détermination de la compétence juridictionnelle. Il ne permet cependant pas la résolution du problème posé en toutes circonstances. En ce cas, les privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil sont susceptibles de fonder la compétence des juridictions du for.

b) La place exorbitante assignée par la Cour de cassation aux privilèges de juridiction

855. Aux termes des articles 14 et 15 du Code civil, la nationalité des parties à l'instance est un critère permanent de rattachement aux juridictions du for. Le demandeur français peut attirer l'étranger en France, tandis que le défendeur français est susceptible d'être cité par un étranger devant un tribunal français. Ces privilèges de juridiction furent pendant longtemps la seule source de compétence des juridictions françaises²⁴¹⁰. Le développement des instruments supranationaux attributifs de compétence, ainsi que le

²⁴⁰⁷ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 8.1.

²⁴⁰⁸ GARE, T., « Quand la compétence résiduelle du juge français du divorce est fondée sur le privilège de nationalité de l'article 14 du Code civil », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 30 sept 2009, *RJPF*, n° 12, déc. 2009, p. 20.

²⁴⁰⁹ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 7.

²⁴¹⁰ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p.212, n° 303.

droit commun interne de la compétence internationale, les ont relégués à un rang subalterne.

856. Certes, les articles 14 et 15 du Code civil conservent une portée générale qui autorise leur invocation en droit de la famille. Bien que la formulation employée par le législateur vise les actions relatives « *aux obligations contractées* » par les parties, la jurisprudence retient une approche extensive de la notion²⁴¹¹. Le recours à ces dispositions est cependant inopportun lorsque la compétence des juridictions françaises est justifiée par l'application des règles ordinaires de compétence internationale. La Cour de cassation a précisé la vocation subsidiaire des privilèges de juridiction au profit de l'article 1070 du Code de procédure civile. Selon la célèbre jurisprudence *Cognac and Brandies*²⁴¹², les privilèges de juridiction édictés pour les tribunaux français sont invocables lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France. En outre, les critères de compétence des articles 14 et 15 du Code civil sont susceptibles de renonciation, tacite ou expresse. Par exemple, un pourvoi formé à l'encontre d'un refus d'application de l'article 14 du Code civil fut rejeté par la Cour de cassation²⁴¹³. Une épouse française revendiquait la compétence du juge aux affaires familiales pour connaître de l'action relative à l'exercice de l'autorité parentale sur ses enfants mineurs. Le couple, en instance de divorce, résidait en Belgique. Les juges du fond refusèrent d'accéder au privilège de juridiction dont excipait la demanderesse. La Cour approuva leur décision. Ayant antérieurement saisi les juridictions belges de litiges concernant ces mêmes enfants, l'épouse avait tacitement renoncé à son privilège. L'approche fut rigoureuse, alors que la femme invoquait la nécessité absolue et urgente de s'en remettre au juge belge. Pourtant, la sévérité de la solution ne surprend guère. La Cour de cassation entend minimiser la portée des privilèges de juridiction offerts aux citoyens français par les textes et le droit de la famille ne fait pas exception à ce constat.

857. Dans plusieurs arrêts rendus le même jour, elle précisa leur valeur. Le bénéfice de l'article 14 du Code civil fut refusé à un français marié à une japonaise²⁴¹⁴. Il

²⁴¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1970, *Weiss*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 49, p. 445.

²⁴¹² Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 1985, n° 84-16.001, *Bull. civ. I*, n° 306, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 71, p. 639.

²⁴¹³ Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 3 déc. 2008, n° 07-19.657, *RJPF*, n° 2, fév. 2009, p. 23, note MEYZEAUD-GARAUD.

²⁴¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 08-16.141, *Bull. civ. I*, n° 191, *D.* 2009.2419, note GALLMEISTER.

avait saisi le juge français d'une demande de modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant. Celles-ci avaient été fixées par un magistrat japonais, dans la décision prononçant le divorce des époux. Le père s'était pourvu en cassation à l'encontre de la décision constatant l'incompétence de la juridiction du for. Il soutenait que sa demande était nouvelle, justifiée par le comportement actuel de la mère de l'enfant. Il entendait bénéficier du privilège offert par l'article 14 du Code civil. De plus, il contestait la motivation exprimée par les juges du fond, pour qui sa comparution volontaire antérieure valait renonciation au privilège de juridiction. Ces moyens furent jugés inopérants. L'action introduite par le père ne visait qu'à modifier les mesures japonaises relatives à l'enfant. Il avait renoncé à l'article 14 du Code civil, puisqu'il « *avait comparu et défendu devant la juridiction étrangère, sans réserve et selon les formes de la procédure locale, sans soulever l'incompétence de cette juridiction* »²⁴¹⁵. Les raisons de la participation active du requérant à la procédure diligentée à l'étranger sont désormais indifférentes. Les juges du fond sont souverains pour apprécier l'existence d'une renonciation aux privilèges de juridiction offerts par le Code civil. La Cour de cassation procède à un contrôle de motivation, et elle refuse de constater la violation des articles 14 et 15 du Code civil quand les magistrats du second degré ont suffisamment justifié leur décision.

858. La Cour fait preuve d'une rigueur accrue pour accorder le bénéfice de ces privilèges de juridiction, aujourd'hui considérés comme exorbitants. La place des articles 14 et 15 du Code civil est résiduelle. La diminution de la portée des privilèges du for ne tend cependant pas à leur disparition. Ces règles conservent une utilité, quand aucune autre disposition ne permet de résoudre le conflit de juridictions. Un arrêt illustre cette situation²⁴¹⁶. Une française et un américain, mariés et installés aux Etats-Unis, avaient décidé de divorcer. De retour en France, la femme avait déposé une requête en divorce devant le tribunal de grande instance de Lyon. Un mois plus tard, son époux avait saisi les juridictions américaines. Les règles communautaires et ordinaires ne fondaient pas la compétence des juges français. La cour d'appel refusa d'appliquer l'article 14 du Code civil. Elle considéra que la compétence prévue par le texte était facultative, « *impropre à*

²⁴¹⁵ *Ibid.*

²⁴¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 08-19.793, *Bull. civ.* I, n° 189, *RJPF*, n° 12, déc. 2009, p. 21, note GARE.

exclure la compétence d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée »²⁴¹⁷ à l'Etat tiers. En l'espèce, les juges du fond avaient constaté un rattachement au profit des juridictions américaines. L'épouse s'était pourvue en cassation. Elle contestait le caractère facultatif des privilèges de juridiction édictés par le Code civil. La Cour de cassation accueillit ce moyen. Puisqu'aucune juridiction française n'était compétente en vertu du règlement Bruxelles 2 bis ou de l'article 1070 du Code de procédure civile, « *la juridiction française avait été valablement saisie en application de l'article 14 du Code civil* »²⁴¹⁸. Le refus du privilège de juridiction supposait le constat d'une renonciation, ce qui n'avait pas été établi par les juges du fond.

859. Les solutions retenues à l'égard des privilèges du for n'empêchent donc pas les justiciables d'en bénéficier, le cas échéant. Si leur vocation facultative et subsidiaire est indubitable, ils s'appliquent lorsque la compétence des tribunaux ne peut être fondée sur un autre critère. La Cour rappelle aussi aux juges du fond qu'il ne leur appartient pas d'évincer l'article 14 du Code civil invoqué par les parties²⁴¹⁹. Elle cassa une décision déniait la compétence des juridictions françaises pour connaître des questions afférentes au divorce et à l'autorité parentale sur les enfants mineurs d'un couple franco-américain. Le juge français était incompétent sur le fondement du règlement Bruxelles 2 bis et les juges du fond s'en étaient remis aux règles internes de compétence territoriale. Pour le divorce, ils avaient appliqué l'article 309 du Code civil. Pour l'autorité parentale, l'arrêt avait retenu la même solution sous un autre visa. La résidence habituelle des enfants étant fixée aux Etats-Unis, l'article 1070 du Code de procédure civile ne permettait pas de rattacher l'affaire à la France. L'arrêt fut cassé sur ces deux points. Après avoir constaté l'impossibilité de fonder la compétence du juge français sur le règlement communautaire, les juges du fond auraient dû appliquer la règle ordinaire de compétence internationale. Celle-ci n'autorisait pas à déclarer compétent l'ordre judiciaire français. Le bénéfice de l'article 14 du Code civil pouvait donc être accordé à la partie qui l'invoquait. En s'abstenant d'en décider ainsi, les juges du fond avaient violé les dispositions réglementaires renvoyant aux règles du for et l'article 1070 du Code de procédure civile, par refus d'application d'une part, par fausse interprétation

²⁴¹⁷ *Ibid.*

²⁴¹⁸ *Ibid.*

²⁴¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 jan. 2011, n° 09-71.540, *Bull. civ.* n° 5, *Dr. fam.* n° 4, avr. 2011, comm. 63, ABADIE.

d'autre part. La cassation fut aussi prononcée pour refus d'application de l'article 14 du Code civil. Le texte justifiait en l'occurrence la compétence des juridictions françaises. Si les parties les invoquent, les privilèges de juridiction du for doivent être examinés. La désuétude de l'article 14 du Code civil en tant que siège de la compétence des juridictions françaises n'est pas encore irrémédiable.

860. De même, l'article 15 du Code civil peut fonder la compétence des juridictions françaises, comme le rappela la Cour de cassation dans un arrêt récent²⁴²⁰. Un couple, dont le mari était suisse et la femme franco-suisse, s'était marié en Suisse et y résidait. Une juridiction suisse homologua leur séparation, puis l'époux assigna sa femme en divorce devant les juridictions françaises sur le fondement de l'article 15 du Code civil. Elle souleva une exception d'incompétence, qui fut rejetée par les juges du fond. La Cour de cassation rejeta son pourvoi. Le règlement Bruxelles 2 bis n'étant pas applicable et aucun rattachement ne permettant l'application de l'article 1070 du Code de procédure civile, l'article 15 du Code civil fondait la compétence des juridictions françaises en raison de la nationalité de l'épouse. En outre, les juges du fond avaient pu constater l'absence de renonciation à ce privilège de juridiction.

861. Le moyen tiré de la violation des articles 14 et 15 du Code civil n'est cependant pas d'ordre public²⁴²¹, et les parties ne peuvent l'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation²⁴²². En droit international privé comme en droit interne de la famille, l'incompétence est une exception de procédure devant être soulevée avant toute défense au fond²⁴²³. La Cour peut néanmoins relever d'office la fausse application²⁴²⁴ ou la fausse interprétation²⁴²⁵ des articles 14 et 15 du Code civil. Les juges du fond qui fondent par erreur la compétence des juridictions françaises sur un privilège du for exposent leur décision à la cassation. Empêcher la substitution de moyen porterait en effet atteinte à la souveraineté des juridictions étrangères, dans tous les cas où l'affaire échappe à la compétence de la juridiction française. La solution est constante. Elle est conforme à

²⁴²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2015, n° 13-26.131, *Dr. fam.* n° 6, juin 2015, comm. 139, ABADIE.

²⁴²¹ Cass. 1^{ère} civ., 7 juil. 1981, *Bull. civ.* I, n° 252.

²⁴²² Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 1982, n° 81-15.550, *Bull. civ.* I, n° 331.

²⁴²³ CPC, art. 74.

²⁴²⁴ Voir n° 670.

²⁴²⁵ Voir n° 673.

la lettre de l'article 92 du Code de procédure civile. Aux termes de ce texte, « *l'incompétence peut être relevée d'office [devant la Cour de cassation] si l'affaire (...) échappe à la compétence de la juridiction française* ». Il en va de même lorsque l'incompétence résulte de la violation de l'article 1070 du Code de procédure civile. Là réside le socle du cas d'ouverture à cassation fondé sur l'incompétence des juridictions, et notamment des juridictions familiales, bien que la cassation soit le plus souvent fondée sur une violation de la loi ou un manque de base légale.

862. Soucieuse de préciser les règles utiles à la résolution des conflits de juridictions, la Cour de cassation veille sur leur exacte application et leur juste interprétation. Lorsque les juges n'ont pas suffisamment motivé la solution retenue, la cassation pour manque de base légale est encourue. Le défaut de motifs justifie également la cassation de la décision visée par le pourvoi. De plus, tout refus d'application, toute fausse application ou fausse interprétation de la règle de conflit exposent à une cassation pour violation de la loi. Les vérifications menées garantissent la conformité de la décision aux principes gouvernant le droit judiciaire international de la famille. Il importe à cet égard que le juge prête attention à l'élément d'extranéité. Celui-ci peut être soulevé par les parties ou apparaître en tant que fait adventice.

863. L'expansion des normes attributives de compétence intéressant le droit de la famille ne semble pas altérer outre mesure le raisonnement mis en œuvre par la Cour. Elle veille sur leur respect, précisant leur sens et leur hiérarchisation vis-à-vis des sources internes du droit international privé. Seules importent en ce cas l'application et l'interprétation de la règle de compétence internationale adéquate, nonobstant la substance des droits en cause. Cette dimension est davantage prise en considération lorsqu'un jugement étranger est invoqué.

B. La Cour de cassation confrontée aux jugements étrangers rendus en droit de la famille

864. La mobilité internationale des familles favorise l'invocation de jugements étrangers devant les juridictions françaises, à titre principal ou incident. La Cour de cassation exerce son contrôle sur la décision rendue par les juges du fond sur les effets d'un jugement étranger (1), au regard de conditions précises (2).

1) La nécessité d'un contrôle de régularité des décisions étrangères

865. La reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère peuvent être recherchées, selon les effets que les parties à l'instance souhaitent tirer du jugement étranger qu'elles invoquent. La reconnaissance permet de bénéficier de l'efficacité substantielle²⁴²⁶ attachée à la décision et de l'invoquer en tant que fin de non-recevoir à l'introduction d'un nouveau procès en France, même lorsque le demandeur a été débouté à l'étranger²⁴²⁷ et sans qu'aucune procédure particulière soit imposée. Lorsque la réalisation d'un jugement qui implique des actes de contrainte sur les biens ou les personnes est envisagée, les parties sont en principe contraintes d'en demander l'exequatur. De nombreux instruments de droit international encadrent l'accueil de ces décisions dans l'ordre juridique du for (a). La Cour de cassation n'avait toutefois pas attendu le développement de la coopération judiciaire internationale pour préciser le régime des effets des jugements étrangers (b).

a) L'existence d'une coopération judiciaire internationale

866. La reconnaissance de plein droit des décisions étrangères rendues en matière civile est consacrée par divers instruments, qui envisagent aussi les conditions permettant leur exécution le cas échéant. La Cour de cassation les intègre aux sources de son contrôle, dès lors que leur applicabilité directe devant les juridictions françaises est établie. Elle détermine en conséquence l'efficacité du jugement étranger dans l'ordre interne, selon son origine. Le règlement Bruxelles 2 bis revêt à cet égard une importance particulière. Il consacre la reconnaissance de plein droit des décisions rendues par un Etat membre sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. Ces jugements sont pourvus de l'autorité de chose jugée *de plano*, puisque « *les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres sans qu'il*

²⁴²⁶ L'efficacité substantielle d'un jugement s'entend de son « *apport normatif en tant qu'il fixe les droits des parties au fond* » - MUIR-WATT, H. et BUREAU, D., *op. cit.*, p. 284, n° 246.

²⁴²⁷ En ce cas, il s'agit d'invoquer l'autorité négative de chose jugée attachée à la décision étrangère. Sur cette distinction, voir : MUIR-WATT, H. et BUREAU, D., *op. cit.*, p. 286, n° 248 et n° 249.

soit nécessaire de recourir à aucune procédure »²⁴²⁸. Seules les décisions sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant nécessitent d'être revêtues d'une formule exécutoire pour être réalisées sur le territoire du for. Cette procédure peut être intentée sur requête de toute personne intéressée²⁴²⁹. En outre, le contrôle de la compétence du juge s'étant prononcé est prohibé, quelle que soit l'hypothèse²⁴³⁰. Sur ce point, le système mis en place par le règlement Bruxelles 2 bis diffère de ceux prévus par les conventions bilatérales ou multilatérales.

867. La Convention de La Haye du 19 octobre 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, proclame aussi la reconnaissance « *de plein droit* » des décisions de justice rendues par un Etat partie sur le territoire d'un autre²⁴³¹, mais elle est soumise à des conditions plus strictes. De même, la décision qui prévoit l'exécution d'actes sur le territoire du for suppose d'être déclarée exécutoire à l'issue d'une procédure simple et rapide susceptible d'être intentée par tout intéressé²⁴³². Dans les deux cas, la reconnaissance est refusée en cas d'incompétence de la juridiction ayant rendu la décision étrangère invoquée, déterminée au regard des dispositions de la convention²⁴³³, ou lorsque la décision invoquée porte atteinte à l'ordre public international, au droit d'être entendu en justice²⁴³⁴ ou à l'intérêt de l'enfant²⁴³⁵ par exemple. Le règlement Bruxelles 2 bis envisage aussi la non-reconnaissance d'un jugement étranger, mais la contrariété à l'ordre public substantiel ou procédural doit être manifeste²⁴³⁶. Ainsi, en matière de responsabilité parentale, le refus de reconnaissance peut résulter de l'absence d'audition du mineur au cours de la procédure²⁴³⁷. La Cour de cassation insiste sur le respect des droits procéduraux du mineur au cours de l'instance le concernant²⁴³⁸. Elle pourrait aussi se fonder sur le règlement Bruxelles 2 bis pour refuser

²⁴²⁸ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 21.

²⁴²⁹ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 28.

²⁴³⁰ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 24.

²⁴³¹ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 23.1.

²⁴³² Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 26.1 et 26.2.

²⁴³³ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 2a).

²⁴³⁴ Convention de la Haye du 19 octobre 1996, art. 2b) et c).

²⁴³⁵ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 2d) et f).

²⁴³⁶ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 22 et 23.

²⁴³⁷ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 23b).

²⁴³⁸ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

de reconnaître une quelconque valeur au jugement étranger méconnaissant les droits de l'enfant²⁴³⁹, en soulevant au besoin d'office ce moyen de droit communautaire.

868. Des conventions bilatérales organisent aussi les modalités de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers entre les Etats qui y sont parties²⁴⁴⁰, comme entre la France et l'Algérie par exemple²⁴⁴¹. Un pourvoi avait été formé, afin de contester l'admission d'un jugement algérien de divorce par les juges du fond. Il s'appuyait sur l'absence de lien caractérisé entre le litige et l'Algérie. Ce moyen fut rejeté, mais la Cour décela la contrariété à l'ordre public de la décision algérienne. En précisant « *qu'il était fait droit à la demande en divorce du mari « de par sa volonté individuelle »* »²⁴⁴², les juges du fond avaient fait naître un doute sur la conformité du jugement de divorce à l'égalité des droits entre les époux. La Cour précisa qu'en vertu de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, les décisions rendues par les juridictions siégeant en Algérie avaient de plein droit l'autorité de chose jugée, sous réserve de certaines conditions, parmi lesquelles figurait la conformité à l'ordre public de l'Etat où elles sont invoquées. La décision critiquée était entachée d'un manque de base légale. Les juges du fond ne pouvaient s'abstenir de procéder aux investigations qui leur incombaient face à un divorce prononcé à l'étranger. L'extranéité était révélée par les faits de l'espèce. La Cour de cassation souleva d'office les dispositions de la convention bilatérale pour sanctionner ce raisonnement lacunaire.

869. La reconnaissance et l'exequatur de la décision étrangère invoquée sont subordonnés aux règles juridiques en vigueur. Il importe peu que celles-ci soient issues du droit interne ou de sources internationales. La Cour de cassation contrôle l'application

²⁴³⁹ Tel fut d'ailleurs l'approche retenue par la Cour constitutionnelle allemande à l'égard de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (Bundesverfassungsgericht, 29 oct. 1998), saisie d'une question relative à la conformité de l'article 13 de la Convention de La Haye à la loi fondamentale allemande. La Cour conclut à la conformité de principe du droit entre le droit allemand et la convention, mais insista sur la nécessité de prendre en considération l'intérêt de l'enfant. A ces fins, leur audition lui était apparue nécessaire. Il fut donc reproché à une cour d'appel ne n'avoir pas entendu les enfants au cours d'une procédure les concernant. Par conséquent, leur intérêt n'avait pu être apprécié à sa juste valeur. L'audition de l'enfant, quel que soit son âge, est en effet une exigence imposée par la loi fondamentale allemande (art. 103 al. 1 GG), ce qui joua un rôle majeur dans l'insertion de ce motif particulier de non-reconnaissance des décisions de justice dans le règlement Bruxelles 2 bis. Voir sur ce point : VOLKER, M. et GOUTTENOIRE, A., « La parole de l'enfant dans le règlement Bruxelles 2 bis. Regards croisés. », *AJ fam.* 2005.266.

²⁴⁴⁰ Voir annexes.

²⁴⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 sept. 2006, n° 04-16.534, *Bull. civ.* I, n° 407.

²⁴⁴² *Ibid.*

et l'interprétation de l'ensemble de ces textes. Elle vérifie la régularité des jugements étrangers sur le territoire français au regard des conditions posées par les instruments bilatéraux ou multilatéraux. La diversité des instruments intéressant la reconnaissance et l'exequatur des jugements étrangers complique néanmoins sa mission. Au cœur de ce « *lacis procédural* »²⁴⁴³, le choix du texte approprié n'est pas toujours aisé. Les conventions multilatérales qui concernent le droit de la famille aident parfois à résoudre cette difficulté. La Convention de La Haye de 1996 envisage la question. Il est précisé que « *la Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention (...)* »²⁴⁴⁴. La Cour est par conséquent tenue de faire primer les conventions bilatérales sur les règles plus générales énoncées par la Convention de La Haye de 1996. Faute de respecter cette hiérarchie, les juges du fond exposent leur décision à la cassation pour violation de la loi par fausse application de la Convention de 1996 et refus d'application de l'instrument bilatéral. A l'inverse, le règlement Bruxelles 2 bis proclame lui-même sa suprématie sur les conventions multilatérales, dans la mesure où celles-ci concernent le même domaine²⁴⁴⁵. La Cour garantit le respect de sa primauté, toutes les fois que celui-ci se trouve en concurrence avec la Convention de la Haye de 1996 ou de 1961. Mais à l'égard des conventions bilatérales conclues avec des Etats tiers à l'Union européenne, nulle modalité de conciliation n'a été précisée et aucune solution de principe n'a été dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne ou par la Cour de cassation²⁴⁴⁶.

870. La Cour de cassation est appelée à être de plus en plus fréquemment confrontée aux sources internationales consacrant la reconnaissance de plein droit des jugements étrangers. Lorsque l'instrument visé est directement applicable, elle contrôle son application et son interprétation par les juges du fond. Elle peut soulever d'office une règle internationale et constater sa violation, le cas échéant. Elle détermine ainsi l'efficacité de la décision invoquée par les parties à l'instance. Ces solutions ne sont

²⁴⁴³ NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ, 2014, p. 501, n° 730.

²⁴⁴⁴ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 52.

²⁴⁴⁵ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 60 et 61.

²⁴⁴⁶ L'article 59 du Règlement Bruxelles 2 bis ne vise que la dénonciation des conventions bilatérales conclues avec un autre Etat partie.

d'ailleurs pas révolutionnaires pour la Cour de cassation, qui apporta des tempéraments à l'exigence de l'exequatur dès le XIX^e siècle.

b) Les effets des jugements étrangers dans la jurisprudence de la Cour de cassation

871. Les juridictions françaises sont régulièrement confrontées au problème de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers²⁴⁴⁷. Ce phénomène prend aujourd'hui de l'ampleur, mais il n'est pas récent. L'arrêt *Parker*²⁴⁴⁸ avait d'abord dénié tout effet aux jugements étrangers non revêtus de l'exequatur. Or l'exequatur supposait à l'époque l'entière révision du jugement par le magistrat devant lequel il était invoqué. Le nécessaire réexamen au fond de l'affaire présentait pour beaucoup « *un caractère excessif* »²⁴⁴⁹. La Cour de cassation est ensuite revenue sur sa solution, à l'occasion d'un pourvoi formé par une hollandaise à l'encontre du refus de célébration de son mariage, qui avait été confirmé en appel. Déjà engagée dans les liens d'une précédente union, elle avait obtenu le divorce en Hollande. Selon la cour d'appel, l'abolition du divorce en droit français faisait obstacle au remariage souhaité. Le jugement étranger de divorce ne pouvait acquérir autorité dans l'ordre juridique français. Ce mode de dissolution du lien conjugal était à l'époque prohibé par le droit du for. La Cour de cassation n'admit pas ce raisonnement. Constatant la violation de l'article 3 du Code civil, elle rappela que l'étranger recouvrait sa liberté matrimoniale par le prononcé régulier du divorce : « *la loi française, qui ne contient aucune disposition prohibant formellement des mariages contractés dans de pareilles circonstances, n'a fait, par son silence, que confirmer (...) le respect dû aux législations étrangères statuant sur l'état et la capacité des personnes soumises à leur souveraineté* »²⁴⁵⁰. Même en l'absence d'exequatur, le jugement de divorce régulier pouvait être reconnu de plein droit en France.

872. L'assouplissement des conditions de reconnaissance des décisions étrangères se poursuit depuis. L'arrêt *de Wrède*²⁴⁵¹ étendit la solution dégagée dans l'arrêt

²⁴⁴⁷ Voir : BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Traité de droit international privé. Tome II*, LGDJ, 1983, 7^e éd., p. 548, n° 711 et s.

²⁴⁴⁸ Cass. civ., 19 avril 1819, S. 1819. I. 129.

²⁴⁴⁹ ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 4.

²⁴⁵⁰ Cass. civ., 28 fév. 1860, *Bulkley*. Voir : ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 4.

²⁴⁵¹ Cass. civ. 9 mai 1900, *De Wrède*. Voir : ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 10.

*Bulkley*²⁴⁵² à toutes les décisions étrangères portant sur le statut personnel et la capacité des personnes, constitutives et déclaratives. Une décision russe annulant le mariage de citoyens autrichiens avait en l'espèce été utilisée par une juridiction bavaroise afin d'annuler la seconde union de l'épouse avec un prince de Bavière, qui demanda ensuite l'exequatur du jugement prononçant la nullité de son mariage. La femme contesta la décision bavaroise, prenant appui sur la nullité de la première union prononcée en Russie. La cour d'appel avait déclaré l'arrêt bavarois contraire à l'ordre public, puisqu'il tendait à remettre en cause les effets produits en France par l'annulation du premier mariage en Russie. Ce faisant, elle avait reconnu autorité de chose jugée *de plano* au jugement déclaratif russe. L'époux s'était pourvu en cassation, mais la Cour de cassation approuva les juges du fond. Soucieuse d'assurer la permanence du statut personnel, elle jugea que le recouvrement de la liberté matrimoniale par l'épouse était « *un fait juridique qui (...) ne saurait être méconnu en France* ». La reconnaissance *de plano* des décisions étrangères portant sur l'état et la capacité des personnes est dorénavant consacrée.

873. La Cour de cassation a construit les bases de la coopération judiciaire internationale en droit interne. Nombre d'instruments supranationaux complètent aujourd'hui le dispositif. Le principe de reconnaissance de plein droit des décisions étrangères est cependant dénué d'absolutisme. Le respect de la confiance mutuelle n'impose pas d'admettre en toutes circonstances l'efficacité substantielle d'un jugement rendu par des autorités tierces à la France, puisque la non-reconnaissance est encourue pour divers motifs. Les parties sont seulement dispensées de l'introduction d'une instance à ces fins²⁴⁵³, tandis que le recours à la procédure d'exequatur demeure nécessaire pour obtenir l'exécution des jugements comportant des actes d'exécution sur les biens et les personnes. Tel est le cas pour les décisions relatives aux obligations alimentaires, sauf celles rendues par un Etat membre de l'Union européenne²⁴⁵⁴. De plus, l'invocation d'une décision étrangère devant les juridictions françaises oblige toujours le juge à en contrôler la régularité au regard des conditions précisées par un instrument supranational ou par la Cour de cassation elle-même.

²⁴⁵² Cass. civ., 28 fév. 1860, préc.

²⁴⁵³ NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *op. cit.*, n° 737.

²⁴⁵⁴ Règl. n° 4/2009, art. 17.

2) Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'efficacité des jugements étrangers

874. Le moyen fondé sur un jugement étranger, qu'il soit soulevé à titre principal ou incident, doit satisfaire aux critères de recevabilité des moyens de cassation. La Cour de cassation ne peut admettre un jugement étranger dont les parties avaient omis de faire état devant les juges du fond. La première chambre civile rappelle en effet qu' « *il n'appartient pas à la Cour de cassation de se prononcer pour la première fois sur la régularité d'un jugement étranger* »²⁴⁵⁵. La mise en œuvre du contrôle de régularité échoit aux juges du fond (a), dans les conditions précisées par la Cour (b).

a) L'office du juge confronté à un jugement étranger en droit de la famille

875. La recevabilité du moyen fondé sur un jugement étranger ne suffit pas à en garantir l'opérance. La Cour de cassation insiste sur ce point. Elle enjoint au juge devant qui la décision est invoquée de contrôler sa régularité. A l'évidence, le juge de l'exequatur est compétent lorsqu'il est requis par les parties. L'étude des conditions de régularité du jugement étranger est sa mission première, puisqu'il s'agit de l'objet même de la demande en justice. La question a davantage suscité la controverse lorsque la décision étrangère était invoquée à titre incident. La Cour trancha le débat²⁴⁵⁶. Un jugement étranger de divorce avait été invoqué par un époux devant le juge aux affaires familiales. Il avait admis sa compétence pour statuer sur la régularité de la décision étrangère. Le Code de procédure civile ne lui offrait pourtant pas cette prérogative²⁴⁵⁷. La cour d'appel décida que le juge aux affaires familiales n'avait pas le pouvoir de statuer sur une fin de non-recevoir opposée à un divorce pour faute. La Cour de cassation accueillit le pourvoi formé par l'épouse. L'article 509 du Code de procédure civile n'empêchait nullement les magistrats devant qui la décision étrangère était soulevée à titre incident d'en contrôler la régularité. Les juges du fond avaient faussement interprété la règle de droit, en y ajoutant une restriction qu'elle ne contenait pas. Dans un motif de principe, la Cour de cassation décida que « *le contrôle à titre incident de la régularité*

²⁴⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2008, n° 06-20.042, *Bull. civ. I*, n° 165.

²⁴⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n° 06-12.476, *Bull. civ. I*, n° 171.

²⁴⁵⁷ CPC, art. 1110.

internationale d'un jugement étranger peut être opéré par tout juge devant lequel ce jugement est invoqué pour contester son pouvoir de juger ». Le juge aux affaires familiales était donc compétent, à charge d'appel, pour se prononcer sur la fin de non-recevoir tirée de l'autorité d'un jugement étranger, ce qui fut confirmé depuis.

876. L'exigence de bonne administration de la justice incite à approuver la solution. En effet, il est vain de contraindre le juge saisi à renvoyer l'examen de la régularité du jugement étranger, alors que le moyen a été régulièrement soulevé devant lui²⁴⁵⁸. Dans un autre arrêt rendu le même jour²⁴⁵⁹, la Cour de cassation apporta des précisions supplémentaires. Elle jugea qu'une cour d'appel qui avait admis la compétence du juge aux affaires familiales pour écarter la fin de non-recevoir tirée d'un jugement texan de divorce, n'avait pas excédé ses pouvoirs, puisque « *le juge de l'exequatur tire de son office le pouvoir de juger* »²⁴⁶⁰. Il ne s'agissait pas du seul moyen soulevé par l'auteur du pourvoi. L'arrêt répondit aussi aux interrogations portant sur l'office du juge face à la régularité des décisions étrangères. En l'espèce, l'épouse invoquait le jugement étranger pour voir rejetée une requête en divorce formée devant les juridictions françaises. Les juges du fond n'avaient pas accueilli l'exception de chose jugée, faute de transcription du jugement étranger sur les registres de l'état civil français. La régularité de la décision étrangère n'avait pas été vérifiée, ce qui justifia la cassation de la décision critiquée. En s'abstenant d'examiner les conditions de régularité du jugement étranger soulevé devant eux, les juges du fond avaient entaché leur décision d'un manque de base légale.

877. La Cour de cassation avait déjà retenu une solution identique à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt²⁴⁶¹ dont la motivation était remarquable. Le procureur de la République avait agi en annulation d'un mariage pour cause de bigamie. L'époux s'était en effet marié une première fois au Maroc. Les juges du fond avaient refusé d'accueillir la demande du ministère public. Ils avaient motivé leur décision en se référant à un jugement marocain de divorce invoqué par le mari. La cour d'appel avait décidé que

²⁴⁵⁸ La deuxième chambre civile avait toutefois retenu une position à l'opposé. Voir par ex. : Cass. 2^e civ., 9 jan. 2003, n° 00-19.221 et 01-01.105, *Bull. civ. I*, n° 1.

²⁴⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2007, n° 06-11.323, *Bull. civ. I*, n° 170.

²⁴⁶⁰ PLUYETTE, G. et MONEGER, F., « Quelques aspects récents de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de droit communautaire international », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 571.

²⁴⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004, n° 02-10.755, *Bull. civ. I*, n° 50, *D.* 2004.815, COURBE.

« la décision de divorce [devait] être reconnue de plein droit en France ». La Cour de cassation n'admit pas ces motifs lacunaires et la décision fut cassée. Au regard de l'exigence de motivation imposée par l'article 455 du Code de procédure civile, les juges du fond auraient dû apprécier la régularité de la décision étrangère. L'exigence ne disparaît pas en l'absence de toute contestation portant sur le jugement étranger. Le juge devant qui l'acte est soulevé doit procéder au contrôle de sa régularité. A défaut, la cassation est prononcée. La solution fut rappelée, dans une instance tendant à l'inopposabilité d'un jugement suédois déclaratif de paternité²⁴⁶². Les juges du fond s'étaient contentés d'un examen succinct des conditions dans lesquelles avait été rendue la décision étrangère. Ils n'avaient pas suffisamment justifié leur décision et l'avaient exposée à la cassation. L'invocation d'un jugement étranger déclenche donc le contrôle de régularité, au besoin d'office.

878. Le juge devant qui la décision étrangère est invoquée a aussi l'obligation de préciser le contrôle auquel il s'est livré pour admettre ou refuser l'efficacité du jugement étranger, même en l'absence de contestation élevée par les parties à l'instance. Pour certains, cette solution heurte le principe dispositif²⁴⁶³. Le moyen tiré de la violation des articles 4 et 16 du Code de procédure civile est néanmoins inopérant, comme le précisa la Cour de cassation²⁴⁶⁴. Un pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir contrôlé la régularité d'un jugement de divorce américain, en l'absence de conclusions des parties à ces fins. Mais pour la Cour, « la décision étrangère étant invoquée et produite aux débats, la cour d'appel devait, sans encourir le grief de violation de la contradiction, en vérifier la régularité internationale ».

879. L'office du juge dépend toutefois du but recherché par celui qui invoque un jugement étranger. La Cour autorise à s'abstenir du contrôle quand les parties à l'instance ne recherchent pas l'efficacité substantielle de l'acte²⁴⁶⁵. Il en va ainsi quand, au cours d'une instance relative à une demande de prestation compensatoire, un jugement de divorce est invoqué aux fins d'établir la séparation des époux et l'existence d'une

²⁴⁶² Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 2006, n° 04-17.590, *Bull. civ. I*, n° 340.

²⁴⁶³ DEVERS, A. « Obligation du juge de l'exequatur de contrôler la régularité internationale de la décision étrangère », *JCP G*, n° 39, 24 sept. 2012, p. 1715.

²⁴⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, préc.

²⁴⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n° 10-14.142, *Bull. civ. I*, n° 80, *Dr. fam.* n° 7, juil. 2011, comm. 120, ABADIE.

disparité de revenus entre eux. Le but n'est pas la reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger. La partie se prévaut de la décision étrangère pour démontrer l'existence d'un changement dans sa situation, donc le juge n'est pas tenu d'examiner la régularité de la décision étrangère. Mais, dès lors qu'un jugement étranger concernant l'état et la capacité des personnes est invoqué à titre principal ou incident, l'étude de l'ensemble des conditions de sa régularité est indispensable. La Cour de cassation fait preuve de sévérité dans ces circonstances, en vérifiant le raisonnement des juges du fond.

b) Les conditions de régularité des jugements étrangers rendus en droit de la famille

880. Dans le silence des textes, la Cour de cassation a elle-même défini les critères auxquels doivent satisfaire les décisions étrangères pour produire effet en France²⁴⁶⁶, lorsqu'aucun instrument de droit international n'est applicable. L'efficacité du jugement étranger est subordonnée à la compétence indirecte de la juridiction étrangère (1), à la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure (2) et à l'absence de fraude à la loi (3).

1. La compétence indirecte du juge étranger

881. La vérification de la compétence indirecte du juge s'étant prononcé est essentielle à la réception du jugement étranger dans l'ordre juridique interne. Cette condition n'est pas propre au droit de la famille, mais elle y revêt une importance particulière en raison de la complexité des chefs de compétence existants. Un premier arrêt de principe fut d'ailleurs rendu dans ce domaine²⁴⁶⁷. Une épouse britannique avait intenté une action en divorce devant les juridictions anglaises. Une pension alimentaire lui avait été octroyée. Elle avait demandé l'exécution du jugement étranger. La cour d'appel refusa d'accéder à sa requête. Les juges du fond avaient motivé leur décision en indiquant que « *la compétence juridictionnelle internationale est déterminée par l'extension des règles de compétence interne* ». En l'espèce, l'article 1070 du Code de

²⁴⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, *Bull. civ. I*, n° 68, *D.* 2007.115, *RCDIP* 2007.420, note ANCEL et MUIR-WATT.

²⁴⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 1985, préc.

procédure civile donnait compétence aux juges français, puisque l'époux défendeur résidait sur le territoire français. Le pourvoi formé par l'épouse fut accueilli par la Cour de cassation, qui souleva d'office un motif de cassation : le tribunal étranger doit être reconnu compétent, « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* »²⁴⁶⁸. La Cour jugea que l'article 1070 du Code de procédure civile ne conférait pas une compétence exclusive aux juridictions françaises pour connaître du divorce. De plus, le domicile du couple était situé en Angleterre, pays où le mariage avait eu lieu et où le mari possédait certains biens. Il existait un lien caractérisé entre le pays dont émanait le jugement et le litige. Les circonstances de la saisine étaient exemptes d'intention frauduleuse. La compétence indirecte du juge étranger était établie, la décision pouvait être revêtue de l'exequatur. La règle dégagée d'office par la Cour de cassation à l'occasion de cette affaire *Simitch* est constante. La compétence indirecte du juge étranger peut être établie à condition que les juridictions françaises n'aient pas été exclusivement compétentes pour connaître du litige (a), qu'un lien caractérisé entre l'affaire et l'Etat dont émane le jugement soit établi (b), et qu'aucune fraude n'ait présidé à la saisine du juge étranger (c).

a. L'absence de compétence exclusive des juridictions françaises pour connaître du litige

882. Les juges du fond sont d'abord tenus de vérifier l'absence de compétence exclusive au profit des juridictions françaises. L'exclusivité peut découler des règles internes de compétence internationale comme des instruments internationaux attributifs de compétence. La question se pose en termes proches sur le terrain de la litispendance internationale, qui suppose que deux instances soient en cours, entre les mêmes parties et soumises à des tribunaux différents également compétents²⁴⁶⁹. L'accueil de l'exception dépend en effet de la possibilité d'une reconnaissance ultérieure de la décision étrangère

²⁴⁶⁸ *Ibid.*

²⁴⁶⁹ MUIR-WATT, H. et BUREAU, D., *op. cit.*, n° 209, p. 240.

en France²⁴⁷⁰. Le juge est censé établir un pronostic de régularité²⁴⁷¹ du jugement futur, à l'aune des conditions de régularité des jugements étrangers²⁴⁷². La transposition de ces solutions à l'égard des effets des jugements étrangers s'avère riche d'enseignements.

883. Il fut ainsi jugé que le règlement Bruxelles 2 bis n'offre pas une compétence exclusive aux juridictions des Etats parties. La Cour de cassation le précisa dans un arrêt faisant suite à celui par lequel elle avait admis la compétence du juge français pour connaître du divorce d'un couple franco-islandais²⁴⁷³. L'affaire s'était poursuivie sur le terrain de la litispendance. L'épouse avait soulevé l'exception, justifiée par l'antériorité de la saisine des autorités islandaises²⁴⁷⁴. Le mari contestait le dessaisissement décidé à leur profit. Son pourvoi fut rejeté. La Cour décida que « *la compétence des juridictions françaises [fondée sur le règlement Bruxelles 2 bis] n' [avait] pas un caractère universel excluant toute autre compétence internationale* »²⁴⁷⁵. Cette absence d'exclusivité obligeait à accueillir l'exception de litispendance, puisque ses conditions étaient respectées. L'existence d'un rattachement caractérisé à la France ne justifiait pas le maintien de la compétence du juge national, nonobstant les règles de compétence directe édictées par le texte²⁴⁷⁶. Depuis, la Cour rappela que « *le caractère universel du règlement ne s'étend pas au régime juridique de la litispendance* »²⁴⁷⁷. La compétence des juridictions françaises, fondée sur le règlement Bruxelles 2 bis, ne fait donc pas échec à l'établissement de la compétence indirecte du juge étranger.

884. Il en va de même pour les règles internes de compétence territoriale en droit de la famille. Dans l'arrêt *Simitch*²⁴⁷⁸, la Cour de cassation souligna clairement l'absence de caractère exclusif de la compétence fondée sur l'article 1070 du Code de procédure civile²⁴⁷⁹. En outre, la portée des privilèges fondés sur la nationalité connut une

²⁴⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1974, n° 73-13.820, *Miniera di fragne*. ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 54, p. 505.

²⁴⁷¹ NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. 390, n° 564.

²⁴⁷² *Ibid.*

²⁴⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 22 fév. 2005, préc.

²⁴⁷⁴ CPC, art. 100.

²⁴⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009, préc.

²⁴⁷⁶ ABADIE, L., art. préc.

²⁴⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012, n° 11-12.621 et Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, n° 11-25.278, *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, 2-5 jan. 2013, p. 26, note EPPLER.

²⁴⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 1985, préc.

²⁴⁷⁹ NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *op. cit.*, p. 531, n° 770.

remarquable évolution. Pendant longtemps, la Cour considéra que les articles 14 et 15 du Code civil offraient une protection exclusive aux citoyens français. Une approche littérale de ces textes obligeait pourtant à considérer leur application comme facultative, puisqu'une renonciation à leur bénéfice est toujours envisageable²⁴⁸⁰. L'exclusivité reconnue au demandeur français présentait toutefois des inconvénients moindres. Elle ne faisait échec qu'à l'exception de litispendance internationale, non à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement étranger. Le demandeur de nationalité française ne pouvait plus l'invoquer s'il s'était abstenu de faire valoir son privilège avant le prononcé du jugement étranger. Le caractère exclusif de ces règles exorbitantes fut vivement critiqué par la doctrine. La compétence judiciaire exclusive a même été dénoncée comme un « *élément dévastateur des relations internationales* »²⁴⁸¹. En effet, l'invocation des articles 14 et 15 du Code civil aboutissait à un refus quasi-systématique de l'efficacité substantielle du jugement étranger ou de l'exception de litispendance internationale, sauf à établir l'existence d'une renonciation à ces privilèges de juridiction.

885. La Cour de cassation procéda au revirement de jurisprudence espéré par la plupart des auteurs. L'arrêt *Prieur*²⁴⁸² mit fin à « *l'anomalie* »²⁴⁸³ consistant à reconnaître un caractère exclusif à la compétence fondée sur l'article 15 du Code civil. Une femme avait demandé l'exequatur d'un jugement suisse annulant son mariage avec un français. La cour d'appel avait accédé à sa requête. Le mari s'était pourvu en cassation. Il reprochait aux juges du fond d'avoir refusé de retenir la compétence exclusive des juridictions françaises justifiée par sa nationalité, privilège auquel il estimait n'avoir pas renoncé. La réponse de la Cour de cassation fut dépourvue d'ambiguïté. Elle jugea que « *l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux* ». Ce « *retour à la lettre de l'article 15 du*

²⁴⁸⁰ HUET, A., *Le nouvel article 15 du Code civil*, in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon, op. cit.*, p. 312.

²⁴⁸¹ GANNAGE, P., *Regards sur les compétences judiciaires exclusives. Les systèmes confessionnels face aux systèmes laïcisés*, in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon, op. cit.*, p. 286.

²⁴⁸² Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, *Prieur*, n° 04-12.777, *Bull. civ. I*, n° 254, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 87, p. 755 ; *RCDIP* 2010.870, note GAUDEMET-TALLON.

²⁴⁸³ AUDIT, B., « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du Code civil », *D.* 2006. 1847.

Code civil »²⁴⁸⁴ doit être approuvé. Outre l'obstacle jusqu'alors posé à la circulation des jugements, le privilège du défendeur français était susceptible de heurter le droit à un procès équitable consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La suppression de ce privilège de juridiction indirect « *d'un autre âge* »²⁴⁸⁵ était donc nécessaire.

886. Dès lors, un sort semblable devait être fait au privilège de juridiction prévu par l'article 14 du Code civil. La Cour de cassation en décida ainsi dans l'arrêt *Fercométal*²⁴⁸⁶. A cette occasion, elle jugea que « *l'article 14 du Code civil n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux* »²⁴⁸⁷. Rendu sur le terrain de la litispendance internationale dans une affaire n'ayant pas trait à l'état des personnes, la solution dégagée dans l'affaire *Fercométal* fut confirmée. Un époux français avait saisi le juge d'Evry d'une requête en divorce, tandis que sa femme américaine soulevait une exception de litispendance internationale²⁴⁸⁸. Les juridictions américaines connaissaient déjà des questions relatives à l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien de l'enfant du couple. Le tribunal français se déclara compétent pour statuer sur le divorce, mais se dessaisit des contestations afférentes à l'enfant. Devant la cour d'appel, l'épouse avait invoqué des décisions américaines définitives survenues dans l'intervalle. La cour d'appel accueillit les décisions étrangères, après avoir contrôlé leur régularité. Le mari se pourvut en cassation. Il invoquait le caractère exclusif du privilège de juridiction prévu par l'article 14 du Code civil. Les juges du fond auraient méconnu cette disposition en refusant de constater l'antériorité de la saisine du juge aux affaires familiales. Selon l'auteur du pourvoi, la célérité de la justice américaine ne pouvait entraîner l'irrecevabilité des demandes accessoires portant sur l'exercice de l'autorité parentale et la pension alimentaire. La Cour de cassation rejeta le pourvoi en rappelant l'attendu de principe de l'arrêt *Fercométal*. En l'absence de compétence exclusive des juridictions françaises sur

²⁴⁸⁴ *Ibid.*

²⁴⁸⁵ *Ibid.*

²⁴⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, *Fercométal*, n° 04-14.716, *Bull. civ. I*, n° 195, *D.* 2007.2548, note AUDIT.

²⁴⁸⁷ *Ibid.*

²⁴⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2009, n° 08-20.305, *Bull. civ. I*, n° 251, *AJ fam.* 2010.84, note NORD.

le fondement de l'article 14 du Code civil et de fraude dans la saisine du tribunal américain et après avoir constaté l'existence d'un lien caractérisé avec les Etats-Unis, elle admit la fin de non-recevoir tirée de l'autorité des jugements étrangers. A l'instar de l'article 15 du Code civil, la compétence résultant de la nationalité française du demandeur ne présente plus un caractère exclusif susceptible de faire échec à l'établissement de la compétence indirecte du juge étranger.

887. La première condition énoncée par la Cour de cassation dans son arrêt *Simitch* est désormais dépourvue d'incidence pour la reconnaissance d'un jugement étranger rendu en matière familiale, sauf pour les litiges impliquant des biens immobiliers situés en France²⁴⁸⁹. La partie qui entend lutter contre la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger n'est cependant pas démunie. Si l'obstacle constitué par l'existence d'une compétence indirecte exclusive tend à disparaître, la réception du jugement dans l'ordre juridique français est aussi empêchée en l'absence de lien caractérisé entre le litige et l'Etat dont les juridictions se sont prononcées.

b. L'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'Etat où l'arrêt a été rendu

888. La Cour retient une approche assez libérale du critère tenant à l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'Etat où le jugement a été rendu, à condition que les juges du fond aient justifié son existence. Par exemple, elle constata son respect pour justifier la compétence des juridictions israéliennes, qui avaient rendu un jugement relatif aux mesures accessoires au divorce dont l'épouse avait demandé l'exécution en France. Les époux disposaient de la double nationalité française et israélienne et la résidence de la famille se trouvait dans cet Etat²⁴⁹⁰, ce qui constituait un lien caractérisé avec Israël. De même, la nationalité américaine de la mère de famille et la résidence des enfants du couple sur ce territoire depuis plus de six mois suffirent à rattacher un litige aux Etats-

²⁴⁸⁹ Voir : Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 22-1 ; Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 24.1 ; CPC, art. 44.

²⁴⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2003, n° 00-15.344, *Bull. civ.* I, n° 23.

Unis²⁴⁹¹. Les juges du fond avaient conclu à la régularité du jugement étranger de divorce, ce que le pourvoi rejeté leur reprochait.

889. Pour caractériser le lien entre le litige et les juridictions dont émane le jugement étranger, les juges du fond sont contraints de motiver leur décision. Le critère oblige à s'intéresser aux circonstances de l'espèce. Faute de constatations adéquates, l'arrêt encourt la cassation pour manque de base légale. Nulle substitution ou suppléance de motifs ne peut pallier l'insuffisance de motivation factuelle entachant la décision. Les cassations intervenant sur un tel fondement sont pourtant rares. La Cour de cassation procède à une appréciation globale des éléments de rattachement au for d'origine de la décision étrangère. Elle s'abstient de les hiérarchiser. Le contrôle porte principalement sur les motifs avancés par les juges du fond au soutien de l'acte juridictionnel qui constate ou dénie la régularité internationale du jugement étranger.

890. Certes, un arrêt sema le trouble sur les exigences de la Cour de cassation pour la démonstration de ce lien caractérisé²⁴⁹². Un français, époux d'une franco-malienne, avait saisi le tribunal de Bamako d'une requête en divorce. Le couple résidait habituellement au Mali. Le divorce avait été prononcé, mais la femme interjeta appel. Elle était ensuite retournée en France et avait introduit à son tour une demande en divorce devant le juge aux affaires familiales. Le mari avait soulevé une exception de litispendance internationale. La Cour de cassation jugea la juridiction malienne compétente pour connaître du divorce des époux « *au regard de la résidence des deux époux à Bamako, en application de l'article 3a)* »²⁴⁹³ du règlement Bruxelles 2 bis et en l'absence de fraude à la juridiction, « *de sorte que l'absence de renonciation de renonciation invoquée par Madame Y au bénéfice de l'article 15 du Code civil était sans effet* »²⁴⁹⁴. Aucune référence à l'exigence d'un lien caractérisé ne fut faite. Surtout, la Cour de cassation prit appui sur le droit communautaire pour établir la compétence indirecte du juge malien, au terme d'une analyse fort surprenante. A l'extrême, la solution « *opérerait une bilatéralisation des critères de compétence directe des règlements*

²⁴⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 08-18.769, *Bull. civ. I*, n° 192.

²⁴⁹² Cass. 1^{ère} civ., 1 déc. 2010, n° 09-70.132, *Bull. civ. I*, n° 247.

²⁴⁹³ *Ibid.*

²⁴⁹⁴ *Ibid.*

européens (...) pour apprécier la compétence indirecte du juge étranger »²⁴⁹⁵. L'abandon des critères de l'arrêt *Simitch* serait ainsi décidé. Selon une approche plus nuancée, la solution aurait simplement pour effet d'« *alléger la preuve du lien caractérisé exigé* »²⁴⁹⁶. La deuxième hypothèse doit être privilégiée. L'abandon du caractère exclusif des privilèges indirects du for se conçoit sous réserve des autres conditions énoncées par l'arrêt *Simitch*. Il n'y a pas lieu de conclure précocement à un quelconque revirement. Le contrôle de motivation mené par la Cour de cassation sur l'existence d'un lien caractérisé demeure nécessaire, comme les vérifications portant sur l'absence de fraude à la compétence juridictionnelle.

c. L'absence de fraude à la juridiction

891. La fraude à la juridiction empêche de considérer comme établie la compétence indirecte du juge d'origine. Elle fait échec à la reconnaissance et à l'exécution de la décision étrangère. Cette pratique, prohibée par la Cour de cassation, consiste à rechercher indirectement ce qui ne pouvait pas être obtenu directement²⁴⁹⁷. En d'autres termes, la fraude est constatée lorsqu'une partie s'adresse à une juridiction d'un Etat tiers, dans le but principal de faire ensuite valoir devant la justice française une décision qu'elle estime plus favorable. Par exemple, en droit de la famille, un couple de nationalité franco-iranienne résidant en France souhaitait divorcer²⁴⁹⁸. L'épouse avait saisi le tribunal de grande instance de Paris. En réponse, son mari s'était adressé aux juridictions iraniennes. Celles-ci furent promptes à se prononcer. L'époux avait invoqué le jugement de divorce iranien en France. Après avoir constaté l'absence de lien effectif avec l'Iran, la cour d'appel avait estimé que la saisine du tribunal de Téhéran avait « *un caractère artificiel* » et constituait « *une manœuvre destinée à faire échec à la procédure de divorce préalablement introduite en France par son épouse* ». Le constat de fraude était « *corroboré par le comportement de Monsieur X. qui avait vainement tenté d'obtenir la reconnaissance en France* » d'un jugement de divorce antérieur. L'intention frauduleuse de l'époux était évidente. La cour d'appel avait refusé de considérer régulier

²⁴⁹⁵ DEVERS, A., « L'eupéanisation de la jurisprudence *Simitch* », *JCP G*, n° 7, 14 fév. 2011, p. 310.

²⁴⁹⁶ *Ibid.*

²⁴⁹⁷ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 290, n° 408.

²⁴⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 1990, n° 89-12.549, *Bull. civ. I*, n° 295.

le jugement iranien invoqué par le mari, à défaut de pouvoir établir la compétence indirecte du juge étranger. En prenant en considération les circonstances particulières de l'espèce et le comportement de l'époux, elle rendit une décision dûment motivée.

892. La tentation d'invoquer une fin de non-recevoir découlant de la dissolution du lien conjugal prononcée à l'étranger est parfois grande pour l'époux menacé par une action ayant trait au droit patrimonial de la famille. La Cour de cassation se montre vigilante sur ce point. Il y a fraude seulement si la saisine de la juridiction étrangère « *a pour but principal d'invoquer le jugement dans le pays où on vit, qui aurait refusé de le prononcer si les juges avaient été saisis directement* »²⁴⁹⁹. La fraude ne se présume pas. Les circonstances de l'espèce établies par les juges du fond revêtent une importance fondamentale. Pour exercer son contrôle, la Cour exige une motivation adéquate. A titre d'exemple, une cour d'appel qui avait constaté le recours à « *une procédure précipitée en Algérie* » pouvait en déduire l'existence d'une fraude au jugement²⁵⁰⁰. Le mari, informé de la saisine du juge aux affaires familiales par sa femme, s'était hâté d'obtenir le divorce dans son pays d'origine. Bien que la double nationalité franco-algérienne des protagonistes autorisât la juridiction algérienne à statuer, l'antériorité de la procédure intentée en France associée à l'empressement subit du mari caractérisait l'intention frauduleuse de ce dernier. L'absence de compétence exclusive au profit du juge français et l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'Algérie étaient insuffisantes pour établir la compétence indirecte du juge étranger et éviter la cassation.

893. Dans une affaire en apparence similaire, le pourvoi formé par l'épouse à l'encontre de la reconnaissance d'un jugement étranger de divorce fut pourtant rejeté²⁵⁰¹. La saisine du juge étranger apparaissait légitime, puisque le mari était installé depuis plus de trois ans sur le territoire de l'Etat tiers. Ayant obtenu le divorce pour discorde, l'époux avait fait procéder à la retranscription du jugement sur les actes de l'état civil. En l'absence d'élément attestant de l'intention frauduleuse du mari, il était impossible de considérer la saisine des juges marocains dictée par autre chose que la volonté de mettre fin au mariage. Le jugement étranger pouvait être accueilli dans l'ordre juridique interne.

²⁴⁹⁹ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 290, n° 408.

²⁵⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n° 11-30.120, *Bull. civ.* I, n° 137.

²⁵⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, n° 10-14.760, *Bull. civ.*, I, n° 34.

L'exception de fraude ne permettait pas de faire échec à la compétence indirecte du juge étranger en ce cas.

894. Pour autant, les juges du fond doivent procéder aux recherches nécessaires. Cette obligation fut rappelée par la Cour de cassation²⁵⁰². Un couple marocain résidait en France. L'épouse avait assigné son mari en contribution aux charges du mariage. Il procéda un mois plus tard à une répudiation, homologuée au Maroc. A l'encontre de l'action intentée par sa femme, il invoquait une fin de non-recevoir tirée de la dissolution du lien conjugal par la décision marocaine. La cour d'appel avait considéré la juridiction étrangère compétente, sur le fondement de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. L'épouse reprochait aux juges du fond d'avoir omis de vérifier si la saisine des juridictions marocaines n'était pas frauduleuse. La Cour de cassation accueillit le moyen avancé au soutien du pourvoi. En se contentant d'établir la compétence indirecte sur la base de l'instrument conventionnel, la Cour d'appel exposait sa décision à la cassation pour défaut de base légale.

895. Les critères énoncés par l'arrêt *Simitch* s'imposent aux juges du fond. A défaut, la compétence indirecte du juge étranger ne peut être établie et la régularité du jugement étranger n'est pas démontrée. Il importe peu que la compétence du juge s'étant prononcé soit envisagée par un instrument conventionnel. La Cour de cassation n'allège pas l'office des juges du fond en la matière, sauf disposition internationale contraire. Il faut en effet réserver le cas particulier du droit communautaire. L'article 24 du règlement Bruxelles 2 bis prohibe tout contrôle de la compétence de la juridiction d'origine, lorsque le jugement invoqué en France a été rendu par un Etat membre de l'Union européenne. La Cour de cassation assure le respect de cette injonction²⁵⁰³, mais n'étend pas ce principe aux conditions ordinaires de régularité internationale des jugements étrangers.

896. En dehors du champ d'application de certains instruments communautaires, la caractérisation de la compétence indirecte du juge s'étant prononcé demeure indispensable. Certes, les critères énoncés par la Cour de cassation dans l'arrêt *Simitch* connaissent à l'heure actuelle un infléchissement plus libéral. Ce courant jurisprudentiel s'inscrit dans une logique de renforcement de la coopération judiciaire

²⁵⁰² Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, n° 88-15.008, *Bull. civ. I*, n° 138.

²⁵⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2010, préc.

internationale. La Cour de cassation prend en considération cet impératif. Elle assure aussi le respect des exceptions d'ordre public et de fraude. Ces mécanismes apportent un tempérament pertinent à la volonté de favoriser la libre circulation des jugements, surtout en matière familiale.

2. La conformité de la décision rendue à l'ordre public international français

897. La Cour de cassation subordonne la régularité des jugements étrangers à leur « *conformité à l'ordre public international de fond et de procédure* »²⁵⁰⁴. Elle insiste sur la nécessité d'une approche actuelle de la notion (a). Les décisions heurtant les valeurs fondamentales du for ne sont pas accueillies²⁵⁰⁵, comme celles dont le contenu ou les modalités d'élaboration révèlent une contrariété à l'ordre public procédural. En fonction des liens entretenus entre la situation litigieuse et la France, l'exception d'ordre public peut aussi varier dans l'espace lorsqu'elle porte sur le fond du droit (b).

a. L'actualité de l'ordre public

898. Depuis l'arrêt *Bachir*²⁵⁰⁶, la Cour de cassation a remplacé l'examen de la régularité de la procédure suivie à l'étranger selon la loi étrangère par une analyse menée au regard de l'ordre public international français et du respect des droits de la défense. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé la notion d'ordre public procédural²⁵⁰⁷. Saisis d'une requête en exequatur, les tribunaux des Etats parties sont tenus de vérifier la conformité de la procédure suivie à l'étranger au droit à un procès équitable. Le fait que le jugement étranger émane d'un Etat tiers n'amoindrit pas l'importance de ce contrôle. L'interprétation de l'article 6§1 de la convention par la Cour européenne des droits de l'homme irrigue l'examen de la régularité procédurale des décisions étrangères.

²⁵⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, préc.

²⁵⁰⁵ LAGARDE, P., *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in *Mél. François Rigaux*, Bruylant, 1963, p. 263.

²⁵⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1967, *Bachir*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., n° 45, p. 402.

²⁵⁰⁷ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c/ Italie*, req. n° 30882/96, *RTD Civ.* 2001. 986, obs. MARGUENAUD.

899. La Cour de cassation insiste sur les garanties du procès équitable, telles que le respect des droits de la défense et l'exigence de motivation des décisions de justice. Selon une jurisprudence constante, « *est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante* »²⁵⁰⁸. En effet, les motifs retenus par le juge étranger permettent de vérifier la régularité de la décision critiquée²⁵⁰⁹ et, le cas échéant, de déceler son éventuelle contrariété à l'ordre public international français. Ce fut le cas dans une affaire portant sur les conséquences du divorce d'un couple français prononcé aux Etats-Unis²⁵¹⁰. L'épouse s'était vu accorder le droit de prendre seule les décisions concernant les enfants, tandis que le jugement étranger interdisait à son mari d'entretenir des relations avec une tierce personne en leur présence. Selon la Cour de cassation, le non-respect du principe de coparentalité et l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale du père justifiaient le refus de reconnaissance de la décision étrangère par les juges du fond.

900. La contrariété à l'ordre public international de procédure peut également résulter des preuves retenues par la juridiction étrangère, révélées par la décision invoquée. Par exemple, l'exequatur accordé à un jugement condamnant au versement d'une pension alimentaire pour un enfant, sur la seule foi du témoignage de la mère, encourt la cassation²⁵¹¹. L'absence d'autres éléments de preuve appréciés par le juge étranger oblige à considérer la décision comme manifestement incompatible avec la conception française de l'ordre public international. A l'inverse, le refus opposé à l'expertise sanguine par le défendeur à l'action en recherche de paternité corrobore les dires de la mère et autorise le juge étranger à établir la filiation²⁵¹². Le jugement étranger était conforme aux principes essentiels du droit français.

²⁵⁰⁸ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1978, n° 76-14.843, *Bull. civ. I*, n° 191 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1991, n° 90-13.449 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, n° 04-19.031, *Bull. civ. I*, n° 521.

²⁵⁰⁹ La Cour de cassation juge néanmoins que le moyen dénonçant l'absence de motivation et fondé sur la contrariété de la décision à l'ordre public international ne peut être soulevé pour la première fois devant elle. Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 18 sept. 2002, n° 99-19.294, *Bull. civ. I*, n° 204.

²⁵¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, *Bull. civ. I*, n° 218.

²⁵¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1976, n° 74-14.303, *Bull. civ. I*, n° 174.

²⁵¹² Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 1990, n° 87-19.296, *Bull. civ. I*, n° 80.

901. Les juges du fond sont contraints d’apprécier la conformité de la décision étrangère à l’ordre public international français au jour où ils statuent²⁵¹³. La précision est importante, notamment en cas de modification législative récente. La réforme opérée par la loi du 17 mai 2013²⁵¹⁴ illustre ce phénomène. Le Code civil français autorise dorénavant deux personnes de même sexe à adopter un enfant. L’accueil des jugements étrangers d’adoption au profit de couples homosexuels prêtait jusqu’alors à controverse. Dans deux arrêts, la première chambre civile avait reproché à la juridiction du second degré d’avoir reconnu un jugement étranger ayant prononcé une adoption plénière et le partage de l’autorité parentale entre deux hommes²⁵¹⁵. La cour d’appel s’était contentée de soutenir que la décision ne portait pas atteinte à l’ordre public international. L’incidence d’une identité de sexe entre les parents avait été éludée. En raison de cette motivation lacunaire, les décisions critiquées encourageaient la cassation. La Cour de cassation avait rappelé que l’inscription sur les registres de l’état civil français d’un enfant « né » de deux parents du même sexe était « *contraire à un principe essentiel du droit français* ». Depuis, elle a modifié son approche. Dans un avis rendu le 22 septembre 2014, elle admit la possibilité, pour l’épouse d’une mère ayant eu recours à une procréation médicalement assistée, d’adopter l’enfant de sa conjointe²⁵¹⁶. Cet avis fut suivi par les juges du fond²⁵¹⁷. Les adoptions prononcées à l’étranger au profit d’un couple homosexuel ne sont plus contraires à l’ordre public international français. La jurisprudence antérieure est donc caduque. Un infléchissement préalable avait d’ailleurs pu être observé. La sévérité était moindre face à une adoption simple effectuée à l’étranger par un couple de même sexe. La Cour de cassation admettait déjà la reconnaissance du jugement étranger la consacrant²⁵¹⁸. Elle avait considéré le mécanisme comme opérant un partage de l’autorité parentale. L’enfant n’apparaissait pas issu du seul couple homosexuel, puisque sa filiation d’origine n’était pas réduite à néant.

902. La Cour n’apprécie pas l’exigence de conformité à l’ordre public international de manière abstraite. La conformité de la décision étrangère à l’ordre public

²⁵¹³ Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 1976, n° 75-13.113, *Bull. civ.* I, n° 360.

²⁵¹⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013, préc.

²⁵¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, préc.

²⁵¹⁶ Cass. Avis, 22 sept. 2014, préc.

²⁵¹⁷ Voir n° 486.

²⁵¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, préc.

est analysée selon l'ensemble des faits en cause et au regard de l'actualité de l'ordre public. Examinant les motifs retenus par les juges du fond, la Cour détermine la régularité du jugement étranger au regard des principes essentiels irriguant l'ordre juridique du for. La vigilance dont elle fait preuve se manifeste également en d'autres domaines. La question de l'accueil en France des jugements étrangers prononçant une répudiation en atteste. La Cour démontre son intérêt pour les réformes entreprises dans les systèmes juridiques concernés. Confrontée à une décision algérienne prononçant la dissolution unilatérale du lien conjugal au détriment de l'épouse, elle reprocha aux juges du fond de l'avoir considéré régulière²⁵¹⁹. Ils s'étaient fondés sur la modification de la loi algérienne en 2005. La femme s'était vue offrir des moyens de défense et d'actions à l'encontre de son mari au cours de la procédure de divorce. Selon l'arrêt attaqué, elle aurait pu agir elle-même en justice pour faire valoir ses observations et ses demandes. La Cour de cassation condamna cette solution. Elle prit soin de préciser que l'article 48 du Code de la famille algérien, « *non modifié par la réforme de 2005* », consacrait une répudiation unilatérale contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage. Ainsi, elle rappela la nécessité d'une approche *in concreto*, au regard des éventuelles évolutions observées dans ces systèmes juridiques et des circonstances de chaque espèce.

903. La perspective diffère lorsque l'exception d'ordre public international se heurte aux situations de litispendance internationale. Le juge est alors contraint d'examiner la conformité à l'ordre public d'une décision étrangère à venir. Le pronostic de régularité du jugement étranger revêt nécessairement une dimension plus abstraite. La Cour de cassation admet cette approche. Un arrêt le démontre²⁵²⁰. Des époux libanais avaient intenté une procédure de divorce, le premier devant les juridictions libanaises, la seconde en France. Afin de faire échec à la requête présentée par sa femme, le mari dénonçait l'existence d'une situation de litispendance. L'exception devait selon lui se résoudre au profit des tribunaux du Liban, premiers saisis. La cour d'appel avait assimilé la procédure libanaise à une répudiation unilatérale. Puisque ce mode de dissolution du lien conjugal était contraire à l'ordre public international français, la décision étrangère ne pouvait produire effet en France. L'époux s'était pourvu en cassation à l'encontre du

²⁵¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 oct. 2013, n° 12-21.344, *Bull. civ. I*, n° 204,

²⁵²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, n° 10-14.101, *Bull. civ. I*, n° 33, *AJfam.* 2011.259, note NORD.

refus opposé par les juges du fond à l'exception de litispendance. Il s'appuyait sur le principe d'analyse *in concreto* de la conformité à l'ordre public international. L'issue de l'instance libanaise étant inconnue au jour où la cour d'appel avait statué, il lui semblait impossible de considérer la décision étrangère à venir comme contraire au principe d'égalité entre les époux. La Cour de cassation conclut à l'inefficacité de ce moyen, en rappelant les conditions de la litispendance internationale. Les juges du fond devaient vérifier l'ensemble des conditions de reconnaissance du futur jugement étranger pour trancher l'exception. Le postulat de la litispendance obligeait à apprécier la décision étrangère susceptible d'être rendue à l'étranger, avant son prononcé. La décision libanaise n'aurait pu être admise dans l'ordre juridique du for. Le recours à une analyse teintée d'abstraction n'empêchait pas de conclure à la contrariété à l'ordre public international français, qui varie néanmoins selon les liens entretenus entre le litige et le for dans lequel la décision est invoquée.

b. La variabilité spatiale de l'ordre public

904. La constitution d'une situation à l'étranger incite parfois à faire preuve d'une plus grande tolérance, mais la proximité du litige avec la France justifie aussi la sauvegarde des principes essentiels du droit de la famille. Les répudiations musulmanes illustrent ce mécanisme. La Cour de cassation retient une vision « *proximiste* »²⁵²¹ de l'ordre public quant aux effets de ce mode inégalitaire de dissolution du lien conjugal. Dès lors que la situation entretient un rapport particulier avec la France, la répudiation est considérée contraire à l'ordre public français. Il en va ainsi si les époux, ou l'un d'eux, ont la nationalité française²⁵²², ou quand le couple, ou l'un de ses membres, réside en France²⁵²³.

905. Les motifs avancés au soutien des décisions de non-reconnaissance des répudiations étrangères n'ont pas toujours été ceux-ci. La Cour de cassation a longtemps retenu l'atteinte portée par ces procédures aux droits de la défense. Le défaut de

²⁵²¹ COURBE, P., « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004. 815.

²⁵²² Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, n° 06-10.433.

²⁵²³ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004, préc.

convocation de l'épouse justifiait la non-reconnaissance du jugement étranger²⁵²⁴. La Cour sanctionne à présent l'accueil des décisions étrangères de répudiation en s'appuyant sur le Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce texte, qui consacre le principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage²⁵²⁵, est directement applicable devant les juridictions françaises. Dans l'arrêt *El Madani*²⁵²⁶, la Cour annula la reconnaissance par les juges du fond d'une répudiation prononcée au Maroc. Au visa de l'article 5 du Protocole additionnel n° 7, elle constata la contrariété de la dissolution du lien conjugal à l'ordre public international français. L'épouse n'avait pas été appelée lors de l'instance, et n'avait donc pas pu se défendre. L'exception d'ordre public international revêtait ici aussi une dimension procédurale, tout en étant fondée sur le principe d'égalité entre époux au moment du divorce.

906. La variabilité de l'ordre public, selon les rattachements observés avec la France, fut consacrée dans l'arrêt *Fazouane*²⁵²⁷. La Cour de cassation rappela l'obligation pour la France de garantir le principe d'égalité entre époux « à toute personne relevant de sa juridiction ». En 1997, le recours au principe de proximité se répéta²⁵²⁸. Les arrêts rendus le 17 février 2004 confirmèrent la constance de la solution. L'approche retenue par la Cour de cassation face aux répudiations unilatérales s'est infléchie. Ce libéralisme n'est toutefois pas excessif. Dès lors qu'un rattachement suffisant à l'égard de la France est observé, l'accueil de la décision étrangère est impossible. Concrète, l'analyse permet de moduler le jeu de l'exception d'ordre public international au gré de chaque espèce.

907. L'approche est plus sévère dans d'autres domaines. La question de la reconnaissance de jugements étrangers prononçant l'adoption d'enfants nés d'une mère porteuse suscite encore le débat. La Cour de cassation rejeta des pourvois formés contre des arrêts ayant refusé la transcription dans les registres français des actes de naissance d'enfants nés d'une mère porteuse²⁵²⁹. Elle jugea contraires à l'ordre public international les décisions étrangères constatant la filiation des enfants, rappelant que le principe d'indisponibilité du corps humain et la prohibition des conventions de mère porteuse

²⁵²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 juil. 2001, n° 99-14.979, *Bull. civ. I*, n° 217.

²⁵²⁵ Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, art. 5.

²⁵²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1994, n° 92-13.523, *Bull. civ. I*, n° 192.

²⁵²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1995, n° 93-19.950, *Bull. civ. I*, n° 469.

²⁵²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997, n° 94-19.447.

²⁵²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, préc.

étaient des valeurs essentielles et fondamentales de l'ordre juridique français. Le pourvoi dénonçait en outre une contrariété des décisions attaquées au respect de la vie privée et familiale et à l'intérêt de l'enfant. Selon son auteur, ces impératifs obligeaient « *au maintien d'une filiation établie depuis plusieurs années permettant le développement et l'intégration familiale de l'enfant* ». Il apparaissait en effet opportun de s'interroger sur la conformité de la prohibition aux principes consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Convention internationale sur les droits de l'enfant. La Cour de cassation écarta les moyens avancés. Elle précisa que les enfants n'étaient pas privés de leurs liens de filiation tels qu'établis par le jugement étranger. Ils pouvaient de même continuer à vivre avec leurs parents. La Cour jugea que ni le droit à une vie privée et familiale, ni l'intérêt de l'enfant n'étaient menacés. En procédant à une quasi-hiérarchisation des principes irriguant le droit interne et le droit conventionnel, la Cour fut condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, pour violation du droit à la vie privée et familiale des enfants concernés²⁵³⁰. Un revirement de jurisprudence sur cette question délicate s'ensuivit²⁵³¹, sans que la Cour n'assortisse ses arrêts d'une quelconque référence à l'intérêt de l'enfant ou à une éventuelle contrariété à l'ordre public. Un moyen avait pourtant été avancé en ce sens, mais il fut écarté²⁵³².

908. Afin de mener à bien l'examen de la conformité des décisions étrangères à l'ordre public international, la Cour de cassation prend en considération leur régularité substantielle et procédurale. Elle s'intéresse à la motivation exprimée par les juges du fond, mais également à celle avancée par le tribunal dont émane la décision litigieuse. En outre, elle module son approche selon la proximité existant entre l'affaire et la France. Ces différents aspects du contrôle permettent de lutter efficacement contre l'exécution et la reconnaissance d'un jugement étranger contraire aux principes essentiels de l'ordre juridique du for. Un dernier filtre existe, consistant à vérifier l'absence de fraude dans l'obtention du jugement étranger.

²⁵³⁰ CEDH, 26 juin 2014, préc.

²⁵³¹ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, préc.

²⁵³² *Ibid.*

3. L'exception de fraude à l'encontre d'un jugement étranger

909. La fraude empêchant la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est susceptible de présenter divers aspects. Au sens strict, elle consiste à détourner la loi applicable au litige. Par exemple, la Cour de cassation rejeta un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt ayant refusé d'accorder l'exequatur à un jugement de divorce haïtien²⁵³³. Un couple français résidant à Paris avait demandé le divorce devant une juridiction de Port-au-Prince. Le tribunal d'Haïti avait prononcé la dissolution du lien conjugal. Les juges du fond avaient relevé la volonté des époux de voir le divorce soumis à la loi haïtienne, moins contraignante. Obtenu par fraude, le jugement étranger ne pouvait être accueilli. Toute efficacité fut également déniée à un jugement portugais de divorce, rendu après l'acquiescement du mari à la décision française le déboutant de sa demande en divorce et prononçant la séparation de corps du couple²⁵³⁴. Les époux ne pouvaient en l'occurrence tirer parti d'un jugement étranger résultant d'une fraude à la loi.

910. La modification des conditions de régularité des jugements étrangers par l'arrêt *Cornelissen*²⁵³⁵ complique néanmoins le constat de fraude à la loi. La suppression du contrôle de la loi appliquée par la juridiction étrangère nuit à la révélation de son existence, puisque le juge n'est plus tenu de vérifier l'élément légal auxquels les parties ont tenté de se soustraire²⁵³⁶. La fraude ne saurait pourtant être tolérée. Mais l'obstacle n'est pas irréductible. Entendue au sens large, la fraude à la loi permet de refuser d'accueillir un jugement étranger que les parties ont obtenu pour contourner les règles françaises de droit international privé. Elle peut s'accompagner d'une fraude à la juridiction, décelée lors de l'établissement de la compétence indirecte du juge étranger. Les techniques permettant à la Cour de cassation de sanctionner ces fraudes au jugement ont d'ores et déjà été décrites²⁵³⁷. La Cour exerce son contrôle sur les motifs avancés par les juges du fond au soutien de leurs décisions pour conclure, le cas échéant, à la fraude ou à l'absence de fraude, et lutte ainsi contre la pratique du *forum shopping*.

²⁵³³ Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 1988, n° 86-17.376.

²⁵³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 1997, n° 95-18.589.

²⁵³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 juil. 2007, préc.

²⁵³⁶ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 289, n° 406.

²⁵³⁷ Voir n° 891 et s.

911. D'autres tactiques sont utilisées pour bénéficier des effets d'un jugement étranger potentiellement plus favorable, comme la manipulation des règles procédurales. La Cour de cassation rejeta pour cette raison un pourvoi formé contre la décision déclarant inopposable un jugement québécois²⁵³⁸. La juridiction montréalaise avait prononcé un divorce, sans que le mari ait comparu. L'époux avait ensuite assigné sa femme en contribution aux charges du mariage devant la justice française. Elle avait opposé une fin de non-recevoir tirée du jugement québécois. Les juges du fond avaient conclu à un détournement de la procédure au détriment du mari. L'épouse avait déclaré ignorer l'adresse de son conjoint et avait sollicité la permission de l'assigner dans un journal qu'il n'avait aucune chance de lire, ce qu'elle ne pouvait ignorer. Ce faisant, elle avait « *manifestement cherché* » à empêcher son conjoint de se défendre en temps utile. Les juges du fond constatèrent une fraude aux droits de la défense viciant le jugement étranger de divorce. La Cour de cassation approuva ce raisonnement. En caractérisant de la sorte la volonté frauduleuse, la cour d'appel avait justifié son refus de reconnaître une quelconque efficacité au jugement étranger. Il en va de même lorsque l'époux fait délivrer une ordonnance d'assignation à sa femme en sachant pertinemment que celle-ci demeurait toujours au domicile conjugal situé en France²⁵³⁹. Le comportement du mari empêcha la reconnaissance du jugement marocain de divorce, bien que la décision des juges du fond ait surtout été dictée par l'atteinte portée aux droits de la défense de l'épouse. Le motif de non-reconnaissance relevait davantage d'une contrariété à l'ordre public procédural.

912. Les refus d'efficacité pour fraude, alors même que les circonstances de l'espèce semblent s'y prêter, demeurent rares. Le constat est en effet complexe. La notion, subjective, oblige à identifier un élément matériel et un élément légal. Surtout, la fraude existe à condition d'être volontaire. Le comportement de son auteur justifie la sanction. La démonstration est difficile. La Cour de cassation ne peut y procéder seule. Les juges du fond sont souverains pour apprécier les éléments constitutifs de la fraude. La recevabilité du moyen se heurte fréquemment à l'exception de nouveauté. Une évolution sembla toutefois redonner une place à l'exception de fraude. La condamnation des

²⁵³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2003, n° 01-13.142, *Bull. civ.* I, n° 190.

²⁵³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 09-66.479.

maternités pour autrui réalisées à l'étranger fut fondée sur cette notion²⁵⁴⁰. La définition de la fraude à la loi fut transposée en dehors de ses contours traditionnels en droit international privé. L'élément matériel avait été démontré par les juges du fond. Des pères s'étaient rendus en Inde afin d'avoir recours à des mères porteuses pour mettre au monde leurs enfants. L'élément intentionnel résultait de la finalité poursuivie par les auteurs des reconnaissances dont la transcription était demandée. Le déplacement à l'étranger avait pour objectif la naissance d'enfants issus d'une gestation pour autrui. L'élément légal de la fraude apparaissait au regard du visa retenu par la Cour de cassation, qui se référa à la prohibition édictée aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil. La fraude était établie sans aucune ambiguïté. La Cour de cassation statua par un motif lapidaire. Dès lors qu'était caractérisé le recours « *à un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui* », aucune reconnaissance des actes de naissance subséquents n'était possible.

913. Le choix de ce fondement incita à la réflexion. La fraude permettait de réprimer efficacement ces comportements litigieux en droit international privé de la famille, alors que le recours à l'ordre public international supposait une contrariété entre la situation née à l'étranger et les valeurs essentielles du for. Or l'audace dont avait fait preuve les pères dans ces affaires compliquait ce constat. Les actes de naissance des enfants révélaient une filiation exacte, puisque la mère porteuse était déclarée en qualité de mère biologique. Le constat d'une violation du principe d'indisponibilité du corps humain, visé jusqu'alors par la Cour de cassation, était plus compliqué. Le recours à l'exception d'ordre public s'en trouvait entravé. Face à l'imagination exacerbée des prétendants à la gestation pour autrui en mal d'enfants, la Cour de cassation n'entendait pas rester démunie. Elle retint une solution pragmatique. Presque tombée en désuétude, l'exception de fraude fut ainsi utilisée pour garantir les principes gouvernant le droit de la famille. La condamnation de la France dans les affaires *Menesson* et *Labassée* a néanmoins rendu inutile cette évolution jurisprudentielle²⁵⁴¹. Le recours à la notion de fraude n'échappait pas à la critique, au regard des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. La réponse au moyen avancé en ce sens était d'ailleurs

²⁵⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, préc.

²⁵⁴¹ CEDH, 22 juin 2014, préc.

singulière. La fraude corrompait tout, jusqu'aux droits et libertés fondamentales. Le raisonnement n'a pas convaincu. Les juges du fond²⁵⁴², comme la Cour de cassation²⁵⁴³, semblent s'être ralliés depuis à la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme. La référence à la fraude pour contrer les effets d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger fut ainsi abandonnée.

914. Le refus comme l'admission de l'efficacité d'un jugement étranger fait l'objet d'un contrôle de motivation approfondi. La Cour de cassation s'intéresse aux constatations menées par les juges du fond devant qui la décision est invoquée. Ceux-ci sont tenus d'en vérifier la régularité. Les conditions autorisant la reconnaissance et l'exécution de la décision étrangère constituent des filtres efficaces pour préserver la souveraineté des juridictions du for et les principes essentiels du droit de la famille français. La Cour de cassation vérifie aussi la désignation de la loi applicable au litige familial présentant un élément d'extranéité, apportant d'utiles précisions sur l'office du juge confronté à une loi étrangère.

§2. La résolution des conflits de lois en droit de la famille

915. L'émergence des familles binationales favorise l'apparition de conflits de lois. En ce cas, la Cour de cassation vérifie que les juges du fond aient correctement déterminé la loi applicable au litige (A). Lorsqu'une loi étrangère est applicable, elle s'intéresse aussi à sa mise en œuvre (B).

A. L'identification de la loi applicable au litige

916. La présence d'un élément d'extranéité lie le problème familial à des systèmes étatiques distincts. Ils entrent alors en concurrence. Cette pluralité de rattachements complique la résolution des conflits de lois par les juges du fond (1). Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Lorsqu'une loi étrangère est désignée applicable au litige, il importe aussi d'en déterminer le contenu (2).

²⁵⁴² TGI Nantes, 14 mai 2015.

²⁵⁴³ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

1) La résolution des conflits de lois contrôlée par la Cour de cassation

917. La méthode conflictuelle est le principal outil utilisé pour résoudre les conflits de lois, mais il en existe d'autres (a). L'office du juge, précisé par la Cour de cassation, revêt une importance fondamentale pour apporter une juste réponse à la situation vécue par les parties à l'instance (b).

a) Les techniques de résolution des conflits de lois en droit de la famille

918. Les règles répondant aux difficultés posées par une pluralité de rattachements étatiques ont des origines diverses. Elles prescrivent l'application de l'un ou l'autre des systèmes juridiques en présence, selon le lien qui prédomine ou les intérêts défendus par le système juridique du for. La règle de conflit de lois, bilatérale ou unilatérale, demeure l'instrument « *habituel* »²⁵⁴⁴ de résolution. Par exemple, l'article 3 du Code civil soumet l'état et la capacité des français à la loi de leur nationalité, même s'ils résident en pays étranger. Il fut rapidement bilatéralisé²⁵⁴⁵. La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant²⁵⁴⁶, et si la mère n'est pas connue, l'application de la loi personnelle de l'enfant s'impose²⁵⁴⁷. Cette règle est impérative, comme celle applicable à la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité. La loi personnelle de son auteur, ou celle de l'enfant, en détermine la régularité²⁵⁴⁸. La solution est identique lorsque la question de droit international privé a trait à la validité d'un partenariat civil enregistré. Aux termes de l'article 515-7-1 du Code civil, « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement* ». En outre, le mariage est soumis à la loi du lieu de sa célébration pour la forme²⁵⁴⁹ et à la loi du statut personnel de chacun des

²⁵⁴⁴ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 94, n° 117.

²⁵⁴⁵ CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., n° 1, p. 1.

²⁵⁴⁶ C. civ., art. 311-14.

²⁵⁴⁷ *Ibid.*

²⁵⁴⁸ C. civ., art. 311-17.

²⁵⁴⁹ C. civ., art. 171-1.

membres du couple pour les conditions de fond²⁵⁵⁰. L'union entre personnes de même sexe est possible dès lors que « *pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* »²⁵⁵¹. La Cour de cassation assure le respect de ces dispositions et en précise le sens, d'autant que ces règles de conflit n'ont souvent que l'apparence de la clarté.

919. La désignation de la loi applicable dépend en premier lieu de la catégorie de rattachement retenue. Or celle-ci est parfois autrement qualifiée dans l'ordre juridique du for et dans le système étranger. Tel était le cas dans l'affaire *Caraslanis*²⁵⁵². Un citoyen grec avait formé une demande reconventionnelle en nullité du mariage, en réponse à l'assignation en divorce adressée par son épouse. Il estimait que l'absence de célébration religieuse justifiait l'annulation de l'union. Cette exigence était une condition de fond de la formation du mariage en droit grec mais la Cour de cassation jugea que « *la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme* »²⁵⁵³. Le principe de qualification *lege fori* permet depuis la résolution de ces conflits²⁵⁵⁴, apportant une réponse concrète à un problème récurrent en droit international privé de la famille. La jurisprudence est constante, sauf pour l'interprétation d'une disposition de droit communautaire ou celle d'une notion inconnue du droit français. Elle se justifie aisément. La règle de conflit de lois désignant la loi compétente appartient à l'ordre juridique interne. Par conséquent, la Cour de cassation l'interprète « *avec le sens qu'elle a dans l'esprit du législateur du for* »²⁵⁵⁵.

920. La qualification déclenche parfois une solution impérative, lorsqu'une loi d'application immédiate régit la situation litigieuse. Le droit de la famille illustre le phénomène. Par exemple, l'article 311-15 du Code civil prévoit que l'enfant dont le père, la mère ou l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire du for bénéficie des conséquences attachées par la loi française à la possession d'état, même si la filiation

²⁵⁵⁰ C. civ., art. 3.

²⁵⁵¹ C. civ., art. 202-1.

²⁵⁵² Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 1955, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 27, p. 245.

²⁵⁵³ *Ibid.*

²⁵⁵⁴ Voir aussi : Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1957, *Silvia*, LEQUETTE, Y. et ANCEL, B., *op. cit.*, p. 271, n° 29.

²⁵⁵⁵ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 128, n° 162.

dépend d'une loi étrangère. Il est toutefois rare que le législateur envisage expressément l'application immédiate d'une règle juridique. Le cas échéant, la Cour déduit ce caractère du but poursuivi par la norme considérée. Elle utilise à ces fins des critères finalistes, identifiant les lois « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »²⁵⁵⁶. Les dispositions sur l'assistance éducative répondent à cette définition. Elles sont applicables sur tout le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents²⁵⁵⁷. Il en va de même pour les règles gouvernant le régime matrimonial primaire, énoncées aux articles 212 et suivants du Code civil²⁵⁵⁸.

921. La Cour de cassation participe également à l'élaboration des règles de conflits de lois lorsque le législateur s'en abstient. A titre d'exemples, les solutions dégagées en matière de validité du mariage furent consacrées par la loi du 17 mai 2013²⁵⁵⁹. Une jurisprudence constante soumettait les conditions de fond du mariage à la loi personnelle des intéressés, tandis que les conditions de forme de l'union relevaient de la loi du lieu de célébration. Le législateur inséra ces règles de conflit d'origine jurisprudentielle dans le Code civil²⁵⁶⁰. De même, la compétence législative en matière de divorce fut longtemps gouvernée par la loi des effets du mariage. La loi du 11 juillet 1975²⁵⁶¹ avait remis en cause cette règle de conflit et l'article 309 du Code civil retenait une approche unilatéraliste de la résolution du conflit de lois en matière de divorce. La loi française avait vocation à s'appliquer en raison de la nationalité française des époux ou de leur domiciliation sur ce territoire. En dehors de ces hypothèses, le juge devait appliquer la loi qui se reconnaissait compétence. La spécificité de cette règle de conflit donna lieu à une jurisprudence abondante, dépassée depuis l'entrée en vigueur du règlement Rome 3 relatif à la détermination de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps²⁵⁶². Ce texte est applicable dans tous ses éléments même lorsque le rapport de droit en cause implique un Etat qui n'y est pas parti. Ces règles de conflits de

²⁵⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 oct. 1964, *Bull. civ. I*, n° 472.

²⁵⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1987, n° 85-18.877, *Bull. civ. I*, n° 275.

²⁵⁵⁹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013, préc.

²⁵⁶⁰ C. civ., art. 202-1 et 202-2.

²⁵⁶¹ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF*, n° 0161, 12 juil. 1975, p. 7171.

²⁵⁶² Règl. (UE) n° 1259/2010, préc.

lois sont donc universelles. Instrument de droit dérivé, le règlement est directement invocable devant les juridictions du for²⁵⁶³.

922. La résolution des conflits de lois relatifs à la dissolution du lien conjugal doit dorénavant être menée à l'aune du droit communautaire. Or la méthode retenue par le règlement Rome 3 incite à la réflexion²⁵⁶⁴. Ce texte entre en contradiction avec l'esprit des règles de conflits françaises en matière d'état des personnes. Les époux sont en effet autorisés à choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps, parmi celles proposées par l'instrument²⁵⁶⁵. Tenue d'appliquer le droit communautaire dérivé, la Cour doit également prévenir les détournements de la loi française que facilite en apparence le règlement Rome 3. Elle n'a pas encore eu l'occasion d'être confrontée à ce problème. Les solutions qu'elle retiendra face au choix d'un ordre juridique étranger promettent de riches enseignements sur la préservation des principes défendus par le système conflictuel du for.

923. L'incursion d'instruments supranationaux dans les conflits de lois en droit de la famille n'est pas récente. Les méthodes retenues diffèrent néanmoins selon le texte applicable à l'espèce. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980, relative aux enlèvements internationaux d'enfants, n'obéit pas à la logique savignienne. « *Fléau de l'époque moderne* »²⁵⁶⁶, l'enlèvement international d'enfant connaît une expansion parallèle à la multiplication des familles binationales. La convention a vocation à apporter une réponse urgente à ces situations. Les règles qu'elle contient revêtent une dimension matérielle et objective. L'article 1^{er} prévoit le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur la loi applicable au litige. La solution est donnée par l'instrument conventionnel. La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 « *concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* » retenait un système de résolution plus classique. Elle régissait

²⁵⁶³ Voir n° 821.

²⁵⁶⁴ BUTRUILLE-CARDEW, C., « L'articulation du règlement « Rome III » avec les autres instruments : clauses de juridiction et loi applicable », *AJ fam.* 2012.385 ; DEVERS, A. et FARGE, M., « Le nouveau droit international privé du divorce. A propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G*, n° 26, juin 2012, p. 778.

²⁵⁶⁵ Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 5.

²⁵⁶⁶ MASSIP, J., « L'application par la Cour de cassation de conventions internationales récentes relatives à l'enfance », *LPA*, n° 53, 3 mai 1995, p. 41.

la protection des mineurs ayant leur résidence habituelle sur le territoire de l'un des Etats contractants. Elle fut remplacée par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 dans les rapports entre les parties, à l'exception de la Turquie. La loi applicable aux litiges internationaux portant sur l'autorité parentale est désormais la loi de l'Etat où réside habituellement le mineur, sauf s'il existe un lien plus étroit avec un autre système. La Cour de cassation enjoint aux juges du fond d'appliquer l'instrument lorsque les circonstances de l'espèce le justifient. Par exemple, une décision refusant d'organiser la tutelle d'un mineur algérien résidant en France, en application du droit algérien, fut cassée pour violation de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961²⁵⁶⁷. La loi de la résidence habituelle du mineur avait vocation à régir la situation.

924. Les relations de couple sont aussi envisagées par les instruments édictés sous l'égide de la Conférence de La Haye. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 désigne la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Ses dispositions constituent le droit commun français²⁵⁶⁸ pour les époux unis postérieurement à son entrée en vigueur. La Cour de cassation précise que « *la Convention s'applique à tous les mariages célébrés après le 1^{er} septembre 1992, même si la nationalité, la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu de cette convention ne sont pas celles d'un Etat contractant* »²⁵⁶⁹. Le moyen fondé sur la convention peut d'ailleurs être soulevé d'office²⁵⁷⁰. Les époux choisissent la loi applicable à leur régime matrimonial parmi celles proposées par l'instrument conventionnel. En l'absence de choix, le régime matrimonial est régi par la loi de la première résidence habituelle du couple après le mariage ou, en certains cas, à la loi de l'Etat de leur nationalité commune. A défaut de résidence habituelle des époux sur le même territoire et de nationalité commune, la loi applicable est celle de l'Etat avec lequel le régime matrimonial présente les liens les plus étroits, compte tenu de toutes les circonstances. Le cas échéant, la Cour de cassation contrôle les constatations menées par les juges du fond pour caractériser la résidence habituelle du couple²⁵⁷¹. Cette solution présente des similitudes avec le système prévalant

²⁵⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 8 fév. 2001, n° 98-21.598, *Bull. civ. I*, n° 23. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 1986, n° 84-17.076, *Bull. civ. I*, n° 300.

²⁵⁶⁸ C. civ., art. 1397-2 à 1397-4.

²⁵⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 2009, n° 08-18.343, *Bull. civ. I*, n° 224.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*

²⁵⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, n° 12-16.633, *Bull. civ. I*, n° 266.

avant l'entrée en vigueur de l'instrument conventionnel. La Cour de cassation admet que les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 aient choisi la loi applicable à leur régime matrimonial. La désignation peut être expresse, ou tacite. L'emplacement du premier domicile conjugal est un indice pertinent²⁵⁷². En raison de la proximité des solutions retenues, l'application de la Convention de La Haye aux couples unis avant son entrée en vigueur ne justifie pas forcément la cassation pour violation de la loi. La Cour de cassation peut en effet considérer ce motif comme surabondant²⁵⁷³, dès lors que les juges du fond ont conclu à la même compétence législative.

925. La Convention de la Haye du 14 mars 1978 prévoit aussi un changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial dans certains cas. La Cour de cassation assure le respect de ces dispositions particulières. Par exemple, elle fut confrontée à la détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'un couple français ayant vécu aux Etats-Unis pendant un an avant de s'installer en France²⁵⁷⁴. Le droit américain avait d'abord régi la situation, en l'absence de choix des époux et au regard de leur première résidence habituelle après le mariage. Le changement automatique survenu lorsque le ménage revint en France n'était pas rétroactif, de sorte que les biens des époux connaissaient un sort différent selon la loi qui leur était applicable. Cette décision fut cassée. En estimant que la résidence commune des époux en France justifiait l'application du seul droit français à la liquidation du régime matrimonial, les juges du fond avaient violé les dispositions de la convention. Critiqué, l'instrument est toutefois voué à disparaître au profit d'un futur règlement européen.

926. L'Union européenne s'intéresse également à la détermination de la compétence législative dans les conflits familiaux comportant des éléments d'extranéité. Outre l'adoption du règlement Rome 3, elle a ratifié récemment le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Ce texte modernise la Convention de la Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi

²⁵⁷² Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 30 jan. 2013, n° 12-15.951 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 sept. 2012, n° 11-20.463 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2012, n° 11-20.462 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 2008, n° 07-16.385 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2007, n° 06-18.581 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 sept. 2007, n° 06-15.295, *Bull. civ. I*, n° 282.

²⁵⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, n° 11-12.940 et 11-12.995.

²⁵⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 2012, n° 10-27.012.

applicable aux obligations alimentaires. Il complète aussi la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et aux autres membres de la famille. En outre, l'article 15 du règlement du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires renvoie expressément au Protocole du 23 novembre 2007 pour déterminer la loi applicable au litige pour les Etats membres liés par cet instrument.

927. Ces instruments, dont le respect est assuré par la Cour de cassation, revêtent une grande importance en matière d'obligations alimentaires. Par exemple, la Cour constata une violation de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires²⁵⁷⁵. Une cour d'appel avait appliqué la loi française à la demande de révision de la pension alimentaire due par un époux à sa femme, sur le fondement de l'article 4 de la convention qui retenait l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments pour les litiges relatifs aux obligations alimentaires découlant de relations de faille, de parenté, de mariage ou d'alliance. L'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 prévoyait cependant une dérogation à ce principe, selon laquelle la loi appliquée à la dissolution du lien conjugal régissait les obligations alimentaires entre époux ainsi que leur éventuelle révision, dans l'Etat dont les autorités avaient prononcé le divorce. Or les juges du fond avaient appliqué la loi marocaine pour prononcer le divorce. La requête formée par le mari aux fins de révision de la prestation compensatoire était donc soumise au droit marocain, non à la loi française. La cassation fut justifiée par la fausse application de l'article 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 et le refus d'application de son article 8.

928. La multiplication des sources supranationales de droit international privé exerce une incidence indubitable sur la détermination de la loi applicable aux situations familiales comportant un élément d'extranéité. En vérifiant la conformité des décisions rendues par les juges du fond à ces instruments, la Cour de cassation guide les juges du fond à travers un foisonnement normatif de plus en plus important en droit international privé de la famille.

²⁵⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 2011, n° 10-25.399. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1990, *Bull. civ.* I, n° 232 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 jan. 2007, *Bull. civ.* I, n° 35.

b) L'office du juge à l'égard de la règle de conflit de lois

929. L'autorité de la règle de conflit de lois a fait l'objet d'une vaste controverse doctrinale, ponctuée par de nombreux revirements jurisprudentiels. Les contingences théoriques et pratiques entourant la question ont longtemps nuit à l'avènement d'une solution pérenne. Après avoir proclamé son caractère facultatif dans l'arrêt *Bisbal*²⁵⁷⁶, la Cour de cassation revint sur sa solution à plusieurs reprises²⁵⁷⁷. La jurisprudence est constante depuis les arrêts *Mutuelle du Mans* et *Belaïd*²⁵⁷⁸. Le juge est tenu de relever d'office la règle de conflit de lois adéquate, dès lors que la demande porte sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition²⁵⁷⁹. Le critère de la source internationale de la règle de conflit, auparavant synonyme d'application d'office²⁵⁸⁰, est à présent indifférent. La précision est importante, au regard de l'expansion du droit privé communautaire de la famille. Le juge ne dispose que d'une simple faculté pour relever d'office une règle supranationale relative à des droits disponibles, tandis qu'il en a l'obligation lorsqu'elle a trait à des droits indisponibles. Tel est le cas du règlement Rome 3²⁵⁸¹, relatif à la loi applicable au divorce. La Cour de cassation doit l'appliquer d'office en cas de carence des juges du fond, en raison de l'objet du texte et non selon son origine communautaire. Le Protocole du 23 novembre 2007²⁵⁸² ainsi que le règlement du 18 novembre 2008²⁵⁸³, qui touchent à des droits disponibles, ne bénéficient pas d'une autorité semblable.

930. Bien qu'elle n'emporte pas une approbation absolue, la solution retenue par la Cour de cassation suscite l'adhésion. Confier aux parties le soin de soulever la règle

²⁵⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1959, *RCDIP* 1962. 62, note BATIFFOL ; *JCP* 1960. II. 11 733, note MOTULSKY.

²⁵⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 et 18 oct. 1988, *Rebouh et Schule* ; Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 1990, *Coveco*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 74-78, p. 669.

²⁵⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, n° 96-16.361 et 97-16.684, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 74-78, p. 669.

²⁵⁷⁹ ANCEL B., et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, p. 680.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*

²⁵⁸¹ Règl. (UE) n° 1259/2010, préc.

²⁵⁸² Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Voir annexes.

²⁵⁸³ Règl. (CE) n° 4/2009, préc.

de conflit en matière d'état ou de capacité des personnes incite à un *forum shopping* répréhensible. Il suffirait au demandeur de porter ses prétentions en justice sans dévoiler l'existence de la règle de conflit, pour échapper à la désignation impérative de la loi étrangère. En droit de la famille, la question se pose avec une acuité certaine puisque des droits indisponibles sont fréquemment en cause. Lorsque l'instance a trait à la filiation, au divorce ou au mariage, le juge est donc contraint de rechercher la règle de conflit de lois applicable.

931. Le relevé d'office de la règle de conflit de lois par la Cour de cassation dépend des constatations menées par les juges du fond. Même lorsqu'elle a trait à des droits indisponibles, la règle doit présenter un caractère de pur droit. La cassation est envisageable seulement si les faits établis par l'arrêt attaqué révèlent l'existence d'un élément d'extranéité. Par exemple, la référence à la nationalité étrangère d'une partie à l'instance autorise à soulever la règle de conflit de lois énoncée par le Code civil²⁵⁸⁴. En l'espèce, la demande visait l'établissement d'une filiation paternelle. Elle avait donc trait à des droits indisponibles. La nationalité algérienne de la mère avait été constatée. La Cour de cassation décida que les juges du fond étaient bien tenus de « *rechercher quelle suite devait être donnée à l'action* » en application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois française. Elle leur reprocha également d'avoir omis d'appliquer la règle de conflits de lois adéquate à une action en recherche de paternité²⁵⁸⁵. L'élément d'extranéité était en l'espèce révélé par une carte de résident dont la mère était titulaire. La prise en considération de ce fait adventice obligeait à relever d'office la règle de conflit de lois applicable à la situation litigieuse.

932. L'exception d'irrecevabilité pour cause de nouveauté s'oppose rarement à l'accueil d'un moyen de cassation fondé sur la règle de conflit de lois. La Cour de cassation admet largement son caractère de pur droit²⁵⁸⁶. Elle ne limite pas son contrôle à la décision critiquée, mais s'intéresse à l'ensemble de la procédure²⁵⁸⁷ et à ses termes²⁵⁸⁸ pour déterminer l'office du juge. L'extranéité est décelée par l'intermédiaire des règles

²⁵⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1988, préc.

²⁵⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1999, préc.

²⁵⁸⁶ MAYER, P., *TCFDIP* 1990-1991, p. 30.

²⁵⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1999, préc.

²⁵⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, préc.

gouvernant l'instance, qui contraignent les parties à révéler leur nationalité et leur domicile²⁵⁸⁹. A ces fins, le juge peut d'ailleurs provoquer les explications des parties sur le point de droit en question²⁵⁹⁰. L'intérêt d'une telle démarche est grand. Approfondir la recherche d'un élément d'extranéité permet parfois d'échapper à une cassation purement formelle, qui aurait pour effet d'encourager les pourvois dilatoires.

933. La Cour de cassation dispose également de certains outils pour éviter cet inconvénient. Aux termes de l'article 620 du Code de procédure civile, elle peut rejeter un pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné. Le motif soulevé par la Cour doit fonder une solution identique à celle retenue par le jugement critiqué. En droit international privé, le mécanisme contraint à examiner la teneur de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois pour constater l'équivalence entre les solutions. La Cour de cassation ne peut procéder à cette analyse, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond. L'équivalence doit donc être préalablement constatée dans l'arrêt visé par le pourvoi. Une décision rendue en matière de contestation d'une reconnaissance de paternité put ainsi être maintenue²⁵⁹¹. En l'espèce, le pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir omis d'appliquer la loi vietnamienne désignée par la règle de conflit, au profit de la loi française incompétente. En dépit du bien-fondé de ce grief, la Cour rejeta le pourvoi. Les juges du fond avaient constaté l'équivalence des lois en concurrence pour la recevabilité d'une action en contestation de reconnaissance. La solution fut confirmée²⁵⁹². La Cour de cassation précisa que « *l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente* »²⁵⁹³. Empêchée de recourir à une substitution de motifs classique, elle évite ainsi de casser des décisions par ailleurs conformes aux règles de droit en vigueur²⁵⁹⁴. Les hypothèses dans lesquelles ce raisonnement est susceptible d'être mis en œuvre demeurent toutefois peu fréquentes. Le rejet du pourvoi est subordonné au constat d'équivalence mené par les juges du fond qui

²⁵⁸⁹ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 122, n° 151.

²⁵⁹⁰ CPC, art. 8.

²⁵⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 1988, n° 86-17.779, *Bull. civ. I*, n° 236.

²⁵⁹² Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2003, n° 00-15.344, *Bull. civ. I*, n° 23.

²⁵⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 11 jan. 2005, n° 01-02.473, *Bull. civ. I*, n° 21.

²⁵⁹⁴ FAGES, B., art. préc.

s'en abstiennent fréquemment. De plus, des critiques ont été élevées à l'encontre de ce mécanisme, en raison notamment de l'atteinte portée à l'autorité de la règle de conflit de lois du for²⁵⁹⁵.

934. A l'évidence, la Cour de cassation n'entend pas rester démunie face à l'application de la loi étrangère. Son pragmatisme lorsque l'affaire touche au droit privé international de la famille mérite d'être souligné. Les conditions entourant le relevé d'office des règles de conflit de lois, comme l'obligation d'y procéder, incitent à les considérer comme « *particulières* »²⁵⁹⁶ au regard de la technique de cassation. Des spécificités apparaissent également lorsqu'une loi étrangère est applicable au litige, puisqu'il importe d'établir son contenu.

2) Les modalités relatives à la connaissance et à la preuve de la loi étrangère

935. La présomption issue de l'adage *jura novit curia* cède en droit international privé. Il n'est pas concevable d'imposer aux juridictions familiales la connaissance de toutes les règles étrangères de droit de la famille²⁵⁹⁷. Les conditions d'établissement de la teneur du droit étranger ont donc été déterminées par la Cour de cassation²⁵⁹⁸. La démonstration incombe aux parties et aux juges du fond (a), tandis qu'un certain libéralisme est observé pour les modes de preuve susceptibles d'être utilisés à ces fins (b).

a) La charge de la preuve du contenu du droit étranger

936. La Cour de cassation considéra longtemps que le caractère disponible ou indisponible des droits constituait une *summa divisio* pour déterminer la charge de la preuve du contenu du droit étranger applicable. En droit extrapatrimonial de la famille,

²⁵⁹⁵ GAUDEMET-TALLON, H., *De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?*, in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 309.

²⁵⁹⁶ Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, préc. Voir n° 763 et s.

²⁵⁹⁷ Sur cette question, voir notamment : MELIN, F., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond : recherches sur procédurale de la loi étrangère dans le procès civil*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2002.

²⁵⁹⁸ NORD, N., *L'établissement du contenu du droit étranger en France*, in *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, Actes du colloque dirigé par Claude Witz, Sarrebruck, 28 juin 2013, Société de législation comparée, 2014, p. 14.

les juges du fond étaient souvent contraints de rechercher la teneur de la règle étrangère désignée par la règle de conflit de lois, toutes les fois que les parties s'étaient abstenues de le faire. L'obligation n'avait plus cours quand les justiciables avaient la libre disposition de leurs droits. Cette solution présentait des inconvénients. Tenu le cas échéant d'appliquer la règle de conflit de lois invoquée par les parties, les juges du fond s'en remettaient à la loi du for si celles-ci n'établissaient pas le contenu de la norme étrangère. Le hiatus existant entre l'autorité de la règle de conflit²⁵⁹⁹ et la tolérance entourant le retour à la loi française était une source d'incohérences. La Cour de cassation procéda donc à un important revirement de jurisprudence par deux arrêts rendus le même jour²⁶⁰⁰. Dans un même motif de principe, elle jugea qu' « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, d'en rechercher la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* »²⁶⁰¹.

937. Dorénavant, les juges du fond ne peuvent demeurer passifs. L'autorité de la règle de conflit de lois ne saurait en effet pâtir d'un désintérêt du juge au stade de la recherche du contenu de la loi compétente. Dans une affaire ayant trait à la liquidation du régime matrimonial d'un couple, une épouse avait requis la qualité de bénéficiaire d'un trust aux côtés de son ex-mari²⁶⁰². L'immeuble en cause étant situé aux Etats-Unis, elle revendiquait l'application de la loi américaine désignée par la règle de conflit. La cour d'appel lui reprochait d'avoir méconnu les exigences de l'article 1315 du Code civil en s'abstenant d'établir la réalité de la convention alléguée. La décision fut cassée. La Cour rappela aux juges du fond qu'il leur appartenait de rechercher la loi applicable aux rapports litigieux. La violation de la règle de conflit de lois justifia la cassation, au visa de l'article 3 du Code civil. Les principes gouvernant la preuve de la teneur du droit étranger prennent leur source dans ce texte²⁶⁰³. La construction jurisprudentielle menée par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 3 du Code civil est remarquablement

²⁵⁹⁹ Voir n° 929.

²⁶⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Bull. civ. I*, n° 289,

²⁶⁰¹ *Ibid.*

²⁶⁰² Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, n° 02-20.122, *Bull. civ. I*, n° 425.

²⁶⁰³ Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2010, n° 09-14.881, *Bull. civ. I*, n° 121.

cohérente. Elle sert l'autorité de la règle de conflit de lois et l'effectivité de l'application du droit étranger. La détermination de la teneur du droit étranger est à présent une question de droit, soumise au contrôle de la Cour.

938. La nouvelle répartition des rôles dans l'établissement du contenu du droit étranger encourt toutefois une inversion de la critique prévalant sous l'empire du système précédent. Alors que le juge n'est pas tenu de soulever au besoin d'office la règle de conflit de lois en matière de droits disponibles, il se trouve contraint d'en assurer l'application effective lorsque les parties le lui enjoignent. Le reproche semble vain. La mission dévolue aux juges de la famille est déterminée par les prétentions élevées devant eux, en vertu du principe dispositif. En retenant une vision globale de l'office du juge confronté à ces problèmes, la Cour de cassation assure le respect des règles de droit international privé ainsi que des fondements du droit processuel.

939. Certes, la Cour de cassation admet le recours à la loi du for face à l'impossibilité d'établir la teneur du droit étranger. C'est ainsi qu'une cour d'appel put revenir à la loi française à titre subsidiaire, en dépit de la désignation de la loi étrangère opérée par la règle de conflit de lois régissant l'établissement d'une filiation paternelle²⁶⁰⁴. En l'espèce, les juges du fond avaient retenu la compétence de la loi biélorusse pour une action en recherche de paternité, en tant que loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant²⁶⁰⁵. Mais sa teneur n'avait pu être établie, en dépit des démarches entreprises auprès des autorités compétentes et du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice. Les parties n'avaient pas davantage démontré le contenu du droit étranger. Par conséquent, la cour d'appel avait appliqué au litige la loi française pour déclarer l'action recevable. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le prétendu père et approuva le raisonnement mené par les juges du fond, qui avaient motivé leur décision en droit et en faits. En raison de l'impossibilité de déterminer le contenu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, la vocation subsidiaire de la loi du for fut retenue bien que l'instance porta sur des droits

²⁶⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, n° 05-22.002, *Bull. civ.* I, n° 500, *Dr. fam.*, n° 6, juin 2007, comm. 135, FARGE.

²⁶⁰⁵ C.civ., art. 311-14.

indisponibles²⁶⁰⁶. Mais la solution se conçoit seulement si l'impossibilité matérielle de prendre connaissance du droit étranger est démontrée par les motifs de l'arrêt critiqué.

940. La solution retenue par la Cour de cassation fait peser une charge supplémentaire sur les juges du fond, surtout en droit extrapatrimonial de la famille. Tenus d'appliquer la règle de conflit touchant à des droits indisponibles, l'établissement de la teneur du droit étranger leur incombe également. La Cour de cassation contrôle la régularité de cet office. A défaut, la cassation est encourue. En raison du libéralisme dont sont empreints les modes de preuve du droit étranger, de telles situations sont toutefois peu fréquentes.

b) Les modes d'établissement de la teneur du droit étranger admis par la Cour de cassation

941. La Cour de cassation affirme que « *la preuve de la teneur de la loi étrangère peut être faite par tous moyens* »²⁶⁰⁷. Le juge peut faire état de ses connaissances s'il connaît le contenu de la loi étrangère applicable, à condition de susciter un débat contradictoire. Les magistrats sont parfois avertis des particularités persistant dans les systèmes étatiques étrangers. Avant les réformes entreprises dans ces Etats, il était de notoriété commune que l'Espagne, l'Irlande ou encore Malte n'admettaient pas le divorce²⁶⁰⁸.

942. La teneur de la loi étrangère est plus fréquemment démontrée par des certificats de coutumes obtenus par les parties. Ces documents font l'objet d'un débat contradictoire et leur portée probatoire relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Qu'ils émanent d'autorités étatiques ou religieuses²⁶⁰⁹, les certificats de coutume ne lient pas les juridictions familiales²⁶¹⁰. La prudence s'impose d'ailleurs à leur encontre, puisque leur origine ne peut être vérifiée²⁶¹¹. En outre, la fiabilité des demandes adressées

²⁶⁰⁶ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 184.

²⁶⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 21 juil. 1987, n° 84-14.354, *Bull. civ. I*, n° 240.

²⁶⁰⁸ Voir par ex. : Cass 1^{ère} civ., 10 juil. 1979, n° 78-12.956, *Bull. civ. I*, n° 204 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} avr. 1981, n° 79-13.959, *Bull. civ. I*, n° 117.

²⁶⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 21 juil. 1987, préc.

²⁶¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 2 fév. 1966, *Bull. civ. I*, n° 80.

²⁶¹¹ MAYER, P., *Les procédés de preuve de la loi étrangère*, in *Mél. Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 619.

au Service des affaires européennes et internationales n'est pas toujours assurée, faute d'indications détaillées sur les démarches entreprises et les autorités consultées. Il en va de même pour les éventuelles investigations susceptibles d'être menées par le juge²⁶¹². Le recours à des expertises réalisées dans le cadre des dispositions du Code de procédure civile²⁶¹³ demeure peu fréquent, bien que le juge puisse user de ses pouvoirs à ces fins²⁶¹⁴. Les systèmes d'échange d'informations mis en place par la Convention de Londres du 7 juin 1968, la Conférence de La Haye et le réseau judiciaire européen favorisent également l'établissement objectif du contenu du droit étranger par les organes officiels des Etats parties. Le juge peut ainsi procéder à la recherche qui lui incombe par des voies directes et impartiales. Ces modalités sont pourtant peu usitées, malgré les recommandations de la doctrine²⁶¹⁵.

943. L'origine des pièces produites à ces fins par le juge ou par les parties importe toutefois assez peu. Dans le respect des principes fondamentaux de la procédure, notamment du contradictoire et de la loyauté des débats, il appartient aux juges du fond d'apprécier la valeur probante de ces éléments. La Cour de cassation veille scrupuleusement sur ces impératifs, précisant que « *le juge français ne peut faire application d'un texte de loi étranger qu'il a invoqué d'office qu'après avoir invité les parties à s'expliquer contradictoirement sur son application et son interprétation* »²⁶¹⁶. La violation des prescriptions de l'article 16 du Code de procédure civile justifie la cassation de la décision qui en est entachée.

944. La régularité dans l'établissement du droit étranger applicable suppose de pouvoir identifier l'élément de preuve utilisé à ces fins ainsi que le respect des principes essentiels gouvernant toute instance civile. Cette démonstration permet l'application subséquente de la norme étrangère de droit de la famille désignée par la règle de conflit, dans les conditions précisées par la Cour de cassation.

²⁶¹² *Ibid.*

²⁶¹³ CPC, art. 10 et 11.

²⁶¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1993, *Coucke*, n° 91-14.415, *Bull. civ. I*, n° 14 : « *la loi étrangère, malgré l'absence de contrôle de la Cour de cassation, est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 [du Code de procédure civile]* », *RCDIP* 1994.78, note ANCEL.

²⁶¹⁵ MAYER, P., et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 145, n° 194 ; NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *op. cit.*, p. 469, n° 689.

²⁶¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 1978, n° 76-14.766, *Bull. civ. I*, n° 139.

B. La mise en œuvre de la norme familiale étrangère désignée par la règle de conflit de lois

945. La Cour de cassation ne dispose pas des mêmes prérogatives face au droit étranger que lorsqu'elle est confrontée à la loi française. Dans le silence des textes, elle s'est livrée à une remarquable construction. Les principes essentiels et les valeurs fondamentales du système juridique français sont protégés par l'exception d'ordre public ou de fraude, dont la Cour précise le régime (1). Son raisonnement lorsqu'elle est confrontée à la mise en œuvre effective de la loi étrangère doit aussi être précisé. A ces fins, elle adapte les cas d'ouverture à cassation à cette origine particulière (2).

1) L'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois

946. Miroir des traditions et des principes fondamentaux du for, le droit de la famille est un terrain propice pour l'ordre public et la fraude²⁶¹⁷. Les normes qui le composent reflètent « *les fondements politiques et sociaux de la civilisation française* »²⁶¹⁸, parmi lesquels la famille occupe une place de choix. La contrariété à l'ordre public international français justifie l'éviction d'une loi étrangère désignée compétente (a). La manipulation par les parties d'un ou de plusieurs éléments de rattachements aux fins de provoquer l'application d'une loi plus favorable est également prohibée (b).

a) La notion d'ordre public international précisée par la Cour de cassation en droit de la famille

947. La Cour de cassation se réfère à l'ordre public international, lorsqu'elle estime qu'une loi étrangère est incompatible avec le système juridique du for, notamment en droit de la famille. Le recours à cette notion permet d'écarter l'application de certaines normes, en raison de leur contenu ou de leurs effets (1). En outre, l'exception d'ordre

²⁶¹⁷ NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *op. cit.*, p. 279, n° 376.

²⁶¹⁸ LEREBOURS-PIGEONNIERE, P., *Précis de droit international privé*, Dalloz, 8è éd., par LOUSSOUARN, Y., 1962, n° 379.

public est suffisamment souple pour permettre à la Cour de cassation d'adapter son contrôle à l'évolution des règles juridiques (2).

1. La notion d'ordre public international

948. L'exception d'ordre public consiste d'abord à « *éliminer les solutions qui commanderaient une solution injuste, contraire au droit naturel* »²⁶¹⁹. Il s'agit de protéger « *les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués d'une valeur internationale absolue* »²⁶²⁰, comme l'inceste ou l'esclavage. D'autres éléments, dépourvus de portée universelle, composent le « noyau dur » de la civilisation française. Le respect de la liberté matrimoniale, ainsi que de la vie privée et familiale, en font partie. Le concept sert aussi à défendre l'ordre juridique contre les atteintes susceptibles d'être portées aux politiques familiales internes²⁶²¹. L'interdiction du divorce et l'impossibilité d'établir une filiation adultérine ont longtemps illustré cette fonction, dont l'importance diminue grâce à l'harmonisation du droit de la famille à l'échelle internationale.

949. Le domaine de l'ordre public international est « *flou* »²⁶²² et « *fluctuant* »²⁶²³. Il importe de rappeler que la notion d'ordre public en droit international privé diffère de celle retenue dans le cadre de rapports purement internes. Il n'est pas plus aisé de déterminer les contours de l'une ou de l'autre. La méthode d'analyse retenue par la Cour de cassation est complexe. En principe, la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public du for est appréciée *in concreto*. Par exemple, la Cour approuva la condamnation d'un époux à verser une prestation compensatoire à sa femme sur le fondement de la loi française²⁶²⁴. La règle de conflit prévue par la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 retenait pourtant la compétence de la loi marocaine. La cour d'appel avait constaté,

²⁶¹⁹ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 152, n° 205.

²⁶²⁰ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 19, p. 164.

²⁶²¹ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 153, n° 205. Voir : KINSCH, P., *La « sauvegarde de certaines politiques législatives », cas d'intervention de l'ordre public international ?*, in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.*, p. 447.

²⁶²² NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *op. cit.*, p. 278 et 279, n° 374 et 375.

²⁶²³ *Ibid.*

²⁶²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, n° 04-11.520, *Bull. civ. I*, n° 524. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, *Bull. civ. I*, n° 182.

par une appréciation souveraine, que le droit marocain ne permettait pas d'allouer à l'épouse une somme suffisante après le divorce. La Cour de cassation admit cette approche *in concreto* de la conformité à l'ordre public de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois. Le but poursuivi par l'exception d'ordre public est en effet « *d'éviter la consécration ou la reconnaissance par les juges du for d'une situation juridique qui heurte dans le cas d'espèce considéré l'ordre public international* »²⁶²⁵.

950. L'appréciation abstraite du contenu de la loi étrangère revêt aussi une utilité. Il arrive que la contrariété à l'ordre public international français apparaisse au seul vu de la norme étrangère. Tel est le cas des lois étrangères établissant une discrimination entre les époux. Pour cette raison, un arrêt ayant procédé à la liquidation du régime matrimonial d'un couple selon les modalités prévues par la loi suisse désignée par la règle de conflit fut cassé²⁶²⁶. Le mari se voyait en toute hypothèse attribuer une part plus importante que celle devant échoir à sa femme. La contrariété de la loi suisse à l'ordre public international français était flagrante, nonobstant la volonté des époux de se soumettre au régime issu du droit étranger. La caractérisation d'une contrariété à l'ordre public oblige les juges du fond à confronter tant le résultat de l'application de la loi étrangère que le contenu de celle-ci *in abstracto*.

2. La variabilité de l'ordre public international

951. L'ordre public international français varie aussi selon le contexte entourant la situation familiale²⁶²⁷, sur le plan temporel (a) comme sur le plan spatial (b).

a. La variabilité temporelle de l'ordre public international

952. La Cour de cassation retient une approche pragmatique de l'exception d'ordre public, qu'elle précise au travers d'une construction jurisprudentielle constante. L'ordre public international français n'est pas un concept figé. Son contenu évolue au gré

²⁶²⁵ NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *op. cit.*, p. 280, n° 377.

²⁶²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 fév. 1998, n° 95-18.646 et n° 95-18.647, *Bull. civ. I*, n° 71.

²⁶²⁷ BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Traité de droit international privé. Tome 2*, 1993, 8^è éd., p. 567, n° 354 et s.

des évolutions sociétales. Une conception « *actuelle* » de la notion²⁶²⁸ doit prévaloir, puisque « *s'agissant de défendre les conceptions fondamentales de notre droit, le juge doit à l'évidence se référer à celles qui ont cours au moment où il statue* »²⁶²⁹. A titre d'exemple, un enfant adultérin né d'un père belge avait formé un pourvoi à l'encontre du refus de reconnaissance de sa vocation successorale. La compétence de la loi belge, selon laquelle la filiation légitime ne pouvait être établie, avait été retenue. Le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même adultérins, était à l'inverse consacré en droit interne. En s'abstenant de constater la contrariété de la loi belge à l'ordre public international français, les juges du fond avaient violé les « *principes qui régissent le droit international privé* » ainsi que l'article 331 ancien du Code civil. La prohibition frappant la filiation adultérine en Belgique se heurtait de plein fouet à l'ordre public international français, justifiant la cassation de la décision critiquée. Le contenu de l'ordre public du for suit les conceptions actuelles du système juridique français. Le principe d'actualité de l'ordre public est constamment rappelé par la Cour de cassation, comme en atteste une décision plus récente²⁶³⁰. Une opposition avait été formée par le procureur de la république à l'encontre d'un mariage entre personnes de même sexe, autorisé en France par la loi du 17 mai 2013. La loi personnelle de l'un des époux, marocain, interdisait l'union envisagée. Or le droit marocain était applicable selon la Convention franco-marocaine de 1981. Les juges du fond l'avaient écartée au nom des « *principes supérieurs du nouvel ordre public international* », qui imposaient « *de ne pas reconnaître une supériorité du traité sur la loi* ». Le pourvoi dénonçait une atteinte à la hiérarchie des normes. La Cour de cassation le rejeta, en procédant à une substitution de motifs. L'article 4 de la Convention franco-marocaine de 1981 permettait en l'occurrence d'écarter la loi marocaine en raison de sa contrariété à l'ordre public international français. La Cour souleva d'office ce moyen de pur droit, démontrant l'utilité de ce moyen d'éviction de la loi étrangère pour protéger les valeurs essentielles du droit français. Ce constat se vérifie également lorsque la situation litigieuse entretient des liens de proximité géographique avec la France.

²⁶²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1987, n° 84-14.472, *Bull. civ. I*, n° 150.

²⁶²⁹ ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 57.

²⁶³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, n° 13-50.059, *RTD civ.* 2015.343, obs. USUNIER ; *RTD civ.* 2015.353, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2015.91, obs. PUIG ; *AJ fam.* 2015.71, note HAFTEL.

b. La variabilité spatiale de l'ordre public

953. L'exception d'ordre public international varie également sur le plan géographique. La Cour de cassation juge que « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* »²⁶³¹. En effet, la notion d'ordre public en droit international privé n'a pas pour objet d'empêcher l'application d'une loi étrangère seulement parce qu'elle diffère d'une règle d'ordre public en droit interne²⁶³². Mais la mise en œuvre de l'effet atténué de l'ordre public international n'est guère aisée, comme le révèlent les problèmes suscités par les unions polygamiques. La célébration d'un mariage avant la dissolution d'une première union engageant l'un des époux est interdite en France et autorisée ailleurs. La Cour de cassation a déjà été confrontée aux effets de ces mariages polygames. Elle rejeta un pourvoi dénonçant la non-conformité de la loi successorale algérienne à l'ordre public international français²⁶³³. Un algérien avait épousé successivement deux femmes algériennes en Algérie. La cour d'appel avait conclu à l'existence concurrente de leurs vocations successorales. L'attendu de principe de l'arrêt *Rivière* fut rappelé par la Cour de cassation, qui approuva la solution retenue par les juges du fond. Le propos doit toutefois être nuancé. Les effets d'une union bigame contractée à l'étranger ne peuvent préjudicier aux droits d'une citoyenne française, comme le rappela un arrêt²⁶³⁴. La création de la situation à l'étranger exerçait en l'occurrence une influence sur la première épouse française. Dans une autre affaire, la Cour de cassation jugea que la conception française de l'ordre public international s'opposait à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par l'époux d'une Française puisse produire ses effets en France²⁶³⁵. Les inconvénients de la théorie de l'ordre public atténué apparurent. Il n'était guère possible de présumer qu'une situation valablement créée à l'étranger ne

²⁶³¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 avril 1953, *Rivière*, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 26, p. 232.

²⁶³² Cass. civ., 25 mai 1948, préc.

²⁶³³ Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1980, *Beneddouch*, n° 78-13.762, *Bull. civ. I*, n° 4, ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 61, p. 557. Voir également : Cass. 2^e civ., 14 fév. 2007, n° 05-21.816.

²⁶³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 1988, *Baaziz*, n° 85-12.743, *RCDIP* 1989.71, note LEQUETTE.

²⁶³⁵ Cass. 2^e civ., 1^{er} déc. 2011, n° 10-27.864.

menace en rien l'ordre public français. Une approche plus adaptée à ces situations s'avéra nécessaire. Elle coexiste aujourd'hui avec la théorie de l'effet atténué de l'ordre public.

954. La notion d'ordre public de proximité, qui permet l'éviction d'une loi étrangère contraire aux principes et valeurs essentiels du for lorsque le litige présente des rattachements avec celui-ci²⁶³⁶, fut retenue. Tel fut le cas dans un arrêt²⁶³⁷. Les juges du fond avaient écarté la loi tunisienne prohibant l'établissement de la filiation naturelle. Le pourvoi arguait de l'absence de contrariété à l'ordre public, puisque la loi étrangère ne privait pas l'enfant de tous subsides. La Cour de cassation reconnut la portée théorique de l'argument. Elle jugea que « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international* ». Le pourvoi fut néanmoins rejeté. La Cour décida qu'« *il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* ». L'existence d'un double rattachement, personnel et territorial, empêchait de considérer la loi tunisienne comme compatible avec l'ordre public international français. A l'inverse, l'exception d'ordre public ne fit pas obstacle à l'application de la loi algérienne prohibitive dès lors que l'enfant naturel n'était pas de nationalité française²⁶³⁸. Les juges du fond avaient constaté que la fillette ne résidait pas sur le territoire français. L'ordre public de proximité ne permettait donc pas de faire échec à la soumission du statut personnel de l'enfant à la loi étrangère. La cassation fut prononcée pour violation des règles de conflits de lois édictées par le Code civil.

955. Le jeu de l'exception d'ordre public est subordonné à la proximité de la situation avec le for dont les juridictions sont saisies. Le mécanisme de l'ordre public de proximité favorise l'adaptation du contrôle mené par la Cour de cassation au pluralisme actuel des familles. Malgré sa souplesse, cette approche est remise en cause à l'heure actuelle²⁶³⁹. Un arrêt sembla marquer l'abandon du critère de proximité en matière

²⁶³⁶ NORD, N., *Ordre public international eet appréciation de la proximité par le juge*, in *Mél. Georges Wiederkehr, op. cit.*, p. 581.

²⁶³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1993, n° 89-21.997, *Bull. civ.*, I, n° 64, *RCDIP* 1993.620, note FOYER.

²⁶³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2006, n° 05-10.299, *Bull. civ. I*, n° 226, *Dr. fam.* n° 9, sept. 2009, comm. 177, FARGE.

²⁶³⁹ SINDRES, D., « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, n° 3, juillet 2012, doctr. 10.

d'établissement de la filiation naturelle²⁶⁴⁰, dans une espèce pourtant similaire aux précédentes. Les juges du fond avaient écarté une loi ivoirienne empêchant toute action en recherche de paternité à l'encontre d'un homme marié au moment de la naissance de l'enfant adultérin. La Cour de cassation approuva cette décision au seul motif que « *ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle* ». Nulle référence ne fut faite à la nationalité française de l'enfant ou à sa résidence habituelle sur le territoire du for. Ce revirement n'est toutefois pas établi, la Cour de cassation n'ayant pas confirmé sa solution. Elle s'abstint toutefois de recourir à l'ordre public de proximité en d'autres circonstances, comme lorsqu'elle refusa la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une maternité de substitution dans les registres de l'état civil français²⁶⁴¹.

956. La modulation de l'exception d'ordre public international révèle le réalisme de la Cour de cassation. L'exception d'ordre public est l'un des principaux outils de résolution des « chocs de civilisation » perturbant aujourd'hui le droit de la famille. La substitution de la loi du for à une loi étrangère incompatible doit néanmoins être appréhendée avec prudence. Il ne s'agit pas de faire prévaloir en toutes circonstances le droit de la famille français, au risque de nier l'élément d'extranéité dont est empreint le litige familial. Pour éviter cela, la Cour de cassation exerce un contrôle approfondi sur les motifs avancés par les juges du fond. La rigueur s'impose avec une intensité similaire lorsque l'éviction de la loi étrangère est motivée par l'existence d'une fraude à la loi.

b) Le contrôle de la fraude à la loi par la Cour de cassation

957. A l'instar du contrôle exercé sur les principes généraux du droit, la Cour de cassation assure le respect de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » en droit international privé²⁶⁴². La manipulation par les parties de l'un ou plusieurs des critères de rattachement de la règle de conflit de lois est prohibée. La détection des fraudes à la loi est difficile,

²⁶⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, *Bull. civ. I*, n° 182, *Dr. fam.* n° 1, jan. 2012, comm. 19, FARGE.

²⁶⁴¹ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, préc.

²⁶⁴² Voir n° 662.

comme en atteste la faible efficacité du grief dans la jurisprudence. L'accueil de l'exception de fraude à la loi est en effet subordonné à la réunion de plusieurs éléments.

958. En premier lieu, la fraude suppose une modification volontaire d'un ou des rattachements énoncés par la règle de conflit de lois. La manœuvre peut consister en un changement de nationalité, comme dans la célèbre affaire de la princesse de Bauffremont²⁶⁴³. Séparée judiciairement de son époux, elle souhaitait obtenir un divorce alors interdit par la loi française. Elle obtint dans un premier temps sa naturalisation suite à son installation dans le Duché de Saxe-Aldenbourg. La loi de sa nouvelle nationalité, compétente pour régir la dissolution du lien conjugal, assimilait la séparation de corps au divorce. Par le truchement de la naturalisation, la princesse se trouvait divorcée. Elle se remaria immédiatement avec un prince roumain. La Cour de cassation jugea que l'union ne pouvait produire ses effets en France. Le changement de nationalité avait été décidé dans le seul but de se soustraire à une loi française plus stricte. Les contours de l'exception de fraude à la loi furent esquissés, permettant de déceler d'autres manipulations frauduleuses perturbant le jeu de la règle de conflit de lois.

959. La Cour de cassation put ainsi admettre l'existence d'une fraude à la loi particulièrement complexe²⁶⁴⁴. Un homme, décédé aux Etats-Unis, laissait derrière lui un immeuble situé en France. La loi française était théoriquement compétente pour déterminer le sort de ce bien immobilier. Astucieux, le défunt avait vendu l'immeuble à une société américaine dont il était actionnaire. La nature immobilière du bien avait par conséquent été modifiée. Les actions correspondant à l'immeuble étaient régies par la loi américaine du dernier domicile du défunt. L'élément matériel de la fraude à la loi consistait en un détournement de la catégorie de rattachement, un bien immeuble ayant été transformé en bien meuble. L'élément moral était également caractérisé : l'intéressé avait souhaité contourner les règles de dévolution successorale françaises, afin de priver ses héritiers de leur réserve héréditaire. La complexité de l'opération n'empêchât pas les juges du fond de déjouer la fraude à la loi française, approuvés par la Cour de cassation. La manipulation de la qualification du bien litigieux, aux fins de modifier la catégorie de rattachement, était constitutive d'une fraude. En effet, l'élément matériel peut porter sur

²⁶⁴³ Cass. civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE.

²⁶⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 1985, *Caron*, *RCDIP* 1985.666, note LEQUETTE.

toute « *étape du raisonnement conflictuel qui dépend, de près ou de loin, de la volonté des parties* »²⁶⁴⁵.

960. En deuxième lieu, la caractérisation de la fraude à la loi suppose que « *l'élément matériel ait conduit, par le jeu de la règle de conflit de lois, à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente à défaut de manœuvre* »²⁶⁴⁶. L'objet légal de l'opération peut correspondre à la loi française ou à une loi étrangère. La Cour de cassation protège l'autorité des normes du for. Elle n'admet pas davantage la fraude à la loi étrangère, comme elle a déjà eu l'occasion de le préciser²⁶⁴⁷. Un québécois avait demandé le divorce devant les juridictions du Nevada. Le mari avait séjourné pendant six semaines à Reno afin de rendre compétent le tribunal de la ville. La juridiction américaine avait accédé à sa requête. La loi québécoise désignée par la règle de conflit interdisait pourtant cette procédure judiciaire. Les juges du fond avaient pris appui sur ce motif pour refuser l'exequatur au jugement américain de divorce. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le mari à l'encontre de cette décision. L'affaire présentait les traits d'un *forum shopping* prohibé, mais la fraude à la loi québécoise lui fut préférée. La définition jurisprudentielle de la fraude à la loi ne contient d'ailleurs aucune référence à l'origine de l'élément légal. La Cour de cassation l'estime caractérisée lorsque les parties ont « *volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente* »²⁶⁴⁸, que celle-ci soit française ou étrangère.

961. En troisième lieu, la formule employée par la Cour de cassation révèle la nécessité d'une approche subjective des manœuvres entreprises par le ou les fraudeurs. L'intention frauduleuse²⁶⁴⁹ « *réside dans le fait de changer l'élément dont dépend la loi applicable pour obtenir le résultat recherché sans accepter les conséquences plus essentielles normalement attachées à ce changement* »²⁶⁵⁰. Un refus d'accueillir une exception de fraude à la loi française, opposé par les juges du fond et confirmé par la Cour

²⁶⁴⁵ CORNUT, E., *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, th. Lyon, 2006, Defrénois, p. 41, n° 58.

²⁶⁴⁶ CORNUT, E., th. préc., p. 42, n° 59.

²⁶⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 1977, n° 76-12.441, *Bull. civ. I*, n° 320, *RCDIP* 1978.245, note AUDIT.

²⁶⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1983, *Soc. Lafarge*, n° 82-11.290 et n° 82-11.402, *Bull. civ. I*, n° 147, *RCDIP* 1985.346, note AUDIT.

²⁶⁴⁹ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 193, n° 278.

²⁶⁵⁰ *Ibid.*

de cassation, le démontre²⁶⁵¹. Un homme était décédé, laissant derrière lui ses enfants nés de deux lits différents. Les premiers invoquaient des droits sur deux immeubles parisiens acquis par les seconds. Ils estimaient que les deniers employés à ces fins provenaient de la succession de leur père. La situation des biens immobiliers sur le territoire français justifiait selon eux l'application de la loi du for. Les juges du fond avaient retenu la compétence de la loi algérienne, en l'absence d'immeuble dépendant de la succession situé en France. Les auteurs du pourvoi reprochaient à la cour d'appel de n'avoir pas constaté l'existence d'une fraude à la loi française, consistant en l'emploi de deniers issus d'une donation pour l'acquisition des immeubles. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Puisque l'argent n'avait servi qu'à financer une partie du prix des biens immobiliers, le rapport dû s'analysait en une dette mobilière de valeur. A défaut d'élément intentionnel, la fraude alléguée n'était pas caractérisée. La Cour de cassation n'a pas le pouvoir d'examiner les âmes et les consciences des intéressés. Face à ces difficultés, « *la jurisprudence admet que le doute sur la sincérité de la manœuvre, qui ne permet pas d'écartier la fraude à la loi, justifie parfois le jeu de la réserve de la fraude* »²⁶⁵². Par conséquent, la prise en considération des faits de l'espèce est indispensable à l'efficacité du mécanisme.

962. En définitive, le constat d'une fraude à la loi dépend des constatations menées par les juges du fond. L'examen de la jurisprudence révèle les difficultés entourant la prévention de ces atteintes aux principes gouvernant le droit international privé. En dehors du contrôle portant sur les motifs figurant dans la décision critiquée, aucun cas d'ouverture à cassation n'est adapté à la fraude à la loi. Le moyen n'est pas de pur droit. La nécessité d'une étude approfondie des circonstances de l'affaire empêche d'invoquer l'exception de fraude pour la première fois devant la Cour de cassation. Le moyen est irrecevable, car mélangé de fait et de droit. Il ne peut davantage être soulevé d'office par la Cour. Le recours à la notion d'ordre public international ne permet pas non plus de prévenir de tels comportements, les domaines respectifs de ces obstacles au jeu du système conflictuel ne se confondant pas²⁶⁵³. L'éviction de la norme étrangère

²⁶⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-15.425, *Bull. civ. I*, n° 209, *RCDIP* 2005.639, note ANCEL.

²⁶⁵² CORNUT, E., th. préc., p. 43, n° 60.

²⁶⁵³ Ces deux mécanismes obéissent à des conditions distinctes et ne poursuivent pas la même finalité. De plus, « *l'exception de fraude à la loi est appelée à intervenir quand bien même le résultat frauduleux ne*

applicable au litige familial par le truchement de la fraude nécessite un contrôle de motivation approfondi. En l'absence de motifs suffisants, la décision encourt la cassation. La Cour contraint les juges du fond à caractériser la manipulation de la règle de conflit opérée par la ou les partie(s), et leurs intentions frauduleuses. Incompétente pour rechercher les faits pertinents, elle précise les critères de la fraude à la loi.

963. A l'instar de l'exception d'ordre public international, la fraude à la loi se traduit le plus souvent par un retour à la loi du for à laquelle le fraudeur a voulu se soustraire²⁶⁵⁴. Siège des conflits de civilisation, le droit de la famille est l'un de ses lieux privilégiés. Le même constat prévaut à propos de l'exception d'ordre public. L'application de la loi compétente a pour pendant un contrôle adéquat sur ces mécanismes. La charge dévolue à la Cour de cassation ne cesse pas là. Quand la compétence échoit à la loi française, le rôle confié à la Cour ne présente guère de spécificités. Mais des difficultés surgissent lorsqu'un droit étranger est appliqué. Le raisonnement mené par la Cour de cassation lorsqu'elle est confrontée à la mise en œuvre effective de la loi étrangère doit être précisé.

2) Le contrôle exercé sur l'application de la norme étrangère désignée par la règle de conflit

964. La mise en œuvre effective de la loi étrangère n'obéit pas aux mêmes règles que celle gouvernant l'application et l'interprétation des textes de droit interne. Le contrôle mené par la Cour de cassation revêt des traits spécifiques²⁶⁵⁵, bien que « *la loi étrangère, malgré l'absence de contrôle par la Cour de cassation, [soit] une règle de droit* »²⁶⁵⁶. L'assimilation aux instruments de droit interne ne peut cependant être totale. Le but poursuivi par la Cour diffère lorsqu'elle est confrontée à une loi étrangère. L'obligation d'uniformiser l'interprétation des règles juridiques lui incombe seulement pour les textes nationaux. Face à une décision fondée sur une norme issue d'un autre

serait pas intrinsèquement contraire à l'ordre public international, notamment lorsque la loi frauduleusement appliquée est la loi française » - CORNUT, E., th. préc., p. 136, n° 229.

²⁶⁵⁴ MAYER, P. et HEUZE, V., *op. cit.*, p. 195, n° 282.

²⁶⁵⁵ BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Traité de droit international privé, Tome I*, 1993, 8^e éd., p. 551, n° 335 et s.

²⁶⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1993, préc.

système étatique, la Cour ne dispose pas d'un pouvoir identique. La violation de la loi étrangère *stricto sensu* ne peut pas être invoquée pour obtenir la cassation de l'acte juridictionnel qui prend appui sur une disposition étrangère. La cassation découle alors d'une dénaturation du droit étranger (a) ou des lacunes entachant la motivation exprimée par les juges du fond (b).

a) La faible efficacité du grief de dénaturation de la loi étrangère

965. Le statut particulier du droit étranger est affirmé par la Cour de cassation, qui précise que « *s'il incombe au juge français, qui applique une loi étrangère, de rechercher et de justifier la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif de l'Etat concerné, l'application qu'il fait de ce droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation* »²⁶⁵⁷. Seul le constat d'une dénaturation de la règle étrangère de droit de la famille pourrait donc justifier la cassation de la décision visée par le pourvoi. Il a été démontré que ce cas d'ouverture à cassation répond à des conditions strictes, tenant à la clarté et à la précision de la disposition prétendument atteinte par la décision des juges du fond²⁶⁵⁸. Lorsqu'elle concerne la loi étrangère, « *la dénaturation correspond au fait pour le juge du fond d'avoir retenu de cette loi un sens incompatible avec le sens clair et précis qui est le sien dans ordre juridique d'origine* »²⁶⁵⁹. Il importe de déterminer quels sont les textes exposés à ce vice.

966. La Cour de cassation limita longtemps son contrôle à la dénaturation des documents produits devant les juges du fond pour établir la teneur du droit étranger. Par exemple, elle sanctionna la dénaturation d'une traduction de la loi israélienne effectuée par deux experts²⁶⁶⁰. Les juges du fond avaient déclaré nul un testament israélien par lequel un père disposait de ses biens à l'égard de son fils et de son neveu. L'absence d'une formalité, dénoncée par les légataires, empêchait selon eux de déclarer l'acte valable. Or aux termes de la traduction produite devant les juges du fond, la loi successorale

²⁶⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2003, n° 01-00.859, *Bull. civ. I*, n° 133.

²⁶⁵⁸ Voir n° 655.

²⁶⁵⁹ DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère*, in *Mél. Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485 et s.

²⁶⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1991, n° 89-19.967, *Bull. civ. I*, n° 93, *RCDIP* 1992.88, note MUIR-WATT.

israélienne n'exigeait pas le respect de la règle formelle prétendument omise. Le sens clair et précis de ces dispositions excluait toute possibilité d'interprétation. La cassation fut prononcée pour violation de l'article 1134 du Code civil. Elle visa la dénaturation des documents présentés devant la juridiction du second degré plutôt que la loi étrangère elle-même²⁶⁶¹.

967. L'approche évolue cependant à l'heure actuelle. La Cour de cassation semble vouloir « *censurer la dénaturation du droit étranger lui-même, qu'il soit d'origine législative ou jurisprudentielle, et non simplement celle des documents de preuve produits devant les juges du fond* »²⁶⁶². Dans son arrêt *Africa Tours*, elle eut recours à l'article 3 du Code civil pour prononcer la cassation de l'arrêt visé par le pourvoi²⁶⁶³. Ce changement de visa eut pour effet d'étendre le domaine de ce cas d'ouverture à cassation, comme le révèle un arrêt²⁶⁶⁴. Une cour d'appel avait retenu la compétence de la loi béninoise aux fins d'établissement d'une la filiation paternelle naturelle. Selon les énonciations de la décision critiquée, les enfants naturels simples étaient réputés appartenir à la famille de leur mère. La règle coutumière constatée par les juges du fond précisait également qu'en cas de mariage entre leurs auteurs, les enfants acquéraient une filiation légitime et appartenaient au père. Procédant à l'interprétation de cette disposition, les juges du fond avaient décidé que l'absence de mariage des parents empêchait l'établissement de la filiation par un autre biais qu'une reconnaissance de paternité ultérieure. La Cour de cassation cassa cette décision. Elle précisa que les usages béninois admettaient que le nom du père fut inscrit sur l'acte de naissance sur la simple déclaration de la mère, cette mention permettant alors à l'enfant d'être tacitement reconnu, à défaut de contestation du père. Le sens de l'usage, établi par une attestation notariée et un certificat de coutume, était clair et précis. La cassation fut prononcée pour dénaturation du droit béninois applicable. Au visa de l'article 3 du Code civil, la Cour de cassation ne se contenta pas de constater la dénaturation des documents établissant la teneur du droit étranger. Elle

²⁶⁶¹ BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 263, n° 62.62.

²⁶⁶² *Ibid.*

²⁶⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juil. 1997, *RCDIP* 1998.292, note MUIR-WATT.

²⁶⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n° 07-14.934, *Bull. civ. I*, n° 235, *RCDIP* 2009.53, note MUIR-WATT.

sanctionna aussi la fausse application de la loi étrangère, liée à la violation de la règle de conflit de lois²⁶⁶⁵.

968. Ce changement de perspective paraît conforme au statut procédural actuel de la loi étrangère, qui est « *une règle de droit* »²⁶⁶⁶. Il est néanmoins susceptible d'induire de profonds bouleversements à l'égard de la recevabilité des moyens de cassation tirés du non-respect de la norme étrangère de droit de la famille désignée par la règle de conflit. Si le grief apparaît comme étant de pur droit, la question du sens de la loi étrangère devrait pouvoir être examinée pour la première fois devant la Cour de cassation. Or il ne relève pas du pouvoir de la Cour de déterminer le sens de la règle étrangère appliquée par les juges du fond. Un tel moyen serait irrecevable en raison de sa nouveauté. Les parties à l'instance sont en effet empêchées de produire de nouveaux éléments au stade du pourvoi en cassation. La Cour ne peut se substituer aux juges du fond pour procéder aux recherches prétendument omises. Pour justifier une cassation, la dénaturation alléguée doit apparaître dans les termes de l'arrêt visé par le pourvoi.

969. En définitive, « *le contrôle de la dénaturation apparaît plutôt comme un contrôle de l'erreur grossière ou manifeste d'application de la loi [étrangère], que comme une erreur particulièrement choquante dans l'interprétation de cette dernière* »²⁶⁶⁷. La cassation en raison d'une dénaturation de la loi étrangère présente par conséquent des liens évidents avec la violation de la règle conflictuelle en prescrivant l'application²⁶⁶⁸. Le contrôle de l'interprétation des textes étrangers reste prohibé, sans pour autant que la Cour de cassation se trouve dépourvue de tout moyen d'action. La dénaturation, strictement encadrée, demeure néanmoins peu efficace pour garantir le respect de la loi étrangère par les juges du fond. L'existence d'un contrôle approfondi sur les motifs avancés au soutien de l'acte juridictionnel apporte une meilleure réponse à ces problèmes.

²⁶⁶⁵ DE VAREILLES-SOMMIERES, P., art. préc.

²⁶⁶⁶ Voir n° 964.

²⁶⁶⁷ DE VAREILLES-SOMMIERES, P., art. préc.

²⁶⁶⁸ L'erreur d'interprétation, « *poussée à ce paroxysme qu'est la méconnaissance d'une signification dépourvue d'ambiguïté* », tend à s'approcher d'un « *refus pur et simple d'application* » - MOTULSKY, H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mél. Jacques Maury*, Dalloz, 1960.

b) Le manque de base légale au regard de l'application d'une loi étrangère

970. Bien qu'elle s'abstienne de contrôler l'interprétation de la loi étrangère, la Cour de cassation fait preuve de sévérité quant aux motifs avancés à ces fins par les juges du fond. La solution dégagée sur le fondement du droit étranger doit être suffisamment justifiée. La Cour de cassation oblige en effet à préciser les dispositions du droit étranger sur lesquelles est fondée la décision frappée de pourvoi. Tel n'est pas le cas lorsque la juridiction du second degré omet de rappeler la règle étrangère justifiant l'attribution d'un bien immobilier à l'époux qui en a financé l'achat par le remploi de ses propres deniers²⁶⁶⁹. En l'espèce, les juges du fond avaient retenu l'application du droit suisse. Ils s'étaient toutefois abstenus d'exposer la règle qui permettait de fonder la solution. Leur décision fut cassée. S'ils demeuraient souverains pour apprécier la valeur probante des documents établissant le contenu du droit étranger, encore fallait-il en faire état. A défaut, la Cour de cassation ne pouvait mener son contrôle.

971. Il en va de même lorsqu'au contraire, les juges du fond ont insuffisamment motivé l'éviction de la loi étrangère. La nécessité de substituer une norme interne à une loi étrangère contraire à l'ordre public international doit être motivée. La juridiction qui n'analyse pas la teneur du droit étranger alors qu'elle en écarte l'application entache sa décision d'un manque de base légale²⁶⁷⁰. Par exemple, la Cour de cassation reprocha aux juges du fond d'avoir accordé une prestation compensatoire à une épouse marocaine sur le fondement de la loi française. La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable en matière d'obligation alimentaire désignait pourtant la compétence du Code marocain de la famille. Les juges du fond s'étaient contentés de relever que « *la loi marocaine ne permettait pas d'accorder à l'épouse une allocation suffisante après le divorce de sorte qu'elle était, sur ce point, contraire à l'ordre public français* ». En s'abstenant de caractériser cette atteinte au regard des termes de la loi étrangère applicable, les juges du fond avaient manqué à leur obligation de motivation. La cassation de la décision fut prononcée, au visa des articles 3 du Code civil et 455 du Code de procédure civile.

²⁶⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 09-67.257,

²⁶⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2009, n° 08-20.355, *Bull. civ. I*, n° 218. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 13 fév. 2013, n° 11-28.259.

972. Le contrôle de la régularité des jugements rendus en application d'une norme étrangère de droit de la famille est en réalité plus étendu qu'il n'y paraît de prime abord. La complémentarité des cas d'ouverture à cassation utilisés à ces fins doit être relevée. La modification du visa sous lequel la cassation pour dénaturation est prononcée tend à renforcer le caractère de règle de droit de la loi étrangère, tandis que la cassation pour manque de base légale permet à la Cour de cassation d'appréhender l'ensemble du raisonnement ayant abouti à la décision critiquée. La rigueur de la Cour à l'égard des motifs avancés par les juges du fond lorsqu'ils mettent en œuvre la règle étrangère mérite d'être soulignée. Il semble désormais illusoire de considérer la loi étrangère comme soustraite au contrôle mené par la Cour de cassation. Elle garantit l'autorité de la règle de conflits de lois, particulièrement lorsque les droits en cause sont indisponibles. La mise en œuvre des règles étrangères de droit de la famille suscite une attention croissante, concernant tant la démonstration de leur teneur que leur application effective. Ainsi, la Cour de cassation s'approprie efficacement l'examen des solutions apportées par les juges du fond aux problèmes rencontrés par les familles plurinationales.

973. Le phénomène d'internationalisation affectant le droit contemporain de la famille n'est pas de nature à entraver le contrôle exercé par la Cour de cassation. Qu'elle se traduise par une multiplication des instruments de droit international ou par la nécessité toujours plus impérieuse d'apporter des réponses aux problèmes rencontrés par les familles, cette évolution est maîtrisée au regard de la technique de cassation. En leur accordant une place prépondérante, la Cour garantit le respect de la hiérarchie des normes. L'exercice du contrôle de conventionnalité satisfait également à cet objectif. Mais les facultés d'adaptation dont fait preuve la Cour de cassation dépassent ce cadre. Elle sait moduler son approche, en recourant à des méthodes d'analyse appropriées et en posant les bases d'un système complexe de résolution. Les précisions apportées sur l'office du juge confronté à l'incursion d'un élément d'extranéité au cœur du litige familial, ainsi que le recours propice à des théories originales comme celle de l'équivalence, en attestent. Outre cet apport aux mécanismes gouvernant le droit international privé de la famille, la Cour s'empare des notions imprégnant les règles juridiques familiales supranationales. L'intérêt supérieur de l'enfant illustre le constat. Les précisions ainsi apportées font écho aux solutions dégagées en droit interne. De plus, l'appréhension du droit étranger lui permet de déterminer les contours d'un ordre public familial toujours fluctuant. Elle mène ainsi à bien sa mission, qui consiste tant à harmoniser qu'à adapter les solutions

jurisprudentielles dégagées par les juges du fond aux spécificités actuelles du droit de la famille. Au regard de la technique de cassation, l'internationalisation du droit de la famille ne constitue pas un obstacle irréductible. Bien au contraire, il s'agit d'une véritable opportunité.

Chapitre 2 : L'INCURSION DU FAIT DANS LE CONTROLE DE LEGALITE

974. Le contrôle mené par la Cour de cassation oblige les juges du fond à lui apporter la connaissance des faits de la cause²⁶⁷¹, qui sont intangibles²⁶⁷². A défaut, une cassation pour défaut de motifs est encourue²⁶⁷³. L'erreur manifeste sur le sens d'un acte clair expose aussi à la cassation, en raison de la dénaturation qu'elle révèle. Si la motivation exprimée par les juges du fond est exempte de tels vices, l'analyse peut être poussée plus avant. La Cour assure alors le respect des règles relatives aux modes de preuve et à leur administration (I), puis elle vérifie le syllogisme mené par les juges du fond²⁶⁷⁴ pour trancher le litige²⁶⁷⁵. Ainsi, elle peut mener un contrôle de légalité protéiforme, adapté aux spécificités du droit de la famille (II).

I. Le contrôle exercé sur la constatation des faits

975. En droit de la famille, les règles de preuve reflètent « *les particularités d'une matière où les faits à prouver sont d'une nature intime, partiellement secrète, en même temps que d'intérêt public* »²⁶⁷⁶. Les progrès scientifiques confortent tantôt la vérité biologique, tantôt des fictions juridiques. La Cour de cassation y est constamment confrontée (§1). De plus, l'enchevêtrement des liens familiaux accroît la complexité du régime probatoire, risquant de porter atteinte aux grands principes du droit processuel. Par conséquent, des aménagements sont parfois nécessaires (§2).

²⁶⁷¹ VAN DROOGHENBROECK, J.-F., th. préc., p. 165, n° 150.

²⁶⁷² AUBERT, J.-L., *Le fait et la Cour de cassation*, in *Mél. Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 850.

²⁶⁷³ Voir n° 618 et s.

²⁶⁷⁴ Il appartient aux juges du fond de « 1° vérifier l'existence des faits allégués ; 2° rechercher la qualification légale des faits reconnus exacts ; 3° déduire enfin de cette qualification les conséquences que la loi y attache et d'où résulte la solution du procès » - VAN DROOGHENBROECK, J.-F., th. préc., p. 151, n° 135.

²⁶⁷⁵ *Ibid.*

²⁶⁷⁶ CARBONNIER, J., *op. cit.*, p. 205.

§1. Le nécessaire respect des règles probatoires en droit de la famille

976. En droit de la famille, prouver les faits à l'origine du litige n'est guère aisé. Les preuves susceptibles d'être utilisées à ces fins présentent des particularités et la Cour de cassation garantit la conformité des constatations menées par les juges du fond aux règles édictées par le législateur. Le cas échéant, elle vérifie le respect des prohibitions édictées (A), ou renforce le droit à la preuve au profit des parties (B).

A. L'exclusion de certains modes de preuve garantie par la Cour de cassation

977. En dehors de tout contentieux, un système de preuve légale domine en droit de la famille²⁶⁷⁷. Mais lorsqu'une contestation est élevée en justice, la preuve est le plus souvent libre. Cependant, les parties ne disposent pas d'un droit absolu en ce domaine. Des textes, disséminés au sein du Code civil et du Code de procédure civile, déterminent les modes de preuve admissibles. Ainsi, il existe des restrictions à la liberté de la preuve en droit du divorce (1). La sévérité de la Cour de cassation pour empêcher l'admission de certains éléments probatoires est d'ailleurs remarquable (2).

1) Les modes de preuve interdits dans le divorce

978. Une libéralisation de la preuve accompagna les réformes du divorce opérées par les lois de 1975²⁶⁷⁸ et de 2004²⁶⁷⁹. La conception nouvelle d'un divorce-constat ne pouvait en effet souffrir des obstacles entravant la démonstration des griefs invoqués par les époux. Dorénavant, « *les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu* »²⁶⁸⁰. L'affirmation de la liberté de la preuve précède l'énoncé d'exceptions. Le législateur précise immédiatement que « *les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux* »²⁶⁸¹, ce qui est rappelé par le Code de procédure

²⁶⁷⁷ GRANET-LAMBRECHTS, F., « La preuve des liens de filiation », *AJ fam* 2007. 459.

²⁶⁷⁸ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, préc.

²⁶⁷⁹ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF*, n° 122, 27 mai 2004, p. 9319.

²⁶⁸⁰ C. civ., art. 259.

²⁶⁸¹ *Ibid.*

civile, dans des termes identiques²⁶⁸². Cette double prohibition suit l'énoncé du principe. Elle laisse à penser que dans ce domaine, le législateur n'a pas entendu ouvrir trop largement le droit de prouver. D'autres empêchements renforcent ce constat. Le Code civil interdit aux époux de se prévaloir des échanges oraux ou écrits ayant eu lieu lors de la tentative de conciliation²⁶⁸³. Dans le débat sur la cause du divorce, les parties ne sont pas davantage autorisées à tirer profit d'une enquête sociale portant sur l'exercice de l'autorité parentale²⁶⁸⁴.

979. Les juges du fond ne peuvent admettre toute preuve utile. Ces limitations expresses au droit de prouver sont fondées sur la nature même du contentieux conjugal, afin de préserver les liens familiaux pour l'avenir²⁶⁸⁵. L'aménagement des règles probatoires n'a pas pour objectif la pérennité du lien conjugal, mais tend à protéger la paix des familles.

2) La sévérité de la Cour de cassation à l'égard de la preuve dans le divorce

980. Dans un arrêt en date du 12 décembre 1958²⁶⁸⁶, la Cour de cassation jugea que « *la prohibition [édictee par les textes], inspirée par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille, doit s'entendre en ce sens qu'aucune déclaration de descendant, obtenue sous quelque forme que ce soit, ne saurait être produite au cours d'un procès de divorce ou en séparation de corps* ». Cette interdiction, à présent consacrée par les articles 259 du Code civil et 205 du Code de procédure civile, est extensive. Le constat peut surprendre. Chacun sait qu'au contraire, les exceptions sont d'interprétation stricte. Ce motif de principe fut pourtant rappelé à de nombreuses reprises²⁶⁸⁷.

²⁶⁸² CPC, art. 205.

²⁶⁸³ C. civ., art. 253.

²⁶⁸⁴ C. civ., art. 373-2-12.

²⁶⁸⁵ VIAL, G., *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, th. Grenoble, 2006, Dalloz, 2008, p. 303, n° 205.

²⁶⁸⁶ Cass. 2^e civ., 12 déc. 1958, *D.* 1959. JP. 52.

²⁶⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n° 10-30.706, *Bull. civ. I*, n° 79 ; Cass. 2^e civ., 22 juin 1994, n° 93-11.252, *Bull. civ. II*, n° 168 ; Cass. 2^e civ., 25 nov. 1992, n° 91-14.177, *Bull. civ. II*, n° 276 ; Cass. 2^e civ., 23 mars 1977, n° 76-11.975, *Bull. civ. II*, n° 93 ; Cass. 2^e civ., 20 mars 1972, n° 71-10.107, *Bull. civ. II*, n° 88 ; Cass. 2^e civ., 19 fév. 1969, *Bull. civ. II*, n° 28 ; Cass. 2^e civ., 29 jan. 1969, *Bull. civ. II*, n° 374.

981. En premier lieu, la prohibition ne s'oppose pas seulement aux déclarations des enfants nés du mariage en voie de dissolution. Elle concerne aussi ceux d'un premier lit²⁶⁸⁸. Les conjoints des descendants se trouvent également empêchés de témoigner²⁶⁸⁹. Ainsi, l'attestation d'un gendre ne put être accueillie par les juges du fond²⁶⁹⁰. En l'occurrence, le moyen avancé au soutien du pourvoi s'appuyait justement sur le principe de l'interprétation stricte des exceptions. Il fut écarté par la Cour de cassation. L'interdiction demeure, même si le lien d'alliance vient à disparaître. Par exemple, l'ex-mari de la fille d'un couple fut empêché de témoigner²⁶⁹¹. De plus, la Cour de cassation étend l'application de la règle aux concubins des descendants. Elle reprocha aux juges du fond d'avoir pris en considération une attestation délivrée par la concubine de l'enfant commun²⁶⁹². Elle s'y était pourtant refusée par le passé²⁶⁹³. Un plaideur ingénieux avait d'ailleurs cherché à mettre à profit cette tolérance toute relative. Il avançait que la co-signature de l'attestation par le concubin était de nature à faire échec à la prohibition des témoignages des descendants²⁶⁹⁴. La Cour de cassation rejeta le pourvoi.

982. La diversité actuelle des schémas familiaux justifie cette extension aux témoignages des concubins, ainsi qu'à ceux des partenaires des enfants. Certains ont critiqué cette jurisprudence très sévère²⁶⁹⁵. Une autre approche fut proposée²⁶⁹⁶. Il suffirait de s'en remettre au pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier la valeur du témoignage en cause. Lorsque celui-ci n'apparaît pas digne de foi, le juge pourrait l'exclure du dossier. La suggestion fait toutefois fi de la volonté manifestée par la Cour de cassation, qui entend se livrer au contrôle. Elle prend d'ailleurs soin de justifier sa solution, « *inspirée par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille* »²⁶⁹⁷. Une cassation fondée sur les articles 205 du Code de procédure civile et 259 du Code civil n'est pas anodine. En interprétant ces textes, la Cour sanctionne la décision pour violation de la loi, par refus d'application ou fausse interprétation. Les motifs

²⁶⁸⁸ Cass. 2^e civ., 5 fév. 1986, n° 84-14.467, *Bull. civ.* II, n° 9.

²⁶⁸⁹ Cass. 2^e civ., 30 sept. 1998, n° 96-21.110, *Bull. civ.* II, n° 250.

²⁶⁹⁰ Voir également : Cass. 2^e civ., 18 nov. 1987, n° 86-16.286, *Bull. civ.* II, n° 230.

²⁶⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, n° 05-14.686, *Bull. civ.* I, n° 71, *RTD Civ.* 2008.288, obs. HAUSER.

²⁶⁹² Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, n° 99-13.833, *Bull. civ.* I, n° 94, *RJPF*, juin 2001, p. 18, obs. GUERDER.

²⁶⁹³ Cass. 2^e civ., 25 nov. 1992, n° 91-14.177, *Bull. civ.* II, n° 276, *RTD Civ.* 1993.104, obs. HAUSER.

²⁶⁹⁴ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2000, n° 99-11.261.

²⁶⁹⁵ VIAL, G., th préc., p. 309, n° 207.

²⁶⁹⁶ *Ibid.*

²⁶⁹⁷ Cass. 2^e civ., 12 déc. 1958, préc.

avancés par les juges du fond pour accueillir ou rejeter ces déclarations litigieuses sont indifférents, en raison du caractère exprès et dénué d'ambiguïté de l'interdiction.

983. En deuxième lieu, la Cour de cassation étend la prohibition à l'ensemble des causes de divorce. Les textes ne visent pourtant que « *les griefs invoqués par les époux* »²⁶⁹⁸. L'interdiction semble concerner seulement le divorce pour faute, mais lorsque l'enfant s'exprime « *sur les torts d'un de ses parents dans la séparation à l'origine du divorce* »²⁶⁹⁹, ses dires se heurtent à la prohibition du témoignage des descendants. La formule employée par la Cour de cassation est suffisamment vague pour faire échec à la production des déclarations de l'enfant dans les débats sur la cause de tout divorce contentieux.

984. En troisième lieu, cette interprétation rigoureuse empêche les témoignages des descendants et de leurs alliés sous toutes les formes, peu importe que leurs déclarations aient été recueillies au cours de l'instance en divorce ou à l'occasion d'une autre procédure. Une cassation fut prononcée à l'encontre d'une décision révélant la prise en considération de déclarations faites à la police²⁷⁰⁰. Les juges du fond avaient constaté un adultère commis par l'épouse. Ils s'étaient fondés sur une main courante déposée par le fils au commissariat. Une solution identique fut retenue alors que les enfants s'étaient exprimés à l'occasion d'une enquête pénale étrangère à l'instance en divorce²⁷⁰¹. La Cour de cassation rappela aussi qu' « *aucune déclaration de descendant obtenue sous quelque forme que ce soit, et notamment, les dépositions de témoins ne faisant que rapporter les propos tenus par l'enfant des époux, ne peut être produite au cours d'une procédure de divorce* »²⁷⁰². L'attestation établie par la mère de l'épouse et relatant les propos de ses petits-enfants sur le comportement de leur père aurait dû être écartée. A défaut, l'arrêt fut cassé pour violation de la loi. Il en va de même pour les déclarations d'un proche du fils

²⁶⁹⁸ C. civ., art. 259 et CPC, art. 205.

²⁶⁹⁹ Cass. 2^e civ., 3 oct. 1990, n° 89-13.891, *Bull. civ.* II, n° 176.

²⁷⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n° 10-30-706, *Bull. civ.* I, n° 79, *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2011, p. 28, note LARRIBAU-TERNEYRE.

²⁷⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 2012, n° 10-27.460, *Bull. civ.* I, n° 16, *Dr. fam.* n° 4, avril 2012, comm. 62, LARRIBAU-TERNEYRE.

²⁷⁰² Cass. 2^e civ., 23 mars 1977, n° 76-11.975, *Bull. civ.* II, n° 93, *D.* 1978. JP. 5, note MERPOEL.

de l'épouse, rapportant les dires de son ami²⁷⁰³. Ces solutions doivent être approuvées. Admettre les témoignages indirects ruinerait l'interdiction édictée par les textes.

985. Cette construction jurisprudentielle originale permet de préserver la paix des familles, comme le démontre l'extension de la prohibition aux documents dont le descendant est destinataire. La Cour de cassation avait d'abord admis la production aux débats d'une lettre adressée par l'époux à son fils²⁷⁰⁴. L'enfant avait transmis la pièce à sa mère qui s'en était servie pour prouver ses griefs à l'encontre de son mari. La preuve fut jugée recevable. La Cour revint ensuite sur cette solution²⁷⁰⁵, dans une espèce où les faits étaient similaires. L'épouse reprochait aux juges du fond d'avoir refusé de retenir des lettres que son fils lui avait spontanément transmises et qui prouvaient l'adultère commis par son père. Le pourvoi fut rejeté. La Cour juge dorénavant que « *la lettre adressée par un parent à un descendant, relative aux torts du divorce, équivaut à un témoignage prohibé par l'article 205 du Code de procédure civile* »²⁷⁰⁶. La généralité des termes employés empêche d'admettre de tels documents lors des débats sur la cause du divorce, qu'ils aient été transmis en connaissance de cause ou non. Ce faisant, la Cour fait échec à l'immixtion de l'enfant dans le conflit conjugal.

986. L'interdiction de prouver la cause du divorce par les résultats d'une enquête sociale répond aux mêmes impératifs. La Cour de cassation retient une approche extensive de l'interdiction édictée par l'article 371-2-12 du Code civil. Par exemple, la preuve du caractère difficile de l'épouse n'a pu être établie par un rapport d'enquête sociale, même ancien et corroboré par des témoignages récents²⁷⁰⁷. La portée de la règle est large. Elle dépasse le débat sur les griefs invoqués par les époux. Une violation de la loi fut constatée dans une affaire où les juges du fond avaient eu recours aux déclarations de l'épouse, recueillies dans le cadre d'une enquête sociale relative à l'exercice de l'autorité parentale²⁷⁰⁸, pour établir la durée de la séparation de fait des époux afin de prononcer le divorce pour rupture de la vie commune. Cette utilisation des résultats d'une

²⁷⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2010, n° 09-14.700.

²⁷⁰⁴ Cass. 2^e civ., 19 jan. 1983, n° 81-15.909, *Bull. civ. II*, n° 12.

²⁷⁰⁵ Cass. 2^e civ., 5 juil. 2001, n° 99-15.244, *Bull. civ. I*, n° 129, *RTD Civ.* 2001.861, obs. HAUSER.

²⁷⁰⁶ *Ibid.*

²⁷⁰⁷ Cass. 2^e civ., 13 jan. 1988, n° 86-17.136, *Bull. civ. II*, n° 19.

²⁷⁰⁸ Cass. 2^e civ., 5 juin 2003, n° 01-13.870, *Bull. civ. II*, n° 171, *Dr. fam.* n° 3, déc. 2003, comm. 145, GOUTTENOIRE.

enquête sociale fut sanctionnée par la Cour de cassation, afin de séparer le contentieux du divorce de celui relatif à l'exercice de l'autorité parentale. Les questions afférentes à l'enfant ne doivent pas être confondues avec celles relatives à la preuve de la cause du divorce. En outre, le détournement des pouvoirs d'investigation dont dispose le juge aux affaires familiales pour apprécier l'intérêt de l'enfant doit être évité. Les mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées par les juridictions familiales sont en effet de nature à fonder la décision au fond. Tel est le cas de l'expertise biologique, qui participe d'un véritable droit à la preuve au profit des parties.

B. Le droit à la preuve biologique en droit de la filiation

987. La loi et les avancées technologiques et scientifiques ont accordé une place de choix à la vérité biologique. Prenant le phénomène en considération, la Cour de cassation participa à la genèse d'un véritable droit à la preuve biologique en la matière (1). Elle apporta également d'utiles précisions sur son régime (2).

1) La genèse du droit à l'expertise biologique en droit de la filiation

988. « *Donné naturel du droit de la filiation* »²⁷⁰⁹, le lien du sang revêt une importance majeure. Il n'en fut pas toujours ainsi. Le Code Napoléon s'attachait davantage aux apparences qu'à la vérité biologique. La famille reposait sur le mariage, qui induisait des présomptions et des fictions juridiques et maintenait le mythe de la famille légitime placée sous l'autorité du *pater familias*. Si le mari choisissait d'admettre comme sien l'enfant d'autrui²⁷¹⁰, nul ne pouvait s'y opposer²⁷¹¹. Le développement de la biologie et la libéralisation progressive des mœurs bouleversèrent cette approche traditionnelle. Les premiers examens comparatifs des sangs révélèrent des discordances

²⁷⁰⁹ VIDAL, J., *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, in *Mél. Gabriel Marty*, *op. cit.*, p. 1113.

²⁷¹⁰ FULCHIRON, H. et MALAURIE, P., *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011, n° 950 ; LARRIBAUTERNEYRE, V., « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, n° 32, 16 mars 1994, p. 16.

²⁷¹¹ VIDAL, J., *op. cit.*

entre les présomptions et fictions légales, et la vérité biologique²⁷¹², puis l'ancien article 311-12 du Code civil modifia profondément le système qui régissait jusqu'alors le contentieux de la filiation. En cas de conflit, le texte autorisait à établir « *par tous moyens la filiation la plus vraisemblable* »²⁷¹³. S'emparant de cette liberté probatoire nouvelle, le législateur et la Cour de cassation précisèrent le régime juridique des expertises biologiques. La loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation avait inséré dans le Code civil des dispositions relatives aux méthodes médicales d'investigation²⁷¹⁴. Dans le cadre de l'action en recherche de paternité naturelle et de l'action à fins de subsides, ces mesures permettaient d'écartier de manière certaine une paternité²⁷¹⁵. L'examen des sangs ou toute autre méthode médicale était accordé au prétendu père qui en faisait la demande pour invoquer une fin de non-recevoir²⁷¹⁶. Le juge pouvait également ordonner d'office une telle mesure²⁷¹⁷.

989. La loi du 8 janvier 1993 supprima ces fins de non-recevoir, mais la Cour de cassation démontra un attachement maintenu à la preuve scientifique²⁷¹⁸, en rappelant aux juges du fond qu'il leur incombait d'ordonner d'office cette mesure lorsque les résultats étaient de nature à déterminer avec certitude l'issue du procès²⁷¹⁹. Elle retint aussi une interprétation libérale du caractère adminiculaire de l'action en recherche de paternité, en jugeant que « *si l'article 340 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 8 janvier 1993, exige des présomptions ou indices graves pour rendre admissible la preuve de la paternité naturelle, celle-ci peut être faite par tous moyens et donc résulter*

²⁷¹² NERSON, R., « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *RTD Civ.* 1970. 661. Pour ex. également : REVERSAT, L., *Le système des preuves dans le désaveu de paternité et l'expertise sanguine*, th. Montpellier, 1932.

²⁷¹³ C. civ., art. 311-12 ancien.

²⁷¹⁴ C. civ., art. 340-1 ancien.

²⁷¹⁵ C. civ., art. 340-1 ancien ; C. civ., art. 340-13.

²⁷¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 21 juil. 1987, *Bull. civ. I*, n° 245 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 oct. 1989, *D.* 1990. 145, note BENABENT.

²⁷¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1986, *D.* 1987. *Somm.* 318, obs. HUET-WEILLER.

²⁷¹⁸ MONSALLIER - SAINT MLEUX, M.-C., « Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2000, *JCP G* 2000. II. 10 409, n° 43-44, 25 oct. 2000, p. 1965. Voir aussi : Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1997 et 7 juin 1995, *LPA*, n° 26, 28 fév. 1996, p. 21, note MASSIP.

²⁷¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, n° 94-11.108, *Bull. civ. I*, n° 121.

des présomptions ou indices eux-mêmes »²⁷²⁰. Dès lors, « *il ne restait qu'un tout petit pas à faire pour que l'expertise biologique serve elle-même d'adminicule* »²⁷²¹.

990. Un arrêt du 28 mars 2000²⁷²², rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation réunie en formation plénière, franchit cette étape. Une femme avait accouché d'un fils, reconnu par son concubin, puis avait introduit une action pour contester cette reconnaissance de paternité. Elle dénonçait la stérilité du père de l'enfant mais fut déboutée par les juges du fond. Sa demande d'expertise sanguine fut aussi rejetée, en l'absence de tout indice attestant du caractère mensonger de la reconnaissance. La cour d'appel jugea que la mesure ne pouvait être ordonnée en vue de suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve. Un pourvoi fut formé. L'avocat général près la Cour de cassation²⁷²³ conclut à l'inutilité d'un indice préalable révélant la paternité pour ordonner une expertise biologique. L'auteur du pourvoi ne pouvait pas démontrer la stérilité de son concubin sans examen comparé des sangs. Appliquer l'article 146 alinéa 2 du Code de procédure civile aboutissait à confondre carence et impossibilité de prouver²⁷²⁴. La décision fut cassée pour violation de la loi par fausse application. La Cour reprocha également aux juges du fond d'avoir refusé d'appliquer les anciens articles 339 et 311-12 du Code civil. Ce visa était important : l'article 311-12 ancien du Code civil était doté d'une portée générale.

991. Depuis, le droit à l'expertise fut consacré par la Cour de cassation dans toutes les actions relatives à la filiation par le sang²⁷²⁵, sauf motif légitime de ne pas y procéder. La solution fut confirmée à de nombreuses reprises²⁷²⁶. L'expertise biologique est de droit dans les actions en contestation de paternité²⁷²⁷, à fins de subsides²⁷²⁸ ou en

²⁷²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 fév. 1997, n° 95-13.215, *D.* 1998. Somm., p. 29, obs. GRANET-LAMBRECHTS.

²⁷²¹ MURAT, P., « L'expertise biologique en l'absence de présomptions et indices graves dans l'action en recherche de paternité : l'Assemblée plénière statue sur l'ancien régime », note sous arrêt, Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, n° 06-10.309, *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2008, p. 21.

²⁷²² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

²⁷²³ MONSALLIER – SAINT MLEUX, M.-C., art. préc.

²⁷²⁴ BERGEAUD, A., *Le droit à la preuve*, th. Bordeaux, LGDJ, 2010, p. 419, n° 484.

²⁷²⁵ MASSIP, J., Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, note sous arrêt, *Rép. Defr.*, 2000, n° 12, p. 769.

²⁷²⁶ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-16.059 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, n° 99-21.830, *Bull. civ. I*, n° 152 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2002, n° 99-14.195 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, n° 02-10.097 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, n° 01-00.823.

²⁷²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, n° 02-10.097 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, préc.

²⁷²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n° n° 04-13.901, *Bull. civ. I*, n° 254 et n° 03-12.641, *Bull. civ. I*, n° 253.

recherche de paternité²⁷²⁹, à l'exception de celles en constatation de la possession d'état. L'ordonnance du 4 juillet 2005²⁷³⁰ portant réforme de la filiation ne remet pas en cause ces principes. La suppression du caractère adminiculaire des actions en recherche de paternité est une conséquence logique de l'évolution initiée par la Cour de cassation. L'exigence de ces prérequis avait été anéantie²⁷³¹ par l'assimilation entre indices préalables et preuve de la paternité sur le fond. L'article 310-3 du Code civil énonce désormais que « *la filiation se prouve par tous moyens* » lorsqu'une action est intentée en ce sens. L'objet de la preuve se confond désormais avec l'objet de l'action et le droit à l'expertise biologique revêt une portée générale. Encadré par les textes et par la Cour, il n'a toutefois pas valeur absolue.

2) L'encadrement du droit à l'expertise biologique par la Cour de cassation

992. Depuis l'arrêt du 28 mars 2000²⁷³², la Cour de cassation rappelle constamment que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ». Au-delà de l'encadrement procédural de la mesure (a), les limites du droit à l'expertise biologique sont précisées par la Cour (b).

a) L'encadrement procédural de la mesure d'expertise

993. Quand l'action est recevable²⁷³³, deux méthodes d'investigation coexistent pour réaliser une expertise biologique en droit de la filiation. La plus ancienne consiste à pratiquer un examen comparé des sangs. Les progrès de la science permettent désormais de recourir aux tests génétiques, basés sur l'ADN. La distinction entre ces techniques est prise en considération par la Cour de cassation. L'article 16-11 du Code civil encadre strictement l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques. La mesure d'instruction ne peut être ordonnée que par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou à la

²⁷²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, n° 99-21.830, *Bull. civ.* I, n° 152 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 jan. 2002, n° 99-14.195.

²⁷³⁰ Ord. 4 juillet 2005, préc.

²⁷³¹ MURAT, P., art. préc.

²⁷³² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

²⁷³³ C. civ., art. 310-3.

suppression de subsides. Il est impossible de requérir une expertise génétique sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Tel n'est pas le cas de l'examen comparé des sangs, qui peut être ordonné *in futurum* par le juge des référés²⁷³⁴, à condition de justifier d'un motif légitime de conserver ou d'établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige²⁷³⁵. En l'espèce, une cour d'appel avait jugé que le risque de dépérissement des preuves et l'intérêt pour le demandeur d'évaluer les chances de succès d'une action en contestation de reconnaissance justifiaient la mesure. L'introduction d'une instance sur le fond demeure toutefois indispensable pour faire valoir les résultats de la mesure ordonnée par le juge des référés.

994. Les parties pourraient ainsi requérir du juge une mesure d'instruction *in futurum* aux fins de prélèvement de matériel sur le défunt avant sa mise en bière, afin d'éviter une exhumation ultérieure du corps. Jusqu'à la loi du 6 août 2004²⁷³⁶, la Cour de cassation autorisait les juges du fond à procéder à l'expertise sur un cadavre. Recueillir le consentement du défunt *post mortem* étant compliqué, la Cour considérait la condition impossible. Elle approuvait par conséquent les juges du fond ayant ordonné la mesure selon « *ce qu'exige l'intérêt en présence* »²⁷³⁷, puis s'intéressa au consentement des ayants-droit du mort. Un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt constatant judiciairement la paternité du défunt fut rejeté, par exemple. La juridiction du second degré avait eu recours à la preuve biologique, puisqu' « *il n'existait aucun doute sur la réalité du consentement donné par les héritiers du défunt aux prélèvements nécessaires* »²⁷³⁸. Un arrêt postérieur sembla confirmer cette solution²⁷³⁹. L'opposition du père prétendu avant le décès et le refus des ayants-droit consultés à ces fins avaient été constatés par les juges du fond, qui avaient refusé d'ordonner l'expertise. Le motif retenu par la Cour surprit néanmoins. En estimant que « *l'expertise devait être exclue en l'état du refus des héritiers* »²⁷⁴⁰, elle s'abstint de toute référence à la volonté manifestée durant son existence par le défendeur à l'action.

²⁷³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1994, n° 92-17.911, *Bull. civ. I*, n° 159, *D.* 1994.545, note MASSIP.

²⁷³⁵ *Ibid.*

²⁷³⁶ L. n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, n° 182, 7 août 2004, p. 14040.

²⁷³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 avr. 1975, n° 72-12.292, *Bull. civ. I*, n° 143.

²⁷³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 3 juil. 2001, n° 00-10.254, *Bull. civ. I*, n° 203, *RTD Civ.* 2001. 863, obs. HAUSER.

²⁷³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 03-14.101, *Bull. civ. I*, n° 385.

²⁷⁴⁰ *Ibid.*

995. La réforme des lois de bioéthique mit fin à cette jurisprudence discutable. Dorénavant, l'article 16-11 du Code civil précise que « *sauf accord exprès de la personne manifestée de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ». Prenant en considération la volonté du législateur, la Cour de cassation indiqua que la disposition était immédiatement applicable aux instances en cours²⁷⁴¹. Le principe du refus d'expertise pratiquée sur un cadavre, sauf accord exprès antérieur au décès, est appliqué strictement par la Cour de cassation. Ces investigations ne doivent pas porter atteinte au respect du corps humain, de sa dignité et de son intégrité. L'appréciation du caractère légitime des motifs du refus obéit à d'autres impératifs.

b) L'appréciation d'un refus d'expertise

996. La Cour de cassation confère un large champ d'application au droit à l'expertise biologique, « *sauf motif légitime de ne pas y procéder* »²⁷⁴². Si cette formule pouvait sembler vague, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Une motivation spéciale doit permettre à la Cour d'exercer son contrôle si les juges du fond ont refusé d'ordonner l'expertise réclamée par l'une des parties, sous peine de cassation²⁷⁴³.

997. Les motifs retenus par les juges du fond à l'appui du refus d'expertise doivent contenir un minimum d'éléments objectifs²⁷⁴⁴, comme le démontre un arrêt. Un mari avait intenté une action en contestation de paternité, après que l'amant de sa femme eut reconnu en premier l'enfant²⁷⁴⁵. L'existence d'une possession d'état conforme au titre de naissance avait été constatée par les juges du fond. Le mari leur reprochait d'avoir statué sur ce fondement pour refuser d'ordonner l'expertise biologique. La Cour de cassation accueillit ce moyen. Il en va de même de l'aveu du défendeur à une action à fins de subsides à propos de sa cohabitation avec la mère²⁷⁴⁶. La proximité génétique existant entre deux frères, avec lesquels la mère de l'enfant avait eu des relations intimes,

²⁷⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2008, n° 06-10.256 et n° 07-11.639, *Bull. civ. I*, n° 101, *D.* 2008.2121, note BONNET.

²⁷⁴² Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, préc.

²⁷⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 8 jan. 2002, n° 99-14.195, *D.* 2002. JP. 2023, note GRANET.

²⁷⁴⁴ MURAT, P., « L'expertise biologique devant la Cour de cassation : donner d'une main pour reprendre de l'autre ? », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2002, *Dr. fam.*, n° 3, mars 2003, p. 20.

²⁷⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2008, n° 07-15.037, *Bull. civ. I*, n° 157, *JCP G* n° 24, 11 juin 2008, act. 409.

²⁷⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 déc. 2005, n° 05-11.150, *Bull. civ. I*, n° 478.

ne fut pas davantage considérée comme un motif légitime de refus²⁷⁴⁷, les juges du fond restant souverains pour apprécier la force probante des résultats.

998. L'analyse diffère lorsque les faits de l'espèce empêchent la réalisation de l'expertise biologique. L'impossibilité de localiser l'auteur d'une reconnaissance de paternité constitue un motif légitime de ne pas l'ordonner, au cours d'une action en contestation de paternité²⁷⁴⁸. L'impossibilité matérielle d'y recourir, lorsqu'elle est démontrée, est un motif légitime de refus. Le caractère légitime du refus d'expertise est aussi justifié par l'inutilité de la mesure au regard des circonstances de l'espèce. La Cour de cassation jugea ainsi superflue une demande d'expertise formée lors d'une action en recherche de paternité²⁷⁴⁹. En l'espèce, une femme avait assigné son amant en recherche de paternité. Les juges du fond avaient ordonné un examen comparé des sangs. Les résultats avaient démontré une probabilité de paternité à 99, 96%. Le prétendu père demanda une nouvelle expertise, selon la méthode des empreintes génétiques, mais elle lui fut refusée et la Cour de cassation rejeta son pourvoi. La mesure, jugée dilatoire et superfétatoire, ne présentait en effet « *qu'une chance négligeable d'aboutir à un résultat différent* »²⁷⁵⁰. Les présomptions et indices graves relevés par les juges du fond, de nature à établir une paternité, constituent également un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise biologique requise²⁷⁵¹. En l'espèce, une femme avait intenté une action en recherche de paternité. Les juges du fond conclurent à l'existence d'un lien de filiation, établi envers un homme décédé dont l'héritière se pourvut en cassation. Elle reprochait aux juges du fond d'avoir refusé sa demande d'expertise. La Cour de cassation écarta ce moyen, les juges du fond ayant constaté un concubinage entre la mère et le prétendu père, qui avait eu connaissance de la grossesse, exprimant ses regrets de ne pouvoir assister à la naissance. Ces éléments suffisaient à établir la filiation alléguée, sans qu'il soit utile d'ordonner une expertise biologique.

²⁷⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2009, n° 08-18.223, *Bull. civ. I*, n° 159, *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2009, p. 25, note MURAT.

²⁷⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n° 03-19.582, *Bull. civ. I*, n° 250 et Cass. 1^{ère} civ., 3 jan. 2006, n° 04-14.904.

²⁷⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 239, *LPA*, 28 fév. 1996, n° 26, note MASSIP.

²⁷⁵⁰ *Ibid.* Voir aussi : Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001, *Rép. Defr.* 2001. 1355, obs. MASSIP.

²⁷⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2002, n° 00-22.466, *Bull. civ. I*, n° 216.

999. En outre, l'expertise peut être refusée en raison du caractère vexatoire ou dilatoire de l'action intentée. Par exemple, la Cour de cassation rejeta un pourvoi reprochant aux juges du fond d'avoir refusé d'ordonner une expertise biologique, dans une action en contestation de reconnaissance paternelle²⁷⁵². Suite au décès de l'auteur de la reconnaissance, son fils introduisit une action contre la femme qui avait été reconnue par le défunt, âgée de soixante deux ans. Etablies par les juges du fond, les circonstances de l'espèce ne laissaient pas place au doute sur les motivations strictement financières de l'auteur du pourvoi. Le droit à l'expertise favorise la manifestation de la vérité lors des instances relatives à la filiation, mais il ne souffre aucun détournement.

1000. La portée du droit à l'expertise biologique dans les actions relatives à la filiation ou aux subsides est garantie par la Cour de cassation, qui exerce un contrôle approfondi sur les motifs retenus par les juges du fond²⁷⁵³. De même, la jurisprudence relative à la prohibition des témoignages des descendants illustre le rôle majeur de la Cour en matière probatoire. Elle ne peut constater elle-même les faits à l'origine de la décision critiquée par le pourvoi, mais elle s'intéresse aux conditions de leur établissement par les juges du fond. Elle maintient le particularisme des modes de preuve admissibles et de leur administration au cours de l'instance.

²⁷⁵² Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, n° 08-18.398, *Bull. civ. I*, n° 197, *Dr. fam* n° 11, nov. 2009, comm. 142, MURAT.

²⁷⁵³ Voir également : MAUGER-VIELPEAU, L., *Une règle prétorienne ; l'expertise biologique de droit en filiation (contribution à l'étude sur la diversité des fondements du droit de la filiation)*, in *Mél. Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 920.

§2. L'administration de la preuve garantie par la Cour de cassation

1001. En droit de la famille, les éléments de preuve soumis par les parties à l'instance relèvent le plus souvent du domaine de l'intime²⁷⁵⁴. Le contrôle exercé ne porte pas tant sur la révélation des faits, que sur l'administration de la preuve. Les contours de la loyauté procédurale (A) et de la contradiction (B) sont précisés par la Cour de cassation.

A. La difficile conciliation du droit à la preuve et du principe de loyauté

1002. Les parties à l'instance doivent satisfaire à « *une exigence comportementale de probité et d'honneur* »²⁷⁵⁵, mais cet objectif n'est pas toujours atteint. Le contentieux du divorce révèle l'ampleur du problème (1). La Cour de cassation retient une approche singulière, selon l'ensemble des intérêts en présence (2).

1) L'administration de la preuve des causes du divorce

1003. La procédure de divorce suscite une jurisprudence abondante. Les circonstances dans lesquelles la preuve est obtenue retiennent l'attention. Leur régularité est difficile à démontrer. Les sources des mésententes conjugales demeurent occultes. Les insultes sont généralement proférées en privé, alors même que les descendants ne sont pas admis à témoigner²⁷⁵⁶. Les règles générales gouvernant l'administration de la preuve ne peuvent être transposées sans nuances. Le principe de loyauté²⁷⁵⁷ est donc aménagé dans une instance en divorce. Les critères du comportement procédural sont déterminés en fonction des relations à l'origine du contentieux.

1004. Très vite, la Cour de cassation prit en considération cette donnée essentielle des conflits conjugaux, en jugeant que les courriers échangés entre l'un des époux et un tiers pouvaient être produits lors de la procédure de divorce, sans égard pour

²⁷⁵⁴ NERSON, R., « Protection de la vie privée. Divorce et respect de la vie privée », *RTD Civ.* 1973. 331.

²⁷⁵⁵ VIAL, G., th. préc., p. 219, n° 150.

²⁷⁵⁶ Voir n° 980 et s.

²⁷⁵⁷ L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Voir : Cass. ass. plén., 7 jan. 2011, n° 09-14.316 et n° 09-14.667, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 1, D. 2011.618, obs. VIGNEAU ; *RTD Civ.* 2011.127, obs. FAGES.

leur caractère confidentiel²⁷⁵⁸. Cela avait permis de prouver l'adultère d'un époux et de justifier le prononcé du divorce à ses torts. Certes, la solution était contraire au principe de l'inviolabilité des correspondances, qui supposait de recueillir le consentement de l'auteur de la lettre et de son destinataire pour s'en servir à des fins probatoires. Or le conjoint n'avait aucun intérêt à donner son accord. Ce tempérament fut consacré par le législateur. En effet, maintenir le strict respect de la règle aurait empêché l'époux de prouver les faits dont il se prévalait à l'appui de sa demande en divorce. Outre la proclamation de la liberté de la preuve, la loi du 11 juillet 1975²⁷⁵⁹ encadra expressément la production des courriers au cours de l'instance en divorce. L'article 259-1 du Code civil énonçait qu'« *un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou par fraude* ». La Cour avait subordonné le droit de verser aux débats des courriers confidentiels à une entrée en possession dénuée « *d'artifice coupable, de fraude, d'acte de déloyauté ou d'abus* »²⁷⁶⁰. Le législateur autorisa la production de lettres, sauf celles obtenues par fraude ou violence.

1005. Depuis, la Cour de cassation poursuit la construction qu'elle avait initiée. Dans le divorce, le régime probatoire est dérogatoire. Les parties sont libres de soumettre au juge les correspondances dont leur conjoint est l'auteur ou le destinataire, sans son accord préalable. Seul le comportement violent ou frauduleux de celui qui s'en prévaut peut y faire échec. La Cour admit ainsi²⁷⁶¹ l'utilisation du journal intime et du carnet de bord de l'épouse par le mari, alors que les juges du fond les avaient écartés. La production de ces documents, qui n'appartenaient qu'à l'épouse, portait selon eux atteinte à sa vie privée. Mais par leur abstention de rechercher l'existence de violences ou d'une fraude, la cassation fut prononcée pour manque de base légale. La recevabilité du journal intime de l'épouse pour prouver son adultère fut ensuite confirmée par la deuxième chambre civile²⁷⁶². Le pourvoi, formé par l'épouse, dénonçait la « *subtilisation* »²⁷⁶³ du document par son mari. Ecartant ce moyen, la Cour décida que les juges du fond avaient pu fonder

²⁷⁵⁸ Cass. civ., 13 juil. 1897, *S.* 1898. 1. 220.

²⁷⁵⁹ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, préc.

²⁷⁶⁰ Cass. civ., 13 juil. 1897, préc.

²⁷⁶¹ Cass. 2^e civ., 29 jan. 1997, n° 95-15.255, *Bull. civ.* II, n° 28, *D.* 1997.296, note BENABENT.

²⁷⁶² Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, n° 97-12.437, *Bull. civ.* II, n° 85, *D.* 2000.557, note CARON.

²⁷⁶³ *Ibid.*

sur ce journal intime leur « conviction de la réalité des relations adultères nouées avec un autre homme »²⁷⁶⁴. La même solution fut retenue pour des courriels produits par le mari²⁷⁶⁵. Ces documents permettaient de conclure à l'adultère commis par sa femme. Les solutions retenues par la Cour de cassation face au développement des nouvelles technologies méritent d'être saluées.

1006. La Cour écarte également les griefs fondés sur la nature de l'écrit invoqué à des fins probatoires. Les faits relatés dans un journal intime, œuvre de l'esprit, suffirent à emporter la conviction des juges du fond²⁷⁶⁶, avec l'approbation de la Cour de cassation. L'auteur du pourvoi dénonçait le caractère d'aveu du journal intime. Les juges du fond s'étant gardés de considérer comme tel ce document, ils pouvaient donc conclure à l'existence d'une faute, cause de divorce. De même, les difficultés relatives à l'identification de l'auteur d'un courriel sont dépourvues d'incidence sur leur force probante. Ces incertitudes auraient pu susciter une discussion qui fut refusée par la Cour de cassation. Dans un système de preuve libre, il appartient aux juges du fond d'apprécier l'élément qui leur est soumis, et l'époux qui soumet la preuve est présumé être de bonne foi.

1007. L'article 259-1 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004, consacra cette extension. Tout élément de preuve émanant du conjoint peut être utilisé à son encontre, à condition qu'il n'ait pas été obtenu par violence ou fraude. Par exemple, la Cour de cassation jugea qu'un SMS constituait une preuve admissible au cours de la procédure de divorce, dans un arrêt très remarqué²⁷⁶⁷. Une épouse avait produit à l'instance un procès-verbal constatant la teneur de mini-messages reçus sur le téléphone professionnel de son conjoint. Les juges du fond avaient considéré ces courriers comme relevant de la confidentialité et du secret des correspondances. Leur lecture, à l'insu du destinataire, constituait une atteinte grave au droit au respect de la vie intime, justifiant qu'ils soient écartés des débats. La Cour de cassation cassa cette décision. Les juges du fond auraient dû caractériser l'obtention de ces éléments probatoires par la fraude ou la violence. La Cour ne leur reprocha pas seulement d'avoir omis de procéder aux

²⁷⁶⁴ *Ibid.*

²⁷⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 04-13.745, *Bull. civ.*, I, n° 213.

²⁷⁶⁶ Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, préc.

²⁷⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, préc.

recherches qui leur incombait. La cassation intervint aussi pour violation des articles 259 et 259-1 du Code civil. Cette interprétation, qui souligne la singularité du principe de loyauté procédurale en droit du divorce, favorise le droit à la preuve au profit des justiciables.

1008. De plus, la Cour de cassation précisa que la démonstration du caractère frauduleux ou violent de l'acquisition repose sur celui qui en recherche l'irrecevabilité²⁷⁶⁸. La conservation par le mari d'une lettre expédiée à son domicile suite à une erreur postale fut ainsi jugée frauduleuse²⁷⁶⁹. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait considéré que l'obtention « *suspecte* »²⁷⁷⁰ du document justifiait son exclusion. L'appréciation de la fraude ou de la violence appartient aux juges du fond²⁷⁷¹ et il revient à la partie contre qui l'élément est invoqué de dénoncer les investigations entreprises par l'époux qui s'en prévaut. Or les obstacles à cette preuve sont les mêmes que ceux qui justifient le tempérament initialement dégagé par la Cour. La violence, comme la fraude, s'exerce au détriment de la partie contre qui la preuve est invoquée. L'examen de l'élément probatoire, à l'instar de celui des causes du divorce, suppose une immixtion dans l'intimité conjugale. En outre, les époux ont partagé une communauté de vie. L'obtention de la preuve par le conjoint est donc facilitée, puisqu'il dispose le plus souvent d'un libre accès à l'élément de preuve²⁷⁷².

1009. Démontrer une fraude ou des violences est très difficile. Par exemple, l'auteur du pourvoi dénonçant l'utilisation de son journal intime avait invoqué la subtilisation de l'écrit par son conjoint, mais la Cour de cassation jugea ce moyen inopérant²⁷⁷³. La solution donna lieu à plusieurs interprétations. La Cour a pu souhaiter rappeler que le caractère frauduleux ou violent de l'obtention doit être prouvé par celui qui la conteste. Tel ne semblait pas être le cas en l'espèce, puisqu'elle rappela que l'épouse « *se bornait à alléguer que son conjoint le lui avait subtilisé* »²⁷⁷⁴. Mais il est également possible que la Cour ait entendu marquer une tolérance nouvelle, en renforçant

²⁷⁶⁸ Cass. 2^e civ., 16 fév. 1983, n° 81-12.732, *Bull. civ. II*, n° 38.

²⁷⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1974, n° 73-12.340, *Bull. civ. II*, n° 186.

²⁷⁷⁰ *Ibid.*

²⁷⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1954, *D.* 1955. *JP.* 583.

²⁷⁷² VIAL, G., th. préc., p. 284, n° 192.

²⁷⁷³ Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, préc.

²⁷⁷⁴ *Ibid.*

ses exigences en ce qui concerne la caractérisation de la fraude ou de la violence. La simple subtilisation d'un document privé ne justifie pas l'exclusion d'une pièce de la procédure. La Cour enjoindrait ainsi aux juges du fond de motiver spécialement leur refus d'accueillir l'élément probatoire, même lorsque celui-ci porte une évidente atteinte à la vie privée de celui à qui le document appartient. Quelle que soit l'approche retenue, elle fut confirmée par l'arrêt du 17 juin 2009²⁷⁷⁵. L'épouse avait consulté le téléphone portable professionnel de son conjoint pour y découvrir la preuve de son adultère. La Cour cassa, les juges du fond n'ayant pas caractérisé l'existence d'une fraude ou d'une violence pour refuser d'accueillir le procès-verbal, mais seulement décidé que « *la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constituait une atteinte grave à l'intimité de la personne* ». Bien que la dimension éminemment personnelle des documents utilisés à ces fins soit incontestable, l'absence de remise volontaire ne suffit pas à établir leur obtention par fraude ou suite à des violences.

1010. Dans son appréciation du principe de loyauté dans l'obtention de la preuve du divorce, la Cour de cassation est libérale. En amont, la mise en place d'un système dérogatoire favorise la liberté de la preuve et l'inefficacité de la sanction d'un éventuel comportement déloyal dans l'obtention de la preuve produit effet en aval. Il est opportun de s'interroger sur les justifications de cette approche singulière.

2) Les justifications de l'aménagement du principe de loyauté dans l'administration de la preuve

1011. L'interprétation par la Cour de cassation de l'article 259-1 du Code civil est surprenante²⁷⁷⁶. Les critères de recevabilité de la preuve des causes du divorce ne correspondent pas aux exigences classiques gouvernant le comportement procédural des justiciables²⁷⁷⁷. Pourtant, la Cour décide que la production d'un élément probatoire attentatoire à la vie privée peut être justifiée par l'exercice du droit à la preuve²⁷⁷⁸. La

²⁷⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009, préc.

²⁷⁷⁶ CARON, C., « La preuve par le journal intime : la vie privée bafouée », *D.* 2000. JP. 557.

²⁷⁷⁷ L'article 9 du Code de procédure civile enjoint aux parties à l'instance de « *prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* », tandis que l'article 9 du Code civil protège le droit à la vie privée et familiale de tout individu.

²⁷⁷⁸ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2008, n° 07-15.778, *Bull. civ.* I, n° 230.

Cour européenne des droits de l'homme eut aussi l'occasion de se prononcer sur la question, dans l'affaire *L. L. contre France*²⁷⁷⁹. Elle avait été saisie d'une requête contestant l'admission d'une lettre écrite par un confrère au médecin traitant d'un époux, constatant son alcoolisme. L'épouse avait produit cette correspondance à l'appui d'une demande en divorce. A l'évidence, le courrier relevait du secret médical et de l'intimité de la vie privée de l'intéressé. Après avoir constaté que l'écrit litigieux n'avait pas été obtenu par fraude ou violence, la cour d'appel avait admis sa production. Un recours fut introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁸⁰, qui décida que l'utilisation au cours de l'instance d'un document strictement confidentiel relatif à l'état de santé du mari constituait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle rappela néanmoins la nécessité de prendre en considération la dimension spécifique du contentieux familial²⁷⁸¹. Dans d'autres circonstances, elle a d'ailleurs approuvé la production par une épouse de lettres révélant la liaison adultère entretenue par son mari, avancées au soutien d'une demande de divorce pour faute²⁷⁸². Il semble donc que l'atteinte à la vie privée doit être examinée au regard des intérêts en présence. Lorsqu'elle s'accompagne d'une violation du secret professionnel, elle ne peut être tolérée²⁷⁸³.

1012. La procédure de divorce suppose la révélation d'informations relevant de la vie privée des parties. La preuve peut en être admise, à condition que l'ingérence dans la vie privée soit prévue par la loi, poursuive un but légitime et soit proportionnée par rapport aux objectifs poursuivis. Les solutions retenues par la Cour de cassation,

²⁷⁷⁹ CEDH, 10 oct. 2006, *L. L. c/ France*, req. n° 7508/02, *RTD Civ.* 2007.95, obs. HAUSER.

²⁷⁸⁰ Le mari n'ayant pu bénéficier de l'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation, il s'adressa directement à la Cour européenne des droits de l'homme, qui jugea néanmoins l'action recevable en raison de son impécuniosité. Puisque l'action avait trait au divorce, la représentation était obligatoire devant la Cour de cassation. La Cour européenne des droits de l'homme s'abstint de reprocher au requérant « *d'avoir omis d'épuiser les voies de recours internes en ne poursuivant pas en ne poursuivant pas la procédure après l'ordonnance rejetant sa demande* » d'aide juridictionnelle. *Ibid.*, §23.

²⁷⁸¹ La Cour « *note d'emblée que l'affaire s'inscrit dans le cadre d'une procédure civile en divorce, qui est par nature une procédure au cours de laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés, et où il est d'ailleurs de l'office du juge de s'ingérer dans la sphère privée du couple pour mettre en balance des intérêts opposés et trancher le litige qui lui est soumis. [...]. Les ingérences qui en découlent inévitablement doivent se limiter autant que faire se peut à celles rendues strictement nécessaires par les spécificités de la procédure, d'une part, et par les données du litige, d'autre part* » - *ibid.*

²⁷⁸² CEDH, 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, req. n° 6507/01, *Procédures* n° 10, oct. 2008, comm. 269, FRICERO.

²⁷⁸³ Cass. 1^{ère} civ. 30 jan. 2007, n° 03-16.910.

confrontée au secret des correspondances, s'en approchent. Elle enjoint aux juges du fond de vérifier si la production litigieuse est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antagonistes des époux. En effet, soumettre la preuve des causes du divorce au strict respect de la vie privée serait un non-sens. L'objet de la preuve consiste justement en un fait de nature intime, ce qui implique certaines dérogations à l'acception usuelle de la loyauté procédurale²⁷⁸⁴.

1013. Consciente de ces particularités, la Cour de cassation retient une approche pragmatique du principe de loyauté, fondée sur l'efficacité de la preuve des causes du divorce. Il peut aussi arriver que des comportements immoraux ne se manifestent pas seulement par un détournement d'éléments relevant de la vie privée. D'autres moyens existent, qui débordent le cadre du divorce et obligent la Cour à examiner le respect du principe contradictoire au cours de l'instance à caractère familial.

B. La difficile conciliation entre les intérêts en présence et le respect du contradictoire

1014. « *Garantie nécessaire d'une élémentaire justice* »²⁷⁸⁵, la contradiction est un principe directeur du procès consacré par le Code de procédure civile²⁷⁸⁶ et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁷⁸⁷. En droit de la famille, comme en toute autre matière, « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* »²⁷⁸⁸. La nature privée des rapports familiaux complique sa mission. Le strict respect du contradictoire peut peser sur l'intérêt de l'enfant, lorsque celui-ci s'est exprimé devant les juges du fond (1). De même, les éléments figurant au dossier établi dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative sont susceptibles de menacer la paix des familles (2). La Cour de cassation pallie ces inconvénients, tout en sanctionnant les atteintes portées à la contradiction.

²⁷⁸⁴ MAYAUD, Y., « L'adultère cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », *RTD Civ.* 1980. 494.

²⁷⁸⁵ VIZIOZ, H., *op. cit.*, p. 447, n° 237.

²⁷⁸⁶ *Ibid.*

²⁷⁸⁷ CEDH, art. 6-1. Voir par ex. : CEDH, 24 fév. 1995, *McMichael C/R. U.*, req. n° 16424/90, D. 1995.449, note HUYETTE.

²⁷⁸⁸ CPC, art. 16.

1) Le compte-rendu d'audition de l'enfant

1015. Dès qu'il est doué de discernement, l'enfant mineur peut demander à être entendu par le juge au cours d'une procédure qui le concerne²⁷⁸⁹ et à tous les stades de la procédure²⁷⁹⁰. La demande est recevable même si elle est formée pour la première fois en appel²⁷⁹¹. Elle peut aussi intervenir durant le délibéré, à condition que le juge autorise les parties à présenter leurs observations à la suite de l'audition du mineur²⁷⁹². Les règles gouvernant le recueil des mots de l'enfant sont longtemps demeurées lacunaires. Nulle précision n'avait été apportée en ce qui concerne les incidences procédurales de la mesure²⁷⁹³. Dans le silence des textes, la Cour de cassation concilia l'audition de l'enfant en justice avec les grands principes de la procédure. Elle exigea que la tenue de l'audition fasse l'objet d'une information²⁷⁹⁴. En l'espèce, une cour d'appel avait ordonné d'office l'audition d'un enfant. L'instance avait trait aux modalités d'exercice de l'autorité parentale par son père. Aucune mention de la mesure n'avait été portée dans le dossier, ni dans la décision. A défaut, la décision prise à l'issue de la procédure au cours de laquelle le mineur s'était exprimé encourait la cassation pour violation de l'article 388-1 du Code civil et des articles 16 et 338-5 du Code de procédure civile. Ce visa n'était pas anodin. La Cour de cassation encadra l'audition de l'enfant en justice, en s'appuyant sur les principes fondamentaux du procès.

1016. En outre, la Cour rappela la nécessité d'informer les parties de l'issue de l'audition²⁷⁹⁵. Une cour d'appel avait infirmé la décision rendue par un juge aux affaires matrimoniales, après avoir entendu un mineur au cours de la procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale. Les juges du fond s'étaient abstenus d'indiquer s'ils avaient pris en considération les sentiments exprimés par lui. Ils n'étaient pas liés par ses déclarations²⁷⁹⁶, mais devaient communiquer aux parties les éléments sur lesquels ils fondaient leur décision. La cassation fut prononcée pour défaut de base légale, puisque la

²⁷⁸⁹ CIDE, art. 12 et C. civ., art. 388-1.

²⁷⁹⁰ CPC, art. 338-2.

²⁷⁹¹ *Ibid.*

²⁷⁹² Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 2012, n° 10-27.529.

²⁷⁹³ EUDIER, F., « L'audition de l'enfant demandée sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil n'est pas soumis au régime de l'expertise », *RJPF*, n° 12, déc. 2011, p. 26.

²⁷⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-11.552, *Bull. civ. I*, n° 279.

²⁷⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1996, n° 93-19.937, *Bull. civ. I*, n° 253.

²⁷⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2013, n° 12-26.725.

Cour de cassation ne pouvait contrôler le respect de la contradiction²⁷⁹⁷. Des précisions furent aussi apportées sur les modalités de la communication faite aux parties. La rédaction d'un procès-verbal n'est pas indispensable²⁷⁹⁸. Le choix des formes appartient aux juges du fond²⁷⁹⁹, comme le confirma le décret du 20 mai 2009²⁸⁰⁰. Un « *compte-rendu* »²⁸⁰¹ de l'audition de l'enfant est effectué, dans le respect de son intérêt. Le recours à ce terme, au détriment de celui de « procès-verbal », forcément écrit, est opportun²⁸⁰². Retranscrire intégralement la parole de l'enfant est inutile et pourrait exacerber les antagonismes familiaux à son détriment.

1017. L'équilibre entre la protection de l'intérêt de l'enfant et le nécessaire respect du contradictoire n'est guère aisé à atteindre²⁸⁰³. Par conséquent, la Cour de cassation précisa cette solution. Un pourvoi dénonçait l'atteinte à la contradiction réalisée par l'oralité du compte-rendu d'audition²⁸⁰⁴. Devant les juges du fond, une mère avait demandé la suppression du droit de visite et d'hébergement accordé au père. L'enfant avait été entendu et il avait réitéré son refus d'entretenir des relations avec son père. Nonobstant ces déclarations, la juridiction du second degré débouta la mère, justifiant sa décision par l'intérêt de l'enfant. Un pourvoi fut formé. Entre autres griefs, son auteur invoquait la violation des articles 16 du Code de procédure civile et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque l'oralité du compte-rendu d'audition ne permettait pas aux parties de faire des observations dans un délai raisonnable. La Cour jugea ce moyen inopérant. Le rapport d'audition, effectué oralement en présence des parties ou de leurs représentants, satisfait aux exigences de la contradiction. Face à l'audition de l'enfant en justice, la Cour de cassation admet des dérogations au principe du contradictoire, justifiées par la nécessité de protéger le mineur. Il en va de même lors de la procédure d'assistatnce éducative.

²⁷⁹⁷ Voir également : Cass. civ. 1^{ère}, 3 déc. 2008, préc.

²⁷⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 19 jan. 1994, n° 92-16.359.

²⁷⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 octobre 2007, *D.* 2007. AJ. 2811 ; *AJ fam.* 2008. 213, obs. A. BOICHE.

²⁸⁰⁰ Décr. n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JORF*, n° 0119, 24 mai 2009, p. 8649.

²⁸⁰¹ CPC, art. 388-12.

²⁸⁰² Voir : NEIRINCK, C., « L'audition de l'enfant, son intérêt et le respect du contradictoire », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2012, p. 43.

²⁸⁰³ FRICERO, N. et HAYAT, J.-M., « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF*, n° 10, oct. 2009, p. 8.

²⁸⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, n° 11-19.377. *Bull. civ.* I, n° 135.

2) Le respect de la contradiction au cours de la procédure d'assistance éducative

1018. Afin de protéger l'enfant dont la santé, la sécurité, la moralité, les conditions d'éducation ou de développement psychologique sont compromises, le juge des enfants est compétent pour prononcer des mesures d'assistance éducative en fonction de la situation sociale, économique et professionnelle des parties à l'instance, et de leur vie privée²⁸⁰⁵. Il peut en effet ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, telle qu'une enquête sociale, ou des examens médicaux, ou des expertises psychologiques, ou encore psychiatriques²⁸⁰⁶. La spécificité de la procédure, à tendance inquisitoire, n'exclut pas le contrôle par la Cour de cassation. L'intrusion de l'autorité judiciaire au sein de la famille et la dimension éminemment intime des rapports privés en cause ne facilitent pas l'objectif visé de protection du mineur. Le respect de la contradiction au cours de la procédure suscite des discussions et spécialement la question de l'accès au dossier constitué par le juge des enfants. La réforme décidée par le législateur²⁸⁰⁷ n'a pas suffi à les apaiser, malgré les améliorations apportées.

1019. L'ancien article 1187 du Code de procédure civile n'autorisait la consultation du dossier d'assistance éducative qu'au profit des représentants des parties à l'instance. Seuls les conseils du père, de la mère, du tuteur et de l'enfant pouvaient y avoir accès. Or la représentation n'est pas obligatoire en la matière. Si elles n'avaient pas fait ce choix, les parties étaient empêchées de consulter le dossier, ce qui portait atteinte au principe du contradictoire. En dépit de la virulence de la doctrine²⁸⁰⁸, la Cour considéra le système conforme aux principes directeurs du procès et notamment aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme²⁸⁰⁹. Après avoir constaté l'obligation de recourir à un conseil aux fins de consultation du dossier, elle rappela la possibilité pour les parties de se voir désigner d'office un avocat²⁸¹⁰.

²⁸⁰⁵ C. civ., art. 375.

²⁸⁰⁶ CPC, art. 1183.

²⁸⁰⁷ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, préc.

²⁸⁰⁸ HUYETTE, M., « Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile », *D.* 1998. Chron. 218.

²⁸⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1995, n° 94-05.075.

²⁸¹⁰ CPC, art. 1186 ancien.

1020. Cette faculté fut jugée suffisante pour respecter le principe contradictoire. Bien qu'elle encourût la critique, cette solution fut confirmée²⁸¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme retenait pourtant une analyse contraire, jugeant que l'absence de communication à la mère du dossier concernant le placement de son fils portait atteinte à l'article 6 de la convention²⁸¹². Peu après²⁸¹³, elle précisait que la possibilité d'être assisté par un avocat au cours de la procédure ne justifiait en aucun cas une telle atteinte au principe de la contradiction. L'accès personnel au dossier devait être offert aux parties à l'instance, représentées ou non. Pourtant, le risque d'une sanction de la France ne suffit pas à susciter un revirement.

1021. Certes, une nuance fut introduite²⁸¹⁴. Un pourvoi avait été formé à l'encontre d'une décision rendue sur appel de l'ordonnance du juge des enfants. Les parties avaient été invitées à saisir les juridictions administratives pour qu'elles examinassent la légalité de l'article 1187 du Code de procédure civile. Statuant au visa de l'article 55 de la Constitution, la Cour de cassation cassa l'arrêt pour excès de pouvoir négatif²⁸¹⁵, en retenant qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier la compatibilité de la disposition critiquée avec le droit à un procès équitable garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Cette solution timide n'eut pas à être confirmée, car le décret du 15 mars 2002²⁸¹⁶ modifia entre-temps l'article 1187 du Code de procédure civile, instaurant un système plus respectueux de la contradiction. Aux termes du nouvel article 1187 du Code de procédure civile, les parties peuvent consulter au greffe le dossier sans l'assistance d'un avocat. Dans l'hypothèse d'une représentation au cours de l'instance, leurs conseils peuvent demander une copie du dossier. Toutefois, l'extension de la représentation obligatoire à la procédure d'assistance éducative ne fut pas décidée. Or la consultation du dossier sur place, aux jours et heures fixées par le juge des enfants, ne satisfait pas pleinement aux exigences de la contradiction²⁸¹⁷, en dépit des

²⁸¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1999, n° 98-05.044, *Bull. civ. I*, n° 193.

²⁸¹² CEDH, 24 fév. 1995, *McMichael c/ RU*, req. n° 16424/90.

²⁸¹³ CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c/France*, req. n° 22209/93.

²⁸¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, n° 00-05.026 et 00-05.030, *Bull. civ. I*, n° 97, *RDSS* 2001.588, note MONEGER.

²⁸¹⁵ Voir n° 580 et s.

²⁸¹⁶ Décr. n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative, *JORF*, n° 65, 17 mars 2002, p. 4860.

²⁸¹⁷ « Il semble en effet qu'une simple lecture du dossier ne puisse pas donner les moyens de préparer sérieusement une défense : il faut du temps pour analyser les pièces, en apprécier la portée et articuler des

apparences²⁸¹⁸. L'impossibilité d'obtenir une copie du dossier d'assistance éducative oppose un obstacle à la tenue d'un débat contradictoire lorsque les parties ne sont pas assistées d'un avocat. Ce moyen avait été soulevé au soutien d'un pourvoi en cassation²⁸¹⁹. Les juges du fond avaient refusé de délivrer une copie intégrale du dossier aux parents qui n'étaient pas représentés au cours de la procédure. La Cour rejeta le pourvoi, motivant sa décision par la nécessité d'aménager « *l'accès au dossier dans des conditions permettant d'assurer la nécessaire protection due à l'enfant* ». La consultation n'est pourtant pas équivalente à la communication. La rupture d'égalité entre les parties représentées et celles qui ne le sont pas tend à « forcer la main » aux intéressés pour qu'ils prennent conseil.

1022. En matière d'assistance éducative, le respect de la contradiction est examiné à l'aune de l'intérêt de l'enfant et des spécificités de la procédure. Il en va de même lorsque le juge des enfants exclut tout ou partie des pièces du dossier en l'absence d'avocat. Sa décision doit être motivée par le « *danger physique ou moral grave* »²⁸²⁰ encouru par le mineur, une partie ou un tiers. La Cour de cassation est peu exigeante en ce qui concerne l'obligation de motivation incombant au juge des enfants. Elle se prononça sur la question à l'occasion d'un pourvoi par lequel un père faisait grief aux juges du fond d'avoir exclu des pièces relatives au suivi éducatif de sa fille²⁸²¹. La cour d'appel avait justifié l'exclusion par « *le conflit familial très conflictuel et virulent et [les] nombreuses procédures opposant les parents de la mineure* »²⁸²², qui exposaient l'enfant « *à un danger physique ou moral grave de la part de son père* »²⁸²³. Cette motivation de pure forme reprenait les termes du Code de procédure civile. Le pourvoi fut rejeté, bien qu'un tel laxisme fût surprenant car la limitation de l'accès au dossier porte atteinte au

réponses ; le temps et la disponibilité des pièces sont évidemment encore plus nécessaires pour des personnes qui ne sont pas aidés d'un avocat » - MURAT, P., « De la conformité à la CEDH des procédures relatives aux mesures de placement », *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2007, p. 32.

²⁸¹⁸ Selon une jurisprudence constante, les parties à l'instance bénéficient de « *la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre et de les discuter* ». Voir par ex. : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Matéos C/ Espagne*, n° 12952/87 ; CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c/ Autriche*, n° 11170/84 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 juil. 2005, *Bull. civ. I*, n° 205.

²⁸¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, n° 04-05.095, *Bull. civ. I*, n° 528, *RDSS* 2007.348, note KIMMEL-ALCOVER.

²⁸²⁰ CPC, art. 1187.

²⁸²¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 2005, n° 04-05.011, *Bull. civ. I*, n° 312.

²⁸²² *Ibid.*

²⁸²³ *Ibid.*

respect de la contradiction. Le contrôle exercé par la Cour devrait donc être renforcé et non amoindri. La nature des pièces susceptibles d'être exclues plaide en faveur d'une sévérité accrue, d'autant que le juge peut toujours les prendre en considération pour éclairer sa décision. Si la solution encourt la critique, elle poursuit néanmoins un objectif pratique : en refusant d'examiner rigoureusement la motivation exprimée par les juges du fond, la Cour décourage les pourvois dilatoires²⁸²⁴. Une approche plus stricte est d'ailleurs difficile à concevoir. Il paraît impossible de contraindre le juge à décrire précisément le danger auquel une pièce du dossier expose le mineur, sans en révéler la nature.

1023. La Cour de cassation exerce d'abord son contrôle sur les constatations opérées par les juges du fond. Elle garantit les grands principes du droit processuel, en conciliant des impératifs souvent concurrents. Le respect des règles gouvernant l'admission des modes de preuve ne lui échappe pas davantage. Tantôt elle accroît les droits des parties, tantôt elle les restreint, selon les intérêts en présence. Sa jurisprudence révèle son attachement au maintien d'un particularisme de la preuve en droit de la famille. Les facultés d'adaptation dont elle dispose apparaissent aussi. Au travers de décisions souvent audacieuses, elle propose des solutions originales, susceptibles de consécration textuelles ultérieures. Ce n'est toutefois pas là que cesse son contrôle. Les conséquences juridiques des faits constatés par les juges du fond sont ensuite examinées.

²⁸²⁴ HAUSER, J., « Assistance éducative : la consultation du dossier, l'audition du mineur et le droit à un procès contradictoire », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, *RTD Civ.*, 2007, n°1, p. 101.

II. La modulation du contrôle de légalité en droit de la famille

1024. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation procède à un contrôle de légalité protéiforme²⁸²⁵. Dans le respect de la distinction fondamentale entre le fait et le droit, les vérifications menées varient en fonction des notions révélées par le problème de droit (§1). Lorsque la Cour refuse de contrôler une qualification légale, elle exige des juges du fond une motivation renforcée. Ce faisant, elle garantit la conformité de leurs décisions aux règles juridiques en vigueur, tout en apportant des précisions sur l'application et l'interprétation des règles de droit de la famille (§2).

§1. La typologie du contrôle de légalité

1025. Véritable « *pont entre le fait et le droit* »²⁸²⁶, l'opération de qualification relève des compétences de la Cour, mais l'existence d'un pouvoir souverain d'appréciation au profit des juges du fond incite à nuancer le propos (A). La Cour adapte ainsi son contrôle aux spécificités du droit de la famille, dans une perspective évolutive (B).

A. Le contrôle exercé sur les qualifications légales de droit de la famille

1026. A présent admise, l'existence d'un contrôle de qualification suscita de vastes débats doctrinaux (1). En effet, la substance des vérifications menées à ce titre est difficile à cerner. L'exercice de ses compétences par la Cour de cassation est d'autant plus complexe, notamment en droit de la famille (2).

²⁸²⁵ Le contrôle mené par la Cour consiste à vérifier « *si, des faits constatés par le juge, celui-ci a légalement ou non déduit l'application ou la non-application de telle règle de droit ou de telle notion juridique, leur donnant ainsi un sens ou une portée qu'elles ont ou n'ont pas* » - XAVIER, C., *La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ?*, in *Mél. Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 152, n° 135.

²⁸²⁶ *Ibid.*

1) L'existence du contrôle de qualification

1027. En principe, la Cour de cassation est en mesure de contrôler toutes les qualifications légales (a). Elle choisit pourtant d'en délaissier certaines. Aucune distinction entre les concepts qualificateurs ne permet de décrire la méthode retenue. Elle demeure empreinte d'incertitudes, eu égard à son caractère « *ésotérique* »²⁸²⁷, voire « *sauvage* »²⁸²⁸ (b).

a) Le principe d'un contrôle exercé sur les qualifications légales

1028. Les difficultés qui entourent le contrôle de qualification ne naissent pas tant d'une controverse sur son existence que des tentatives de systématisation qui en résultent. Plusieurs décisions anciennes le démontrent. La Cour admet depuis longtemps sa compétence pour vérifier la qualification retenue par les juges du fond. Dès le 19 août 1845²⁸²⁹, la qualification de la faute civile fut contrôlée. De même, les caractères de la force majeure furent déterminés par un arrêt rendu le 16 novembre 1892²⁸³⁰. La dimension indiscutablement concrète de ces concepts du droit de la responsabilité civile n'empêcha pas le contrôle. En droit de la famille, la solution est identique. La notion d'intérêt légitime à demander l'annulation d'un mariage entaché d'une cause de nullité absolue fut contrôlée²⁸³¹, comme la qualification d'un pacte sur succession future²⁸³². La définition de l'erreur sur la personne fut aussi précisée, pour en refuser dans un premier temps l'extension à toute méprise autre que celle portant sur l'identité physique du conjoint²⁸³³.

1029. La qualification reflète le passage du concret à l'abstrait. Il s'agit d'une traduction en langage juridique des circonstances de l'espèce.²⁸³⁴ Elle dépasse le cadre du fait, pour devenir question de droit²⁸³⁵ soumise en tant que telle à la Cour de cassation.

²⁸²⁷ ROTONDI, M., « Considérations en fait et en droit », *RTD Civ.* 1977. 1.

²⁸²⁸ PUIGELIER, C., « La création du droit (libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ*, 2004, n° 1, p. 16, n° 12.

²⁸²⁹ Cass. civ., 19 août 1845, *DP* 1845. I. 378.

²⁸³⁰ Cass. civ., 16 nov. 1892, *DP* 1893. I. 325.

²⁸³¹ Cass. civ., 15 juin 1887, *Bull. civ.*, n° 147.

²⁸³² Cass. ch. réunies, 2 juillet 1903.

²⁸³³ Cass. ch. réunies, 24 avril 1862, *Bull. ch. réunies*, n° 57.

²⁸³⁴ « La qualification des faits ou des actes consiste à identifier une situation de fait à une notion légale, à déterminer dans quelle catégorie légale rentre le fait ou l'acte dont l'existence a été constatée, et par suite, à apprécier quelle règle juridique lui est applicable » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 301, n° 65.04

²⁸³⁵ Voir sur ce point : XAVIER, C., *op. cit.*, p. 511.

Le contrôle de qualification consiste à vérifier l'exactitude de l'analyse menée par les juges du fond. En effet, une erreur de qualification est susceptible d'entraîner une fausse application de la règle de droit²⁸³⁶. Une violation de la loi par refus d'application en résulte fréquemment²⁸³⁷. L'imprécision de la qualification retenue par les juges du fond expose aussi la décision à la cassation, pour manque de base légale. Le principe d'un contrôle de qualification incombant à la Cour est donc justifié, mais les discussions qui l'entourent ne sont pas closes pour autant. Bien qu'aucun obstacle théorique n'entrave sa mise en œuvre, la théorie du contrôle général des qualifications est écartée par la Cour de cassation.

b) L'approche sélective du contrôle de qualification retenue par la Cour de cassation

1030. L'hétérogénéité des vérifications menées par la Cour de cassation incite à la réflexion. Certaines qualifications ont de tout temps été contrôlées, tandis que d'autres sont généralement abandonnées au pouvoir souverain des juges du fond. Diverses explications ont été avancées pour expliquer ce phénomène. La plupart sont fondées sur une classification, fréquemment arbitraire, des concepts contrôlés ou non contrôlés²⁸³⁸. Il a d'abord été suggéré de distinguer entre notions définies par la loi et notions non définies²⁸³⁹. La Cour ne s'intéresserait qu'aux premières, laissant à d'autres le soin de se prononcer sur les notions non assorties d'une définition suffisamment précise. Tel est le cas de la faute cause de divorce²⁸⁴⁰. Le contrôle de qualification ne pourrait être exercé, en l'absence d'éléments constitutifs énoncés par le législateur. La Cour fit parfois sienne cette approche. Des décisions rendues en matière de séparation de corps en attestent. La Chambre des requêtes considéra la notion d'injure grave insuffisamment définie, pour refuser d'en contrôler la qualification²⁸⁴¹. Cependant, il est difficilement concevable

²⁸³⁶ Voir n° 661 et s.

²⁸³⁷ *Ibid.*

²⁸³⁸ Pour une présentation de ces différentes théories, voir : BORE, J. et L., p. 302, *op. cit.*, n° 65.20 et s.

²⁸³⁹ *Ibid.*

²⁸⁴⁰ Voir n° 1091 et s.

²⁸⁴¹ Cass. ch. requêtes, 6 février 1860, S. 61.1.72 ; Cass. ch. requêtes, 14 jan. 1861, S. 61.1.720.

d'établir un quantum dans les définitions légales²⁸⁴². La suffisance ou l'insuffisance d'une définition oblige à élaborer d'autres critères, subjectifs et dénués d'opportunité.

1031. La Cour de cassation ne saurait être privée de tout pouvoir de contrôle sur la seule foi d'une distinction dont le fondement semble erroné. Censée dire le droit et assurer l'unité d'interprétation des lois, elle comble aussi d'éventuelles lacunes normatives. Par exemple, elle analysa la notion de débauche, autrefois constitutive d'une fin de non-recevoir à l'action à fins de subsides. Cassant une décision ayant assimilé la débauche à la prostitution²⁸⁴³, elle en précisa la définition jusqu'alors indéterminée. La qualification de concubinage notoire offre une autre illustration. Le Code civil se référait au concubinage, qui n'était pas défini par la loi à l'époque²⁸⁴⁴. Les textes relatifs à l'établissement d'une filiation naturelle prévoyaient notamment la possibilité de déclarer la paternité naturelle en cas de concubinage notoire pendant la période légale de conception. A l'occasion de plusieurs pourvois fondés sur la violation de l'ancien article 340 du Code civil, la Cour en établit les conditions. Un pourvoi fut ainsi rejeté au motif que la fréquence des relations entretenues entre la mère et le défendeur ne suffisait pas à caractériser un concubinage notoire²⁸⁴⁵. Il en allait de même à défaut de cohabitation entre les parties²⁸⁴⁶. La Cour jugea également que le concubinage notoire supposait l'« existence, pendant la période légale de la conception, de relations intimes continues, stables, et connues de l'entourage »²⁸⁴⁷. Le fait que la définition retenue par le législateur n'apparût pas avec clarté dans l'énoncé de la règle juridique ne constituait donc pas un obstacle irréductible au contrôle de qualification.

1032. Une distinction entre les notions supposant une appréciation juridique et celles relevant davantage d'une appréciation morale ou matérielle fut ensuite proposée²⁸⁴⁸. Elle consistait à subordonner le contrôle de qualification à la possibilité pour

²⁸⁴² « La distinction proposée n'est pas seulement incertaine et arbitraire dans son principe ; elle ne répond pas, non plus, à la fonction que le législateur a reconnu à la Cour de cassation » - BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 303, n° 65.22. En outre, « toute notion juridique doit avoir et possède certainement, dans la pensée du législateur, une définition légale » - *ibid.*

²⁸⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 1979, n° 78-10.706, *Bull. civ. I*, n° 214.

²⁸⁴⁴ C. civ., art. 515-8.

²⁸⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1960, *Bull. civ. I*, n° 260.

²⁸⁴⁶ Cass. 2^e civ., 20 déc. 1960, *Bull. civ. II*, n° 798.

²⁸⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 1967, *Bull. civ. I*, n° 175.

²⁸⁴⁸ *Ibid.*

la Cour de proposer ou non une définition juridique, et encourait le même reproche. Le critère de détermination était trop flou pour emporter satisfaction. Enfin, l'existence d'une différence entre qualifications générales et qualifications spécifiques fut invoquée²⁸⁴⁹. Mais cette théorie méconnaissait aussi la mission fondamentale du juge qui consiste à dire le droit du cas particulier en qualifiant les faits de l'espèce²⁸⁵⁰. Dès lors, le raisonnement aboutissant à la qualification est toujours identique. Or ce constat fut négligé par les partisans de ces théories restrictives, qui reposaient sur la mise en concurrence des concepts qualificateurs. Pour appréhender la typologie des contrôles menés par la Cour de cassation, l'essence de l'opération de qualification des faits doit par conséquent être décrite.

2) La substance du contrôle de qualification

1033. Les juges du fond sont souverains pour établir les faits de chaque espèce, dans les limites imposées par les règles de preuve²⁸⁵¹. La Cour de cassation n'est pas liée par la qualification qu'ils ont retenue pour fonder leur décision (a). Toutefois, les spécificités du droit de la famille sont susceptibles d'entraver le contrôle qu'elle mène à ce titre (b).

a) Les contours de l'opération de qualification

1034. Le choix de la règle juridique applicable impose au préalable de qualifier juridiquement les faits constatés par les juges du fond²⁸⁵². La définition de la qualification²⁸⁵³ ne reflète pas la complexité de l'analyse menée. L'opération « *exprime*

²⁸⁴⁹ BAYARD, A., *Le fait et le droit : le point de vue de l'avocat*, Travaux du centre national de recherches logiques, Bruxelles, 1961, p. 101.

²⁸⁵⁰ RIGAUX, F., *La nature du contrôle de cassation*, th. Louvain, 1966, Bruylant, n° 54.

²⁸⁵¹ Voir n° 975 et s.

²⁸⁵² « *La désignation de la catégorie juridique d'une situation factuelle induit la mise en application d'une norme juridique, et cette application se trouve réciproquement commandée par cette opération juridique de qualification des faits* » - JANVILLE, T., *La qualification juridique des faits*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, n° 277.

²⁸⁵³ Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Capitant, la qualification s'entend de « *l'opération intellectuelle d'analyse juridique [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* » - CORNU, G., *op. cit.*, p. 835.

ce qui constitue le propre de l'œuvre juridictionnelle »²⁸⁵⁴. Une comparaison avec la méthode syllogistique clarifie le propos. Confronté aux circonstances de l'espèce, le juge choisit un instrument juridique, puis vérifie si l'hypothèse légale envisagée y correspond pour en tirer une solution. La majeure s'entend de la règle de droit. La mineure connaît deux versants distincts : la constatation des faits et une subsomption consistant à considérer le fait comme l'application d'une loi²⁸⁵⁵, analysée comme une question de droit.

1035. L'examen de la pratique judiciaire dément néanmoins cette simplification. A l'évidence, le juge envisage la règle applicable lorsqu'il constate les faits²⁸⁵⁶. Ce rapprochement ne doit cependant pas tendre vers une instrumentalisation de l'opération de qualification²⁸⁵⁷. L'existence d'un pouvoir général de contrôle par la Cour de cassation empêche cette dérive²⁸⁵⁸, quelle que soit la matière à laquelle se rapporte le problème de droit soulevé par le pourvoi. L'article 12 du Code de procédure civile prévoit d'ailleurs qu'il appartient au juge de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux [...]* »²⁸⁵⁹, ce qui est parfois malaisé en raison de l'évolution du droit de la famille.

b) Les difficultés suscitées par l'incursion de notions floues en droit de la famille

1036. En droit de la famille, l'existence de notions indéterminées est indéniable²⁸⁶⁰. L'ancienne clause d'exceptionnelle dureté, fin de non-recevoir à une demande en divorce, illustre ce constat²⁸⁶¹. La Cour de cassation en avait laissé

²⁸⁵⁴ RIGAUX, F., th. préc., n° 54.

²⁸⁵⁵ RIGAUX, F., th. préc., p. 38.

²⁸⁵⁶ En effet, « *la description du fait subit nécessairement l'attraction du concept par l'intermédiaire duquel cette règle de droit désigne l'hypothèse à laquelle elle s'applique* » - RIGAUX, F., th. préc., n° 53, p. 80.

²⁸⁵⁷ Sur l'instrumentalisation du pouvoir de qualification, voir : JANVILLE, T., th. préc., p. 205 et s.

²⁸⁵⁸ Le contrôle général des qualifications « *empêche que l'institution de la Cour de cassation, et par suite la volonté du législateur, ne soient paralysées au gré des juges du fond* » - DALLOZ, D., cité par BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 305, n° 65.51.

²⁸⁵⁹ CPC, art. 12.

²⁸⁶⁰ « *Le polymorphisme des notions du droit de la famille correspond à une réalité qu'il serait vain, voir même dangereux, de combattre* », FREMEAUX, S., « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ*, 1998, p. 865.

²⁸⁶¹ Aux termes de l'article 240 ancien du Code civil, « *si l'autre époux établit que le divorce aurait (...) des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande* ».

l'appréciation au pouvoir souverain des juges du fond²⁸⁶². Il en va de même de la notion d'équité qui permet dans certains cas de refuser l'attribution d'une prestation compensatoire²⁸⁶³. Outre ces termes dépourvus de sens précis, les références à des notions-cadres sont aussi fréquentes. Ces instruments spécifiques poursuivent deux objectifs d'égale importance. Ils énoncent une orientation commune du pouvoir judiciaire, tout en participant à la résolution des litiges sur le fond. L'intérêt de la famille est présent dans les textes²⁸⁶⁴, tandis que l'intérêt de l'enfant a presque valeur de « *formule magique* »²⁸⁶⁵. Ces notions floues ont tantôt une fonction éthique, tantôt un but utilitaire. La moralisation du contentieux est en effet indispensable, tout comme la hiérarchisation des intérêts au sein de la famille. Le contenu des normes édictées demeure intangible²⁸⁶⁶, mais cette imprécision résulte d'un choix délibéré. Le recours aux notions à contenu variable répond ainsi à la pluralité des schémas familiaux. En dépit des incertitudes pouvant affecter l'issue du litige, la technique permet d'adapter la solution à chaque situation²⁸⁶⁷.

1037. Rechercher une définition stricte et pérenne des concepts imprégnant à l'heure actuelle le droit de la famille est donc inutile. Il appartient implicitement aux juges d'en déterminer la teneur, au regard des faits qu'ils constatent²⁸⁶⁸. Les conséquences sur la pratique judiciaire sont indubitables, surtout devant la Cour de cassation.

²⁸⁶² Cass. 2^e civ., 29 juin 1988, n° 86-19.647, *Bull. civ.* II, n° 157 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 2004, n° 02-21.101.

²⁸⁶³ C. civ., art. 270.

²⁸⁶⁴ C. civ, art. 220-1, 1397, 1429. Selon Jean Carbonnier, la règle de droit est alors écartée, « *sur un point et pour une espèce, sans tirer à conséquence, parce qu'observer la loi, en cette rencontre, serait un plus grand mal que de l'ignorer* » - CARBONNIER, J., *Droit civil, T. II, La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002.

²⁸⁶⁵ CARBONNIER, J., *op. cit.*

²⁸⁶⁶ « *Tenant compte de la variabilité infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé (...) en laissant au juge le soin de les interpréter* » - PERELMAN, C., *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par PERELMAN, C. et VANDER ELST, R., Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984.

²⁸⁶⁷ Le droit de la famille « *n'aurait pas pu s'adapter à la libéralisation des mœurs et à la multiplication des organisations familiales sans la ductilité conceptuelle de la terminologie employée dans la loi* » - FREMEAUX, S., art. préc.

²⁸⁶⁸ L'emploi de cette « *technique législative d'imprévisibilité organisée* » sous-tend « *l'aptitude en droit à se mouvoir – une disponibilité de certaines notions juridiques, leur ouverture au changement* » - CARBONNIER, J., *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable*, Etudes publiées par PERELMAN, C. et VANDER ELST, R., Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984.

L'indétermination de ces notions favorise l'application et l'interprétation du droit de la famille selon des valeurs déterminées par le juge et les besoins du moment. La substance du contrôle de qualification s'en trouve altérée, tant le renvoi au pouvoir souverain des juges est prégnant. La Cour de cassation l'abandonne pourtant à dessein, puisqu'elle n'entend pas aller à l'encontre des intentions du législateur dans ces hypothèses. En définitive, l'approche sélective du contrôle de qualification, telle que retenue par la Cour de cassation, mérite approbation. Lorsque le contenu d'une notion est variable, ce contrôle est inopportun. La technique de cassation s'adapte ainsi aux spécificités du droit de la famille et à l'évolution sociale.

B. Les manifestations du contrôle de légalité

1038. Faute de classification cohérente, l'établissement d'une liste des qualifications assujetties ou non au contrôle est la seule solution pour préciser la typologie du contrôle de légalité mené par la Cour de cassation. L'existence ou l'absence de contrôle exercé sur les qualifications légales est révélée par l'emploi d'un langage spécifique, mais le recours à un contrôle tantôt lourd, tantôt léger, n'est pas avéré (1). Seul le domaine du contrôle varie, pour diverses raisons (2).

1) L'identification des contrôles menés par la Cour de cassation en droit de la famille

1039. Les termes employés par la Cour révèlent les notions qui font l'objet d'une analyse approfondie et celles laissées au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (a). Au regard des qualifications légales, la typologie du contrôle de légalité est binaire, selon l'étape du raisonnement sur laquelle portent les vérifications menées par la Cour (b).

a) Les expressions du contrôle de légalité en droit de la famille

1040. L'existence du contrôle de légalité est révélée par des marqueurs spécifiques (1) qui permettent de l'identifier. De même, son absence apparaît à la lecture de l'arrêt rendu par la Cour de cassation (2).

1. Les marqueurs du contrôle des qualifications légales

1041. Les marqueurs les plus évidents du contrôle de qualification résident dans l'utilisation de termes tels que « *à bon droit* », « *exactement* », ou encore « *à juste titre* »²⁸⁶⁹. La Cour de cassation démontre aussi son approbation de la qualification opérée lorsqu'elle considère que les juges du fond ont « *légalement justifié leur décision* »²⁸⁷⁰. Repérer ces locutions aide à évaluer l'exercice du contrôle de qualification sur la notion considérée. Tel est le cas des « *motifs légitimes* » de ne pas procéder à l'expertise biologique en matière de filiation, dont la qualification résulte d'une jurisprudence dorénavant établie²⁸⁷¹. La Cour vérifie aussi la qualification de « *déplacement illicite d'enfant* ». Une cour d'appel avait ordonné le retour immédiat d'un enfant auprès de son père à la suite de son installation en France auprès de sa mère²⁸⁷². L'auteur du pourvoi invoquait un droit de garde qui lui aurait été attribué par une décision marocaine et contestait le caractère illicite du déplacement du mineur. Or les juges du fond n'avaient pas admis ce jugement étranger. Ils s'étaient fondés sur le droit néerlandais, en tant que loi de la nationalité du père et de la résidence habituelle de l'enfant, qui énonçait que l'exercice de l'autorité parentale demeurerait commune après le divorce. En l'absence de droit de garde exclusif au profit de la mère, la résidence de l'enfant ne pouvait être déplacée sans l'accord du père. Par conséquent, la cour d'appel en avait « *justement déduit* » le caractère illicite du déplacement d'enfant. La qualification autonome, issue d'un instrument de droit international²⁸⁷³, fut contrôlée par la Cour de cassation.

1042. Le droit international privé de la famille est un terrain propice au contrôle, notamment en cas de conflit de qualifications. Le célèbre arrêt *Caraslanis*²⁸⁷⁴ consacra d'ailleurs le principe d'une qualification *lege fori* quand elle est possible. Depuis lors, la jurisprudence est constante. Par exemple, la Cour fut confrontée à un pourvoi dénonçant la qualification retenue par les juges du fond pour une adoption prononcée en Roumanie.

²⁸⁶⁹ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 104 ; AUBERT, J.-L., « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. *Chron.* 1115 ; BETOULLE, J., « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP G*, n° 41, 9 oct. 2002, p. 1790.

²⁸⁷⁰ *Ibid.*

²⁸⁷¹ Voir n° 997 et s.

²⁸⁷² Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, 07-15.393, *Bull. civ.* I, n° 285.

²⁸⁷³ Convention de La Haye du 25 octobre 1980, préc.

²⁸⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 22 juin 1955, préc.

Après avoir obtenu l'adoption plénière, des époux étaient revenus sur leur décision. Ils avaient introduit devant les juridictions françaises une action en inopposabilité du jugement roumain d'adoption. Ils furent déboutés, tandis que la juridiction roumaine prononçait la révocation de l'adoption. Devant la Cour de cassation, les époux contestaient la qualification d'adoption plénière. Selon eux, l'adoption ne pouvait produire en France que les effets d'une adoption simple, puisque la révocation du jugement roumain avait restitué à l'enfant sa filiation biologique. La Cour jugea ce moyen inopérant. L'enfant avait bénéficié d'une adoption prononcée conformément à la Convention de La Haye du 29 mai 1993²⁸⁷⁵. Ce jugement avait rompu son lien de filiation à l'égard de ses auteurs biologiques. Les juges du fond avaient « *exactement déduit* » l'assimilation à une adoption plénière, sans que la révocation ultérieure du jugement roumain modifiât cette qualification. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation contrôla la qualification retenue selon la loi du for.

1043. La solution diffère lorsque l'institution étrangère est inconnue en droit français. Le recours à une qualification *lege causae* s'impose alors. La nature de la kafala fut ainsi précisée²⁸⁷⁶. Une femme avait formé une requête en l'adoption simple de son neveu, de statut personnel marocain, et qu'elle avait recueilli par kafala. Déboutée en appel, elle se pourvut en cassation, dénonçant la qualification retenue par les juges du fond. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. C'est « *à bon droit* » que la cour d'appel avait décidé de ne pas qualifier la kafala d'adoption, faute de créer un lien de filiation. Le contrôle exercé par la Cour, comme la solution qu'elle retient sur ce point, est constant²⁸⁷⁷.

1044. L'utilité de ces vérifications se manifeste aussi en dehors du droit international privé de la famille. Le contrôle de qualification sert à préciser, le cas échéant, les notions françaises²⁸⁷⁸. En l'espèce, deux femmes vivant ensemble avaient eu un enfant né par insémination artificielle avec donneur anonyme. Chacune avait demandé l'adoption simple de l'enfant de l'autre, y consentant toutes les deux. Suite au refus opposé par les premiers juges, un appel fut interjeté avec jonction de leurs requêtes. Un

²⁸⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-21.075, *Bull. civ. I*, n° 210, *RCDIP* 2005.483, note MUIR-WATT.

²⁸⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2009, n° 08-10.034, *Bull. civ. I*, n° 17, *RTD Civ.* 2009.308, obs. HAUSER.

²⁸⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n° 07-20.279, *Bull. civ. I*, n° 198 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2006, n° 06-15.264, *Bull. civ. I*, n° 431.

²⁸⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2007, n° 06-21.369, *Bull. civ. I*, n° 392, *RTD Civ.* 2008.438, note DEUMIER.

arrêt confirmatif fut rendu, sur le fondement de l'article 365 du Code civil. Aux termes de ce texte, seul l'adoptant est investi des prérogatives d'autorité parentale, excepté dans l'hypothèse de l'adoption de l'enfant du conjoint. En l'absence d'un mariage entre les requérantes, à l'époque impossible, le prononcé des adoptions aurait entraîné la perte de l'autorité parentale par la mère de chaque enfant. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, jugeant que la qualité de conjoint était réservée aux « *personnes unies par les liens du mariage* » à l'exclusion des concubins ou des partenaires partageant une communauté de vie stable et durable, de sorte que la cour d'appel avait « *légalement justifié* » sa décision. La Cour de cassation put ainsi rappeler la qualification du terme « conjoint » au sens de l'article 365 du Code civil. Des précisions furent également apportées sur les « *ressources* », telles qu'elles sont mentionnées aux articles 271 et 272 du Code civil. L'évaluation du montant de la prestation compensatoire lors d'un divorce relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond²⁸⁷⁹, mais la Cour de cassation exerce son contrôle sur les éléments susceptibles d'être pris en considération. « *A juste titre* », une cour d'appel pouvait intégrer au calcul le revenu minimum d'insertion dont bénéficiait l'épouse²⁸⁸⁰. De même, l'indemnité perçue au titre de la réparation d'un préjudice corporel consécutif à un accident de la circulation fut qualifiée de « *ressource* » et « *c'est à bon droit* » que la cour d'appel l'avait prise en considération²⁸⁸¹. Une solution identique fut retenue pour les pensions d'invalidité²⁸⁸².

1045. Certes, le contrôle de qualification exercé par la Cour de cassation en droit de la famille n'est pas toujours exprimé avec clarté. Son existence peut aussi être décelée par l'emploi de termes révélant l'approbation de la Cour, sans autre indication. Par exemple, la Cour juge souvent qu'une cour d'appel « *a pu* » statuer comme elle l'a fait²⁸⁸³. Son approbation est exprimée *a minima*, suscitant à regret doutes et ambiguïtés, comme le démontre un arrêt²⁸⁸⁴. Un homme reprochait aux juges du fond d'avoir ordonné une expertise biologique, aux fins de le condamner à verser des subsides à l'enfant de sa belle-

²⁸⁷⁹ Voir n° 1065 et s.

²⁸⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, n° 10-11.053, *Bull. civ. I*, n° 48.

²⁸⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2013, n° 12-29.127, *Bull. civ. I*, n° 245.

²⁸⁸² Cass. 1^{ère} civ., 26 sept. 2012, n° 10-10.781, *Bull. civ. I*, n° 178 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 2011, n° 10-15.381, *Bull. civ. I*, n° 197.

²⁸⁸³ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 104 ; AUBERT, J.-L., art. préc. ; BETOULLE, J., art. préc.

²⁸⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2009, n° 08-18.223, *Bull. civ. I*, n° 159.

sœur si les résultats le justifiaient. Il invoquait cette proche parenté pour remettre en cause la légitimité de la mesure d'instruction. La Cour de cassation rejeta le pourvoi : la cour d'appel pouvait considérer qu'une identité partielle de patrimoine génétique entre deux frères biologiques ne constituait pas un motif légitime de refuser une expertise. Un autre exemple, relatif au « *désintérêt manifeste* » en matière d'abandon d'enfant, révèle la difficulté²⁸⁸⁵. Une femme avait mis au monde un enfant alors qu'elle était âgée de dix-sept ans. Elle confia le nourrisson à une œuvre de charité et signa un « *acte d'abandon* ». Elle reconnut toutefois l'enfant, mais il fut placé en vue d'une adoption plénière. Une action en déclaration judiciaire d'abandon fut introduite et les juges du fond y firent droit. La cour d'appel fonda sa décision sur l'ancien article 350 du Code civil qui subordonnait le placement en vue d'une adoption plénière à un désintérêt manifeste des parents, caractérisé par l'absence de relations nécessaires au maintien de liens affectifs avec l'enfant. Les motifs de l'arrêt attaqué imputaient ce comportement à la mère, bien que celle-ci se fût plusieurs fois opposée à l'adoption de son enfant. Elle avait laissé se prolonger sur une longue durée un placement auquel elle était en mesure de mettre fin à tout moment, abandonnant son fils à des tiers alors que ses ressources étaient suffisantes pour s'en occuper. En conséquence, la Cour de cassation décida que les juges du fond avaient pu retenir un désintérêt manifeste de la mère à l'égard de son enfant. Pour ce faire, elle contrôla la qualification de cette notion. Le recours à des termes plus nuancés n'empêche donc pas de constater l'existence d'un contrôle de qualification. Lorsque la Cour n'entend pas s'y livrer, son choix est révélé par des marqueurs spécifiques.

2. Les marqueurs de l'absence de contrôle des qualifications légales

1046. De nombreux arrêts, notamment de rejet, se réfèrent au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. La Cour de cassation refuse ainsi de contrôler la qualification qu'ils ont retenue. Tel est le cas en matière de réconciliation des époux, ce qui constitue une fin de non-recevoir à la demande de divorce²⁸⁸⁶. L'existence d'un trouble mental, comme celui d'un défaut de consentement à mariage, relève également du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il en va de même de l'intérêt de

²⁸⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 oct. 1973, n° 71-13.987, *Bull. civ.* I, n° 276.

²⁸⁸⁶ C. civ., art. 244.

l'enfant ou de la famille²⁸⁸⁷. En effet, l'étude de la jurisprudence révèle l'absence de contrôle lorsqu'est en cause une notion à contenu variable. Le refus d'y procéder est fréquemment rappelé. La terminologie employée n'est guère spécifique. Dans ce cas, le rejet du pourvoi est motivé par l'inefficacité du moyen contestant la qualification retenue.

1047. Toutefois, des incertitudes apparaissent en cas d'usage conjoint de marqueurs révélant l'existence comme l'absence de contrôle de qualification. Par exemple, la Cour de cassation renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi de l'un des époux lors de la célébration du mariage²⁸⁸⁸. Elle juge néanmoins qu'ils déduisent « *exactement* » la putativité de l'union au profit de l'épouse de bonne foi²⁸⁸⁹. Ces exemples démontrent la dualité du contrôle exercé. La présomption de bonne foi échappe à la Cour, mais ses effets relèvent de sa compétence. Lorsqu'elle ne peut être écartée, elle déclenche la reconnaissance d'un mariage putatif²⁸⁹⁰. Le contrôle portait donc sur l'interprétation de l'article 201 du Code civil, non sur la qualification de la bonne foi de l'épouse. Il importe d'éviter toute confusion préjudiciable entre ce domaine de contrôle et les vérifications qui s'en distinguent. La référence au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, comme les termes révélant l'existence d'un contrôle de qualification, doit être appréhendée avec prudence. La vigilance de la Cour de cassation varie à l'aune des exigences portant sur la motivation de l'arrêt attaqué. Certains motifs sont lapidaires, tandis que d'autres révèlent un intérêt plus poussé pour le raisonnement des juges du fond. Le syllogisme est parfois soumis à un contrôle global, sans que l'exactitude de la qualification juridique soit remise en cause. Seule importe l'existence d'une motivation pertinente, comme c'est souvent le cas en droit de la famille²⁸⁹¹. Bien que la Cour de cassation se refuse à contrôler les notions à contenu variable, ces qualifications sont assujetties à une obligation de motivation renforcée²⁸⁹². Dépassée depuis la réforme du divorce, la jurisprudence relative à la clause de dureté en matière de divorce demeure convaincante à cet égard²⁸⁹³. Le caractère

²⁸⁸⁷ Voir n° 1095 et s.

²⁸⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, n° 89-13.742, *Bull. civ.* I, n° 169.

²⁸⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 fév. 2012, n° 11-10.095.

²⁸⁹⁰ C. civ., art. 201.

²⁸⁹¹ Voir n° 1082 et s.

²⁸⁹² *Ibid.*

²⁸⁹³ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 112.

indéterminé des termes employés par le législateur suscita le refus d'en contrôler la qualification. La Cour s'y intéressa pourtant²⁸⁹⁴. Elle rejeta un pourvoi formé contre une décision l'ayant admise²⁸⁹⁵. Reprenant les motifs de fait retenus par les juges du fond, elle approuva la solution critiquée. A l'inverse, le rejet de la clause invoquée ne fit pas l'objet de tant d'attentions. La Cour se retrancha derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond²⁸⁹⁶.

1048. Même lorsqu'elle s'abstient de contrôler une qualification, la Cour module son approche des notions floues imprégnant le droit de la famille. Le vocabulaire qu'elle emploie révèle les vérifications menées. Ainsi, les contours du contrôle de qualification sont plus aisés à identifier. Ils correspondent à la limite entre le fait et le droit, telle qu'elle est appréhendée par la Cour de cassation au moment où elle statue. Le contrôle de légalité ne varie pas selon sa nature, mais selon son objet.

b) Les différents objets du contrôle de légalité en droit de la famille

1049. Le recours à une terminologie spécifique a incité plusieurs auteurs²⁸⁹⁷ à distinguer divers degrés dans le contrôle de qualification mené par la Cour de cassation (1). Cette analyse n'emporte toutefois pas l'adhésion. Les vérifications menées sont constantes et seule diffère l'étape du raisonnement sur laquelle elles portent (2).

1. L'absence de gradation du contrôle des qualifications légales

1050. Outre son existence ou de son absence, il existerait une gradation au sein même du contrôle de qualification. Lorsque le vocabulaire employé dans l'arrêt révèle un simple assentiment à défaut d'une approbation expresse, le contrôle serait dit « léger ». Il s'agirait pour la Cour de vérifier l'absence de « *contre-vérité* »²⁸⁹⁸ ou de

²⁸⁹⁴ Elle a entendu « *marquer sa position juridique au regard des enjeux du litige* » - *ibid.*

²⁸⁹⁵ Cass. 2^e civ., 4 juil. 1979, n° 78-12.038, *Bull. civ.* II, n° 201.

²⁸⁹⁶ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 113 : « *cette différence de motivation traduit une profonde modification des mentalités en matière de divorce ; c'est le divorce qui est considéré comme la solution « normale » d'une séparation prolongée et le maintien du lien conjugal comme la solution « anormale »* ».

²⁸⁹⁷ Voir par ex. : AUBERT, J.-L., art. préc. ; BETOULLE, J., art. préc.

²⁸⁹⁸ AUBERT, J.-L., art. préc.

« *contradiction* »²⁸⁹⁹ dans les motifs de l'arrêt attaqué. Dès lors, seule importerait l'adéquation entre les constatations menées en fait et en droit et le dispositif. En d'autres termes, « *la déduction opérée par le juge du fond, à partir de ses propres constatations, est correcte. Mais il était possible de tirer des mêmes faits une conséquence différente* »²⁹⁰⁰, ce qu'indique le recours à la formule potestative. A l'inverse, considérée comme « *exacte* », « *légalement justifiée* » ou « *décidée à bon droit* », la qualification en cause ferait l'objet d'un contrôle « *lourd* »²⁹⁰¹.

1051. En effet, les termes employés par la Cour de cassation peuvent parfois laisser dubitatif. Ils fluctuent selon les arrêts de rejet. Si le doute n'est guère permis en cas de référence expresse au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, il en va différemment à l'égard des marqueurs du contrôle de qualification. Telle notion ou tel concept suscite tantôt l'usage de la locution « *a pu* », tandis qu'un arrêt ultérieur portant sur la même qualification précise que la cour d'appel a retenu « *à bon droit* » la solution critiquée par le pourvoi. L'appréciation par la Cour des « *motifs légitimes* » autorisant un refus d'expertise biologique en droit de la filiation en atteste²⁹⁰². Pour considérer que la proximité de patrimoine génétique entre deux frères ne constituait pas un motif légitime de refus d'expertise, la Cour de cassation considéra que les juges du fond avaient pu en décider ainsi²⁹⁰³. Mais une cour d'appel caractérisa ce motif légitime en jugeant que le fils de l'auteur de la reconnaissance litigieuse ne poursuivait qu'un intérêt financier²⁹⁰⁴.

1052. Il apparaît toutefois inopportun de discerner divers degrés de contrôle sur la seule foi du vocabulaire employé par la Cour de cassation. Conclure à l'intégrité du contrôle de qualification, lorsque celui-ci s'exprime, emporte plus aisément la conviction. Le contrôle n'est pas tantôt accru, tantôt relâché. L'opération de qualification est un « *concept unitaire* »²⁹⁰⁵. Sa nature est identique, quel que soit le contexte. La diversité des termes usités par la Cour de cassation pour l'approuver ou la rejeter n'a pas

²⁸⁹⁹ *Ibid.*

²⁹⁰⁰ BOUCARD, F., *encycl. préc.*, n° 35.

²⁹⁰¹ AUBERT, J.-L., *art. préc.*

²⁹⁰² Voir n° 998 et s.

²⁹⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2009, *préc.*

²⁹⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, *préc.*

²⁹⁰⁵ PERDRIAU, A., « *Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile* », *JCP* 1991. I. 3538.

d'incidence sur la substance du contrôle²⁹⁰⁶. A cet égard, la méthode d'analyse demeure binaire. Rechercher la signification sémantique des marqueurs du contrôle oblige à changer de perspective²⁹⁰⁷. L'insistance de la Cour à propos de certaines notions révèle davantage un contrôle portant sur l'application ou l'interprétation de la loi, que des vérifications portant sur la qualification des faits de l'espèce par les juges du fond²⁹⁰⁸.

2. L'identification de l'objet des vérifications menées par la Cour de cassation

1053. L'absence de contrôle est matérialisée par la reconnaissance d'un pouvoir souverain d'appréciation au profit des juges du fond. Lorsque la Cour de cassation rejette un moyen « *qui ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond* », elle n'entend pas contrôler la qualification considérée. La portée de l'arrêt diffère dans ce cas de celle reconnue à une décision révélant l'existence du contrôle. L'issue du pourvoi est déterminée d'une part, par l'application et l'interprétation de la norme juridique, et d'autre part, par l'approbation ou la dénégation de la qualification considérée. A défaut de contrôle de qualification, le contrôle de légalité demeure. La pertinence de la qualification conditionne le choix de la règle ayant vocation à résoudre le litige, tandis que les conséquences de la qualification sont appréhendées au travers des vérifications portant sur l'interprétation du texte de loi. Le domaine de ces cas d'ouverture à cassation ne varie pas selon que la qualification est ou non contrôlée. Dans la première hypothèse, la Cour de cassation présume établie la notion considérée. Elle procède ensuite à l'examen de la conformité de la solution retenue aux règles juridiques en vigueur. Ces vérifications sont poussées plus avant en cas de contrôle sur la qualification retenue dans l'arrêt visé par le pourvoi. Toute erreur est alors sanctionnée puisqu'elle conduit inéluctablement à une fausse application de la loi.

1054. Les précisions apportées par la Cour démontrent la plénitude de son contrôle de la légalité des décisions visées par un pourvoi. Il n'y a pas lieu de distinguer, au sein des qualifications en droit de la famille, celles qui font l'objet d'un contrôle léger ou lourd. Cette opposition, teintée d'artifice, ne reflète pas l'étendue du contrôle réalisé.

²⁹⁰⁶ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 104.

²⁹⁰⁷ PERDRIAU, A., art. préc.

²⁹⁰⁸ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 105.

Seule importe l'identification des notions qui y sont ou non assujetties. Nombre de qualifications y échappent, ces variations s'inscrivant dans un cadre distinct et dynamique.

2) La variabilité du contrôle de qualification exercé en droit de la famille

1055. Les expressions utilisées par la Cour de cassation confirment le recours à une approche sélective des qualifications assujetties au contrôle. Cette variabilité s'inscrit dans un cadre spatio-temporel (a). Elle a pour principal facteur la stratégie de la Cour de cassation, qui choisit d'exercer ou non son contrôle sur la qualification considérée (b).

a) Le cadre variable du contrôle de qualification

1056. En droit de la famille, le contrôle de légalité ne revêt pas les mêmes contours, selon le champ d'investigation dans lequel il est exercé. Ce dynamisme trouve d'abord place dans un contexte temporel (1). Il arrive ensuite qu'une notion soit contrôlée dans une matière, alors que la Cour s'y refuse dans une autre, malgré l'homonymie des concepts (2).

1. La variabilité temporelle du contrôle de qualification

1057. Une notion assujettie au contrôle peut s'en trouver exclue suite à un revirement de jurisprudence²⁹⁰⁹, et inversement. Le contrôle exercé sur la caractérisation de la possession d'état le démontre. La Cour de cassation s'abstint longtemps d'examiner cette qualification²⁹¹⁰. L'appréciation relevait du pouvoir souverain des juges du fond, comme le confirma la première chambre civile²⁹¹¹. Saisie d'un pourvoi contestant une légitimation, elle précisa qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier si les éléments relevés étaient suffisants pour établir la possession d'état d'enfant légitime. Les motifs de

²⁹⁰⁹ Pour exemple, la Cour de cassation procéda à plusieurs reprises à un contrôle portant sur la qualification de la débauche au sens de l'article 342-4 du Code civil (voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 1978, n° 77-10.172, *Bull. civ.* I, n° 349). Ce contrôle fut ensuite abandonné (voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 8 oct. 1986, n° 85-11.493, *Bull. civ.* I, n° 237).

²⁹¹⁰ Cass. ch. requêtes, 8 mai 1894, *D.* 1984. I. 400.

²⁹¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1981, n° 80-10.841, *Bull. civ.* I, n° 284.

l'arrêt de rejet ne contenaient aucun marqueur du contrôle de qualification. Peu après, l'Assemblée plénière jugea que la possession d'état était fondée sur des éléments de pur fait²⁹¹². Mais en indiquant qu' « à bon droit », la possession d'état invoquée par le défendeur à la cassation avait pu être établie, elle modifia sa jurisprudence. Le revirement ainsi amorcé fut rapidement confirmé²⁹¹³. Une cassation fut prononcée pour violation de la loi en raison d'une fausse application, démontrant l'existence d'un contrôle sur la notion de possession d'état²⁹¹⁴. Depuis, la solution est constante. Mais la variabilité du contrôle de qualification ne s'inscrit pas que dans le temps.

2. La variabilité « spatiale » du contrôle de légalité en droit de la famille

1058. Des concepts proches sont tantôt soumis au contrôle de qualification, tantôt en sont exclus. Par exemple, la qualification de la notion de débauche ne fut pas contrôlée²⁹¹⁵, à la différence de l'inconduite notoire de la mère, fins de non-recevoir à une action en recherche de paternité naturelle sous l'empire de la loi du 3 janvier 1972²⁹¹⁶. L'exercice du contrôle à l'égard de la faute révèle aussi l'hétérogénéité des solutions retenues par la Cour de cassation. Cette qualification est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond en matière de divorce, mais elle est contrôlée en droit de la responsabilité civile et donc en matière de rupture d'une promesse de mariage²⁹¹⁷. Le caractère fautif de la rupture doit être démontré par celui qui l'allègue, tout comme le préjudice qui en découle²⁹¹⁸. Par exemple, les juges du fond reprochèrent à un fiancé d'avoir rompu brutalement à une date très proche du jour de la célébration du mariage²⁹¹⁹. Celui qui abandonna sans motif sa fiancée enceinte fut aussi condamné à lui verser des

²⁹¹² Cass. ass. plén., 9 juil. 1982, n° 80-17.084, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4, CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 47, p. 308.

²⁹¹³ Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1982, n° 81-13.632, *Bull. civ. I*, n° 277.

²⁹¹⁴ Voir n° 1071 et s.

²⁹¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 1986, n° 95-11.493.

²⁹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 1986, n° 84-14.200, *Bull. civ. I*, n° 189.

²⁹¹⁷ Dans le silence du Code civil, la sanction fut longtemps fondée sur la responsabilité contractuelle. Puis la Cour jugea que l'action en réparation ne prenait pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et de l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur, de le réparer. Voir : Cass. civ., 30 mai 1838, CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 32, p. 219.

²⁹¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 4 jan. 1995, n° 92-21.767.

²⁹¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 2 juil. 1970, n° 69-11.842, *Bull. civ. II*, n° 235 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 avr. 1981, n° 80-11.172, *Bull. civ. I*, n° 143.

dommages et intérêts²⁹²⁰. La Cour de cassation contrôla la qualification de ces fautes et rejeta les pourvois dirigés contre ces décisions²⁹²¹. De même, elle jugea que l'abandon matériel et moral d'une mère et de son enfant par le père justifiait leur droit à réparation²⁹²². Les juges du fond avaient « *pu estimer* » que les circonstances particulières de ce délaissement étaient constitutives d'une faute, au sens de l'article 1382 du Code civil²⁹²³.

1059. Lorsqu'elle est invoquée au sens de l'article 242 du Code civil, la faute est analysée différemment par la Cour de cassation. Selon une jurisprudence constante, sa caractérisation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Le constat ne vaut toutefois qu'au regard de la constatation des faits et du respect de la double condition énoncée par l'article 242 du Code civil, comme le révéla un arrêt²⁹²⁴. Une épouse avait formé une demande en séparation de corps, alors que son mari avait introduit une demande reconventionnelle en divorce. Le divorce fut prononcé à leurs torts partagés. Les juges du fond avaient décidé que l'absence de communication entre les époux était constitutive d'une faute. Cette décision fut cassée. La rupture de tout dialogue au sein du couple ne constituait pas un manquement aux droits et aux devoirs du mariage. La solution ne surprend guère. La Cour procède également au contrôle lorsqu'est en cause la définition des droits et obligations du mariage. Par exemple, elle jugea que le fait pour un époux de continuer à payer les emprunts dus au titre de l'acquisition du logement commun ne relevait pas du maintien de la collaboration entre les époux, mais du devoir de contribuer aux charges du mariage²⁹²⁵.

1060. Le respect de la double condition énoncée par l'article 242 du Code civil demeure néanmoins exclu du contrôle de qualification. La gravité et/ou le renouvellement

²⁹²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 jan. 1980, n° 78-10.774, *Bull. civ. I*, n° 5.

²⁹²¹ Cass. 1^{ère} civ., 28 fév. 1910, *DP*. 1913, 1, p. 43 : « *Si les tribunaux constatent souverainement les faits, il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si les faits constatés présentent les caractères juridiques de la faute prévue par la loi et engagent la responsabilité de leurs auteurs* ».

²⁹²² Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1984, n° 83-12.665, *Bull. civ. I*, n° 250.

²⁹²³ Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 7 jan. 1992, n° 90-10.192, *Bull. civ. I*, n° 1.

²⁹²⁴ Ainsi, « *la définition légale des devoirs et obligations du mariage dont la violation est susceptible de constituer une faute cause de divorce à condition que la double condition de gravité et de caractère intolérable soit remplie, constitue une question de droit* » - LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Nouvelle volte-face sur les exigences formelles relatives à la double condition de l'article 242 du Code civil », *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2005, p. 29.

²⁹²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2013, n° 12-13.280. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n° 05-15.980, *Bull. civ. I*, n° 160.

de la violation alléguée et le caractère intolérable du maintien de la vie commune sont laissés aux juges du fond²⁹²⁶. La Cour de cassation vérifie seulement la motivation retenue à ces fins par la décision critiquée²⁹²⁷. L'absence de référence expresse aux caractères de la faute dans les motifs de l'arrêt frappé d'un pourvoi ne justifie d'ailleurs plus la cassation²⁹²⁸.

1061. Le parallèle entre le contrôle exercé sur la notion de faute en droit de la responsabilité civile et en droit du divorce démontre la variabilité de l'approche retenue par la Cour de cassation. Des concepts homonymes n'appellent pas une réponse identique, selon le fondement sur lequel ils prennent appui. La systématisation du contrôle de qualification est entravée par ces variations, bien qu'elles traduisent aussi son dynamisme. Plusieurs explications peuvent en être proposées. Une analyse statique et immuable empêcherait de moduler la technique de cassation selon les évolutions observées en droit de la famille. De plus, la Cour risquerait de porter atteinte aux objectifs poursuivis par le législateur au fil des réformes entreprises. La double condition énoncée par l'article 242 du Code civil contraint en effet à une analyse subjective des circonstances de l'espèce. Pour déterminer si le maintien du lien conjugal est devenu intolérable, le juge doit apprécier pour chaque époux le caractère insupportable de la situation²⁹²⁹. Il en va de même du caractère grave et/ou renouvelé de la faute, cause de divorce. Pourtant, la qualification de la faute civile oblige aussi à prendre en considération la dimension concrète de la situation considérée²⁹³⁰. Le raisonnement présente des similitudes avec celui qui aboutit à la caractérisation d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, mais la dimension intime de la faute susceptible d'ouvrir droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil est moindre, voire indifférente. En outre, la différence de traitement entre la faute civile et la faute en droit du divorce participe à la

²⁹²⁶ Voir n° 1059 et s.

²⁹²⁷ Voir n° 1091 et s.

²⁹²⁸ *Ibid.*

²⁹²⁹ LECUYER, H., « Enonciation par les juges du fond des conditions de l'article 242 : un revirement remarquable », *Dr. fam.*, n° 2, fév. 2001, p. 21.

²⁹³⁰ « *C'est en s'attachant à l'idée de faute, en recherchant dans les circonstances qui accompagnent la rupture, dans l'attitude qu'a son auteur, dans sa façon de procéder, s'il n'y aurait pas eu faute ou imprudence, que les juges arrivent à justifier les solutions qu'ils adoptent* » - GIRARD, A.-F., « La rupture des fiançailles au XIX^e siècle (1804-1914). Etude de doctrine et de jurisprudence », *RRJ*, 2000, n° 2, p. 799.

bonne administration de la justice²⁹³¹, puisque la probabilité d'obtenir une cassation diminue lorsque les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation. La violation de la loi est plus difficile à démontrer, les vérifications menées étant moins étendues. Considérer que la sélection des qualifications contrôlées par la Cour obéit à des considérations de pure opportunité n'emporte toutefois pas une réelle adhésion.

b) Les raisons de l'absence de contrôle exercé sur les qualifications légales en droit de la famille

1062. Le recours aux notions floues permet d'adapter l'application et l'interprétation des règles de droit de la famille à chaque espèce, mais restreint le domaine du contrôle de qualification. Pour expliquer ce phénomène, la doctrine s'accorde sur trois critères principaux, sans distinguer selon le champ d'analyse²⁹³². Il semble tout d'abord que la Cour de cassation s'abstienne de contrôler les notions à connotation trop factuelle (1). Ensuite, l'exercice du contrôle apparaît subordonné à son utilité. Le contrôle de qualification se révèle indispensable lorsqu'une unification des solutions jurisprudentielles est possible et nécessaire (2). Un dernier élément, presque inavouable, a enfin été avancé pour justifier l'approche sélective propre à la Cour de cassation. Le contrôle de qualification est susceptible de constituer une variable d'ajustement, pour lutter contre l'encombrement de la juridiction le cas échéant. La conjugaison de ces différents facteurs éclaire la dimension singulièrement restreinte du contrôle de qualification en droit de la famille.

1. L'impossibilité pratique de contrôler la qualification des notions concrètes

1063. La distinction proposée entre les qualifications nécessitant une approche concrète et celles se prêtant à une analyse plus objective est justifiée en droit de la famille. Les pourvois relatifs aux conséquences pécuniaires du divorce en attestent (a). De même,

²⁹³¹ « Dans une matière qui rassemble chaque année les affaires de ménage par dizaine de mille, la Cour de cassation ne pouvait pas se laisser noyer dans un déluge de pourvois querelleurs » - CARBONNIER, J., *Droit civil. La famille*, PUF, 20^e éd., p. 525.

²⁹³² BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 121 et s. ; BORE, J. et L., *op. cit.*, p. 312, n° 65.121.

les problèmes obligeant à apprécier les sentiments des justiciables ne relèvent pas des compétences de la Cour de cassation (b).

a. La technicité de la notion, critère de refus du contrôle de qualification

1064. Confrontée à une notion indéniablement factuelle, la Cour de cassation ne contrôle pas la qualification qui en résulte. En ce cas, le pourvoi ne soulève pas une question de droit. Seule l'interprétation des faits retenue par les juges du fond est critiquée. L'exemple du droit à prestation compensatoire en matière de divorce illustre le propos. Aux termes de l'article 270 du Code civil, son obtention oblige à constater préalablement la « *disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* » des époux. La Cour de cassation a toujours refusé d'examiner cette notion²⁹³³. Les termes employés par le législateur révèlent en effet un souci concret²⁹³⁴, auquel il n'appartient pas à la Cour de répondre. L'analyse est profondément ancrée dans le réel. L'existence de la disparité est caractérisée au regard des circonstances de l'espèce. L'évolution prévisible de la situation doit également être prise en considération. Les droits à la retraite et l'état de santé des intéressés entrent dans le calcul réalisé par les magistrats²⁹³⁵. Or ces éléments ne peuvent être examinés par la Cour de cassation. Cette solution est constamment réitérée. Le moyen dénonçant l'absence de disparité dans les conditions respectives des époux est inefficace, puisqu'il ne vise qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond²⁹³⁶. La fixation du montant de la prestation compensatoire connaît une solution semblable. La Cour de cassation s'intéresse aux notions de besoins et de ressources énoncées par le Code civil²⁹³⁷. Mais elle ne contrôle pas le résultat de l'opération qui en découle²⁹³⁸.

²⁹³³ Cass. 2^e civ., 12 déc. 1979, n° 78-15.613, *Bull. civ. II*, n° 287 ; Cass. 2^e civ., 9 jan. 1980, n° 78-12.707, *Bull. civ. II*, n° 7 ; Cass. 2^e civ., 13 fév. 1980, n° 78-13.533, *Bull. civ. II*, n° 33.

²⁹³⁴ HAUSER, J. et DELMAS SAINT-HILAIRE, P., *Effets du divorce. Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Prestation compensatoire. Dommages et intérêts*, *Encyclopédies du jurisclasser*, Civil code, fasc. n° 10.

²⁹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, n° 08-11.578 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 janvier 2014, n° 12-26.651.

²⁹³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005, n° 04-12.735, *Bull. civ. I*, n° 355 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2010, n° 09-70.736 ; Cass. 1^{ère} civ., 1 juin 2011, n° 10-10.111 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2013, n° 12-23.139.

²⁹³⁷ C. civ., art. 271.

²⁹³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2014, n° 13-14.790 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2014, n° 13-15.411 ; Cass. 2^e civ., 13 juil. 2006, n° 05-19.657.

1065. L'absence de contrôle de qualification à l'égard de l'obtention d'une prestation compensatoire a aussi des conséquences sur la pratique judiciaire. Le contentieux de l'après-divorce représente une part importante de l'activité juridictionnelle en droit de la famille et ce mécanisme ne connaît qu'une exception. L'article 270 alinéa 3 du Code civil réserve la possibilité de refuser l'attribution d'une prestation compensatoire au nom de l'équité, dans le cadre d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui la réclame. Cette notion relève également de l'appréciation souveraine des juges du fond. L'objectivisation du règlement des effets pécuniaires du divorce a conféré une dimension technique aux litiges relatifs à la prestation compensatoire. Le critère énoncé par la doctrine se vérifie. Il en va de même lorsque le problème posé par le pourvoi contraint à prendre en considération la dimension psychologique de la situation.

b. La dimension psychologique de la notion, critère de refus du contrôle de qualification

1066. Le contrôle de qualification est refusé par la Cour de cassation lorsqu'il suppose d'apprécier un état psychologique ou une manifestation de volonté²⁹³⁹. Tel est le cas lorsque le consentement d'un membre de la famille ou son aptitude à l'exprimer est en cause. Seuls les juges du fond peuvent constater un défaut de consentement à mariage, notamment lorsqu'un trouble mental est à son origine. Le constat d'une altération totale du consentement implique le plus souvent un avis médical, dont la portée relève de leur appréciation souveraine²⁹⁴⁰. Par conséquent, la qualification n'est jamais contrôlée. L'expertise de l'état mental de l'un des époux n'est pas une question de droit, mais de faits. Cette solution est approuvée en doctrine.

1067. La notion d'erreur sur les qualités essentielles du conjoint, cause de nullité relative du mariage, appelle une analyse plus nuancée. Le Code Napoléon envisageait seulement la sanction de l'« *erreur dans la personne* », caractérisée par une méprise sur la personne physique du conjoint. Le célèbre arrêt *Berthon* illustre cette conception très

²⁹³⁹ BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *op. cit.*, p. 122.

²⁹⁴⁰ Voir par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 29 jan. 1975, n° 72-13.326, *Bull. civ. I*, n° 42 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1992, n° 91-11.428, *Bull. civ. I*, n° 299 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n° 09-68.983, *Bull. civ. I*, n° 82.

restrictive de l'erreur en tant que cause de nullité du mariage²⁹⁴¹. En l'espèce, une jeune fille avait épousé un homme dont elle ignorait le passé de forçat. Après avoir eu connaissance de la condamnation de son mari, l'épouse demanda la nullité de son mariage pour erreur dans la personne. Elle fut déboutée par les juges du fond. Son pourvoi fut également rejeté. La Cour prit soin de préciser sa solution : la nullité était encourue à condition que la méprise invoquée eût abouti à une confusion sur la personne même du conjoint, « *sans extension possible sur des conditions et qualités de la personne (...)* ». C'était donc à bon droit que la cour d'appel avait débouté la jeune femme, « *faisant une juste et saine application des dispositions* » légales. La qualification de l'erreur fut donc contrôlée.

1068. Depuis la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce, l'article 180 alinéa 2 du Code civil envisage aussi l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint, c'est-à-dire sur les attributs sociologiquement déterminants du consentement. La caractérisation de l'erreur contraint à une analyse à la fois subjective et objective et le contrôle mené à son égard est complexe, comme le révèle un arrêt²⁹⁴². Apprenant que son mari était divorcé au jour de la célébration, une épouse demanda la nullité du mariage sur ce fondement. Les juges du fond annulèrent cette union. L'époux se pourvut en cassation. Il reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si la méprise portait sur une qualité déterminante « *pour n'importe qui d'autre* », « *et non pas seulement par l'effet d'une disposition d'esprit particulière à celle-ci* »²⁹⁴³. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Le fait pour l'époux d'avoir caché sa qualité de divorcé et la célébration d'un premier mariage religieux fut considéré « *à bon droit* » comme ayant entraîné une erreur sur les qualités essentielles au détriment de sa seconde femme. La Cour de cassation se reconnut compétente pour déterminer si la qualité visée était essentielle aux yeux de la société. Elle exerça son contrôle sur la notion objective d'erreur sur les qualités essentielles, tandis que le caractère subjectif du vice y échappait.

1069. La Cour s'en remet ainsi aux juges du fond pour déterminer si l'erreur soulevée a ou non déterminé le consentement de la partie qui s'en prétend victime. Elle

²⁹⁴¹ Cass. ch. requêtes, 24 avril 1862, S.1862.I.342, CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 35, p. 249.

²⁹⁴² Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1997, n° 96-10.498.

²⁹⁴³ *Ibid.*

rappela cette solution dans une autre affaire²⁹⁴⁴. Un pourvoi formé à l'encontre d'une décision écartant l'erreur sur les qualités essentielles fut rejeté. L'épouse reprochait à son mari de lui avoir caché l'existence d'une liaison entretenue avec une autre femme jusqu'au matin des noces et à laquelle il avait mis fin après la célébration. Rien ne permettait de considérer que les convictions religieuses de l'épouse l'eût conduite à refuser le mariage si elle avait été informée de ce fait, de sorte que les juges du fond avaient souverainement décidé que la méprise n'avait pas déterminé le consentement de l'épouse²⁹⁴⁵. Le soin apporté à la motivation de ces arrêts révèle les préoccupations de la Cour de cassation. Bien qu'elle persiste à refuser d'examiner l'exactitude de qualifications obligeant à une analyse psychologique, elle n'entend pas pour autant abdiquer tout contrôle en la matière.

2. L'opportunité d'une unification jurisprudentielle de la notion, critère d'exercice du contrôle de qualification

1070. La dimension sélective du contrôle est aussi justifiée par son utilité. Il existerait ainsi des domaines dans lesquels le contrôle serait possible et nécessaire, tandis que d'autres matières s'y prêteraient moins. La notion de possession d'état d'enfant (a) et celle d'intention matrimoniale (b) illustrent cette analyse.

a. La nécessaire harmonisation des solutions jurisprudentielles : l'exemple de la possession d'état

1071. L'existence de la possession d'état implique que la personne ait été « *traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les [ait] traités comme son ou ses parents* ». Elle doit aussi être reconnue comme telle par la société, par la famille et par l'autorité publique²⁹⁴⁶. Porter le même nom peut constituer un indice²⁹⁴⁷, même s'il a perdu de sa force probante. De plus, la possession d'état doit

²⁹⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005, n° 02-21.259, *Bull. civ.* I, n° 495.

²⁹⁴⁵ *Ibid.*

²⁹⁴⁶ C. civ., art. 311-1.

²⁹⁴⁷ *Ibid.*

être dépourvue d'équivoque, paisible, publique et continue²⁹⁴⁸. Les juges ont recours à la technique du faisceau d'indices pour établir ou exclure son existence et la Cour de cassation précise qu' « *une réunion suffisante de faits* » révèle « *le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir* »²⁹⁴⁹. La qualification de la possession d'état est pourtant soumise à son contrôle. Par exemple, un homme avait introduit une action pour contester sa paternité²⁹⁵⁰. Une expertise biologique fut ordonnée, qui confirma ses prétentions. La mère forma un pourvoi, critiquant la recevabilité de l'action en contestation de filiation au regard de l'ancien article 322 du Code civil. Aux termes de ce texte, nul ne pouvait contester la filiation de celui qui avait une possession d'état conforme à son titre de naissance. La Cour jugea que l'absence de relations entre le père et l'enfant empêchait de conclure à la réunion des éléments et des caractères constituant la possession d'état pour rejeter le pourvoi. Il en fut de même quand une femme admit avoir eu des relations intimes avec un tiers durant la période légale de conception²⁹⁵¹. Son mari et elle invoquaient la conformité entre la possession d'état et le titre de naissance de leur enfant, âgée de six mois lorsque l'amant introduisit une action en contestation de sa paternité. La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir considéré qu'aucune possession d'état n'avait été constituée. A juste titre, elle décida que l'action intentée par l'amant était recevable, exerçant ainsi son contrôle sur la notion.

1072. En effet, les déductions opérées par les juges du fond sur la foi de leurs constatations sont analysées par la Cour de cassation. Par exemple, elle jugea qu'une cour d'appel avait pu déduire l'existence d'une possession d'état paisible et sans équivoque dans une affaire où le père avait eu connaissance de la grossesse de sa femme, avait révélé par son comportement qu'il considérait l'enfant comme le sien et l'avait présenté comme tel à ses proches²⁹⁵². A l'inverse, la décision refusant de reconnaître une possession d'état ne fut pas cassée : les juges du fond avaient conclu à l'absence de ses éléments constitutifs²⁹⁵³. Tenus de motiver leurs décisions²⁹⁵⁴, les juges du fond doivent donc se

²⁹⁴⁸ C. civ., art. 311-2.

²⁹⁴⁹ *Ibid.*

²⁹⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 9 juil. 2008, n° 07-16.253, *Bull. civ. I*, n° 191.

²⁹⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2008, n° 07-11.573, *Bull. civ. I*, n° 84.

²⁹⁵² Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, n° 03-19.533, *Bull. civ. I*, n° 78.

²⁹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2013, n° 12-22.410.

²⁹⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 16 juil. 1992, n° 91-12.325, *Bull. civ. I*, n° 231 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1991, n° 89-16.591, *Bull. civ. I*, n° 298.

référer aux éléments constitutifs et aux caractères de la possession d'état²⁹⁵⁵ pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle²⁹⁵⁶. La constatation d'une brève vie commune entre les prétendus parents ou d'une condamnation au paiement d'une contribution à l'entretien de l'enfant ne suffit pas pour établir la possession d'état²⁹⁵⁷. Conclure à son existence parce que l'enfant n'a jamais possédé d'autre état que celui qui résulte de son titre de naissance expose également à la cassation²⁹⁵⁸.

1073. Ce contrôle exercé sur la qualification de la possession d'état est justifié, car il permet d'apporter d'utiles précisions sur une notion « *floue et incertaine* »²⁹⁵⁹, que le Code civil a semblé « *réduire à une énumération sans âme* »²⁹⁶⁰. La Cour n'exige cependant pas la réunion de tous ses éléments²⁹⁶¹. Dans un arrêt, elle insista sur le comportement des intéressés, sans exiger de référence au *nomen* ou à la *fama*, puisque le *tractatus* suffisait à constituer la possession d'état invoquée²⁹⁶². En d'autres circonstances, la notoriété du lien sembla suffire à l'établissement de la possession d'état²⁹⁶³. Mais la sévérité de la Cour est plus importante à l'égard des caractères de la possession d'état. Après un examen attentif des motifs avancés par les juges du fond, elle rejeta un pourvoi dénonçant la recevabilité d'une action en contestation de la filiation²⁹⁶⁴. La fin de non-recevoir tirée de la conformité entre le titre de naissance des enfants et leur possession d'état fut écartée. Les enfants avaient des possessions d'état concurrentes, toutes deux établies dans leurs éléments constitutifs, ce qui les rendaient équivoques. Des précisions furent aussi apportées sur la continuité exigée aux fins d'établissement de la possession d'état. La Cour de cassation décida que le comportement du prétendu père dès

²⁹⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, n° 11-14.798 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1996, n° 94-21.831 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1985, n° 83-16.858, *Bull. civ. I*, n° 101.

²⁹⁵⁶ « *S'immisçant encore plus profondément dans le contrôle des faits, la Cour de cassation dépasse le contrôle du respect par les juges du fond des prescriptions de texte en estimant parfois que les constatations ne sont pas pertinentes eu égard à la notion de possession d'état* » - MASSIP, J., « La Cour de cassation et la notion de possession d'état », *LPA*, n° 38, 23 fév. 1999.

²⁹⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, n° 89-19.335, *Bull. civ. I*, n° 166.

²⁹⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 juil. 2001, n° 99-14.644. Voir également : Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, n° 11-14.798.

²⁹⁵⁹ ROUEIL, E., « La Cour de cassation et la notion de possession d'état », *LPA*, n° 38, 23 fév. 1999, p. 9.

²⁹⁶⁰ *Ibid.*

²⁹⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 5 juil. 1988, n° 86-14.489, *Bull. civ. I*, n° 217.

²⁹⁶² Cass. 1^{ère} civ., 29 fév. 2012, n° 10-26.678,

²⁹⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1993, n° 91-21.401, *Bull. civ. I*, n° 377.

²⁹⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2010, n° 08-70.171.

la conception de l'enfant emportait la conviction, même s'il avait cessé alors que l'enfant n'était âgé que de quelques mois²⁹⁶⁵.

1074. La Cour de cassation incite également les juges du fond à s'intéresser aux circonstances particulières de chaque espèce. Elle accueillit un pourvoi formé à contre une décision rejetant une action en constatation de la possession d'état²⁹⁶⁶. Un homme invoquait sa possession d'état d'enfant à l'égard d'un condamné à mort exécuté. Les juges du fond n'avaient pas jugé révélateurs les écrits qu'il avait produits au soutien de sa demande en raison de la période très brève dans laquelle les faits s'étaient déroulés, de sorte qu'ils pouvaient être analysés comme un fait unique et insuffisant à caractériser la possession d'état alléguée. La Cour cassa cette décision en ce qu'elle avait omis de prendre en considération les circonstances particulières de l'espèce. Elle décida que les documents en cause étaient susceptibles de constituer le faisceau d'indices au sens de l'article 311-1 du Code civil, ce qui reflète l'attention qu'elle porte à cette notion. Elle ne peut la constater elle-même, mais elle contrôle la qualification retenue par les juges du fond²⁹⁶⁷.

1075. Cette approche permet d'unifier les critères de la possession d'état, la réforme opérée par l'ordonnance de juillet 2005²⁹⁶⁸ l'ayant maintenue en tant que mode autonome d'établissement de la filiation. La forclusion d'une action en contestation de la filiation prévue par l'article 333 du Code civil, quand l'enfant dispose d'une possession d'état conforme à son titre de naissance durant cinq ans, souligne aussi son importance²⁹⁶⁹. Le contrôle de qualification mené par la Cour de cassation évite que la notion soit détournée de ses finalités en droit de la filiation²⁹⁷⁰. L'harmonisation des solutions jurisprudentielles est en effet indispensable, même si la Cour semble parfois

²⁹⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 juin 2010, n° 09-12.892,

²⁹⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n° 03-19.274.

²⁹⁶⁷ « *En définitive, malgré le manque de base légale invoqué par l'arrêt au soutien de la cassation, il s'agit bien de procéder une nouvelle fois à la pesée des faits délicats de l'espèce pour s'interroger sur leur valeur d'éléments constitutifs de la possession d'état* » - MURAT, P., « *Éléments constitutifs de la possession d'état : faits exceptionnels appellent traitement particulier* », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 2005, *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2006, p. 38.

²⁹⁶⁸ Ord. 4 juillet 2005, préc.

²⁹⁶⁹ MURAT, P., « *Possession d'état : quelques précisions sur la notoriété* », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1999, *Dr. fam.*, n° 11, nov. 1999, p. 16.

²⁹⁷⁰ « *Encore faut-il, pour que la possession d'état joue correctement ce rôle de consolidation du lien légal de filiation, que les tribunaux ne la vident pas de toute substance par des exigences sévères au sujet des éléments constitutifs* » - MURAT, P., art. préc.

ou dépasser ses compétences. Un arrêt de cassation illustre ce risque²⁹⁷¹. En l'espèce, les juges du fond avaient refusé d'admettre l'existence d'une possession d'état, faute de renommée. La Cour rappela que la réunion de l'ensemble des éléments constitutifs de la possession d'état n'était pas exigée et cassa pour violation de l'article 311-2 du Code civil. Ce faisant, elle s'immisça dans le domaine des faits, pour revenir sur leur appréciation²⁹⁷². Il en va différemment à l'égard d'autres notions, que la Cour de cassation entend laisser aux juges du fond.

b. L'absence de volonté d'unification des solutions jurisprudentielles : l'exemple de la notion d'intention matrimoniale

1076. Le contrôle exercé sur la notion d'intention matrimoniale obéit à une logique exactement opposée. Le mariage célébré sans que les époux partagent une commune intention matrimoniale encourt la nullité absolue pour défaut de consentement²⁹⁷³. L'empêchement à mariage est dirimant et protéiforme. Des conjoints ont pu chercher par le passé à faire produire un effet légitimant à leur union. Ce fut le cas lors de la célèbre affaire *Appietto*²⁹⁷⁴. Un époux avait demandé l'annulation de son mariage. Il expliquait avoir consenti à l'union seulement pour légitimer un enfant dont il était le père, tout en ayant préalablement convenu avec sa femme de demander le divorce sitôt le mariage célébré. Il fut débouté par les juges du fond et la Cour rejeta son pourvoi. Le mariage aurait été nul pour défaut de consentement si les époux ne s'étaient prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'institution matrimoniale. Mais ils avaient seulement entendu en limiter les effets légaux, notamment en vue de légitimer l'enfant commun, d'où le rejet.

1077. En revanche, le mariage contracté pour atteindre un avantage autre que ceux traditionnellement réservés à l'institution doit être annulé sur le fondement de l'article 146 du code civil. Par exemple, l'union célébrée en vue d'obtenir un avantage

²⁹⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1999, préc.

²⁹⁷² « En réalité, il semble bien que le contrôle de la Cour de cassation sur la composition du faisceau d'indices caractérisant la possession d'état offre un moyen commode pour revenir sur l'appréciation faite par les juges du fond » - MURAT, P., art. préc.

²⁹⁷³ C. civ., art. 146.

²⁹⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1963, *Bull. civ.* I, n° 506, *JCP* 1963.II.13498, obs. MAZEAUD.

financier est nulle pour défaut de consentement²⁹⁷⁵. En phase terminale d'une maladie, un homme avait proposé à une femme de l'épouser afin de bénéficier d'un avantage matrimonial consenti au profit du dernier vivant. Considérant que le jeu des conventions matrimoniales à caractère patrimonial relevait des effets du mariage, les juges du fond rejetèrent la requête en annulation formée par l'époux, qui forma un pourvoi. Au visa de l'article 146 du Code civil, la Cour de cassation rappela que le mariage devait être considéré comme nul lorsque les époux ne s'étaient prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale et cassa l'arrêt critiqué, sur la foi des constatations menées par les juges du fond. L'annulation est aussi prononcée lorsque la finalité poursuivie par le ou les conjoints est le critère exclusif de l'union. La volonté de se soustraire à toutes les autres obligations du mariage doit donc être constatée par les juges du fond. La Cour de cassation précisa cette condition²⁹⁷⁶. Un homme âgé avait épousé une femme, déjà mère d'un enfant. Il décéda suite aux violences exercées par son épouse qui fut inculpée de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Les proches du défunt intentèrent une action en nullité du mariage pour défaut de consentement. Selon eux, l'épouse s'était mariée dans le seul but de s'accaparer un patrimoine. La cour d'appel constata l'absence d'intention matrimoniale et annula le mariage. Un pourvoi en cassation fut formé par l'épouse, qui estimait que le devoir de secours entre époux et la vocation successorale du conjoint survivant étaient inhérents à l'institution matrimoniale. Elle maintenait n'avoir pas recherché une finalité autre que celles traditionnellement attachées au mariage. Le moyen avancé au soutien du pourvoi dénonçait une violation de l'article 146 du Code civil, que la Cour de cassation n'admit pas. Les motifs avancés par les juges du fond étaient explicites : l'épouse, animée par une intention de lucre et de cupidité au moment du mariage, n'avait pris part à l'union que pour assurer l'avenir de son fils et le sien. Elle s'était refusée à son époux, à l'exception d'une relation le jour même de la célébration. A l'évidence, elle n'avait aucune intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale. La Cour de cassation approuva la solution retenue par les juges du fond, après avoir pris soin d'analyser les motifs contenus dans la décision frappée du pourvoi. Reprenant l'attendu de principe formulé dans l'arrêt *Appietto*, elle rappela que l'épouse s'était mariée dans le

²⁹⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, *Bull. civ. I*, n° 215, *RTD Civ.*, 2004.66, obs. HAUSER.

²⁹⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, n° 09-15.606, *Bull. civ. I*, n° 267, *D.* 2013.1117, note NAUDIN.

but exclusif d'appréhender le patrimoine de son mari²⁹⁷⁷, sans pour autant contrôler la qualification de l'intention matrimoniale.

1078. La nullité du mariage, faute de consentement, intervient également lorsque l'avantage recherché consiste en l'acquisition de la nationalité française et notamment si le détournement de l'institution est évident. Tel est le cas lorsque les juges du fond constatent qu'une somme d'argent a été versée pour arranger l'union²⁹⁷⁸. La sévérité s'impose, mais déceler le défaut d'intention matrimoniale est souvent difficile. L'irrégularité est rarement apparente au moment de la célébration²⁹⁷⁹. Pour cette raison, la Cour porte toute son attention sur les motifs retenus par les juges du fond. Ainsi, elle approuva l'annulation d'un mariage contracté entre une française et un algérien²⁹⁸⁰. La cour d'appel avait constaté l'absence de cohabitation entre les époux à la suite du mariage. Les conjoints n'entretenaient aucune relation et le mariage ne fut jamais consommé. L'existence ou l'absence d'intention matrimoniale relève donc du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. La définition proposée par la Cour de cassation est abstraite et aucun contrôle de qualification n'est mené.

1079. Une décision révèle néanmoins les préoccupations de la Cour à l'égard de cette notion²⁹⁸¹. Des époux s'étaient unis sous le régime de la communauté universelle. Un mois plus tard, le mari fut victime d'une tentative d'empoisonnement. Sa femme fut soupçonnée, mais bénéficia d'une ordonnance de non-lieu. L'annulation du mariage pour défaut de consentement fut demandée par le mari. Il décéda au cours de l'instance, qui fut reprise par ses héritiers. La cour d'appel confirma la nullité de l'union pour absence d'intention matrimoniale en raison du comportement de l'épouse. Aux termes de l'arrêt attaqué, le refus de cohabitation qu'elle avait opposé à son mari démontrait le défaut d'intention matrimoniale. Un pourvoi fut formé et la Cour cassa la décision critiquée. En considérant la non-cohabitation comme équivalente à une absence de communauté de vie,

²⁹⁷⁷ *Ibid.*

²⁹⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 9 juil. 2008, n° 07-19.079, *Bull. civ. I*, n° 193.

²⁹⁷⁹ « *En effet, si le consentement au mariage est instantané, de même que le prononcé de la formule d'union par l'officier de l'état civil, la manifestation concrète de cette intention conjugale se traduit postérieurement au mariage, par un comportement, une attitude qui s'inscrit dans le temps* » - RAYMOND, G. et CICILE-DELFOSE, M.-L., *Encyclopédies du juriste*, Civil code, fasc. n° 10.

²⁹⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2013, n° 12-12.910.

²⁹⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 2011, n° 10-21.914.

les juges du fond s'étaient abstenus de procéder aux recherches qui leur incombait. De plus, les époux partageaient une union de fait durant les cinq années précédant le mariage. A défaut d'exercer un contrôle de qualification, la Cour de cassation justifia sa solution en considération du passé du couple.

1080. En dépit du caractère objectif des éléments pris en considération pour conclure à un défaut de consentement, l'existence d'une intention matrimoniale ne peut donc être vérifiée par la Cour de cassation. Le constat nécessite l'examen des circonstances de l'espèce qui demeure hors de sa compétence. Bien qu'elle ait précisé la notion, la Cour s'abstient d'en contrôler la qualification. Elle préfère renforcer son contrôle sur la motivation et qui est rendu nécessaire par la portée politique de la problématique. En effet, l'unification des solutions est presque impossible. Elle n'est d'ailleurs guère souhaitable, au risque de multiplier les pourvois portant sur ces questions. L'encombrement subséquent de la Cour de cassation, s'il ne suffit pas à justifier l'abandon de la qualification d'intention matrimoniale aux juges du fond, incite aussi à approuver la solution retenue. A défaut, les justiciables pourraient être tentés d'exercer un recours chaque fois que les juges du fond auraient omis de reprendre l'attendu de principe formulé dans l'arrêt *Appietto*. Or la formule employée par la Cour de cassation ne reflète pas la diversité des situations auxquelles les juridictions sont susceptibles d'être confrontées. Il n'apparaît donc guère opportun de procéder à un quelconque revirement de jurisprudence en la matière.

1081. En définitive, l'approche sélective retenue par la Cour de cassation est justifiée par les orientations retenues par le législateur et par la nécessité de préserver la souplesse des notions utiles à la résolution des différents familiaux. L'absence de vérifications menées à l'égard de la définition des notions techniques, psychologiques ou dont l'unification ne paraît pas souhaitable est une réalité en droit de la famille, mais elle a systématiquement pour pendant un renforcement du contrôle de motivation des décisions.

§2. L'exigence accrue de motivation à l'égard des qualifications légales en droit de la famille

1082. Alors qu'aucun obstacle théorique ne s'y oppose, la Cour s'abstient fréquemment de contrôler les qualifications légales en droit de la famille. Elle n'entend pas pour autant céder tous pouvoirs aux juges du fond car elle encadre l'exercice de leurs compétences (A). L'exigence de motivation est particulièrement marquée au regard des notions à contenu variable, comme l'intérêt de l'enfant ou celui de sa famille (B).

A. La fonction d'appréciation souveraine des faits en droit de la famille

1083. Lorsqu'elle abandonne la qualification d'une notion aux juges du fond, la Cour de cassation précise les limites de leur pouvoir souverain d'appréciation²⁹⁸² (1). Ce faisant, elle maintient la cohérence de la jurisprudence en droit de la famille (2).

1) Les notions de pouvoir souverain et de pouvoir discrétionnaire

1084. Lorsqu'elle n'est pas vérifiée dans le cadre du contrôle de légalité, la qualification appartient aux juges du fond et la définition des concepts juridiques échappe à la Cour de cassation. Cette fonction d'appréciation souveraine des faits ne consiste toutefois pas à exercer un pouvoir discrétionnaire, dont les juges disposent rarement puisqu'il suppose une dispense de motivation²⁹⁸³. Tel est le cas lorsque le juge tranche la question des frais et dépens consécutifs à l'instance judiciaire. Afin de les répartir, il peut prendre en considération l'équité, sans qu'aucune exigence de motivation ne pèse sur sa décision. Une référence à l'article 700 du Code de procédure civile suffit à garantir la légalité de la solution. Des précisions s'imposent afin d'éviter tout risque de confusion. En droit de la famille, un aménagement des motifs retenus par les juges du fond à l'appui de leur décision est parfois possible, pour prononcer un divorce sur acception du principe de la rupture par exemple. Aux termes de l'article 1124 du Code de procédure civile, « *le*

²⁹⁸² Voir sur ce point : ATIAS, C., « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009. Chron. 744.

²⁹⁸³ BUFFET, J., *Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 113.

juge aux affaires familiales prononce le divorce sans autre motif que l'acceptation des époux ». Le contenu du jugement de divorce pour faute peut aussi être limité au constat de l'existence « *des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et les griefs des parties* »²⁹⁸⁴. Il en va de même pour la décision prononçant une adoption plénière, qui n'est pas motivée²⁹⁸⁵. Ces dérogations ne peuvent cependant être assimilées à un pouvoir discrétionnaire²⁹⁸⁶, sauf pour décider de recourir à l'article 245-1 du Code civil. La motivation existe, mais elle n'est pas révélée.

1085. En effet, l'abandon aux juges du fond de la qualification ne supprime en aucun cas l'obligation de préciser les motifs ayant présidé à son adoption. Ainsi, la notion de domicile conjugal est détaillée par les juges du fond qui décident souverainement du lieu où se trouve le logement principal des époux²⁹⁸⁷. De même, la résidence habituelle du mineur est déterminée par le juge aux affaires familiales qui apprécie souverainement les éléments versés aux débats et les résultats de l'enquête sociale contradictoirement débattus au regard de la stabilité de la situation des parents, de l'équilibre actuel de l'enfant et de la nécessité de ne pas modifier une nouvelle fois ses conditions de vie²⁹⁸⁸. Les motifs graves justifiant l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère ne sont pas davantage contrôlés par la Cour de cassation²⁹⁸⁹. Une solution identique prévaut en matière de révocation d'une adoption simple²⁹⁹⁰. La qualification des faits appartient aux juges du fond, sous réserve d'une motivation permettant l'exercice du contrôle de légalité²⁹⁹¹.

1086. La référence à l'appréciation souveraine n'est pourtant pas expressément formulée dans le Code civil. Elle apparaît à la lecture de la jurisprudence, au gré des

²⁹⁸⁴ C. civ., art. 245-1.

²⁹⁸⁵ C. civ., art. 353.

²⁹⁸⁶ Elles résultent plutôt du caractère « *déplacé, sinon défendu* » de l'exigence de motivation « *dans des décisions relatives à l'état des personnes qui justifient un souci de discrétion* » - PERDRIAU, A., « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA*, n° 228, 15 nov. 2001, p. 11

²⁹⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 1972, *Bull. civ. I*, n° 93.

²⁹⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, n° 07-12.672,

²⁹⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, n° 06-14.643, *Bull. civ. I*, n° 63.

²⁹⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juil. 1973, n° 72-12.689, *Bull. civ. I*, n° 36.

²⁹⁹¹ Les exemples sont innombrables, mais « *un contrôle s'impose toujours : celui de la réunion effective des éléments qui commandent la qualification* » - AUBERT, J.-L., « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2008. Chron. 1115.

évolutions initiées par la Cour²⁹⁹². Les contours de la fonction d'appréciation souveraine sont déterminés en négatif, à l'aune de la distinction entre le fait et le droit. La Cour n'entend cependant pas laisser toute latitude aux juges du fond pour résoudre les litiges en droit de la famille, d'autant qu'elle abandonne à dessein certaines qualifications.

2) L'encadrement de la fonction d'appréciation souveraine des faits par la Cour de cassation

1087. Le refus de contrôler la qualification prive la Cour de cassation de l'un de ses principaux moyens d'action pour vérifier la conformité de la décision visée par le pourvoi aux règles juridiques en vigueur. Un contrôle de légalité approprié est néanmoins indispensable²⁹⁹³. A ces fins, la motivation retenue par les juges du fond doit répondre aux conditions précisées la Cour de cassation (a), qu'elle décide de faire évoluer le cas échéant (b).

a) L'exercice du contrôle de motivation : l'exemple du contrôle exercé sur l'application de l'article 266 du Code civil

1088. Les arrêts rendus en matière de dommages et intérêts suite à un divorce illustrent l'importance de la motivation retenue par les juges du fond. Alors que la Cour de cassation maintient un contrôle constant sur la notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil²⁹⁹⁴, il en va différemment lorsque le droit à réparation est fondé sur l'article 266 du Code civil, qui prévoit le versement de dommages et intérêts en réparation des conséquences d'une particulière gravité que l'un des époux subit du fait de la dissolution du mariage. Ce droit offert à l'ex-époux, indépendamment d'une faute imputable à son conjoint, existe dans deux hypothèses. En premier lieu, le requérant doit être défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et n'avoir formé aucune demande reconventionnelle en divorce. En second lieu, l'attribution de dommages et

²⁹⁹² La Cour « a donc nécessairement le pouvoir de soumettre l'appréciation des juges du fond à son contrôle ou, au contraire, d'en consacrer la souveraineté » - *ibid.*

²⁹⁹³ Il importe d'éviter de « masquer un raisonnement fallacieux derrière [la] souveraineté d'appréciation des faits portés à la connaissance » des juges du fond – GUILLERMET, C.-J., *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁹⁴ Voir n° 1058.

intérêts peut également être exigée par l'un des époux quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'autre²⁹⁹⁵. Le contentieux généré par la distinction entre les champs d'application des articles 1382 et 266 du Code civil est important²⁹⁹⁶, mais la Cour refuse de contrôler la qualification des « *conséquences d'une particulière gravité* »²⁹⁹⁷. Par conséquent, l'examen du grief tiré d'une éventuelle violation de l'article 266 du Code civil impose de porter une attention particulière à la motivation exprimée dans la décision critiquée, qui doit être pertinente.

1089. Pour ce faire, les motifs doivent être complets, sur le plan factuel et sur le plan juridique²⁹⁹⁸. De plus, ils ne doivent soulever aucune ambiguïté susceptible d'entraver l'exercice du contrôle de légalité. Par exemple, une décision allouant une somme d'argent à l'épouse fut cassée²⁹⁹⁹. Le mari reprochait aux juges du fond d'avoir omis de préciser la nature du préjudice ouvrant droit à réparation. Ce moyen fut admis par la Cour. En s'abstenant de déterminer la nature du préjudice et de citer le fondement de la réparation, les juges du fond avaient entaché leur décision d'un manque de base légale. La vigilance de la Cour de cassation est constante. Elle cassa également une décision, faute d'indication du fondement de l'indemnité accordée à l'épouse³⁰⁰⁰. Les motifs de l'arrêt attaqué se limitaient à énoncer les problèmes psychologiques dont souffraient cette femme et ses enfants. Bien que les juges du fond soient souverains pour attribuer de tels dommages et intérêts, ils ne peuvent en aucun cas faire l'économie d'une motivation précise en fait comme en droit. Les motifs doivent aussi correspondre aux faits de l'espèce et être propres au litige tranché par les juges du fond. En ce cas, l'exercice de la fonction d'appréciation souveraine des faits par les juges du fond échappe à la critique. Un pourvoi fut ainsi rejeté³⁰⁰¹. Un époux contestait une décision le condamnant à verser des dommages et intérêts à sa femme. Selon le moyen avancé par le pourvoi, la cour

²⁹⁹⁵ L'ancien article 266 du Code civil recouvrait un champ élargi sous la jurisprudence antérieure. Il suffisait aux juges du fond d'établir un lien entre le divorce et le préjudice subi pour justifier le maintien de leur décision. Le législateur a par conséquent entendu restreindre cette possibilité, sans pour autant abroger l'article 266 du Code civil.

²⁹⁹⁶ MULON, E., « Dommages et intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.*, n° 19, 2014, Rec. 2014. Chron. 99.

²⁹⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2014, n° 13-20.695, *Bull. civ. I*, n° 150 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 2009, n° 08-17.825, *Bull. civ. I*, n° 145.

²⁹⁹⁸ Tel est le cas lorsque le juge aux affaires statue sur le fondement de l'article 245-1 du Code civil.

²⁹⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 déc. 2008, n° 07-15.718 et 07-19.923.

³⁰⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-14.609, *Bull. civ. I*, n° 278.

³⁰⁰¹ Cass. 2^e civ., 16 nov. 1988, n° 87-15.163, *Bull. civ. I*, n° 221.

d'appel ne s'était pas expliquée sur la faute ouvrant droit à réparation. La Cour de cassation n'admit pas ce grief et prit soin de rappeler les motifs avancés à l'appui de la décision³⁰⁰². Très circonstanciée, ils permettaient l'exercice du contrôle de légalité.

1090. La Cour précise le contenu de la motivation incombant aux juges du fond lorsque des indemnités sont versées à la suite d'un divorce, tout comme elle décide d'abandonner aux juges du fond la qualification des circonstances d'une particulière gravité. Elle s'abstient de mettre en œuvre un contrôle peu approprié au regard de l'infinie variété des situations susceptibles d'être régies par ce texte, mais elle vérifie la déduction des conséquences légales opérée par les juges du fond. Le contrôle de la motivation conditionne en effet le contrôle de l'interprétation des règles du droit de la famille. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation est évolutive. Les solutions apportées aux pourvois dénonçant la caractérisation d'une faute, cause de divorce, le prouvent.

b) La modulation du contrôle de motivation : l'exemple de la faute au sens de l'article 242 du Code civil

1091. La qualification de la faute au sens de l'article 242 du code civil relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Jusqu'à une époque récente, la qualification obligeait à une motivation strictement encadrée. Les juges du fond devaient expressément constater la double condition énoncée par l'article 242 du Code civil. En omettant de relever l'existence d'une faute grave ou renouvelée rendant intolérable le maintien de la vie commune, ils s'exposaient à la cassation³⁰⁰³. Les exigences de la Cour de cassation sont à présent moindres³⁰⁰⁴. Un pourvoi avait été formé par un époux contre la décision prononçant le divorce à ses torts exclusifs. Entre autres griefs, il reprochait aux juges du fond de n'avoir pas motivé la caractérisation de sa faute. L'arrêt ne contenait

³⁰⁰² Les juges du fond ont « relevé que Madame X. avait du subir la séparation de fait que lui avait imposée son mari, que, dans l'espoir que celui-ci reviendrait vers elle, elle s'était abstenue de demander le divorce, que le prononcé du divorce n'était donc pas pour elle la simple officialisation de la situation de fait mais le déchirement d'une longue vie conjugale, que, de surcroît, elle s'était vue expulser comme occupant sans droit ni titre du domicile conjugal auquel elle était très attachée et qu'elle avait souffert de l'inconduite affichée de son mari » - *ibid.*

³⁰⁰³ Cass. 2^e civ., 11 juil. 1988, *Bull. civ.* II, n° 166 ; Cass. 2^e civ., 20 avril 1989, *Bull. civ.* II, n° 91 ; Cass. 2^e civ., 25 mai 1994, *Bull. civ.* II, n° 137 ; Cass. 2^e civ., 4 mars 1998, *Bull. civ.*, II, n° 68.

³⁰⁰⁴ Cass. 2^e civ., 30 nov. 2000, *Bull. civ.* II, n° 157.

pas la référence, devenue usuelle, aux conditions énoncées par l'article 242 du Code civil. La Cour de cassation écarta ce moyen, jusqu'alors opérant³⁰⁰⁵, et la décision échappa à la cassation pour manque de base légale. Ce faisant, elle abandonna à juste titre ce contrôle, trop formel, de la cause du divorce³⁰⁰⁶.

1092. L'assouplissement de l'exigence de motivation s'est poursuivi depuis. Plusieurs arrêts le confirmèrent³⁰⁰⁷. D'autres pourvois furent rejetés, alors même que les juges du fond s'étaient abstenus de préciser le caractère intolérable du maintien de la vie commune. Les motifs de principe ne laissaient guère de place au doute³⁰⁰⁸. Mais la Cour s'est engagée encore plus avant dans cette voie, par deux arrêts de rejet rendus le même jour. En l'espèce, ni le caractère grave et/ou renouvelé de la violation des devoirs et obligations du mariage, ni le maintien intolérable du lien conjugal n'avaient été constatés. Le premier pourvoi fut rejeté puisqu' « *après avoir souverainement relevé que l'épouse avait refusé sans aucun motif de partager la vie commune avec son mari, tenu de résider sur le lieu de son travail, et avait fixé sa résidence et celle des enfants à une distance très éloignée de ce lieu de travail, la Cour d'appel [...] a fait une exacte application de l'article 242 du code civil* »³⁰⁰⁹. Les motifs retenus pour rejeter le second pourvoi furent lapidaires : « *après avoir souverainement constaté relevé que les faits d'alcoolisme invoqués par le mari étaient établis, la Cour d'appel, en prononçant le divorce aux torts de l'épouse, a fait une exacte application de l'article 242 du code civil* ». Aucune motivation formelle ne fut donc exigée. L'évolution mérite d'être approuvée. Le contrôle de motivation est dorénavant plus précis, car il porte sur la pertinence et la précision des motifs énoncés dans l'arrêt visé par le pourvoi. La réforme opérée le 26 mai 2004 n'a pas modifié cette solution³⁰¹⁰.

³⁰⁰⁵ Elle estime « *qu'en retenant que les faits imputés à l'épouse constituaient des causes de divorce au sens de l'article 242 du code civil, [...] il résultait que la double condition exigée par ce texte était constatée* ».

³⁰⁰⁶ MASSIP, J., « Le contrôle par la Cour de cassation de la faute cause de divorce (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2005, 7 arrêts) », *Gaz. Pal.*, Rec. mai-juin 2005, Doctr., p. 1645.

³⁰⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2005, n° 02-17.016, *Bull. civ. I*, n° 14 ; n° 02-19.016 ; n° 03-16.451, *Bull. civ. I*, n° 13 ; n° 02-12.314, *Bull. civ. I*, n° 12, *Dr. fam.* n° 3, mars 2005, comm. 53, LARRIBAU-TERNEYRE.

³⁰⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 11 jan. 2005, n° 02-20.547, *Bull. civ. I*, n° 9.

³⁰¹⁰ Au contraire, l'évolution « *paraît aller dans le sens voulu par la loi nouvelle qui a entendu limiter le divorce pour faute aux cas dans lesquels il est possible d'établir une faute véritablement caractérisée* » - MASSIP, J. art. préc., p. 1646.

1093. Les motifs retenus par les juges du fond pour imputer la faute à l'un des conjoints sont aussi soumis à des vérifications³⁰¹¹. Un divorce avait été prononcé aux torts exclusifs de l'épouse, qui s'était pourvue en cassation. Elle reprochait aux juges du fond de lui avoir imputé à faute un comportement qui n'était que la résultante des troubles mentaux dont elle souffrait. Son mari aurait d'ailleurs refusé de lui prêter assistance, cherchant au contraire à se séparer d'elle. La Cour de cassation admit ces moyens. La cassation fut prononcée pour défaut de base légale. En effet, la cour d'appel était tenue de justifier l'imputabilité du comportement fautif. Or les troubles mentaux invoqués par l'épouse pouvaient empêcher le respect de cette condition. De plus, les juges du fond auraient dû prendre en considération les griefs avancés à l'encontre du mari. Souverains pour apprécier l'existence d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, ils ne pouvaient toutefois s'abstenir d'examiner l'ensemble des torts invoqués par les époux. En droit du divorce, le contrôle de motivation incombant aux juges du fond ne s'est donc pas relâché, loin s'en faut. La Cour de cassation analyse l'adéquation entre les circonstances de l'espèce et les motifs exprimés dans l'arrêt attaqué, tant au regard de l'existence de la faute que pour déterminer son imputabilité.

1094. Le large domaine des qualifications souveraines ne nuit donc pas au contrôle de légalité exercé en droit de la famille. Au contraire, la Cour apporte d'utiles précisions sur les notions abandonnées au pouvoir souverain des juges, tout en évitant d'imposer des définitions trop strictes. Le cas d'ouverture à cassation tiré d'un manque de base légale lui offre la possibilité de faire face à la diversité des problèmes de droit soulevés par les pourvois. En relevant les lacunes entachant la motivation, la Cour révèle son approche de la notion considérée. Les enseignements susceptibles d'en être tirés sont conséquents. L'abandon du contrôle de qualification est consenti par la Cour de cassation parce qu'elle dispose d'un autre moyen pour mener à bien sa mission³⁰¹². Ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque le pourvoi s'appuie sur des notions floues, prégnantes en droit contemporain de la famille.

³⁰¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 nov 2009, préc.

³⁰¹² « *L'histoire enseigne que le défaut de base légale a été un outil de création* » - FOUSSARD, D., *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, op. cit., p. 72.

B. Les notions à contenu variable dans la jurisprudence de la Cour de cassation

1095. Les réformes entreprises en droit de la famille réservent une place importante aux notions à contenu variable³⁰¹³. La nature des vérifications susceptibles d'être menées s'en trouve affectée. Bien qu'elle puisse contrôler ces qualifications, la Cour de cassation s'en abstient. Elle répond en cela aux vœux du législateur, mais rappelle l'exigence de motivation à leur égard, notamment lorsque sont en cause l'intérêt de la famille (1) et celui de l'enfant (2).

1) L'exigence de motivation et l'intérêt de la famille

1096. Aucune définition n'est susceptible de résumer ce qu'est l'intérêt de la famille. La notion présente un contenu variable, qui dépend de la famille concernée et du problème de droit soulevé par le pourvoi. La Cour de cassation s'abstient de contrôler cette qualification (a), mais elle n'entend pas pour autant laisser les juges du fond en décider seuls (b).

a) L'abandon de l'intérêt de la famille au pouvoir souverain des juges du fond

1097. Le Code civil contient plusieurs références à l'intérêt de la famille. La formule, apparue pour la première fois dans la loi du 18 février 1938, visait à « *sauvegarder l'autorité du mari en la subordonnant à un intérêt supérieur* »³⁰¹⁴ en lieu et place de la défunte puissance maritale. La loi du 13 juillet 1965 portant réforme des réformes matrimoniaux généralisa le recours à cette notion, pourtant floue. Depuis, elle a connu un essor fulgurant. L'intérêt de la famille est devenu un instrument de régulation des relations entre les époux et avec les enfants. Par exemple, il s'agit d'un critère autorisant la saisine du juge. Selon l'article 220-1 du Code civil, « *si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire d'urgence toutes les mesures utiles que requièrent ces intérêts* ». La Cour de cassation eut l'occasion d'apporter des précisions sur l'application

³⁰¹³ Voir n° 7.

³⁰¹⁴ THERY, R., « L'intérêt de la famille », *JCP G* 1972. I. 2485.

et l'interprétation de cette disposition³⁰¹⁵. Un pourvoi dénonçant l'absence de menace pesant sur l'intérêt de la famille fut ainsi rejeté. En constatant que l'épouse ne payait pas les charges afférentes aux biens communs dont elle avait la gestion, la cour d'appel avait justifié l'existence d'un manquement grave mettant en péril les intérêts de la famille³⁰¹⁶. Il en fut de même lorsqu'un mari refusa d'informer sa femme sur le caractère déficitaire de sa gestion des immeubles détenus en communauté de biens ainsi que sur le choix de ses modalités de gestion³⁰¹⁷. Dans les deux hypothèses, l'intérêt de la famille incitait à approuver la désignation d'un administrateur provisoire de la communauté. La Cour de cassation rappela toutefois que la notion était abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. Elle limita son contrôle au respect des conditions de la saisine du juge aux affaires familiales, sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil. Cette solution est constante. L'intervention de l'autorité judiciaire, rendue nécessaire par la préservation de l'intérêt de la famille, prévient l'aggravation du contentieux³⁰¹⁸. La notion revêt une utilité procédurale, bien que la Cour de cassation s'abstienne d'en définir le contenu. La tâche serait en effet malaisée, puisque que la référence à l'intérêt de la famille poursuit des objectifs différents selon le cadre dans lequel elle s'inscrit.

1098. La sécurisation des relations familiales par ce biais s'exprime également sur le plan substantiel, notamment lorsque l'intérêt de la famille conditionne la possibilité de modifier un contrat de mariage³⁰¹⁹. En présence d'enfants mineurs, l'acte notarié doit obligatoirement être homologué par la juridiction compétente³⁰²⁰. Il appartient alors aux juges du fond d'apprécier la modification envisagée, selon l'intérêt de la famille. Une décision souleva un doute sur l'abandon de la qualification au pouvoir souverain des juges du fond³⁰²¹. Elle fut rendue sous l'empire de l'ancien article 1397 du Code civil qui subordonnait le changement de régime matrimonial à une homologation judiciaire même

³⁰¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1996, n° 94-14.160, *Bull. civ. I*, n° 374.

³⁰¹⁶ *Ibid.*

³⁰¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2002, n° 99-20.963.

³⁰¹⁸ Le renvoi à l'intérêt de la famille permet ainsi de « réprimer le mauvais usage que l'un ou l'autre des époux ferait de leur égale liberté » - THERY, R., art. préc. Il s'agit du « pivot de la réglementation des effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux » - SOLUS, H., « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *RTD Civ.* 1943, p. 85.

³⁰¹⁹ C. civ., art. 1397.

³⁰²⁰ *Ibid.*

³⁰²¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 1976, n° 74-12.212, *Bull. civ. I*, n° 4, CAPITANT, H., TERRE, F. et LEQUETTE, Y., *op. cit.*, n° 91, p. 507.

en l'absence d'enfants. Des époux mariés sans contrat de mariage avaient adopté le régime de la communauté universelle. La convention comprenait une clause d'attribution au dernier survivant, au seul profit de l'épouse. La cour d'appel refusa l'homologation, au motif que cette clause ne pouvait être considérée comme justifiée par l'intérêt de la famille, puisqu'elle ne servait qu'à protéger la femme devenue veuve. Au contraire, la Cour de cassation jugea que le souci d'assurer la situation pécuniaire du conjoint survivant répondait à un intérêt familial de nature à justifier le changement du régime matrimonial³⁰²². L'arrêt fut cassé pour violation de la loi mais la portée de cette décision fut discutée. Certains y décelèrent la volonté pour la Cour de cassation de contrôler la notion d' « *intérêt de la famille* » au sens de l'article 1397 du Code civil³⁰²³. Cette analyse n'emporte pas une totale adhésion. Il semble plutôt que la Cour ait empêché les juges du fond de rechercher l'intérêt de la famille dans une seule direction³⁰²⁴. Ce faisant, elle accrut encore la variabilité de la notion³⁰²⁵.

1099. En effet, conclure à l'existence d'un contrôle exercé sur cette qualification est inopportun. Le contrôle de qualification ne peut être mené à bien sans risquer de figer le concept, alors qu'il est mouvant par essence. Un arrêt le démontre³⁰²⁶. Les circonstances de l'espèce se rapprochaient de celles précédemment évoquées. Des époux avaient décidé de modifier leur régime matrimonial, pour adopter une communauté universelle comportant une clause d'attribution au dernier vivant. L'un de leurs fils s'opposait au changement homologué par les juges du fond. Il s'était pourvu en cassation. Selon lui, son jeune frère bénéficiait depuis longtemps des largesses de leurs parents. L'auteur du pourvoi craignait que le changement de régime matrimonial perpétue cet état de fait. En outre, il estimait que la modification envisagée les empêchait, lui et sa sœur, de rapporter la preuve des spoliations dont ils se prétendaient victimes. Par conséquent, il reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas apprécié à sa juste valeur l'intérêt de la famille. La Cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle rappela que l'intérêt de la famille était soumis à une appréciation d'ensemble et que le seul fait que l'un de ses membres risquât de se trouver lésé n'interdisait pas le changement demandé par les époux. La

³⁰²² *Ibid.*

³⁰²³ PERDRIAU, A., note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 1979, *D.* 1976. JP. 253.

³⁰²⁴ CARBONNIER, J., *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, *op. cit.*

³⁰²⁵ *Ibid.*

³⁰²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1986, n° 84-17.292, *Bull. civ.* I, n° 174.

décision était donc légalement justifiée. Surtout, les motifs retenus par les juges du fond permirent à la Cour de cassation d'apporter des précisions sur les contours de la notion d'intérêt de la famille.

b) La notion d'intérêt de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation

1100. Saisie d'un pourvoi soulevant un problème relatif à l'intérêt de la famille, la Cour porte systématiquement son attention sur la motivation exprimée par les juges du fond. Ce faisant, elle oriente leur pouvoir souverain d'appréciation. Selon une approche restrictive, l'intérêt de la famille correspond à l'intérêt de l'ensemble de ses membres, c'est-à-dire des parents et des enfants³⁰²⁷. Pourtant, le concept sert souvent à trancher des prétentions antagonistes. Il est donc peu fréquent que les intérêts en présence convergent. La somme des intérêts individuels ne compose pas davantage l'intérêt de la famille. La notion transcende les prétentions respectives des époux ou des partenaires, et celles des enfants. Ainsi, l'intérêt de la famille pourrait être réalisé par l'intérêt de l'un des membres de la famille même s'il est opposé à d'autres³⁰²⁸. Or cette définition suppose d'identifier un intérêt prioritaire et ce raisonnement, frôlant l'arbitraire, est sujet à caution. De même, il n'existe aucun intérêt unique, propre à toutes les structures familiales. L'intérêt de la famille ne se résume pas à la fonction sociale de l'institution, tandis que la diversité des schémas existants empêche d'en retenir une conception trop réductrice³⁰²⁹.

1101. Pour ces raisons, la Cour de cassation privilégie une voie intermédiaire, en incitant les juges du fond à examiner les intérêts en cause au regard des circonstances de l'espèce. L'intérêt de la famille fait l'objet d'une analyse d'ensemble, mais il peut se confondre avec l'intérêt d'un seul de ses membres ou léser les ambitions de l'un d'eux. La solution dépend des constatations menées par les juges du fond. L'existence d'un contrôle de motivation approfondi permet à la Cour de mener à bien ses vérifications, quelle que soit l'hypothèse. La solution est opportune. L'appréciation de l'intérêt de la famille n'obéit à aucun schéma prédéterminé. Là n'est d'ailleurs pas la vocation du recours aux notions floues. La formule employée par le législateur est nécessairement

³⁰²⁷ HENRY, M., « L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux », *D.* 1979. Chron. 179.

³⁰²⁸ *Ibid.*

³⁰²⁹ CARBONNIER, J., *Flexible droit*, LGDJ, 1969, p. 150.

large³⁰³⁰. Il est impossible de définir son contenu, intrinsèquement lié aux spécificités de chaque espèce, mais cela n'empêche pas la Cour de cassation d'apporter des précisions.

1102. Au-delà des principes d'interprétation dégagés par la Cour, un système de valeurs sous-jacent apparaît. Les décisions rendues au visa de l'article 1397 du Code civil illustrent le propos. Lorsque le problème de droit a trait à un changement de régime matrimonial, l'accord des époux semble emporter les faveurs de la Cour. Les moyens avancés par les enfants poursuivent le plus souvent un objectif purement successoral, tandis que ceux invoqués par les parents visent à protéger d'un inconfort futur le dernier vivant³⁰³¹ qui se trouve fréquemment dans la force de l'âge au moment idoine. La solution, raisonnable, emporte à juste titre l'adhésion de la Cour de cassation. La création de lignes directrices afin de déterminer l'intérêt de la famille est une nécessité pour tracer les contours d'un concept flou par nature mais dont l'importance ne saurait être occultée, ce qui se vérifie aussi au regard de l'intérêt de l'enfant.

2) L'exigence de motivation au regard de l'intérêt de l'enfant

1103. La notion d'intérêt de l'enfant a connu un essor fulgurant, bien que sa détermination suppose de prendre en considération les faits de chaque espèce. La Cour de cassation exerce donc un contrôle de motivation approfondi, que la notion soit interprétée au sens du droit interne (a) ou d'un instrument supranational (b).

a) Le contrôle exercé sur la notion d'intérêt de l'enfant au sens du droit interne

1104. En droit de la famille, la place occupée par l'intérêt de l'enfant est connue. Cette notion oriente l'activité des magistrats, notamment lorsqu'une procédure d'assistance éducative est ouverte³⁰³². Elle justifie la désignation d'un administrateur *ad hoc* le cas échéant³⁰³³, ainsi que le refus d'auditionner un mineur à la demande des parties à l'instance judiciaire³⁰³⁴. L'intérêt de l'enfant détermine aussi les conditions de son

³⁰³⁰ THERY, R., art préc.

³⁰³¹ THERY, R., art. préc.

³⁰³² C. civ., art. 375-1.

³⁰³³ CPC, art. 1210-1.

³⁰³⁴ CPC, art. 338-4.

audition³⁰³⁵, puis la rédaction du compte-rendu qui en résulte nécessairement³⁰³⁶. Il irrigue depuis longtemps le droit de la filiation, comme le démontre l'adage *infans conceptus pro nato habetur*, ou pour décider de l'opportunité d'une adoption simple ou plénière³⁰³⁷. De même, les règles relatives à l'autorité parentale tendent toutes vers un même objectif, consistant à protéger l'intérêt de l'enfant³⁰³⁸.

1105. La Cour de cassation abandonne en principe la notion au pouvoir souverain des juges du fond. La jurisprudence est constante, mais le contrôle exercé n'est pas identique en toutes circonstances. A titre d'exemple, la Cour s'en remet aux juges du fond pour décider que l'attribution d'un prénom était contraire à l'intérêt d'un enfant³⁰³⁹. Le moyen dénonçant une atteinte à la liberté de choix des parents fut rejeté en tant qu'il ne visait qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond. La même solution fut retenue pour un pourvoi invoquant l'intérêt de l'enfant afin de contester le refus de changement de nom opposé par la cour d'appel³⁰⁴⁰. En l'espèce, la mère souhaitait que l'enfant acquière son nom par substitution à celui du père. Sa demande fut rejetée. Selon les constatations des juges du fond, elle faisait systématiquement obstruction à la relation entre le père et le fils. Autoriser le changement de nom aurait emporté approbation de ce comportement. La Cour rejeta le pourvoi formé par la mère, la décision étant légalement justifiée puisque les juges du fond avaient statué dans l'intérêt de l'enfant conformément aux dispositions du Code civil. A l'inverse, l'absence de référence à la notion expose la décision à la cassation pour manque de base légale³⁰⁴¹. Un pourvoi fut formé à l'encontre d'une décision admettant une demande de changement de nom, formée par la mère d'un enfant, suite à l'établissement judiciaire de la paternité. Les juges du fond n'avaient pas indiqué avoir pris en considération l'intérêt de l'enfant, alors qu'il s'agissait d'un critère essentiel à la décision³⁰⁴². L'arrêt révèle les limites de l'abandon de la qualification au pouvoir souverain des juges du fond.

³⁰³⁵ CPC, art. 338-9.

³⁰³⁶ CPC, art. 338-12.

³⁰³⁷ C. civ., art. 353.

³⁰³⁸ C. civ., art. 371-1.

³⁰³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 fév. 2012, n° 10-27.512, *Bull. civ. I*, n° 32.

³⁰⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008, n° 07-19.355.

³⁰⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 fév. 2011, n° 10-14.144.

³⁰⁴² Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 1985, *Bull. civ. I*, n° 345 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 2006, *Bull. civ. I*, n° 388.

1106. Quand l'intérêt de l'enfant est en cause, l'exigence de motivation est renforcée. Le constat est flagrant lorsqu'un pourvoi est formé à l'encontre d'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale. En l'absence de motifs démontrant la considération portée à l'intérêt de l'enfant pour statuer sur l'attribution unilatérale de l'autorité parentale, la cassation est inévitable³⁰⁴³. Une simple référence générale à la notion ne permet pas davantage le maintien de la décision critiquée³⁰⁴⁴. La solution répond à la définition de l'autorité parentale, qui s'analyse en un ensemble de droits et de devoirs incombant aux parents, dans le respect de l'intérêt de l'enfant³⁰⁴⁵. Les motifs avancés par les juges du fond revêtent par conséquent une importance primordiale pour la Cour, qui procède à une analyse approfondie en cette matière. Par exemple, une mère forma un pourvoi en cassation contre la décision la déboutant de sa demande de modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale³⁰⁴⁶. Les juges du fond avaient décidé de mettre fin à la résidence alternée et ordonnèrent le transfert de la résidence habituelle de l'enfant au domicile du père. Il leur était reproché de n'avoir pas pris en considération les usages entretenus auparavant entre les parents. Selon la seconde branche du moyen, les juges du fond auraient également fait fi des sentiments exprimés par l'enfant au cours de son audition devant le juge aux affaires familiales. La Cour de cassation analysa les motifs de la décision critiquée et les reprit pour fonder le rejet du pourvoi³⁰⁴⁷. Les constatations factuelles établies par les juges du fond furent ainsi placées au cœur des vérifications opérées.

1107. Cette approche singulière est constamment réitérée, que le problème soulevé par le pourvoi ait trait aux conditions d'exercice de l'autorité parentale ou à l'éventuelle obtention d'un droit de visite au profit des ascendants de l'enfant ou de tiers.

³⁰⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 13-10.618.

³⁰⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2014, n° 13-14.417.

³⁰⁴⁵ C. civ., art. 371-1.

³⁰⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 2013, n° 12-26.725.

³⁰⁴⁷ Les juges du fond avaient en effet pu établir « *que Madame X. ne rapportait pas la preuve que l'enfant résidât principalement chez elle, même si, d'un commun accord des parents, l'organisation de la résidence alternée avait été aménagée dans l'intérêt de Margaux, ensuite, que, si les capacités éducatives de Mme X... et le lien l'unissant à sa fille n'étaient pas contestés, d'une part, les repères de cette dernière se trouvaient dans l'Oise, où elle avait toujours vécu, était scolarisée et avait ses grands-parents tant paternels que maternels, d'autre part, elle entretenait de bonnes relations avec la compagne de son père et était très proche de son petit frère, enfin, M. Y... justifiait d'horaires de travail adaptés au quotidien et d'une bonne prise en charge éducative et affective de sa fille, alors que les conditions matérielles d'accueil au domicile de Mme X... n'étaient pas totalement satisfaisantes* » - *ibid.*

En effet, l'article 371-4 du Code civil autorise l'enfant à entretenir des relations avec des tiers, sauf s'il en est empêché par des motifs graves tenant à son intérêt. Un contrôle étendu de motivation est mené lorsque le pourvoi dénonce l'accueil de la demande formée en ce sens par les grands-parents du mineur³⁰⁴⁸, comme le montre un pourvoi formé contre la décision par laquelle une cour d'appel avait accordé un droit de visite au profit des grands-parents de deux enfants, avec qui les parents étaient sérieusement brouillés³⁰⁴⁹. Ces derniers dénonçaient une atteinte portée à l'intérêt de leurs enfants. Selon eux, l'existence non contestée d'un conflit familial lourd et ancien était de nature à empêcher l'attribution d'un droit de visite aux ascendants. La Cour de cassation réfuta ce moyen, qu'elle jugea inopérant. Elle s'abstint de contrôler la qualification opérée par les juges du fond, mais révéla son approbation en procédant à la reprise des motifs de l'arrêt critiqué³⁰⁵⁰. Il en va de même lorsqu'est en cause l'application de l'article 371-5 du Code civil. Ce texte incite à maintenir la réunion des fratries, sauf en cas d'impossibilité ou si l'intérêt de l'enfant s'y oppose. Par exemple, l'obstacle peut être le jeune âge d'un mineur, qui justifie la fixation de sa résidence au domicile de la mère alors que son frère habite chez le père³⁰⁵¹. Au contraire, la finalité de l'article 371-5 du Code civil doit respectée lorsque les juges du fond constatent l'épanouissement d'un frère et d'une sœur au domicile maternel³⁰⁵².

1108. Ainsi, la Cour précise les contours de l'intérêt de l'enfant. Au fil de sa jurisprudence, elle distille sa conception de la notion. Elle ne contrôle pas la qualification, mais elle participe là aussi à la mise en place d'un système de valeurs. Les solutions retenues en droit interne ne prêtent pas à controverse puisqu'elles résultent d'un consensus sur les règles juridiques en vigueur. L'analyse est plus complexe lorsque

³⁰⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 jan. 2009, n° 08-11.035, *Bull. civ.* I, n° 2, *RTD Civ.* 2009.309, obs. HAUSER.

³⁰⁴⁹ *Ibid.*

³⁰⁵⁰ Aux termes de l'arrêt attaqué, « il résultait du rapport d'expertise médico-psychologique, d'une part que la démarche actuelle des grands parents ne constituait pas un geste de malveillance mais un désir inconscient de réparation, d'autre part qu'il apparaissait non seulement souhaitable mais nécessaire qu'à plus ou moins long terme les enfants puissent entretenir des relations avec leurs grands-parents paternels, ensuite, qu'à l'audience, les grands-parents s'étaient engagés à ne pas dénigrer les parents, de sorte qu'il était dans l'intérêt des petits enfants de nouer progressivement des relations avec leurs grands-parents paternels ».

³⁰⁵¹ Cass. 2^e civ., 19 nov. 1998, n° 97-12.472,

³⁰⁵² Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2003, n° 01-14.070.

l'intérêt de l'enfant est apprécié au sens des conventions internationales directement applicables devant les juridictions françaises.

b) Le contrôle exercé sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant au sens des conventions internationales

1109. Les instruments internationaux relatifs au droit de la famille contiennent de nombreuses références, expresses ou implicites, à l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est le cas de la Convention de La Haye relative à la protection des mineurs³⁰⁵³ : la règle de conflit de lois est écartée, toutes les fois que l'intérêt supérieur de l'enfant le justifie³⁰⁵⁴. La convention aménage aussi les règles de compétence juridictionnelle selon l'intérêt de l'enfant, en autorisant le renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire le cas échéant³⁰⁵⁵. Une disposition identique figure dans le règlement Bruxelles 2 bis³⁰⁵⁶, où cette notion est un motif de non-reconnaissance des décisions relatives à la responsabilité parentale dans l'ordre juridique national³⁰⁵⁷. L'intérêt de l'enfant est également consacré par la Convention de la Haye sur l'enlèvement international d'enfants³⁰⁵⁸. Les exceptions au principe du retour immédiat de l'enfant³⁰⁵⁹ dans le pays de sa résidence habituelle sont fondées sur cette notion³⁰⁶⁰. De même, l'autorité compétente n'accueille pas la demande de retour lorsque le mineur s'y oppose, à condition qu'il ait atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion³⁰⁶¹.

1110. Garante du respect de ces instruments supranationaux, la Cour de cassation réaffirme la nécessité absolue de prendre en considération l'intérêt de l'enfant. Par exemple, elle jugea que le fait pour un mineur de regagner l'Etat de sa résidence habituelle était conforme à son intérêt, dans l'attente d'une décision statuant au fond sur l'autorité

³⁰⁵³ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 8-4, 9-1, 22 et 28.

³⁰⁵⁴ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 22.

³⁰⁵⁵ Convention de La Haye du 19 octobre 1996, art. 8 et 9.

³⁰⁵⁶ Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 15.

³⁰⁵⁷ Règl (CE) n° 2201/2003, art. 23.

³⁰⁵⁸ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, préc.

³⁰⁵⁹ Convention de La Haye du 25 octobre 1980, art. 8.

³⁰⁶⁰ Convention de La Haye du 25 octobre 1980, art. 9b).

³⁰⁶¹ Convention de La Haye du 25 octobre 1980, art. 9.

parentale³⁰⁶². Des précisions supplémentaires furent apportées sur la situation des enfants victimes d'un enlèvement international³⁰⁶³. La Cour approuva les juges du fond d'avoir ordonné le retour immédiat de deux mineurs auprès de leur mère en Angleterre. A l'appui de son pourvoi, le père invoquait une atteinte à leur intérêt. L'un d'eux avait exprimé son refus de retourner vivre chez sa mère, allant jusqu'à la menacer. Pourtant, la Cour rejeta ce pourvoi. L'intérêt de l'enfant ne se confondait pas avec ses seules déclarations faites aux autorités. En l'état du conflit de loyauté³⁰⁶⁴ dans lequel se trouvaient les enfants, la seule opposition au retour exprimée par l'un d'eux ne suffisait pas à justifier une exception au principe du retour immédiat, alors que des mesures appropriées avaient été prises pour assurer leur protection et prévenir tout danger physique. Les précisions apportées par la Cour révèlent les contours de l'intérêt de l'enfant dans ces situations.

IIII. Surtout, la Convention internationale des droits de l'enfant insiste sur la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la sphère supranationale³⁰⁶⁵. Cette disposition, qui revêt une importance fondamentale, est directement applicable devant les juridictions françaises³⁰⁶⁶. La référence à un intérêt « *supérieur* » peut surprendre. Il semble que cette particularité, inhérente aux sources internationales du droit de la famille, résulte d'une traduction malheureuse. La version anglaise du texte vise le terme « *the best interests of the child* ». Une référence aux « *meilleurs intérêts de l'enfant* » aurait sûrement été préférable. L'usage du pluriel soulage l'interprète de la recherche presque impossible d'un seul et unique intérêt au profit de l'enfant. La notion, éminemment factuelle, suppose au contraire la prise en considération d'un ensemble de données circonstanciées. Le choix terminologique de recourir à l'expression « *intérêt supérieur de l'enfant* » encourt la critique à ce titre. L'expression tend pourtant à se substituer aux dispositions pertinentes du droit interne dans la jurisprudence³⁰⁶⁷, et la Cour s'y réfère lorsqu'est en cause la Convention internationale des droits de l'enfant. Sa sévérité est le plus souvent identique à celle observée lorsqu'est en cause l'intérêt de

³⁰⁶² Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2007, n° 07-10.190, *Bull. civ. I*, n° 261.

³⁰⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 09-66.406, *Bull. civ. I*, n° 160, *AJ fam.* 2010.482, note BOICHE.

³⁰⁶⁴ *Ibid.*

³⁰⁶⁵ CIDE, art. 3.1.

³⁰⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

³⁰⁶⁷ GOUTTENOIRE, A., *Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant*, in *Mél. Françoise Dekeuwer-Defossez*, Montchrestien, 2012, n° 147.

l'enfant au sens d'une règle juridique interne³⁰⁶⁸. Par exemple, une cour d'appel avait autorisé des enfants résidant avec leur mère au Luxembourg à poursuivre leur scolarité en France. Selon la décision critiquée, l'intérêt du père obligeait à ce changement d'établissement, puisqu'il ne parlait pas l'allemand³⁰⁶⁹. La mère se pourvut en cassation, invoquant l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. En s'abstenant de caractériser en quoi l'intérêt supérieur de l'enfant commandait la solution retenue, les juges du fond avaient entaché leur décision d'un défaut de base légale, de sorte que la cassation fut prononcée.

1112. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans la décision le concernant. Ce principe essentiel fut rappelé depuis, seul³⁰⁷⁰ ou dans un visa l'associant aux dispositions pertinentes du Code civil³⁰⁷¹. La jurisprudence révèle l'existence d'un strict contrôle de motivation suite à la reconnaissance de l'applicabilité directe de l'article 3.1 de la convention³⁰⁷². La rigueur formelle de la Cour de cassation tend néanmoins à s'atténuer. Deux pourvois furent ainsi rejetés³⁰⁷³, sans qu'aucune référence expresse à l'intérêt supérieur de l'enfant n'eût été exigée. Le contrôle présente désormais une dimension substantielle, ce qui favorise une analyse attentive de la motivation exprimée par les juges du fond. La Cour dévoile son approche de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme l'unité permettant d'apprécier l'opportunité d'une délégation-partage de l'autorité parentale par exemple³⁰⁷⁴. De même, un pourvoi formé contre l'annulation d'une filiation fut rejeté au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁰⁷⁵. Un couple avait recueilli la fille du beau-frère du mari et l'avait fait passer pour la leur. Des expertises biologiques démontrèrent l'impossibilité de la paternité et de la maternité et les liens de filiation furent annulés par les juges du fond en raison d'une fraude dans leur établissement. L'auteur du pourvoi considérait que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait que sa filiation demeurât établie mais la Cour de

³⁰⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005, préc.

³⁰⁶⁹ *Ibid.*

³⁰⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, préc.

³⁰⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, n° 06-12.655.

³⁰⁷² Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, préc.

³⁰⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2009, n° 08-14.917 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2009, n° 09-68.179.

³⁰⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 24 février 2006, n° 04-17.090, *Bull. civ. I*, n° 101 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 09-12.623, *Bull. civ. I*, n° 158.

³⁰⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 2011, n° 08-21.864,

cassation réfuta cette analyse en contrôlant les motifs des juges du fond³⁰⁷⁶. Ce faisant, elle attira l'attention sur l'interprétation de la notion en de telles circonstances.

1113. Le rejet du pourvoi fut aussi décidé dans une affaire où la fraude visait à établir un lien de filiation entre un enfant et ceux l'ayant recueilli à l'étranger, grâce à de faux documents attestant d'un accouchement fictif et d'une paternité mensongère³⁰⁷⁷. La Cour de cassation jugea qu' « à bon droit (...), l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi, étant observé en outre que l'enfant, de nationalité marocaine et résidant au Maroc, reste titulaire d'un acte de naissance marocain »³⁰⁷⁸. De prime abord, la présence évidente d'un marqueur du contrôle de qualification laissa sceptique. Pourtant, la solution fut ensuite reprise pour refuser la transcription des actes de l'état civil d'enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger³⁰⁷⁹. Refusant d'abandonner la qualification au pouvoir souverain des juges du fond, la Cour empêcha les juges du fond d'apprécier librement le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁰⁸⁰. Mais en imposant une telle solution, elle prit le risque de détourner la disposition conventionnelle de sa finalité³⁰⁸¹. De plus, elle éleva l'intérêt supérieur de l'enfant en outil d'une politique jurisprudentielle restrictive. La subordination de ce principe matriciel³⁰⁸² à l'ordre public suscita la discussion. Les inconvénients présentés par le recours à un contrôle de qualification portant sur l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvaient être passés sous silence. Il n'était guère souhaitable d'en figer le contenu. La notion ne saurait cependant justifier qu'il soit dérogé aux principes et aux valeurs essentielles de l'ordre juridique français, bien qu'une approche moins dogmatique eût été préférable. Suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de cette analyse³⁰⁸³, la Cour de cassation

³⁰⁷⁶ *Ibid.*

³⁰⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 2010, préc.

³⁰⁷⁸ *Ibid.*

³⁰⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, préc.

³⁰⁸⁰ GOUTTENOIRE, A., *op. cit.*

³⁰⁸¹ « C'est qu'en présupposant ou croyant qu'il y aurait une « vérité objective » pour les enfants ou pour tel ou tel enfant de ce qui constituerait leur « intérêt supérieur », les adultes ne feraient, en réalité, que projeter sur les enfants ou sur tel ou tel enfant leur propre vision du monde, et ils en arriveraient alors à instrumentaliser l'enfant dans une logique ou dans un discours qui ne serait pas le leur » - RENCHON, J.-L., art. préc.

³⁰⁸² GOUTTENOIRE, A., *op. cit.*

³⁰⁸³ CEDH, 22 juin 2014, préc.

procéda à un revirement de jurisprudence par deux arrêts³⁰⁸⁴, sans qu'aucune référence expresse ne soit faite à l'intérêt supérieur de l'enfant. A l'évidence, ces omissions furent volontaires, en dépit des moyens soulevés par les parties, fondés sur l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant pour certains d'entre eux. Elles étaient possibles au regard de la motivation retenue par les juges du fond, qui n'avaient pas fondé leurs décisions sur cette notion. La question était pourtant essentielle, mais seul le visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme rappela la prise en considération implicite de cette notion. La Cour de Strasbourg avait en effet condamné la France sur ce fondement, au motif d'une violation de la vie privée de l'enfant, puisque que le respect de son intérêt supérieur devait guider toute décision le concernant.

1114. L'analyse de la jurisprudence relative à l'intérêt de l'enfant révèle la capacité de la Cour de cassation à mettre en œuvre un contrôle de légalité à géométrie variable lorsqu'elle le décide. Il s'agit en effet d'une notion fonctionnelle qui doit rester souple pour atteindre son objectif, ce que permet la subtilité des mécanismes utilisés par la Cour. Formel à son origine, le contrôle exercé permit de garantir l'impératif imposé par la Convention internationale des droits de l'enfant. Une fois ce but atteint, le passage à un contrôle substantiel entraîna une raréfaction des cassations à visée disciplinaire³⁰⁸⁵, puis une autre étape fut franchie. La Cour de cassation contrôla la qualification, pour imposer une orientation aux juges du fond sur le problème de la gestation pour autrui, qui fut abandonnée suite à un remarquable revirement de jurisprudence. Loin de se heurter aux obstacles liés aux évolutions observées en droit de la famille, elle se sert des outils à sa disposition pour décider de la direction à suivre. Ce faisant, elle gouverne l'activité des juridictions familiales, parfois en pure opportunité. En réalité, la critique importe peu. Nulle autre institution ne dispose d'un arsenal suffisant pour assurer l'adaptation des règles de droit de la famille aux circonstances de fait. Nécessairement floue, la frontière entre ces éléments résulte d'un ouvrage perpétuel³⁰⁸⁶, ce qui permet à la Cour de cassation de mener à bien sa mission.

³⁰⁸⁴ Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, préc.

³⁰⁸⁵ La célèbre affirmation du doyen Marty revêt une acuité particulière au regard de de l'intérêt supérieur de l'enfant. « *C'est par d'incessantes applications à des faits toujours nouveaux que la règle de droit se précise, se modifie, devient plus complète, en un mot, vit* » - MARTY, G., th. préc., p. 350, n° 162.

³⁰⁸⁶ BUFFET, J., *Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, op. cit., p. 113.

CONCLUSION DU TITRE II

1115. Aménageant continuellement les modalités du contrôle de légalité, la Cour de cassation conserve la maîtrise de sa technique sans que la multiplication des sources du droit de la famille entrave sa mission. Elle vérifie la conformité des décisions rendues par les juges du fond aux règles juridiques en vigueur, internes ou internationales. De même, l'appréhension des faits à l'origine du litige justifie la mise en place d'un régime procédural gouvernant leur établissement par les juges du fond, où la conciliation opérée entre des intérêts souvent antagonistes mérite d'être soulignée. En outre, la variabilité du contrôle de qualification est parfaitement adaptée aux spécificités du droit de la famille. La Cour de cassation y procède lorsqu'elle l'estime opportun. A défaut, elle prend soin de préciser les contours du pouvoir souverain d'appréciation réservé aux juges du fond. Conclure à son retrait de cette matière est donc impossible. La Cour y exerce une influence majeure, en veillant sur l'application et l'interprétation d'un corpus normatif toujours plus complexe, dans une perspective indéniablement dynamique. Il n'est d'ailleurs guère souhaitable de chercher à distinguer exactement le fait du droit, ou le droit du fait. Le tracé d'une frontière trop nette entre ces éléments serait de nature à perturber un contrôle de légalité délibérément souple. La préservation de cet outil essentiel permet en effet l'adaptation de la technique de cassation aux évolutions du droit de la famille.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

1116. Le contrôle mené par la Cour de cassation répond aux particularités du droit de la famille. La diversité des cas d'ouverture à cassation répond à tous les vices susceptibles d'affecter les décisions rendues par les juges du fond en cette matière et la possibilité de relever au besoin d'office un moyen de pur droit offre à la Cour une indispensable marge de manœuvre. L'éparpillement des sources du droit de la famille, surtout liée au développement du droit international et du droit de l'Union européenne, ne l'empêche pas de mener à bien sa mission. Dans le respect de la hiérarchie des normes, la Cour résout les problèmes de droit, élaborant des techniques de raisonnement innovantes lorsque cela s'avère nécessaire. Tantôt elle vérifie la qualification retenue par les juges du fond, tantôt les juges du fond sont souverains pour l'apprécier. Mais quelle que soit l'hypothèse, il s'agit toujours d'un choix délibéré. En outre, lorsque la qualification est laissée aux juges du fond, la Cour exerce un contrôle de motivation approfondi qui lui permet d'exercer un contrôle de légalité approprié sur des notions pourtant éminemment factuelles, sans excéder ses attributions.

1117. La Cour de cassation appréhende les faits seulement au travers des vérifications portant sur l'application et l'interprétation des règles probatoires par les juges du fond. Elle offre parfois un véritable droit à la preuve aux justiciables, comme lorsqu'elle consacra le principe d'une expertise biologique de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de la refuser. De même, elle prend en considération les impératifs inhérents à la dimension intime et privée des litiges familiaux, décidant notamment d'aménagements à propos de l'administration de la preuve. La conciliation entre des intérêts parfois concurrents est ainsi assurée. La Cour veille sur les grands principes du droit processuel, sans pour autant occulter des difficultés probatoires irréductibles, ayant trait à la preuve du contenu du droit étranger ou à la nécessité de protéger l'enfant dans certaines situations.

1118. En définitive, l'unité d'application et d'interprétation des règles de droit de la famille sur le territoire de la République est garantie par l'adaptation de la fonction de cassation aux évolutions du droit de la famille, qui repose sur la complémentarité des cas d'ouverture à cassation et l'absence de frontière strictement définie entre le fait et le droit.

CONCLUSION

1119. L'influence de la Cour de cassation sur le droit de la famille n'est guère aisée à analyser, notamment en raison des évolutions observées en cette matière et des mystères qui, pour beaucoup, entourent encore cette juridiction. Au terme de cette étude, nombreux sont pourtant les constats qui s'imposent. Tout d'abord, le domaine du pourvoi en cassation est incontestablement large. A défaut de critère exclusif de qualification de l'acte juridictionnel, la majeure partie des décisions rendues par les juges du fond peuvent être critiquées devant la Cour. La volonté d'associer le justiciable à la procédure familiale, comme la perméabilité du système juridique aux techniques étrangères telles que le droit collaboratif, s'accompagnent d'un recours presque systématique à la fonction d'homologation judiciaire. Les orientations retenues par le législateur n'empêchent donc pas l'exercice du contrôle de légalité, puisqu'à l'issue de l'instance, l'acte revêt un aspect décisoire, qui incite à le considérer comme juridictionnel.

1120. Si tel est le cas, un pourvoi peut valablement être formé à son encontre, dont la recevabilité est subordonnée au respect des conditions entourant l'exercice de cette voie de recours extraordinaire. Strictes, ces exigences répondent aux finalités de la fonction de cassation, dans un souci de bonne administration de la justice. Seules les décisions contenant une disposition définitive et pour lesquelles aucun autre recours n'est possible peuvent faire l'objet d'un pourvoi immédiat, dans les délais précisés par le Code de procédure civile. Les pourvois du procureur général près la Cour de cassation échappent toutefois à ces règles. Fondés sur un excès de pouvoir, ils visent à sanctionner les irrégularités les plus graves menaçant le principe de séparation des pouvoirs. Dénonçant une irrégularité susceptible de justifier une cassation, les pourvois dans l'intérêt de la loi garantissent la conformité de toutes les décisions de justice aux règles juridiques en vigueur, même lorsque les parties se sont abstenues d'introduire un recours. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que la plupart de ces recours ont été formés en matière familiale, qu'il s'agisse de contraindre la Cour à se prononcer sur la question des maternités de substitution ou sur l'impossibilité d'assimiler la kafala à l'adoption. L'examen de la jurisprudence démontre toutefois leur rareté.

1121. L'exercice de la fonction de cassation suppose plutôt la formation d'un pourvoi par les parties à l'instance devant les juges du fond. A ces fins, elles doivent

disposer de la capacité, de la qualité et d'un intérêt pour agir. Ces conditions sont appréciées selon des modalités qui révèlent aussi la spécificité du pourvoi, le demandeur devant préalablement avoir succombé pour obtenir la cassation d'un dispositif lui faisant grief. La démonstration est facilitée par l'assistance d'un avocat aux Conseils car le droit de la famille est intégralement soumis à l'obligation de représentation. Loin de désavantager le justiciable, cette exigence, approuvée par la Cour européenne des droits de l'homme et dont l'extension fut d'ailleurs recommandée par la Cour de cassation, favorise les chances de succès du pourvoi et le bon déroulement de la procédure. Les particularités de la fonction de cassation sont mieux comprises, puisqu'elles sont expliquées par des professionnels avertis sans surcoût préjudiciable en raison de la possibilité de bénéficier d'une aide juridictionnelle.

1122. Les conséquences du pourvoi sur le litige familial sont aussi prises en considération. Bien qu'aucun sursis à statuer ne puisse être ordonné, les hauts magistrats disposent de certains pouvoirs pour accélérer le déroulement de la procédure et apporter une réponse rapide au problème de droit de la famille soulevé par les parties. Les contours du pourvoi sont donc adaptés aux spécificités de la matière, d'autant qu'en droit de la filiation et lorsque le prononcé d'un divorce ou d'une séparation de corps est critiqué, il produit un effet suspensif qui tend à protéger la stabilité des liens familiaux. De plus, le regroupement du contentieux devant la première chambre civile garantit la cohérence de la jurisprudence en droit de la famille, éloignant le risque de solutions contradictoires rendues par des formations différentes.

1123. En effet, la fonction de cassation est la source première de l'influence exercée par la Cour de cassation. A l'issue de l'instance, le rejet du pourvoi confère une autorité définitive de chose jugée à la décision rendue par les juges du fond, puisque nul recours juridictionnel ne peut plus être exercé à son encontre, que l'arrêt soit ou non motivé. A l'inverse, la cassation permet de sanctionner les irrégularités dont sont entachées les décisions de justice. Le litige est parfois immédiatement tranché, lorsque les circonstances de l'espèce s'y prêtent et que la Cour décide de casser sans renvoi. Mais l'interdiction qui lui est faite de s'intéresser aux faits oblige en principe à renvoyer l'examen de l'affaire. Des points d'achoppement peuvent alors apparaître. La résistance des juges du fond incite parfois la Cour à modifier les solutions qu'elle avait précédemment retenues, bien qu'elle dispose d'outils adéquats pour imposer ses décisions quand elle l'estime opportun, en ordonnant le renvoi du pourvoi devant l'Assemblée

plénière. Ce mécanisme est toutefois peu utilisé en droit de la famille, la Cour préférant éviter les clivages en établissant avec les juges du fond un dialogue utile à l'élaboration de sa jurisprudence. L'autorité de ses décisions s'en trouverait pourtant renforcée, comme ce fut pour le revirement de jurisprudence relatif à la transcription dans les registres de l'état civil français des actes de naissance établis à l'étranger pour des enfants nés suite à une gestation pour autrui. La Cour tarda cependant à se réunir en Assemblée plénière pour trancher la question, tout comme elle s'y refusa dans d'autres circonstances, pour statuer sur la reconnaissance des répudiations unilatérales ou des jugements étrangers prononçant une adoption homoparentale avant la réforme opérée par la loi du 17 mai 2013.

1124. De même, la brièveté et la concision des motifs qu'elle retient à l'appui de ses décisions suscitent la discussion, en raison des difficultés entourant leur compréhension. L'indication d'un visa dans les arrêts de rejet et la généralisation des chapeaux pourraient atténuer ces incertitudes, mais inciter la Cour à développer sa motivation en y insérant des données autres que juridiques ne semble guère opportun. Juge du droit, elle ne peut outrepasser les limites de ses attributions, d'autant que la publication de communiqués démontre déjà une prise en considération de ces éléments. Cette technique exogène de motivation lui offre la possibilité de préciser sa jurisprudence, tout en situant ses décisions dans un contexte élargi. Les évolutions du droit prennent ainsi relief, notamment lorsqu'elle décide d'opérer des revirements de jurisprudence. Leur imprévisibilité et leur portée rétroactive demeurent néanmoins difficiles à combattre puisqu'elles sont intrinsèquement liées à l'exercice de la fonction de cassation. Ces inconvénients ne sont cependant guère prégnants en droit de la famille, où la Cour manie avec une grande prudence sa faculté de revirement. Elle ne procède qu'aux modifications indispensables, comme cela fut le cas suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou lorsqu'elle décida de reconnaître une applicabilité directe à certaines dispositions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant. La justification des revirements réside essentiellement dans la nécessité d'adapter aux besoins de la société l'application et l'interprétation des règles juridiques en vigueur, ce qui souligne le dynamisme de la fonction de cassation.

1125. L'accroissement des compétences dévolues à la Cour de cassation renforce encore ce constat. Ses publications facilitent la diffusion de sa jurisprudence et sont propices à des échanges instructifs sur la place qu'elle occupe actuellement et pour

l'avenir, surtout par la reproduction dans le rapport annuel des discours prononcés lors des audiences solennelles. En outre, les études qui y sont aussi publiées révèlent la collaboration existant entre les magistrats de la Cour et la doctrine, tandis que la saisine pour avis instaure un dialogue direct avec les juges du fond, qui peuvent interroger la Cour sur les difficultés qu'ils rencontrent dans la pratique judiciaire. La résolution de problèmes d'ordre procédural ou substantiel emprunte cette voie et les avis rendus sont le plus souvent respectés, malgré leur absence formelle d'autorité. Seule la faible propension des juridictions à y avoir recours nuit au succès de la procédure, qui présente pourtant des avantages incontestables. La saisine pour avis offre en effet la possibilité de préciser la jurisprudence avant qu'un pourvoi soit formé, favorisant ainsi l'unité d'application et d'interprétation du droit de la famille sans avoir recours à la fonction de cassation.

1126. La Cour a également su s'imposer dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a posteriori, par le biais du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui incombe. Elle a ainsi apporté d'utiles précisions sur les dispositions susceptibles d'être dénoncées par les justiciables, une question prioritaire de constitutionnalité pouvant désormais viser sa propre jurisprudence. Les difficultés de la conciliation du contrôle de constitutionnalité a posteriori avec le contrôle de conventionnalité ont également pu être révélées, comme la nécessité de maintenir cohérentes les jurisprudences du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. La fonction de cassation est d'ailleurs utile pour pallier les conséquences du contrôle de constitutionnalité a posteriori, notamment lorsque la Cour de cassation est confrontée à l'abrogation différée d'une disposition législative. S'abstenant d'appliquer cette règle juridique à l'espèce, elle peut la juger contraire à la Convention européenne des droits de l'homme pour l'écarter. La complémentarité de ses fonctions est indubitable. Grâce à la diversité des sources de son influence, la Cour de cassation prend en considération les particularités du droit de la famille et il en va de même pour l'examen des pourvois.

1127. Caractérisée par l'absence d'énumération des cas d'ouverture à cassation et par le recours opportun à des mécanismes de substitution et de suppléance de motifs ou de moyens, la technique de cassation est adaptée aux phénomènes qui affectent la matière. Le développement des sources internationales et européennes du droit de la famille et l'incursion de notions à forte connotation factuelle auraient pu nuire à l'exercice

du contrôle de légalité, or il n'en est rien. La hiérarchie des normes est garantie par la mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité approprié, tandis que l'autorité interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme tend à être consacrée et justifie certains revirements de jurisprudence. La Cour soulève au besoin d'office la violation d'une convention internationale ou d'un règlement communautaire, dans le respect des principes gouvernant leur application et leur interprétation. Elle veille à la primauté du droit de l'Union européenne, obligeant les juges du fond à se fonder sur ces dispositions pour déterminer leur compétence juridictionnelle par exemple. Elle décide du contenu de l'ordre public international français, contrôlant notamment les conditions de l'accueil des jugements étrangers et le résultat de l'application des lois étrangères le cas échéant. Elle précise les mécanismes du droit international privé, élaborant des théories nouvelles telles que l'équivalence des solutions, s'immisçant dans le contrôle de l'application et de l'interprétation de la loi étrangère par le biais de la dénaturation et du manque de base légale. Loin de restreindre son influence, l'internationalisation du droit de la famille la renforce.

1128. A ces fins, le raisonnement mené peut parfois surprendre, comme lorsque la Cour prononça la cassation d'une décision ayant annulé un mariage incestueux. Elle procéda à un contrôle de proportionnalité implicite, qui supposait de s'intéresser aux circonstances de l'espèce. D'un abord malaisé, la distinction entre le fait et le droit doit toutefois être respectée car elle délimite les contours de la fonction de cassation. La Cour s'approprie la connaissance des faits selon les constatations établies par les juges, tout en précisant la portée du droit à la preuve dont disposent les parties. Elle procède aux aménagements nécessaires, la dimension intime et privée du litige familial compliquant parfois l'administration de la preuve et obligeant à concilier des intérêts antagonistes. De plus, la variabilité du contrôle de qualification lui garantit la maîtrise de ses orientations jurisprudentielles. Lorsqu'elle décide d'y procéder, elle définit les conditions d'application des règles juridiques en vigueur. Elle s'en abstient pour respecter les orientations retenues par le législateur. En effet, le recours fréquent à des notions floues incite à reconnaître aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation pour adapter la réponse judiciaire à chaque situation. Confrontée à un problème de droit relatif à l'intérêt de l'enfant ou à l'intérêt de la famille, la Cour de cassation n'abdique cependant pas toute forme de contrôle. Elle s'intéresse alors à la motivation retenue à l'appui de la décision critiquée par le pourvoi, précisant ainsi l'interprétation de la notion considérée.

1129. Ni la complexité croissante du corpus normatif, ni l'incursion de notions floues n'empêchent la Cour de cassation de mener à bien les missions qui lui incombent. L'interdiction qui lui est faite de constater les circonstances de l'espèce ne constitue pas davantage un obstacle. Au contraire, l'impossibilité de tracer une frontière nette entre le fait et le droit permet de résoudre tous les problèmes soulevés par les pourvois. Pouvoir moduler la distinction entre ces notions est nécessaire, sous peine de menacer l'application et l'interprétation uniforme des règles juridiques en vigueur. Les discussions portant sur la redéfinition du rôle de la Cour de cassation ne remettent d'ailleurs pas en cause ce levier indispensable à l'efficacité du contrôle de légalité. Certes, des améliorations sont susceptibles d'être apportées à l'exercice de la fonction de cassation. Abandonner le recours à un syllogisme parfois artificiel, en vue d'introduire un contrôle de proportionnalité reflétant les intérêts ayant présidé à la décision rendue par la Cour, constitue l'une des hypothèses de travail retenue. Cette révolution ne pourra toutefois être opérée sans difficultés. Un constat évident ne doit pas être négligé : la Cour de cassation fait face à l'éclatement des sources, assurant leur coexistence et leur hiérarchisation. S'immiscant dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en filtrant les questions prioritaires de constitutionnalité, elle en précise utilement les contours. Tenu de garantir les engagements internationaux de la France, elle contrôle la conformité des décisions de justice aux conventions internationales et établit un lien indispensable avec la Cour de Strasbourg pour l'application et l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles. Confrontée à des éléments d'extranéité, elle met en place des mécanismes préservant les valeurs essentielles du *for*, dans le respect des solutions retenues par la Cour de justice de l'Union européenne et des souverainetés étatiques étrangères. Qu'elle procède à des revirements de jurisprudence ou qu'elle décide de prendre en considération les circonstances de l'espèce pour apporter une solution appropriée au litige, elle adapte constamment le droit aux besoins de la société. Certes, des évolutions sont possibles. Les facultés d'adaptation qui sont d'ores et déjà les siennes, indubitables, ne doivent pas être omises au cours des réflexions portant sur les réformes susceptibles d'être envisagées.

TABLE DES MATIERES

<u>LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</u>	1
<u>SOMMAIRE</u>	5
<u>INTRODUCTION</u>	11
<u>PARTIE I : L'INFLUENCE DE LA COUR DE CASSATION EN DROIT DE LA FAMILLE : SES MODALITES D'EXERCICE</u>	29
<u>TITRE 1 : LE POURVOI EN CASSATION, CONDITION DE LA FONCTION DE CASSATION</u>	31
<u>CHAPITRE 1 : LES DECISIONS SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UN POURVOI EN CASSATION</u>	33
I. LA NOTION DE JUGEMENT EN DROIT DE LA FAMILLE	33
§1. LES CRITERES FORMELS DE LA NOTION DE JUGEMENT	34
A. La composition des juridictions familiales	34
1) Les juges compétents en droit de la famille	34
2) Le pôle famille	36
B. Les particularités de la procédure familiale	39
1) Les aménagements nécessaires en droit de la famille	40
a) Le droit à un juge impartial et indépendant	40
b) Les exceptions aux grands principes du droit processuel	42
2) L'association des parties à la justice familiale	44
a) La place importante réservée à la conciliation	44
b) Le droit collaboratif, facteur perturbateur de la procédure familiale	46
§2. LES CRITERES MATERIELS DE LA NOTION DE JUGEMENT EN DROIT DE LA FAMILLE	48
A. La finalité et l'objet du jugement en droit de la famille	48
1) L'incidence de la finalité de l'acte au regard de la recevabilité du pourvoi	48
a) La notion de finalité de l'acte juridictionnel	48
b) L'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé à l'encontre d'un acte dépourvu de finalité juridictionnelle	50
2) La distinction entre les jugements gracieux et contentieux et la recevabilité du pourvoi en cassation	53
a) Le critère non pertinent tiré de l'existence d'une contestation	54
b) La recevabilité du pourvoi formé à l'encontre d'un jugement gracieux	55
B. L'aspect décisoire de l'acte juridictionnel critiqué	56
1) La structure de l'acte visé par le pourvoi : l'exigence d'une décision	57
a) La formalisation de la décision : le dispositif	57

b) La notion de décision, critère de l'acte juridictionnel	58
2) L'incidence du phénomène de contractualisation du droit de la famille sur la recevabilité du pourvoi en cassation	60
a) La place grandissante des accords de volonté en droit de la famille	60
1. Le couple, le juge et le consensualisme	60
2. L'enfant, le juge et le consensualisme	62
b) La recevabilité du pourvoi en cassation formé contre les accords familiaux judiciarisés	63
1. L'irrecevabilité du pourvoi formé contre un jugement de donné-acte	64
2. La recevabilité du pourvoi formé contre un jugement d'homologation	66
II. LE TEMPS DU POURVOI EN CASSATION	69
§1. LE MOMENT DU POURVOI EN CASSATION	69
A. Le caractère définitif du jugement critiqué	69
1) Les jugements contenant une disposition définitive	70
a) Les jugements définitifs	70
b) Les jugements mixtes	73
2) La recevabilité immédiate du pourvoi contre une décision de la juridiction provisoire autonome	76
a) Le pourvoi formé contre une ordonnance de référé	76
b) Le pourvoi formé contre une ordonnance sur requête	80
B. Le pourvoi différé contre le jugement ne contenant aucune disposition définitive	82
1) Les jugements non susceptibles d'un pourvoi immédiat	83
2) La nécessité de différer le pourvoi en cassation	85
§2. LE JUGEMENT RENDU EN DERNIER RESSORT MAIS NON IRREVOCABLE	87
A. L'exigence tenant à la fermeture des autres voies de recours	87
1) Le principe : la fermeture des autres voies de recours juridictionnelles	87
2) Les exceptions : le recours simultané à l'action en révision, en interprétation ou en rectification et à la voie de la cassation	90
B. L'encadrement temporel du pourvoi en cassation	93
1) Le délai du pourvoi et l'exigence de signification	93
2) Les cas particuliers	95

CHAPITRE 2 : L'INSTANCE DEVANT LA COUR DE CASSATION **99**

I. LES PARTIES A L'INSTANCE DEVANT LA COUR DE CASSATION	99
§1. LES CONDITIONS RELATIVES AUX PARTIES DEVANT LA COUR DE CASSATION	100
A. La capacité d'ester en justice des membres de la famille devant la Cour de cassation	100
1) La capacité de jouissance des membres de la famille et le pourvoi en cassation	100
a) Le décès avant la formation du pourvoi en cassation	101
b) Le décès après la formation du pourvoi	103
2) La capacité d'exercice des membres de la famille	104
a) Le mineur non émancipé devant la Cour de cassation	104
b) Le majeur protégé devant la Cour de cassation	107
1. Le majeur sous tutelle devant la Cour de cassation	107
2. Le majeur sous curatelle devant la Cour de cassation	109
B. La qualité et l'intérêt à se pourvoir en cassation	112
1) La qualité de la partie à l'instance	112
a) La titularité du droit invoqué à l'appui du pourvoi	112

b) La qualité pour agir devant la Cour de cassation	115
2) L'intérêt à agir	117
a) La notion d'intérêt à agir devant la Cour de cassation	118
1. La notion d'intérêt à agir en justice	118
2. La spécificité de l'intérêt à agir devant la Cour de cassation	122
b) L'intérêt né et actuel à se pourvoir en cassation	124
1. L'intérêt né et actuel à agir en justice	124
2. Les dérogations au principe : le pouvoir de police de la Cour de cassation	125
§2. LA REPRESENTATION ET L'ASSISTANCE DES PARTIES DEVANT LA COUR DE CASSATION	126
A. L'obligation de représentation des parties devant la Cour de cassation	126
1) La soumission du droit de la famille à l'obligation de représentation	126
a) Fondement et portée de l'obligation de représentation devant la Cour de cassation	127
b) La finalité de l'exigence de représentation devant la Cour de cassation	128
2) Le monopole de représentation des avocats aux Conseils	128
a) Les avocats aux Conseils	129
b) La reconnaissance du monopole des avocats aux Conseils	130
B. La mise en œuvre de l'obligation de représentation devant la Cour de cassation	132
1) La protection du droit au pourvoi	132
2) Le bénéfice de l'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation	133
a) Le droit à l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation	133
b) La demande auprès du bureau de l'aide juridictionnelle	136
II. LA PROCEDURE DU POURVOI DIRIGE CONTRE UN JUGEMENT EN DROIT DE LA FAMILLE	138
§1. LA SOUMISSION DU DROIT DE LA FAMILLE A LA PROCEDURE ORDINAIRE	139
A. Les étapes spécifiques de la procédure ordinaire	139
1) La formation du pourvoi en cassation	139
a) La recevabilité de la déclaration de pourvoi	139
1. Le contenu de la déclaration de pourvoi en cassation	139
2. Les formalités relatives au dépôt de la déclaration de pourvoi	141
b) Les conséquences du dépôt de la déclaration de pourvoi	142
1. Les diligences à la charge du greffier suite au dépôt de la déclaration de pourvoi	142
2. Le dépôt de la déclaration de pourvoi, point de départ de la procédure	142
2) L'instruction du pourvoi en cassation	143
a) Le contenu du mémoire ampliatif	143
1. Les moyens de cassation contenus dans le mémoire ampliatif	144
2. Les pièces contenues dans le mémoire ampliatif	145
b) Le dépôt du mémoire ampliatif et des productions	147
3) Le dépôt du mémoire en défense et la formation d'un pourvoi incident	148
a) Le mémoire en défense	148
b) Le pourvoi incident	149
B. Le jugement du pourvoi en cassation	150
1) La préparation de la décision	150
a) Le rôle du conseiller rapporteur	150
b) Le rôle de l'avocat général	152
c) La conférence	153
2) La décision	154
a) L'audience	155

b) Le délibéré	156
c) Le prononcé de l'arrêt	156
§2. LE CADRE TEMPOREL DU POURVOI EN CASSATION FORME EN DROIT DE LA FAMILLE	158
A. Les effets du pourvoi sur la situation familiale	158
1) Le principe de l'effet non suspensif du pourvoi et ses conséquences	158
2) L'exception : l'effet suspensif du pourvoi en matière familiale	159
a) L'effet suspensif du pourvoi sur le prononcé d'un divorce ou d'une séparation de corps	160
1. La variabilité de l'effet suspensif selon l'objet du pourvoi	160
2. Les conséquences de l'effet suspensif du pourvoi sur le divorce et la séparation de corps	161
b) L'effet suspensif du pourvoi en cassation en droit de la filiation	163
B. La maîtrise du temps de l'instance	164
1) L'absence de modulation directe des effets du pourvoi	164
a) Les inconvénients de l'absence de sursis à exécution à l'initiative de la Cour de cassation	165
b) L'existence d'un effet suspensif de fait	166
2) La régulation du temps de l'instance par la Cour de cassation	167
a) La procédure urgente	167
b) La fixation du jour de l'audience par le président de la chambre saisie	169

CONCLUSION DU TITRE 1 **171**

TITRE II : LES FONCTIONS DE LA COUR DE CASSATION **173**

CHAPITRE 1 : LA FONCTION DE CASSATION **175**

I. L'AUTORITE JURIDICTIONNELLE DE LA COUR DE CASSATION	175
§1. L'AUTORITE DES ARRÊTS RENDUS PAR LA COUR DE CASSATION	175
A. Les contours de l'autorité de la chose jugée en cassation	176
1) Les arrêts rejetant le pourvoi en cassation	176
a) Les arrêts de rejet au sens strict	176
b) Les arrêts de rejet non motivé du pourvoi	178
2) L'arrêt de cassation	181
a) L'étendue de la cassation au regard des parties et des tiers intéressés	181
b) L'étendue de la cassation au regard des moyens avancés au soutien du pourvoi	183
B. Les conséquences attachées à l'autorité de chose jugée en cassation	186
1) Les possibilités de contestation de la décision rendue par la Cour de cassation	186
a) La fermeture des voies de recours juridictionnelles contre l'arrêt de la Cour de cassation	186
b) Les voies de recours ouvertes contre un arrêt de la Cour de cassation	189
2) Les conséquences de l'autorité juridictionnelle attachée à la cassation	191
a) La cassation par voie de conséquence des décisions ultérieures portant sur le même litige	191
b) Les conséquences de la cassation sur l'exécution du jugement de droit de la famille	195
§2. LE RENVOI APRES CASSATION	196
A. La cassation sans renvoi	197
1) Le domaine de la cassation sans renvoi	197
a) La disparition de l'objet du litige suite à la cassation	198

b) La possibilité d'apporter immédiatement une solution au litige	200
2) Les avantages et les inconvénients de la cassation sans renvoi	203
a) L'intérêt du recours à la cassation sans renvoi	203
b) Les dangers du recours à la cassation sans renvoi	204
B. Le renvoi après cassation devant les juridictions familiales	207
1) La saisine de la juridiction de renvoi	207
a) Les modalités de saisine de la juridiction de renvoi	207
b) L'instance devant la juridiction de renvoi	209
2) La résistance de la juridiction de renvoi	212
a) L'absence de caractère impératif de la solution de la Cour de cassation	212
b) La possibilité de former un second pourvoi devant l'Assemblée plénière	214
II. L'ELABORATION DE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT DE LA FAMILLE	217
§1. LES INSTRUMENTS PERMETTANT L'ELABORATION DE LA JURISPRUDENCE	217
A. Les spécificités structurelles de la Cour de cassation au regard du droit de la famille	217
1) La place prépondérante de la première chambre civile en droit de la famille	217
a) L'orientation du pourvoi vers la première chambre civile de la Cour de cassation	218
b) Le regroupement du contentieux familial devant la première chambre civile de la Cour de cassation	219
2) La saisine de l'Assemblée plénière en droit de la famille	220
a) Les hypothèses de saisine de l'Assemblée plénière	220
b) La rareté de la saisine de l'Assemblée plénière en droit de la famille	222
B. L'importance de la motivation des arrêts rendus par la Cour de cassation	225
1) L'obligation de motivation par la Cour de cassation	225
a) L'existence de l'obligation de motivation	225
b) Les formes de la motivation	226
2) Le contenu de la motivation en droit de la famille	229
a) La qualité de la motivation exprimée par la Cour de cassation	229
b) Les motifs exogènes des arrêts de la Cour de cassation	234
§2. LES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE EN DROIT DE LA FAMILLE	237
A. La notion de revirement de jurisprudence en droit de la famille	238
1) La définition du revirement de jurisprudence	238
2) Les faux revirements observés en droit de la famille	240
B. Les inconvénients des revirements de jurisprudence	242
1) L'imprévisibilité des revirements de jurisprudence	242
2) La rétroactivité des revirements de jurisprudence	245

CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS ANNEXES DE LA COUR DE CASSATION **249**

I. L'INFLUENCE DES FONCTIONS ANNEXES DE LA COUR DE CASSATION SUR LE DROIT DE LA FAMILLE	249
§1. LES PUBLICATIONS DE LA COUR DE CASSATION	249
A. La publication des arrêts rendus	250
1) L'opportunité de la publication d'une décision	250
2) Les formes de la publication des arrêts au bulletin civil	252
B. Les apports du rapport annuel de la Cour de cassation	254
1) L'explication de la jurisprudence par la Cour de cassation dans son rapport annuel	254
2) Les autres éléments contenus dans le rapport annuel de la Cour de cassation	259

§2. LA SAISINE POUR AVIS DE LA COUR DE CASSATION	262
A. La demande d'avis par les juges du fond	262
1) Le domaine de la saisine pour avis	262
2) Les conditions de la saisine pour avis	265
B. Les conséquences de la saisine pour avis	269
1) Les conséquences de la saisine pour avis sur l'instance	269
2) Les conséquences de la saisine pour avis sur l'interprétation du droit de la famille	271
II. LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE EN DROIT DE LA FAMILLE	274
§1. LA FORMATION D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE	274
A. La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité	275
1) Le contexte autorisant la formation d'une question prioritaire de constitutionnalité	275
a) Les conditions relatives à l'auteur d'une question prioritaire de constitutionnalité	275
b) Le moment de la question prioritaire de constitutionnalité	277
2) L'encadrement procédural de la question prioritaire de constitutionnalité	278
a) La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant les juges du fond	279
b) La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour de cassation	281
B. Les conditions substantielles de la question prioritaire de constitutionnalité	283
1) Le domaine de la question prioritaire de constitutionnalité en droit de la famille	283
a) Les droits et libertés garantis par le Conseil constitutionnel	284
b) La notion de disposition législative	286
2) Les difficultés de l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité	289
a) L'exclusion des droits et libertés garantis par une convention internationale	290
b) La règle de priorité au profit du contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	292
§2. LE TRAITEMENT DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITE	296
A. Le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation	296
1) Les conditions communes à la Cour de cassation et aux juges du fond	296
a) Une disposition applicable au litige	296
b) L'absence de « précédent » dans la jurisprudence constitutionnelle	299
2) Les conditions spécifiques à la transmission de la question au Conseil constitutionnel	301
a) Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité	301
b) La nouveauté de la question prioritaire de constitutionnalité	307
B. La décision du Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité de la disposition législative	308
1) La constitutionnalité de la disposition critiquée	309
a) La constitutionnalité absolue de la règle de droit	309
b) Le respect des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel par la Cour de cassation	310
2) L'inconstitutionnalité de la disposition législative	311
a) L'abrogation immédiate de la règle juridique inconstitutionnelle	311
b) L'abrogation différée de la règle juridique inconstitutionnelle	313
CONCLUSION DU TITRE II	317
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	319

PARTIE II : L'INFLUENCE DE LA COUR DE CASSATION EN DROIT DE LA FAMILLE : L'EXAMEN DU POURVOI **321**

TITRE I : LA SOUPLESSE DE LA TECHNIQUE DE CASSATION AU BENEFICE DU DROIT DE LA FAMILLE **323**

CHAPITRE 1 : LES CAS D'OUVERTURE A CASSATION **325**

I. LES CAS D'OUVERTURE A CASSATION RELATIFS AU CONTEXTE ENTOURANT LA DECISION	325
§1. LA CASSATION RESULTANT DU NON-RESPECT DES REGLES GOUVERNANT L'INSTANCE	326
A. Le non-respect des règles de compétence juridictionnelle	326
1) L'incompétence des juges du fond	326
2) L'excès de pouvoir	328
B. Les cas d'ouverture à cassation liés à la régularité de la procédure	332
1) Le vice de forme <i>stricto sensu</i>	332
2) La violation des grands principes de la procédure	338
§2. LE MAINTIEN DE LA DECISION CRITIQUEE PAR LE POURVOI DANS SON CONTEXTE JURIDIQUE	342
A. La perte de fondement juridique	342
B. La contrariété de décisions	344
II. LES CAS D'OUVERTURE A CASSATION LIES A L'APPLICATION ET A L'INTERPRETATION DES REGLES DE DROIT	349
§1. LE CONTROLE DE LA MOTIVATION DES DECISIONS	349
A. Les vices de la motivation inhérents à la décision attaquée	349
1) Le défaut de motifs	350
a) Le défaut total de motifs	350
b) Le défaut de réponse à conclusions	352
c) La contrariété de motifs	356
d) La sanction des motifs dubitatifs ou hypothétiques	358
2) Le manque de base légale	360
B. La dénaturation en droit de la famille	364
1) Le fondement de la théorie de la dénaturation	365
2) Les conditions de la cassation en raison d'une dénaturation	367
§2. LA VIOLATION DE LA LOI <i>STRICTO SENSU</i>	369
A. La violation de la loi <i>stricto sensu</i>	369
1) Le domaine du cas d'ouverture à cassation pour violation de la loi	369
2) Le mécanisme de la cassation pour violation de la loi	370
B. Les formes de la cassation pour violation de la loi <i>stricto sensu</i>	371
1) Le refus d'application d'une règle de droit claire et précise	372
2) La fausse application d'une règle de droit de la famille claire et précise	373
3) La fausse interprétation d'une règle de droit imprécise	374

I. LA RECEVABILITE DES MOYENS DE CASSATION	377
§1. LES IRRECEVABILITES DIRIMANTES LIEES A LA NOTION D'INTERET A LA CASSATION	377
A. Le moyen dirigé contre un chef du dispositif faisant grief	378
1) Le moyen dirigé contre un chef du dispositif	378
2) La nécessité d'un grief causé par le chef du dispositif attaqué	379
3) La précision du moyen de cassation	381
B. Le moyen contraire aux précédentes écritures	382
1) Le fondement de l'irrecevabilité des moyens contraires aux précédentes écritures	382
2) La sanction des contradictions intra-processuelles	384
§2. L'IRRECEVABILITE DES MOYENS NOUVEAUX DEVANT LA COUR DE CASSATION	386
A. Le principe d'irrecevabilité des moyens nouveaux	386
1) La justification de l'irrecevabilité des moyens nouveaux	386
2) L'appréciation de la nouveauté du moyen	388
a) Les critères d'appréciation de la nouveauté	388
b) L'objet de la nouveauté du moyen	390
B. La recevabilité exceptionnelle de certains moyens nouveaux	392
1) Les moyens révélés par la décision critiquée ou par le pourvoi en cassation	392
a) Les moyens révélés par la décision attaquée	392
b) Les moyens révélés par le pourvoi en cassation	394
2) Les moyens de pur droit et d'ordre public	395
a) Le moyen de pur droit	395
b) La subsistance des moyens d'ordre public fondés sur une règle de droit	398
II. L'EFFICACITE DES MOYENS DE CASSATION	402
§1. L'INEFFICACITE DU MOYEN DE CASSATION	402
A. La théorie de l'erreur causale	402
1) L'erreur matérielle et le pouvoir de rectification dévolu à la Cour de cassation	402
2) La surabondance du motif critiqué par le moyen	405
B. L'inefficacité du moyen de cassation en raison d'une substitution ou d'une suppléance de motifs	408
1) La substitution de motifs	408
2) La suppléance de motifs	412
§2. LE MOYEN DE CASSATION RELEVE D'OFFICE	414
A. Le pouvoir du juge de relever d'office un moyen de pur droit	415
1) La justification du mécanisme de la substitution de moyens	415
2) L'encadrement procédural de la substitution de moyen	417
B. Le recours à la substitution de moyen en droit de la famille	418
1) Les éléments de la décision critiquée permettant la substitution de moyen	418
2) Le fondement du moyen de pur droit substitué	419

**TITRE II : LA REPOSE APPOREE PAR LA COUR DE CASSATION AUX
EVOLUTIONS DU DROIT DE LA FAMILLE** **425**

**CHAPITRE 1 : L'ADAPTATION DU CONTROLE DE LEGALITE A
L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE LA FAMILLE** **427**

I. LA COUR DE CASSATION CONFRONTEE A L'INTERNATIONALISATION DU DROIT DE LA FAMILLE	427
§1. LA CONFRONTATION DE LA TECHNIQUE DE CASSATION AUX CONVENTIONS INTERNATIONALES	428
A. L'application des règles de droit international concernant le droit de la famille	428
1) L'applicabilité des conventions internationales en droit de la famille	428
a) L'applicabilité directe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	429
b) L'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant	431
2) L'incidence des conventions internationales sur l'exercice du contrôle de légalité	433
a) La mise en œuvre du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation	433
b) L'application spontanée des conventions internationales par la Cour de cassation	435
c) L'application « commandée » des conventions internationales par la Cour de cassation	439
B. L'interprétation des conventions internationales par la Cour de cassation	441
1) Le juge national, interprète privilégié des sources internationales en droit de la famille	442
2) Les principes interprétatifs dégagés par la Cour de cassation	443
a) L'interprétation de la Convention internationale des droits de l'enfant	444
b) L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme	446
§2. LA COUR DE CASSATION CONFRONTEE AU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	450
A. L'eupéanisation du droit de la famille	450
1) Les normes du droit primaire de l'Union européenne relatives au droit de la famille	450
2) Le droit dérivé de l'Union européenne devant la Cour de cassation	453
B. L'application et l'interprétation du droit de l'Union européenne	454
1) L'effet direct des dispositions du droit de l'Union européenne en droit de la famille	454
2) L'interprétation du droit de l'Union européenne	455
II. LA COUR DE CASSATION CONFRONTEE AU DROIT APPLICABLE AUX LITIGES FAMILIAUX COMPORTANT UN ELEMENT D'EXTRANEITE	458
§1. LA COUR DE CASSATION, LA COMPETENCE DU JUGE ET L'ACCUEIL DES JUGEMENTS ETRANGERS EN DROIT DE LA FAMILLE	459
A. La jurisprudence relative aux conflits de compétences juridictionnelles en droit international privé de la famille	459
1) L'attribution de la compétence juridictionnelle internationale sur le fondement des instruments supranationaux	459
a) Les traités et conventions attributifs de compétence en droit international	460
b) La violation des règlements du droit de l'Union européenne attributifs de compétence juridictionnelle	463
2) La résolution des conflits de juridictions en droit international privé interne de la famille	471
a) L'internationalisation des règles internes de compétence juridictionnelle par la Cour de cassation	471
b) La place exorbitante assignée par la Cour de cassation aux privilèges de juridiction	474

B.	La Cour de cassation confrontée aux jugements étrangers rendus en droit de la famille	479
1)	La nécessité d'un contrôle de régularité des décisions étrangères	480
a)	L'existence d'une coopération judiciaire internationale	480
b)	Les effets des jugements étrangers dans la jurisprudence de la Cour de cassation	484
2)	Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'efficacité des jugements étrangers	486
a)	L'office du juge confronté à un jugement étranger en droit de la famille	486
b)	Les conditions de régularité des jugements étrangers rendus en droit de la famille	489
1.	La compétence indirecte du juge étranger	489
a.	L'absence de compétence exclusive des juridictions françaises pour connaître du litige	490
b.	L'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'Etat où l'arrêt a été rendu	494
c.	L'absence de fraude à la juridiction	496
2.	La conformité de la décision rendue à l'ordre public international français	499
a.	L'actualité de l'ordre public	499
b.	La variabilité spatiale de l'ordre public	503
3.	L'exception de fraude à l'encontre d'un jugement étranger	506
§2.	LA RESOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN DROIT DE LA FAMILLE	509
A.	L'identification de la loi applicable au litige	509
1)	La résolution des conflits de lois contrôlée par la Cour de cassation	510
a)	Les techniques de résolution des conflits de lois en droit de la famille	510
b)	L'office du juge à l'égard de la règle de conflit de lois	517
2)	Les modalités relatives à la connaissance et à la preuve de la loi étrangère	520
a)	La charge de la preuve du contenu du droit étranger	520
b)	Les modes d'établissement de la teneur du droit étranger admis par la Cour de cassation	523
B.	La mise en œuvre de la norme familiale étrangère désignée par la règle de conflit de lois	525
1)	L'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois	525
a)	La notion d'ordre public international précisée par la Cour de cassation en droit de la famille	525
1.	La notion d'ordre public international	526
2.	La variabilité de l'ordre public international	527
a.	La variabilité temporelle de l'ordre public international	527
b.	La variabilité spatiale de l'ordre public	529
b)	Le contrôle de la fraude à la loi par la Cour de cassation	531
2)	Le contrôle exercé sur l'application de la norme étrangère désignée par la règle de conflit	535
a)	La faible efficacité du grief de dénaturation de la loi étrangère	536
b)	Le manque de base légale au regard de l'application d'une loi étrangère	539

CHAPITRE 2 : L'INCURSION DU FAIT DANS LE CONTROLE DE LEGALITE 543

I.	LE CONTROLE EXERCE SUR LA CONSTATATION DES FAITS	543
§1.	LE NECESSAIRE RESPECT DES REGLES PROBATOIRES EN DROIT DE LA FAMILLE	544
A.	L'exclusion de certains modes de preuve garantie par la Cour de cassation	544
1)	Les modes de preuve interdits dans le divorce	544
2)	La sévérité de la Cour de cassation à l'égard de la preuve dans le divorce	545
B.	Le droit à la preuve biologique en droit de la filiation	549
1)	La genèse du droit à l'expertise biologique en droit de la filiation	549
2)	L'encadrement du droit à l'expertise biologique par la Cour de cassation	552

a)	L'encadrement procédural de la mesure d'expertise	552
§2.	L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE GARANTIE PAR LA COUR DE CASSATION	557
A.	La difficile conciliation du droit à la preuve et du principe de loyauté	557
1)	L'administration de la preuve des causes du divorce	557
2)	Les justifications de l'aménagement du principe de loyauté dans l'administration de la preuve	561
B.	La difficile conciliation entre les intérêts en présence et le respect du contradictoire	563
1)	Le compte-rendu d'audition de l'enfant	564
2)	Le respect de la contradiction au cours de la procédure d'assistance éducative	566
II.	LA MODULATION DU CONTROLE DE LEGALITE EN DROIT DE LA FAMILLE	570
§1.	LA TYPOLOGIE DU CONTROLE DE LEGALITE	570
A.	Le contrôle exercé sur les qualifications légales de droit de la famille	570
1)	L'existence du contrôle de qualification	571
a)	Le principe d'un contrôle exercé sur les qualifications légales	571
b)	L'approche sélective du contrôle de qualification retenue par la Cour de cassation	572
2)	La substance du contrôle de qualification	574
a)	Les contours de l'opération de qualification	574
b)	Les difficultés suscitées par l'incursion de notions floues en droit de la famille	575
B.	Les manifestations du contrôle de légalité	577
1)	L'identification des contrôles menés par la Cour de cassation en droit de la famille	577
a)	Les expressions du contrôle de légalité en droit de la famille	577
1.	Les marqueurs du contrôle des qualifications légales	578
2.	Les marqueurs de l'absence de contrôle des qualifications légales	581
b)	Les différents objets du contrôle de légalité en droit de la famille	583
1.	L'absence de gradation du contrôle des qualifications légales	583
2.	L'identification de l'objet des vérifications menées par la Cour de cassation	585
2)	La variabilité du contrôle de qualification exercé en droit de la famille	586
a)	Le cadre variable du contrôle de qualification	586
1.	La variabilité temporelle du contrôle de qualification	586
2.	La variabilité « spatiale » du contrôle de légalité en droit de la famille	587
b)	Les raisons de l'absence de contrôle exercé sur les qualifications légales en droit de la famille	590
1.	L'impossibilité pratique de contrôler la qualification des notions concrètes	590
a.	La technicité de la notion, critère de refus du contrôle de qualification	591
b.	La dimension psychologique de la notion, critère de refus du contrôle de qualification	592
2.	L'opportunité d'une unification jurisprudentielle de la notion, critère d'exercice du contrôle de qualification	594
a.	La nécessaire harmonisation des solutions jurisprudentielles : l'exemple de la possession d'état	594
b.	L'absence de volonté d'unification des solutions jurisprudentielles : l'exemple de la notion d'intention matrimoniale	598
§2.	L'EXIGENCE ACCRUE DE MOTIVATION A L'EGARD DES QUALIFICATIONS LEGALES EN DROIT DE LA FAMILLE	602
A.	La fonction d'appréciation souveraine des faits en droit de la famille	602
1)	Les notions de pouvoir souverain et de pouvoir discrétionnaire	602
2)	L'encadrement de la fonction d'appréciation souveraine des faits par la Cour de cassation	604

a) L'exercice du contrôle de motivation : l'exemple du contrôle exercé sur l'application de l'article 266 du Code civil	604
b) La modulation du contrôle de motivation : l'exemple de la faute au sens de l'article 242 du Code civil	606
B. Les notions à contenu variable dans la jurisprudence de la Cour de cassation	609
1) L'exigence de motivation et l'intérêt de la famille	609
a) L'abandon de l'intérêt de la famille au pouvoir souverain des juges du fond	609
b) La notion d'intérêt de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation	612
2) L'exigence de motivation au regard de l'intérêt de l'enfant	613
a) Le contrôle exercé sur la notion d'intérêt de l'enfant au sens du droit interne	613
b) Le contrôle exercé sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant au sens des conventions internationales	617

CONCLUSION DU TITRE II **623**

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE **625**

CONCLUSION **627**

TABLE DES MATIERES **635**

INDEX **647**

LISTE DES CONVENTIONS ET TRAITES **655**

BIBLIOGRAPHIE **658**

INDEX

<u>A</u>	<u>B</u>
Abrogation d'une disposition	
Différée 563	Bonnes mœurs 431
Immédiate 560	Bulletin civil de la Cour
Perte de fondement	de cassation 449
juridique 604	Bulletin d'information de la Cour
Adoption homoparentale 434	de cassation 456
Aide juridictionnelle 223 et s.	
Bureau 225	<u>C</u>
Conditions 226	Capacité à agir 158 et s.
Droit à 223	Capacité de jouissance 159 et s.
Procédure 227	Capacité d'exercice 166 et s.
QPC	Mineur 167
Arrêts de la Cour de cassation	Majeur sous tutelle 173 et s.
Autorité juridictionnelle 315	Majeur sous curatelle 175 et s.
Autorité de chose jugée 318	Cas d'ouverture à cassation 14 et s.
Arrêts de cassation 325	Absence d'énumération 572
Arrêts de rejet 319	Choix 774
Arrêts de rejet non-motivés 321	Contrariété de décisions 607
Arrêts rendus par l'Assemblée plénière 386 ; 402	Défaut de motifs 618 ; 619
Etendue de la cassation 326	Défaut de réponse à conclusions 623
Prononcé 278	Dénaturation 585 ; 649
Théorie de l'indivisibilité 330	Excès de pouvoir 580 ; 791
Assistance éducative 1018	Incompétence 576
Avocat général près la Cour de cassation	Manque de base légale 422 ; 577 ; 634 ; 641 ; 894 ; 970 ; 1094
Pourvois réservés 152 ; 153	
Rôle 269	

Motifs dubitatifs ou hypothétiques	637	Contrôle de conventionnalité	520 ; 790
Perte de fondement	604	Contrôle de légalité	1025
Vice de forme	588	Contrôle de motivation	616 ; 716
Violation de la loi	418 ; 577	Contrôle de qualification	1034
Fausse application de la loi	670	Approche sélective	1030
Fausse interprétation de la loi	673 ; 1047	Existence	1017
Refus d'application de la loi	668	Marqueurs	1039
Violation des principes de la procédure	585 ; 596 ; 715 ; 1023	Conventions bilatérales	834 ; 868
Cassation par voie de conséquence	343	Conventions de La Haye	835
Cassation sans renvoi	352	Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants	923 ; 1109
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	818	Convention de La Haye sur la protection des mineurs	836 ; 867
Communiqué de presse de la Cour de cassation	425	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	784
Compétence internationale	832 ; 851	Convention internationale des droits de l'enfant	770 ; 787 ; 1111
Exclusive	882	Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux	770 ; 924
Indirecte	881	Convention de La Haye sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à leur famille	926
Compte-rendu d'audition de l'enfant	1015	Cour de cassation	
Conflits de juridictions	832	Assemblée plénière	386 ; 400
Conflits de lois	918	Audience solennelle	464
Autorité de la règle de conflits de lois	929	Attributions	14 ; 19
Contractualisation	8	Fonctions annexes	445
Contrôle de constitutionnalité		Fonction de cassation	
A priori	537 ; 539 ; 558	Première chambre civile	395
A posteriori	488 ; 536	Structure	17

Tribunal de cassation 11
 Cour européenne
 des droits de l'homme 6
 Autorité 813
 Condamnation
 de la France 799
 Absence de procédure de
 réexamen en
 matière civile 336

D

Déni de justice 582
 Dernières conclusions 625 ; 630 ; 705
 Distinction entre le fait et le droit 16
 Dommages et intérêts 1088
 Droit à un procès équitable 784 ; 797
 Droit au respect de la vie privée et
 familiale 785 ; 798 ; 907

E

Equivalence 933
 Enquête sociale 600
 Erreur matérielle 619 ; 736
 Erreur sur les qualités
 du conjoint 1067
 Exception de litispendance 882 ; 903
 Exception d'ordre public
 international
 Définition 426
 Actualité 898 ; 952

Ordre public
 procédural 898
 Ordre public de
 proximité 904 ; 954
 Effet atténué 953
 Exécution d'une décision
 étrangère 865 ; 873
 Exigence de signification 148
 Expertise biologique 526 ; 988 ; 990
 Motif légitime
 de refus 996

F

Faits adventices 644 ; 729
 Faute 1058
 Divorce 1059 ; 1091
 Fraude à la juridiction 891
 Fraude à la loi 909 ; 957

I

Intention matrimoniale 1076
 Interdiction de se contredire au détriment
 d'autrui 690
 Intérêt à agir 191 et s.
 Intérêt au pourvoi 200 ; 685
 Intérêt de la famille 93 ; 1097
 Intérêt de l'enfant 93 ; 422 ;
 788 ; 787 ; 809 ; 810 ; 867 ; 907 ; 1104 ;
 1109
 Internationalisation 6 ; 779

- Conventions internationales 781
- Applicabilité directe 782
- Interprétation 803
- Droit de l'Union européenne 815
- Effet direct 824
- Élément d'extranéité 577 ; 830
- J**
- Jugement
- Aspect décisoire 76
- Critères formels 27 et s.
- Critères matériels 55 et s.
- Définitif 101 et s.
- Dispositif 75 ; 681
- Donné-acte 88
- Exception de procédure 102
- Extinction de l'instance 106
- Fin de non-recevoir 104
- Gracieux 70
- Homologation 92
- Ordonnance de référé 114
- Ordonnance sur requête 119
- Juridictions familiales 28 et s.
- Juridiction de renvoi 372
- L**
- Liberté du mariage 785
- Loi étrangère
- Contenu 936
- Dénaturation 653 ; 965
- Preuve 941
- Statut 964
- Loi de police 920
- M**
- Méconnaissance des termes du litige 585 ; 654
- Mesures d'administration judiciaire 62
- Motivation
- Brièveté 414
- Chapeau 419
- Exogènes 424
- Obiter dictum 421 ; 441
- Obligation de motivation 321 ; 406
- Visa 417
- Moyens de cassation 677
- Contraire aux précédentes écritures 690 ; 694 ; 724 ; 731
- Erreur causale 735
- Grief 684
- Nouveau 563 ; 698 ; 704 ; 793 ; 912 ; 932
- Ordre public 696 ; 727
- Opérance 630 ; 734
- Précision 687
- Présentation 248 et s.

Mémoire en défense	259	garantis	509
Phase préparatoire	266	Filtrage	503 ; 529
Pièces exigées	252	Formation	496 ; 499
Pourvoi incident	261	Interprétation jurisprudentielle	514
Radiation du rôle	300	Déclaration d' inconstitutionnalité	522 ; 559
Procédure familiale	38 et s.	Motifs	506
Conciliation	49	Objectif à valeur constitutionnelle	511
Consensualisme	80 et s.	Procédure	490
Droit collaboratif	52	Représentation	
Principe de primauté	523 ; 845	Réserves	
Privilèges du for	855 ; 884	d'interprétation	558
Renonciation	856	Sursis à statuer	501
Publications de la Cour de cassation	448		
Titrage des arrêts	453		

Q

Qualité pour agir	181 et s.
Action attitrée	182
Question préjudicielle	526 ; 826 ; 846
Question prioritaire de constitutionnalité	488
Auteur	492
Caractère nouveau	551
Caractère sérieux	541
Changement de circonstances	538
Disposition législative	16
Disposition applicable au litige	532
Droits et libertés	

R

Rabat d'arrêt	340
Rapport annuel de la Cour de cassation	458
Discours	464
Commentaires	459
Etudes	465
Statistiques	463
Suggestions	466
Reconnaissance des décisions étrangères	865 ; 871
Recours	
Interprétation	145 ; 329
Rectification	145 ; 339
Révision	142
Règlement Bruxelles 2 bis	822 ; 848

Critères de rattachement	848 ; 853	Substitution	747 ; 797 ; 844 ; 933
Règlement Rome 3	822 ; 922	Suppléance	634 ; 754
Résistance des juges du fond	383	Surabondance	634 ; 741 ; 796
Revirement de jurisprudence			
Définition	431	<u>T</u>	
Imprévisibilité	439	Trouble mental	1066
Rétroactivité	442		
		<u>U</u>	
<u>S</u>		Urgence	304 ; 504
Saisine pour avis	469		
Autorité de l'avis	484	<u>V</u>	
Conditions	472 ; 475	Violation des principes de la procédure	585 ; 596
Procédure	482	Vocation subsidiaire de la loi française	939
Question fréquente	479	Voies de recours	136 ; 334 et s.
Question nouvelle	476	Opposition	138
Question sérieuse	478	Tierce-opposition	139
Sources du droit de la famille	5		
Sources du contrôle de légalité	17		

LISTE DES CONVENTIONS ET TRAITES

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953

Convention internationale des droits de l'enfant, signée le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990

Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen, adoptée le 10 décembre 1948

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et instituant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 1999

Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, « Bruxelles 2 », entré en vigueur le 1^{er} mars 2001

Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, « Bruxelles 1 », entré en vigueur le 1^{er} mars 2000

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale et abrogeant le règlement n° 1347/2000, « Bruxelles 2 bis », applicable à compter du 1^{er} mars 2005

Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, applicable à compter du 18 juin 2011

Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, « Rome 3 », applicable à partir du 21 juin 2012

Règlement (UE) du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, refonte, « Bruxelles 1 bis », applicable à partir du 10 janvier 2015

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1983

Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs

Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de protection des mineurs

Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international d'aliments destinés aux enfants et à leur famille

Convention entre la République française et la République tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires et du protocole additionnel du 28 juin. 1972

Convention entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, 27 mai 1983

Convention relative à l'exequatur et à l'extradition (Algérie), 27 août 1964

Accord de coopération en matière de justice entre le gouvernement de la République française et gouvernement de la République Unie du Cameroun, 21 fév. 1974

Accord de coopération en matière de justice entre la France et la République centrafricaine du 18 jan. 1965

Convention de coopération en matière judiciaire entre la République française et la République populaire du Congo, 1^{er} jan. 1974

Accord de coopération en matière de justice entre la République française et la République de Côte d'Ivoire du 24 avril 1961

Convention entre la République française et la République arabe d'Egypte sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative du 15 mars 1982

Convention entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement des Emirats arabes unis relative à l'entraide judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 9 septembre 1991

Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Gabon du 23 juillet 1963

Convention entre la France et Madagascar, 4 juin 1973

Accord en matière de justice entre la République française et la République Islamique de Mauritanie, le 19 juin 1961

Convention de coopération en matière judiciaire entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal, signée à Paris le 29 mars 1974

Accord en matière judiciaire entre le Gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Tchad, le 6 mars 1976

Convention judiciaire entre la République française et le Gouvernement de la République togolaise, 23 mars 1976

Convention de coopération judiciaire entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine du 2 juillet 1991

Convention de coopération judiciaire en matière civile, commerciale, sociale et administrative entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérative du Brésil, signée à Paris le 20 janvier 1981

Convention d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République orientale de l'Uruguay, 16 septembre 1991

Protocole relatif à la procédure simplifiée d'exequatur en matière civile et commerciale (Laos), 16 septembre 1954

Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Mongolie relative à l'entraide, 27 février 1992

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX :

ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 5^e éd., 2006

AUDIT, A. et D'AVOUT, L., *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus, 2013

BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Traité de droit international privé, tome 1*, LGDJ, 8^e éd., 1993

BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Traité de droit international privé, tome 2*, LGDJ, 7^e éd., 1983

BUREAU, D. et MUIR-WATT, H., *Droit international privé. Partie générale*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2014

BUREAU, D. et MUIR-WATT, H., *Droit international privé. Partie spéciale*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2014

CADIET, L. et JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, Lexisnexis, coll. Manuels, 8^e éd., 2013

CADIET, L., *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004

CAPITANT, H., TERRE, F., LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 1*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13^e éd., 2015

CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1969

CARBONNIER, J., *Essai sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., 1995

CARBONNIER, J., *Ecrits*, 2008, PUF

CARBONNIER, J., *Droit civil. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple.*, PUF, 2004, réédition de l'ouvrage paru en 1955

CLERGERIE, J.-L., GRUBER, A. et RAMBAUD, P., *L'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2014

- COHEN, D., *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010
- COUCHEZ, G. et LAGARDE, X., *Procédure civile*, Sirey, coll. Université, 17^e éd., 2014
- CROZE, H., *Procédure civile*, Lexisnexis, coll. Objectif droit, 5^e éd., 2014
- CORNU, G. et FOYER, J., *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 1996, réédition de l'ouvrage paru en 1958
- DUGUIT, L., *Leçons de droit public général*, La mémoire du droit, 2000, réimpression de l'ouvrage paru en 1926
- FAVOREU, L. et PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 16^e éd., 2011
- FRICERO, N. et JULIEN, P., *Procédure civile*, LGDJ, coll. Manuels, 5^e éd., 2014
- GUINCHARD, S., MONTAGNIER, G., VARINARD, A. et DEBARD, T., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2015
- GUINCHARD, S., *Droit processuel*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2015
- GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. et FERRAND, F., *Procédure civile. Droit interne et communautaire*, Dalloz, coll. Précis, 32^e éd., 2014
- HERON, J. et LE BARS, T., *Droit judiciaire privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, 6^e éd., 2015
- JACQUE, J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Cours, 8^e éd., 2015
- JOSSERAND, L., *Cours de droit positif français*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1938
- KARPENSCHIF, M. et NOURISSAT, C., *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 2^e éd., 2014
- KERNALEGUEN, F., *Institutions judiciaires*, Lexisnexis, coll. Manuel, 2015
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, P. *Précis de droit international privé*, Dalloz, 8^e éd. par LOUSSOUARN, Y., 1962
- MALAURIE, P. et FULCHIRON, H., *La famille*, Defrénois, 4^e éd., 2011

MAYER, P. et HEUZE, V., *Droit international privé*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2014

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. et MAZEAUD, J., CHABAS, F., *Leçons de droit civil. Tome 1. Vol. 2. Les personnes, la personnalité, les incapacités*, Montchrestien, 8è éd. par LAROCHE-GISSEROT, F., 1997

MOTULSKY, H., *Ecrits. Etudes et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010

NIBOYET, M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G., *Droit international privé*, LGDJ, coll. Manuel, 4è éd., 2013

TERRE, F. et FENOUILLET, D., *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités.*, Dalloz, coll. Précis, 7è éd., 2005

RENUCCI, J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, coll. Manuels, 6è éd., 2013

SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961

STRICKLER, Y., *Procédure civile*, Paradigme, coll. Manuels, 6è éd., 2015

SUDRE, F., MARGUENAUD, J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A., GONZALEZ, G., MILANO, L., et SURREL, H., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7è éd., 2015

VIZIOZ, H., *Etudes de procédure civile*, Dalloz, 2011

ZENATI-CASTAING, F. et REVET, T., *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006

OUVRAGES SPECIALISES :

BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 8 éd., 2013

BERENGER, F., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation. De l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, PUAM, 2003

BORE, J. et L., *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Action, 5è éd., 2015

BUCHER, A., *L'enfant en droit international privé*, LGDJ, 2003

- BUFFET, J., *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Litec, 2^e éd., 2003
- CREPON, T., *Du pourvoi en cassation en matière civile. Origines, organisation, attributions*, t. I, Larose et Forcel, 1892
- FAYE, E., *La Cour de cassation : traité de ses attributions, de sa compétence, et de la procédure observée en matière civile suivie du code des lois, décrets, ordonnances et règlements*, E. Duchemin et Detlev Auvermann, 1970, réimpression de l'ouvrage de 1903
- GUILLERMET, C.-J., *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, 2006
- LABBEE, X., *Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 2^e éd., 2010
- LIENHARD, C., *Le juge aux affaires familiales*, Dalloz, 1995
- MARGUENAUD, J.-P. (dir.), DEFFIGIER, C., GARAUD, E., MEYZEAUD-GARAUD, M.-C., MOUTEL, B., PAULIAT, H., PLAZY, J.-M., SAINT-JAMES, V., et SAUVIAT, A., *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, 2001
- PERDRIAU, A., *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation. Principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1993
- THERY, I., *Couples, filiation et parenté aujourd'hui*, Odile Jacob, La documentation française, 1998
- VUITTON, J. et VUITTON, X., *Les référés. Procédure civile. Contentieux administratif. Procédure pénale.*, Lexisnexis, 3^e éd., 2012
- WEBER, J.-F., BARDY, F., FOSSAERT, A., CHOLLET, A., LE DAUPHIN, H., JACQUES, L., JESSEL, F., SOMMER, J.-M., REGIS, N., SARCELET, J.-D., ODENT, B. et DUHAMEL, J.-P., *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Lexisnexis, coll. Droit et professionnels, 2012, p. 43

CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE :

AMRANI-MEKKI, S., *Les textes organisant la non-admission des pourvois à la Cour de cassation*, in *La sélection des pourvois à la Cour de cassation. Quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, AMRANI-MEKKI, S. et CADIET, L. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 19

ANCEL, J.-P., *L'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p.95

ANCEL, B. et MUIR-WATT, H., *A propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère*, in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, FOYER, J. et PUIGELIER, C., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 399

BAYARD, A., *La distinction du fait et du droit, le point de vue de l'avocat*, in *Le fait et le droit*, Etudes de logique juridique, Travaux du centre national de recherche logique, Bruxelles, 1961, p. 85

BANDRAC, M., *Vérification de la qualité à agir*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et de l'Union européenne*, GUINCHARD, S., (dir.), Dalloz, coll. Action, 8^e éd., 2014, p. 16.

BANDRAC, M., *Vérification de la capacité d'ester en justice*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne – droit communautaire*, GUINCHARD, S., (dir.), Dalloz, coll. Action, 8^e éd., 2014, p. 34

BORE, L., *La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions du fond*, in *La question prioritaire de constitutionnalité*, BUREAU, D., (dir.), Lextenso, 2^e éd., 2010, p. 137

BORE, L., *La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'etat et la Cour de cassation*, in *La question prioritaire de constitutionnalité*, BUREAU, D., (dir.), Lextenso, 2^e éd., 2010, p. 148

BUFFET, J., *Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 113

BUREAU, D., *L'ambivalence des principes généraux du droit*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 181

CARBONNIER, J., *Les notions à contenu variable en droit de la famille*, in *Les notions à contenu variable*, Etudes publiées par PERELMAN, C. et VANDER ELST, R., Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984

CASSIA, P., *Choisir la question prioritaire de constitutionnalité*, in *La question prioritaire de constitutionnalité*, BUREAU, D., (dir.), Lextenso, 2è éd., 2010, p. 107

FLAUSS, J.-F., *La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La sélection des pourvois à la Cour de cassation. Quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, AMRANI-MEKKI, S. et CADIET, L. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 43

FRICERO, N., *Rectification des erreurs et omissions matérielles*, in *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et de l'Union européenne*, GUINCHARD, S., (dir.), Dalloz, coll. Action, 8è éd., 2014

FOUSSARD, D., *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 72

GAHDOUN, P.-Y., *Argumenter la question prioritaire de constitutionnalité*, in *La question prioritaire de constitutionnalité*, BUREAU, D., (dir.), Lextenso, 2è éd., 2010, p. 124

GELINEAU-LARRIVET, G., *Le rôle des revirements de jurisprudence*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 161

GUGLIELMI, G., *Origine et fondement de l'Ordre. Solis facere crenere solem*, in *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, GONOD, P. (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2002, p. 7

GUINCHARD, S. et FRICERO, N., *Le nouveau code de procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, FOYER, J. et PUIGELIER, C., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 425

HEMERY, B., *Les effets de la décision du Conseil constitutionnel*, in *La question prioritaire de constitutionnalité*, BUREAU, D., (dir.), Lextenso, 2è éd., 2010, p. 174

JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *Manque de base légale et application de la loi étrangère*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p.97

LE BARS, T., *La perte de fondement juridique en droit judiciaire privé*, in *Le nouveau Code de procédure civile*, FOYER, J. et PUIGELIER, C., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 269

MATHIEU-IZORCHE, M.-C., *Le juge et la contradiction*, in *Le nouveau Code de procédure civile*, FOYER, J. et PUIGELIER, C., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 295

MAYER, P., *Table ronde sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988. Débats*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, années 1990-1991, A. Pedone, 1992, p. 30

MOLFESSIS, N., *Les revirements de jurisprudence*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 135

MUIR-WATT, H., *La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme*, in *La cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, 2006, coll. Etudes juridiques, p. 53

PERELMAN, C., *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par PERELMAN, C. et VANDER ELST, R., Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984

PIWNICA, E., *Pourvoi en cassation et excès de pouvoir : à propos de l'arrêt de la chambre mixte du 28 janvier 2005*, in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, FOYER, J. et PUIGELIER, C., Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 259

PUIGELIER, C., *L'hypothèse du juge*, in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, FOYER, J. et PUIGELIER, C., Economica, coll. Etudes juridiques, 2006, p. 317

RICHER, L., *Le monopole*, in *Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, GONOD, P. (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2002, p. 21

ROUSSEAU, D., *La constitution dans les prétoires*, in *La question prioritaire de constitutionnalité*, BUREAU, D., (dir.), Lextenso, 2^e éd., 2010, p. 1

TERRE, F., *Les principes généraux du droit*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS, N. (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 2004, p. 135

COLLOQUES :

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La motivation*, Journée de Limoges, 1998, LGDJ, coll. Thèmes et commentaires, tome III, 2000

BEHAR-TOUCHAIS, M., *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit des affaires et de gestion (C.E.D.A.G.) de l'Université Paris V (13 janvier 2000), Economica, 2001

CACHARD, O., *Le contrôle de l'application du droit étranger par les juridictions suprêmes en droit français*, in *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, Actes du colloque du 28 juin 2013 à Sarrebruck, WITZ, C. (dir.), Société de législation comparée, p. 107

CANIVET, G., *La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé les 26 et 27 octobre 2000 par l'Ecole nationale de la magistrature, la Faculté Jean Monnet (Université de Paris-Sud), l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris et l'Association française pour l'histoire de la justice, Bruylant, Nemesis, 2002, p. 268

CHARTIER, Y., *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, L'image doctrinale de la Cour de cassation* : actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'épistémologie juridique de la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 153

DARCY, G., LABROT, V. et DOAT, M., *L'office du juge*. Actes du colloque des vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, 2006

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Divorce et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 67

DREYFUSS-NETTER, F., *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion (CEDAG) de l'Université Paris V, 13 jan. 2000, Economica, 2001, p. 111

FAUVARQUE-COSSON, B., *L'estoppel du droit anglais*, in *L'application du principe en droit du contentieux interne et international*, in *L'interdiction de se contredire au*

détriment d'autrui, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université Paris V, 13 janvier 2000, *Economica*, 2001, p. 3

FENOUILLET, D., *Couple hors mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), *Economica*, coll. Etudes juridiques, p. 81

FOUSSARD, D., *Le recours pour excès de pouvoir. De quelques remarques théoriques et pratiques*, in *Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, Actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, CADIET, L. et LORIFERNE, D. (dir.), IRJS, 2011, p. 151

GAUDEMET-TALLON, H., *La famille face au droit communautaire*, in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : actes des journées d'étude 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, MEULDERS-KLEIN, M.-T. et DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (dir.), LGDJ, 1996, p. 85

GOUTTENOIRE, A., *La vie familiale à l'épreuve de l'assistance éducative*, in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Actes des journées d'étude 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, MEULDERS-KLEIN, M.-T. et DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. (dir.), LGDJ, 1996

GUERIN, D., *L'autorité judiciaire et le nouveau paysage institutionnel français*, in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit privé fondamental les 9 et 10 décembre 2011 à la faculté de droit de l'Université de Strasbourg en partenariat avec l'Ecole nationale de la magistrature, l'Institut de recherches Carré de Malberg et la Fédération de recherche « L'Europe en mutation », Dalloz, 2013, p. 19

HILLEL, O. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *L'application du principe en droit du contentieux interne et international*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université Paris V, 13 jan. 2000, *Economica*, 2001, p. 54

JEULAND, E., *Propos conclusifs*, in *Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, Actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès,

IRJS, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, CADIET, L. et LORIFERNE, D. (dir.), IRJS, 2011, p. 151

LECUYER, H., *Mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 57

LEROYER, A.-M., *Autorité parentale et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 153

MARTIN, D., *Régimes matrimoniaux et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 185

MOULY, C., *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993 organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'épistémologie juridique de la Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, La Documentation française, 1994, p. 123

MUIR-WATT, H., *Rapport de synthèse*, in *L'application du principe en droit du contentieux interne et international*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le CEDAG de l'Université Paris V, 13 janvier 2000, Economica, 2001, p. 178

MURAT, P., *Rattachement familial de l'enfant et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, p. 133

NORD, N., *L'établissement du contenu du droit étranger en France*, in *Application du droit étranger par le juge national : Allemagne, France, Belgique, Suisse*, Actes du colloque du 28 juin 2013 à Sarrebruck, WITZ, C. (dir.), Société de législation comparée, p. 13

NORMAND, J., *Droit judiciaire de la famille et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET,

D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), *Economica*, coll. Etudes juridiques, p. 211

RIDEAU, J., *L'intangibilité du droit des juridictions des Etats membres au renvoi préjudiciel. Equilibres et déséquilibres préjudiciels*, in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit privé fondamental les 9 et 10 décembre 2011 à la faculté de droit de l'Université de Strasbourg en partenariat avec l'Ecole nationale de la magistrature, l'Institut de recherches Carré de Malberg et la Fédération de recherche « L'Europe en mutation », Dalloz, 2013, p. 69

ROUMY, F., *Le lien parental : aspects historiques*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), *Economica*, coll. Etudes juridiques, p. 39

RUIZ-FABRI, H., *La légitimité des juridictions internationales*, in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit privé fondamental les 9 et 10 décembre 2011 à la faculté de droit de l'Université de Strasbourg en partenariat avec l'Ecole nationale de la magistrature, l'Institut de recherches Carré de Malberg et la Fédération de recherche « L'Europe en mutation », D'AMBRA, D., (dir.), Dalloz, 2013, p. 161

SOMMER, J.-M., *L'excès de pouvoir dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1990-2010*, in *Réforme de la procédure d'appel et autres questions d'actualité procédurale en matière civile*, Actes du colloque organisé le 10 décembre 2010 par la Cour de cassation et le Département de recherche sur la justice et le procès, IRJS, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, CADIET, L. et LORIFERNE, D. (dir.), IRJS, 2011, p. 151

TERRE, F., *Rapport de synthèse*, in *La contractualisation de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide de l'Institut Charles Demoulin (Faculté Jean Moulin à sceaux) les 3 et 4 février 2000 à l'Université Paris-Sud, FENOUILLET, D. et DE VAREILLES-SOMMIERES, P., (dir.), *Economica*, coll. Etudes juridiques, p. 309

WIEDERKEHR, G., *Les principaux traits du pouvoir juridictionnel en France*, in *Le rééquilibrage du pouvoir juridictionnel*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit privé fondamental les 9 et 10 décembre 2011 à la faculté de droit de l'Université de Strasbourg en partenariat avec l'Ecole nationale de la magistrature, l'Institut de recherches Carré de Malberg et la Fédération de recherche « L'Europe en mutation », D'AMBRA, D., (dir.), Dalloz, 2013, p. 5

MELANGES :

ANCEL, J.-P., *Une opinion dissidente*, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 1

AUBERT, J.-L., *Le fait et la Cour de cassation*, in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 844

BARADUC, E., *Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction*, in *La procédure en tous ses états : mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, LPA, 2004, p. 5

BARTHELEMY, J., *Le droit au pourvoi*, in *Le juge entre deux millénaires : mélanges en l'honneur de Pierre Draï*, Dalloz, 2000, p. 185

BLONDEL, P., *Le manque de base légale, son avenir*, in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit : études en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 59

BOLARD, G., *Le moyen contraire aux précédentes écritures*, in *La procédure en tous ses états : mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, LPA, 2004, p. 52

BOLARD, G., *Notre belle action en justice*, in *De Code en code : mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 17

BOLARD, G., *Qualité ou intérêt à agir ?*, in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 597

BURGELIN, J.-F., *Un anticonformiste nécessaire : l'avocat général à la Cour de cassation*, in *Liber amicorum Raymond Martin*, LGDJ, 2004, p. 3

BURGELIN, J.-F. et LALARDRIE, A., *L'application de la Convention par le juge judiciaire français*, in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 145

CADIET, L., *Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil*, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 57

CARBONNIER, J., *De minimis*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 29

CHARRUAULT, C., *L'excès de pouvoir du juge civil*, in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 857

CHARTIER, Y., *De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation*, in *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 269

CONTAMINE-RAYNAUD, M., *L'« inconciliabilité » de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 116

CROZE, H., *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de justice*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181

DECOCQ, A., *Le désordre juridique français*, in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 150

DEGOFFE, M. et JEULAND, E., *Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problème de qualification*, in *Justice et droits fondamentaux : mélanges en l'honneur de Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Modèles et normes en droit contemporain de la famille*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281

DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère*, in *Justice et droits fondamentaux : mélanges en l'honneur de Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485

DRZEMCZEWSKI, A., *Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg*, in *La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 244

DUMAS, J.-P., *Secret de juges*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 179

FRICERO, N., *Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement...*, in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 146.

FRISON-ROCHE, M.-A., *Les offices du juge*, in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 474

GANNAGE, P., *Regards sur les compétences judiciaires exclusives. Les systèmes confessionnels face aux systèmes laïcisés*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 286

GAUDEMET-TALLON, H., *De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 309

GEORGES, B., *A propos de quelques illustrations récentes de son pouvoir de suppléance par la Cour de cassation dans la procédure avec représentation obligatoire*, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 246

GHESTIN, J., *Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit : études en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 181

GOUTTENOIRE, A., *Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant*, in *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Defosse*, Montchrestien, 2012, p. 147

GUINCHARD, S., *L'avenir du juge*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 171

HAUSER, J., *La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille*, in *Etudes en l'honneur du Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 155

HEBRAUD, P., *Le juge et la jurisprudence*, in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Presses universitaires de Toulouse, 1974, p. 347

HEMERY, B., *Pour un contrôle de la dénaturation des faits pour la Cour de cassation*, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 289

HUET, A., *Le nouvel article 15 du Code civil*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 312

JAHEL, S., *Fin de non-recevoir et ordre processuel*, in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 146

JEANTIN, M., *Réformer la Cour de cassation ?*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 465.

KERNAGUELEN, F., *Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ?*, in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 771

KINSCH, P., *La « sauvegarde de certaines politiques législatives », cas d'intervention de l'ordre public international ?*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447

LAGARDE, P., *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in *Mélanges François Rigaux*, Bruylant, 1963, p. 263

LAMANDA, V., *Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 363

LASCARABATS, A. et LACROIX-ANDRIVET, J.-P., *La procédure de radiation du rôle des articles 526 et 1009-1 du Code de procédure civile et le droit d'accès au juge*, in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuelle : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 783

LIBCHABER, R., *Réflexions sur le désordre juridique français*, in *Une certaine idée du droit : mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 407

MAUGER-VIELPEAU, L., *Une règle prétorienne : l'expertise biologique de droit en filiation (contribution à l'étude sur la diversité des fondements du droit de la filiation)*, in *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 920

MAYER, M., *Le moyen de cassation en matière civile comparé au moyen de cassation en matière pénale*, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 323

MAYER, P., *Les procédés de preuve de la loi étrangère, Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 619

MOTULSKY, H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury : théorie du droit et droit privé*, Dalloz, 1960, p. 337

MOURY, J., *De quelques aspects de l'évolution de la juridiction (en droit judiciaire privé)*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 299

NADAL, J.-L. et GHALEH-MARZBAN, P., *L'extension de la procédure avec représentation obligatoire devant la Cour de cassation : le point de vue du parquet*

général, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 349

NORD, N., *Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge*, in *De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 581

PLUYETTE, G. et MONEGER, F., *Quelques aspects récents de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de droit communautaire international*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 571

PERROT, R., *Du « provisoire » au « définitif »*, in *Le juge entre deux millénaires : mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 447

SERIAUX, A., *Le juge au miroir : l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 171

TRICOT, D., *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation, l'université et le droit : André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Litec, 2003, p. 263

TRUCHE, P., *La première présidence de la Cour de cassation*, in *Le juge entre deux millénaires : mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 133

DE VAREILLES-SOMMIERES, P., *Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, Justice et droits de l'homme : mélanges en l'honneur de Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485

VIDAL, J., *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, in *Mélanges en l'honneur de Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1113

WIEDERKEHR, G., *La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949

WIEDERKEHR, G., *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, in *Etudes à la mémoire du professeur A. Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 883.

WIEDERKEHR, G., *La légitimité de l'intérêt pour agir*, in *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 877

XAVIER, C., *La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ?*, in *La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 152

ENCYCLOPEDIES :

BOUCARD, F., « Pourvoi en cassation. Conformité du jugement. Cas d'ouverture à cassation », *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, fasc. n° 755, 24 février 2015

BOUCARD, F., « Pourvoi en cassation. Contrôle de cassation. Contrôle de l'application de la loi », *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, fasc. n° 756, 24 février 2015

HAUSER, J. et DELMAS SAINT-HILAIRE, P., « Effets du divorce. Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Prestation compensatoire. Dommages et intérêts », *Encyclopédies du juriste*, Civil code, art. 266 à 285-1, fasc. n° 10, 29 juin 2015

RAYMOND, G. et CICILE-DELFOSSÉ, M.-L., « Mariage. Les conditions à réunir dans la personne des époux », *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, Civil code, art. 143 à 147, fasc. n° 10, 24 janvier 2014

VUITTON, X., « Pourvoi en cassation. Décisions susceptibles de pourvoi », *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, fasc. n° 752, 1^{er} juin 2015

VUITTON, J. et VUITTON, X., « Pourvoi en cassation. Arrêts de rejet », *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, fasc. n° 760, 1^{er} juin 2015

VUITTON, J. et VUITTON, X., « Pourvoi en cassation. Arrêts de cassation », *Encyclopédies du juriste*, Procédure civile, fasc. n° 761, 1^{er} juin 2015

DICTIONNAIRES :

ALLAND, D. et RIALS, S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^e éd., 2014, p. 587

ROBERT, P., *Le nouveau petit Robert*, Le Robert, 2007

THESES :

AMRANI-MEKKI, S., *Le temps dans le procès civil*, th. Paris, Dalloz, 2002

BERGEAUD, A., *Le droit à la preuve*, th. Bordeaux, LGDJ, 2010

BRIL, I., *Le Conseil d'Etat et le temps. Contribution à l'étude de la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat*, th. Grenoble, ANRT, 1999

BLERY, C., *L'efficacité substantielle des jugements*, th. Caen, LGDJ, 2000

BLOCK, G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, th. Nice, Bruylant, LGDJ, 2002

CARTAULT, P., *De l'excès de pouvoir à la Cour de cassation et de ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux*, th. Paris, 1911

CORNUT, E., *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, th. Lyon, Defrénois, 2006

D'AMBRA, D., *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, th. Strasbourg, LGDJ, 1994

DEBET, A., *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, th. Paris, Dalloz, 2002

DESPRES, I., *Les mesures d'instruction in futurum*, th. Strasbourg, Dalloz, 2004

EGEA, V., *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. Aix-Marseille, Defrénois, 2009

EUDIER, F., *Ordre public substantiel et office du juge*, th. Rouen, 1994

HILT, P., *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme. Analyse du droit français*, th. Strasbourg, PUAM, 2004

JANVILLE, T., *La qualification juridique des faits*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2004

JOLY, J., *De la loi dont la violation peut constituer un moyen de cassation en matière civile*, th. Nancy, Presses Universitaires, 1903

JOUBERT, N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, th. Paris, 2002, Lexisnexis, 2008

- LE BARS, T., *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, th. Caen, LGDJ, 1997
- LUXEMBOURG, F., *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. Paris, 2007.
- MALHIÈRE, F., *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation)*, th. Montpellier, Dalloz, 2013
- MARTY, G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Sirey, 1929
- MELIN, F., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond : recherches sur l'inériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2002
- MIKALEF-TOUDIC, V., *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, th. Caen, PUAM, 2006
- PIERRE-MAURICE, S., *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, th. Strasbourg, Dalloz, 2003
- PORTALIS, *Discours et rapports sur le Code civil. Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Presses Universitaires de Caen, 2010
- PRIEUR, E., *La substitution de motifs*, th. Caen, Economica, 1985
- POMART, C., *La magistrature familiale*, th. Lille, L'Harmattan, 2003
- RAMET, S., *Le droit communautaire et la famille*, th. Paris, 2001
- RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, th. Louvain, Bruylant, 1966
- VAN DROOGHENBOECK, J.-F., *Cassation et juridiction*, th. Louvain, LGDJ, 2004
- VASSEUR-LAMBRY, F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, th. Amiens, L'Harmattan, 2000
- VIAL, G., *La preuve en droit extra patrimonial de la famille*, th. Grenoble, Dalloz, 2008
- WALINE, M., *La notion judiciaire d'excès de pouvoir*, th. Paris, 1926

ARTICLES DE DOCTRINE :

AMIEL-COSME, L., « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, n° 5, janvier à mars 1997, p. 135

AMRANI-MEKKI, S., « La convention de procédure participative », *D.*, n° 44, 22 décembre 2011, p. 3007

ANCEL, J.-P., « La Convention de New York relative aux droits de l'enfant devant la Cour de cassation », *Justice et cassation*, 2011, p. 13

ARCAUTE, M.-J., « Le référé probatoire en droit de la filiation », *Dr. fam.*, n° 6, juin 1999, p. 8

ATIAS, C., « Le contrat de substitution de mère », *D.* 1986. Chron. 67

ATIAS, C., « Le rabat d'arrêt », *D.* 2007.1156

ATIAS, C., « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.*, n° 11, 12 mars 2009, p. 744

ATIAS, C., « La condition ajoutée à la loi par le juge (là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer) », *D.*, n° 39, 5 novembre 2009, p. 2654

AUBERT, J.-L., « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.*, n° 17, 28 avril 2005, p. 1115

AUBERT, J.-L., « Faut-il moduler dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute », *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 2005, p. 294

AUDIT, B., « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du Code civil », *D.*, n° 27, 20 juillet 2006, p. 1847

BALENSI, I., « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD Civ.*, n° 1, 15 mars 1978, p. 42 et 233

BARBE, E., LA MESTA, M. et LEBORGNE, J., « Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles : présentation du décret n°2009-398 du 10 avril 2009 », *AJ fam.*, n° 5, mai 2009, p. 216-217

BARDET-BLANVILLAIN, A., « Les conventions homologuées en droit de la famille », *Gaz. Pal.*, n° 252, 9 septembre 2003, p. 4

BARDOUT, J.-C. et LORTHIOS, I., « La table de référence des contributions aux frais d'éducation et d'entretien », *Dr. fam.*, n° 9, septembre 2009, p. 10

BATTIFOL, H., « Note sur les revirements de jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, 1967, p. 338.

BAZIN, E., « Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de violences au sein des couples », *JCP G*, n° 39, 27 septembre 2010, p. 1799, doct. 957

DE BECHILLON, D., « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP G*, n° 24, 14 juin 2010, p. 1264, doct. 676

BELLET, P., « La Cour de cassation », *RIDC*, n° 1, 1978, p. 193-215

BERANGER, H., « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle. Entretien avec Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 43, 19 oct. 2015, p. 1122

BERGE, J.-S. et OMARJEE, I., « L'avenir du droit européen : le droit de la famille », *LPA*, n° 221, 6 novembre 2006, p. 13

BERLIOZ, G., « Le droit français des affaires et ses praticiens face à 1992 », *JCP* 1989.I.3383

BEROUJON, C., « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 1995, p. 281

BESSIERE, C., MILLE, M. et MINOC, J., « Face au contentieux de masse : les stratégies professionnelles des juges aux affaires familiales », *JCP G*, n° 26, 27 juin 2011, p. 1286, doct. 771

BETOULLE, J., « La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité ? », *JCP G*, n° 41, 9 octobre 2002, I. 171

BILON, J.-L., « L'aide informatisée à la décision judiciaire », *RIDC*, 1990, p. 859

BLERY, C., « Question préjudicielle de constitutionnalité, jurisprudence Cesareo et office du juge : l'impossible conciliation », *Procédures*, n° 6, juin 2010, p. 2

- BLOUGH, R., « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.*, n° 4, avril 2009, p. 16
- BOICHE, A., « Les dispositions du règlement Bruxelles 2 bis relatives aux enlèvements internationaux d'enfants », *RJPF*, n° 12, décembre 2005, p. 6
- BOLARD, G., « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G*, n° 30, 28 juillet 1993, I. 3693
- BOLARD, G., « Les « dernières conclusions » », *JCP G*, n° 7, 14 février 2001, I. 297
- BOLZE, A., « L'office du juge en matière de respect du contradictoire : la forte résistance des juges du fond à la position de la Cour de cassation », *D.*, n° 28, 22 juillet 2004, p. 1995
- BONNEAUX, T., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*, n° 5, 2 février 1995, p. 25
- BORE, J., « La fonction d'avocat auprès des cours suprêmes », *D.* 1989. Chron. 159
- BORE, J., « La rédaction des conclusions en prévision du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.* 1974. II. Doctr. 803
- BORE, J., « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D.* 1979. Chron. 247.
- BORE, L., « La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, n° 3, 16 janvier 2002, I. 104
- BORE, L., « Une nouvelle réforme pour la Cour de cassation. A propos du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 », *JCP G* n° 24, 11 juin 2008, p. 3
- BORNEIX, A., « Présenter une QPC devant les juridictions aux affaires familiales : règles procédurales et pièges juridictionnels », *AJ fam.*, n° 12, décembre 2012, p. 588
- BOUGLE, C., « Au cœur des « traditions mystérieuses de la Cour de cassation » », *D.*, n° 29, 7 septembre 2006, p. 1991
- BRIAND, L., « La question prioritaire de constitutionnalité devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, n° 3, mars 2010, p. 127
- BRUCE, E., « La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 62, avril 2005, p. 401

BRUNETTI-PONS, C., « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RIDC*, n° 87, 2011

BRUGGEMAN, M., « Procédure familiale : une nouvelle coopération entre les juges du mineur ? », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, p. 4

BURGELIN, J.-F., « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.*, n° 34, 11 octobre 2001, p. 2755

BUSSY, F., « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.*, n° 21, 12 juin 2003, p. 1376

BUTRUILLE-CARDEW, C., « Articulation du règlement Rome 3 avec les autres instruments : clauses de juridiction et loi applicable », *AJ fam.* 2012.385

CACHELOT, F., « Le rôle du conseiller rapporteur à la Cour de cassation », *Justice et cassation*, 2007, p. 175

CANDELA SORIANO, M. et CHENEVIÈRE, C., « Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH*, n° 64, octobre 2005, p. 925

CANIVET, G., « Economie de la justice et procès équitable », *JCP G*, n° 46, 14 novembre 2001, I. 361

CANIVET, G., « La procédure d'admission des pourvois en cassation. Bilan d'un semestre d'application de l'article L.131-6 du Code de l'organisation judiciaire », *D.*, n° 28, 25 juillet 2002, p. 2195.

CANIVET, G., « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », *LPA*, n° 238, 28 novembre 2002, p. 15

CASILE, J.-F., « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », *RRJ*, 2004, p. 639

CASSIA, P. et VON COESTER, S., « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le juge national », *JCP G* 2013. I. 503

CASSIA, P. et SAULNIER-CASSIA, E., « Imbroglio autour de la question préjudicielle de constitutionnalité », *D.*, n° 20, 20 mai 2010, p. 1234

CARON-DEGLISE, A., « La loi du 12 mai 2009 modifie les règles de procédure applicables en droit des personnes et de la famille », *RJPF*, n° 7-8, juillet-août 2009, p. 12

CHARBONNIER, L., « Ministère public et Cour suprême », *JCP G*, n° 43, 23 octobre 1991, I. 3532

CHARTIER, Y., « Le Rapport de la Cour de cassation : à propos du rapport pour l'année 1999 », *JCP G*, n° 25, 21 juin 2000, I. 238

CHAUVIN, P. et CRETON, C., « Chronique de la première chambre civile de la Cour de cassation », *D.* n° 11, 12 mars 2009, p. 747 à 756

CHENEDE, F., « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle de l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.*, n° 41, 25 novembre 2010, p. 2744

CHEVALIER, P., « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *AJ fam.*, n° 12, décembre 2012, p. 581.

CHOLET, D., « Le contrôle de l'activité non juridictionnelle des juridictions », *Gaz. Pal.*, n° 286, 13 octobre 2007, p. 8.

COLIN, A., « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD Civ.*, 1902, p. 257

CORNEC, A., « Les enlèvements internationaux d'enfants. Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », *Gaz. Pal.*, 18 et 19 novembre 1992, p. 6

CORPART, I., « L'encombrement croissant de la Cour de cassation », *LPA*, n° 16, février 1995, p. 4

CORPART, I., « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* n° 4, avril 2009, p. 155

CROCQ, P., « Les bons sentiments ne font pas les bons textes (à propos du nouvel article 1387-1 du Code civil) », *D.*, n° 30, 8 septembre 2005, p. 2025

CROZE, H., « La question prioritaire de constitutionnalité. Aspects procéduraux. », *Procédures*, n° 2, février 2010, étude 2 ; *JCP G*, n° 9-10, 1^{er} mars 2010, p. 490, doct. 269

CROZE, H., « L'apprenti sorcier : les sortilèges de la question préjudicielle de constitutionnalité », *Procédures*, n° 6, juin 2010, p. 1

DECAUX, E. et TAVERNIER, P., « Chronique de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI* 2008.811

DEFLERS, E. et BUTRUILLE-CARDEW, C., « Le droit de la famille collaboratif (collaborative law) », *RJPF*, n° 3, mars 2007, p. 32.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 1995, p. 249 à 270

DEPADT-SEBAG, V., « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation partage », *D.*, n° 36, 20 octobre 2011, p. 2494

DESCORPS, F., « Les motivations exogènes de la Cour de cassation », *D.*, n° 40, 22 novembre 2007, p. 2822

DESHAYES, O., « L'office du juge à la recherche de sens », *D.*, n° 16, 17 avril 2008, p. 1102

DEUMIER, P., « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD Civ.*, n° 1, 15 avril 2011, p. 87

DEUMIER, P., « Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion », *RTD Civ.*, n° 1, 15 mars 2007, p. 61

DEUMIER, P., « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'informations à une source d'interprétation », *RTD Civ.*, n° 3, 15 septembre 2006, p. 510.

DEUMIER, P., « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015.2022

DEVERS, A., « La Convention de La Haye de 1961 est morte, vive la Convention de La Haye de 1996 ! », *Gaz. Pal.*, n° 7, 6 et 7 janvier 2012, p. 8

DEVERS, A. et FARGE, M., « Le nouveau droit international privé du divorce. A propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *JCP G*, n° 26, juin 2012, p. 778

DORSNER-DOLIVET, A. et BONNEAU, T., « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986. Chron. 59

DOUCHY-OUDOT, M., « Activité judiciaire en matière familiale », *Procédures*, n° 1, janvier 2011, p. 21.

DOUCHY-OUDOT, M., « L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif », *LPA*, n° 200, 7 octobre 2010, p. 13

DROZ, G., « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (entrée en vigueur de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux) », *RCDIP* 1992.431

DUFOUR, O., « Le souci d'une justice égalitaire et efficace », *LPA*, n° 66, 2 avril 1999, p. 3

DUFOUR, O., « Le rapport annuel 2000 de la Cour de cassation », *LPA*, n° 91, 8 mai 2001, p. 3

DUFOUR, O., « Le rapport annuel 2001 met l'accent sur les libertés », *LPA*, n° 96, 14 mai 2002, p. 3

DUPONT, N., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD Civ.*, n° 3, 15 octobre 2010, p. 459

DURRY, « Les jugements dits mixtes », *RTD Civ.*, n° 1, 1960, p. 5.

EPPLER, M., « Notion de résidence habituelle de l'enfant : le point sur les critères en droit international privé », *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, 2 au 5 janvier 2013, p. 29

EUDIER, F., « Le juge aux affaires familiales, juge des référés », *RJPF*, n° 2, février 2010, p. 26

FABRE, M., « La cassation sans renvoi en matière civile », *JCP G*, n° 38, 19 septembre 2001, I. 347

FARGE, M., « L'apparition du droit judiciaire européen du divorce devant la Cour de cassation », *Dr. fam.*, n° 11, novembre 2005, p. 17

FARGE, M., « Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? », *Dr. fam.* n° 3, mars 2006, étude 17

FENOUILLET, D., « Le droit civil hors le Code civil », *LPA*, n° 188, 21 septembre 2005, p. 3

FERRAND, F., « La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française », *RIDC*, n° 3, 1995, p. 693

FOSSIER, T., « Le réseau famille », *AJ fam.*, n° 9, septembre 2008, p. 319

FRAISSINIER, V., « L'intérêt de la famille : une notion « standard » à contenu variable », *LPA*, n° 260, 28 décembre 2007, p. 4 à 13

FRANK, E. E., « L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie immergée de l'iceberg », *D.* 1983. Chron. 120

FREMEAUX, S., « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ*, 1998, p. 865

FRICERO, N., « L'excès de pouvoir en droit privé », *RGP* 1998.17

FRICERO, N. et HAYAT, J.-M., « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF*, n° 10, octobre 2009, p. 8

FRICERO, N., « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ? », *RJPF*, n° 1, janvier 2010, p. 8

FRICERO, N., « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du Club des juristes. A propos du Rapport Sécurité juridique et initiative économique Deuxième partie « La Cour de cassation » », *JCP G* n° 26, 29 juin 2015, p. 753.

FROUIN, J.-Y., « La technique de cassation (synthèse) », *LPA*, n° 19, 25 janvier 2007, p. 54

FULCHIRON, H. et MALAURIE, P., « Evolution du droit français de la famille », *Rép. Defr.*, n° 13, 15 juillet 2009, p. 1347 à 1355

FULCHIRON, H., « L'autorité parentale renouvelée », *Rép. Defr.*, n° 15 et 16, 15 août 2002, p. 971

GAUTIER, P.-Y., « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, n° 40, 17 novembre 2005, p. 2800

GAUTIER, P.-Y., « Eloge du syllogisme », *JCP G*, n° 36, 31 août 2015, p. 902

GEBLER, L., « Le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, n° 6, juin 2009, p. 256 à 257

GEBLER, L., « Preuves en droit de la famille : le référé en matière familiale », *AJ fam.*, n° 1, janvier 2008, p. 20.

GIACOPELLI-MORI, M., « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD Civ.*, n° 3, 14 septembre 2001, p. 505

GERARDIN-SELLIER, N., « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 961.

GIRARD, A.-F., « La rupture des fiançailles au XIX^e siècle (1804-1914). Etude de doctrine et de jurisprudence », *RRJ*, n° 2, 2000, p. 799

GIVERDON, C., « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *D.* 1952. Chron. 85

GOUTTENOIRE, A., « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2008, p. 13 à 17

GOUTTENOIRE, A., « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA*, n° 50, 2012, p. 17

GOUTTENOIRE, A., « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Cahiers du droit constitutionnel*, n° 39, avril 2013

GRANET-LAMBRECHTS, F., « La preuve des liens de filiation », *AJ fam.*, n° 12, décembre 2007, p. 459

GRIDEL, J.-P., « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.*, n° 3, 17 janvier 2002, p. 228

GRIDEL, J.-P., « La Cour de cassation au printemps 2009 », *Gaz. Pal.*, n° 100-101, 9 et 11 avril 2009, p. 2 et p. 6

GRIMALDI, C., « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.*, n° 21, 7 juin 2007, p. 1448

GUILLAUME, J., « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2014, p. 2121

GUINCHARD, S., FERRAND, F. et MOUSSA, T., « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement adapté au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015.278

HANNOTIN, G., « La réception par la Cour de cassation de la fin de non-recevoir tirée de l'article 611-1 du nouveau code de procédure civile », *Justice et cassation*, 2007, p. 232

HAUSER, J., « Un nouveau-né : l'enfant conventionnel », *D.*, n° 29, 5 septembre 1996, p. 182

HAYAT, J. et FRICERO, N., « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF*, n° 10, octobre 2009, p. 8 à 13

HEBRAUD, P., « « Aggiornamento » de la Cour de cassation (loi des 12 juillet 1978 et 3 janvier 1979) », *D.* 1979. Doctr. 205

HENRY, M., « L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux », *D.* 1979. Chron. 179

HENRY, X., « La jurisprudence accessible – Mégacode civil : théorie d'une pratique », *RRJ*, 1999, p. 631 et p. 979

HILT, P., « La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : les juges ne suivent pas toujours », *AJ fam.*, n° 9, septembre 2003, p. 288.

HUGON, C., « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, n° 247, 11 décembre 2003, p. 4

HUYETTE, M., « Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile », *D.*, n° 35, 8 octobre 1998, p. 218

HUYETTE, M., « La communication des dossiers d'assistance éducative aux juges aux affaires familiales », *D.*, n° 23, 17 juin 2004, p. 1627

JAMIN, C., « Décret n° 99-131 relatif à la Cour de cassation et modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile (JO 27 février 1999, p. 3020) », *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 1999, p. 486.

JAMIN, C., « Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 2015.2001

JEHL, J., « Responsabilité parentale : le long chemin de la Convention de La Haye », *JCP G*, n° 49, 5 décembre 2011, p. 2420, act. 1367

JESTAZ, P., MARGUENAUD, J.-P., et JAMIN, C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061

JOURDAIN-FORTIER, C., « Les « enfants de la nature » au XXI^e siècle : la possession d'état à l'épreuve de l'expertise biologique », *Dr. fam.*, n° 7-8, juillet-août 2003, p. 17 à 22

KERNAGUELEN, F., « L'excès de pouvoir du juge », *Justices*, n° 3, 1996, p. 151.

LABBEE, X., « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.*, n° 30, 3 septembre 2009, p. 2053

LAGARDE, X., « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.*, n° 10, 9 mars 2006, p. 678

LAMANDA, V., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour de cassation », www.courdecassation.fr

LAMARCHE, M., « Exemples de droit de la famille pour un cours d'introduction générale au droit : n'appliquons pas la loi ! », *Dr. fam.*, n° 10, octobre 2009, p. 3

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, n° 32, 16 mars 1994, p. 16

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Quand le décret du 10 avril 2009 organise la circulation de l'information entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles », *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, p. 16

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « A propos de la question prioritaire de constitutionnalité », *Dr. fam.*, n° 6, juin 2010, p. 13

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2009, p. 9

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

LE'CLECH, J., « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », *JCP* 1951. I. 939

LEMOULAND, J.-J., « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, n° 18, 1^{er} mai 1997, p. 133

LEMOULAND, J.-J., « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, n° 7-8, juillet-août 2003, p. 11 à 16

LESBATS, C., « Divorce par consentement mutuel. L'irrecevabilité du recours en révision », *JCP N*, n° 48, 3 décembre 2010, p. 34

LIBCHABER, R., « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD Civ.*, n° 3, 15 septembre 2000, p. 679

LIENHARD, C., « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière familiale », *AJ fam.*, n° 4, avril 2002, p. 128

LINDON, R., « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP 1975. I.* 2681

LOUVEL, B., « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015.1326

LUXEMBOURG, F., « La Cour de cassation, juge du fond », *D.*, n° 34, 12 octobre 2006, p. 2358

MALAUURIE, P., « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP G*, n° 25, 19 juin 2002, *I.* 143

MALAUURIE, P., « La Cour de cassation, son parquet général et la Cour européenne des droits de l'homme (histoire et enjeux d'une crise) », *LPA*, n° 48, 7 mars 2003, p. 3

MARGUENAUD, J.-P., « Le droit de se défendre soi-même contre les conclusions du parquet de cassation », *RTDH*, n° 47, 2001, p. 825

MASSIP, J., « La Cour de cassation et la notion de possession d'état », *LPA*, n° 38, 23 février 1999

MASSIP, J., « Le droit à un procès équitable et l'article 1187 du NCPC relatif à la procédure d'assistance éducative », *LPA*, n° 112, 5 juin 2007, p. 16

MASSIP, J., « L'extension des compétences du juge aux affaires familiales », *Rép. Defr.* n° 6, 30 mars 2010, p. 692

MARTIN, R., « Sur la notion de moyen », *JCP G 1976. I.* 2768

MARTIN, R., « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », *D.*, n° 36, 20 octobre 1994, p. 308

MARTIN, R., « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.*, n° 22, 16 juin 2005, p.1444

MASSIP, J., « L'application par la Cour de cassation de conventions internationales récentes relatives à l'enfance », *LPA*, n° 53, 3 mai 1995, p. 41

MATHIEU, B., « La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit. – A propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC », *JCP G*, n° 52, 21 décembre 2009, I. 602

MATHIEU, B., « Les décisions du Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers du droit constitutionnel*, n° 32, juil. 2011, p. 45

MAYAUD, Y., « L'adultère cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », *RTD Civ.*, 1980. 494

MAZEAUD, H., « La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile », *D.* 1954. Chron. 39

MIRABAIL, S., « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* n° 3, mars 2014, étude 2

MONOD, A., « Observations pratiques sr le décret n° 99-131 du 26 février 1999 relatif à la modification de certains points de procédure devant la Cour de cassation », *Procédures*, n° 4, avril 1999, p. 3

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, A.-M., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 15, 8 avril 1992, I. 3576

MULON, E., « Dommages et intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.*, n° 19, 21 janvier 2014, p. 6

MURAT, P., « Exercice des voies de recours à l'encontre des jugements ne tranchant pas une partie du principal en matière de filiation », *Dr. fam.*, n° 7, juillet 2001, p. 17.

MURAT, P., « Le pouvoir du juge d'exclure certaines pièces du dossier d'assistance éducative », *Dr. fam.*, n° 12, décembre 2005, p. 21

MURAT, P., « De la conformité à la CEDH des procédures relatives aux mesures de placement », *Dr. fam.*, n° 2, février 2007, p. 32

MURAT, P., « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA*, n° 200, 7 octobre 2010, p. 17

NADAL, J.-L., « La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation », *D.*, n° 12, 24 mars 2005, p. 800

NERSON, R., « L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil », *RTD Civ.*, 1970, p. 661

NERSON, R., « Protection de la vie privée. Divorce et respect de la vie privée », *RTD Civ.* 1973. 331

DE NERVO, O., « Le plaideur obsessionnel », *Gaz. Pal.*, n° 295, 21 octobre 2004, p. 2

NIBOYET, M.-L., « Office du juge : vérification et exercice de la compétence », *Dr. et patr.*, n° 138, juin 2005, p. 75

NICOLETTI, M., « La médiation familiale et le juge », *LPA*, n° 129, 30 juin 2009, p. 4

NICCO, H., « Les conséquences du décès d'une partie, personne physique, sur la procédure applicable devant les chambres civiles de la Cour de cassation », *Justice et cassation*, 2005, p. 214

NOURISSAT, C., « Droit civil de l'Union européenne », *D.*, n° 36, 23 octobre 2003, p. 2450

ORIANNE, P., « Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique », *RRJ*, 1993, p. 1297

PAULINA PEREIRA, F., « La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne : bilan et perspectives », *RCDIP*, n° 1, 15 mars 2010, p. 1

PERDRIAU, A., « Aspects actuels de la cassation sans renvoi », *JCP G* 1985. I. 3180

PERDRIAU, A., « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1986.I.3257

PERDRIAU, A., « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G* 1988. Doctr. 3365

PERDRIAU, A., « Les écritures des procès civils au regard de la Cour de cassation », *JCP G.*, n° 1, 2 janvier 1991, I. 3479

PERDRIAU, A., « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G*, n° 48, 27 novembre 1991, I. 3538

PERDRIAU, A., « Les rabats d'arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 5, 2 février 1994, I. 3735

PERDRIAU, A., « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 23, 8 juin 1994, I. 3768

PERDRIAU, A., « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 36, 6 septembre 1995, I. 3866

PERDRIAU, A., « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *JCP G.*, n° 9, 28 février 1996, I. 3911

PERDRIAU, A., « Des « arrêts brevissimes » de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 26, 26 juin 1996, I.3943.

PERDRIAU, A., « Deux irrecevabilités à distinguer : celle du moyen et celle du pourvoi en cassation », *Gaz. Pal.* 1996, n° 177.

PERDRIAU, A., « La « duperie » que constituent les facilités données pour accéder à la Cour de cassation », *JCP G*, n° 47, 19 novembre 1997, I. 4063

PERDRIAU, A., « Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement », *JCP G*, n° 2, 8 janvier 1997, I. 3990

PERDRIAU, A., « Les présomptions de régularité de la procédure instituées par la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mai 1999, p. 4

PERDRIAU, A., « Sanction du non accomplissement des diligences demandées par la Cour de cassation », *JCP G*, n° 20, 16 mai 2001, I. 320

PERDRIAU, A., « Comment se manifeste le contrôle qu'exerce la Cour de cassation ? », *LPA*, n° 256, 25 décembre 2001, p. 17

PERDRIAU, A., « Le retour obligé du justiciable devant ses juges », *JCP G*, n° 23, 6 juin 2001, I. 325

PERDRIAU, A., « Diversité et disparité des solutions apportées aux pourvois en cassation qui ne sont pas accueillis », *LPA*, n° 128, 28 juin 2001, p. 17

PERDRIAU, A., « Conséquences d'un « rapport à justice » au regard du juge de cassation », *JCP G*, n° 7, 14 février 2001, p. 349

PERDRIAU, A., « Le pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 47, 21 novembre 2001, I. 364

PERDRIAU, A., « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA*, n° 228, 15 novembre 2001, p. 11

PERDRIAU, A., « Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 66, 7 mars 2002, p. 2

PERDRIAU, A., « L'aide juridictionnelle pour se pourvoir en cassation », *Gaz. Pal.* n° 174, 25 juin 2002, p. 2

PERDRIAU, A., « Les avis entre chambres de la Cour de cassation », *JCP G*, n° 51, 22 décembre 1999, I.190

PERDRIAU, A., « La non-admission des pourvois », *JCP G*, n° 47, 20 novembre 2002, I. 181.

PIWNICA, E., « Justice et secret », *Justice et cassation*, 2007, p. 183

POIVEY-LECLERCQ, H., « Pratique de la nouvelle procédure de divorce », *RJPF*, n° 12, décembre 2004, p. 6

POULET, L., « Quelques observations sur le pourvoi en cassation en matière de divorce », *D.*, n° 38, 3 novembre 2005, p. 2636 à 2642

PUIGELIER, C., « La création du droit (libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ*, n° 1, 2004, p. 16

PUIGELIER, C., « Temps et création jurisprudentielle », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, n° 50, 2007

REBEYROL, V., « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G*, n° 37, 7 sept. 2015, p. 954

REBOURG, M., « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. fam.*, n° 7-8, juillet-août 2004, p. 11

REIN-LESCATEYRES, I. et TRAVADE-LANNOY, S., « L'évolution des conflits parentaux : l'exécution des décisions judiciaires à l'épreuve de la pratique », *RJPF* n° 5, mai 2008, p. 8 à 13

REMY-CORLAY, P., « La Communauté européenne est partie à la Conférence de La Haye – par adhésion du 3 avril 2007. L'exercice de la compétence interne de la Communauté », *RTD Civ.*, n° 4, 14 décembre 2007, p. 746

RENCHON, J.-L., « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, n° 200, 7 octobre 2010, p. 29

REVEL, J., « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », *D.*, n° 37, 2 novembre 2006, p. 2591

REVILLARD, M., « Proposition de règlements communautaires sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats », *LPA*, n° 133, 6 juil. 2011, p. 3

RIVERO, J., « Apologie des faiseurs de systèmes », *D.* 1951. Chron. 99

RONGEAT-LOUDIN, F., « Droit de la famille collaboratif et médiation familiale : union ou désunion ? », *RJPF*, n° 2, février 2011, p. 8

ROTONDI, M., « Considérations en « fait » et en « droit » », *RTD Civ.* 1977. 1

ROUEIL, E., « La Cour de cassation et la notion de possession d'état d'enfant », *LPA*, n° 38, 23 février 1999, p. 9 à 14

ROUJOU de BOUBÉE, I., « L'accord parental », *RRJ*, 1999, p. 319

RUBELLIN-DEVICHI, J., « La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *JCP G*, n° 26, 27 juin 2001, p. 1271

SARGOS, P., « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP G*, n° 12, 21 mars 2001, I. 306

SAUVAGE, F., « L'adultère et les bonnes mœurs », *JCP N* n° 40, 1999, p. 1430

SERIAUX, A., « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, n° 6, 1^{er} juin 2001, p. 4

SERINET, Y., « La qualité du défendeur », *RTD Civ.*, n° 2, 16 juin 2003, p. 203

SICOT, G. et LETELLIER, H., « Les couples internationaux et le législateur de l'Union européenne : publication de deux nouvelles propositions de règlements », *Gaz. Pal.*, n° 218, 6 août 2011, p. 23

SINDRES, D., « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* n° 3, juil. 2012, doct. 10

SOLUS, H., « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *RTD Civ.* 1943.85

THERON, J., « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.*, n° 34, 7 octobre 2010, p. 2246

THERY, P., « Variations sur les moyens de défense : l'inexistence d'une partie ou Hamlet au prétoire... », *RTD Civ.*, n° 4, 15 décembre 2004, p. 766

THOURET, S., « La nouvelle procédure en matière familiale », *JCP G.*, n° 46, 10 novembre 2004, act. 557.

THOURET, S., « Les mécanismes procéduraux issus du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale », *Dr. fam.*, n° 2, NS, février 2005, p. 16

TOUFFAIT, A., « Conclusions d'un praticien », *RIDC*, 1978, p. 475

TOUFFAIT, A. et TUNC, A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1974, p. 481 et s.

TOURNEAUX, S., « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD civ.*, n° 1, 15 avril 2011, p. 45.

TUNC, A., « La Cour suprême idéale », *RIDC*, 1978, p. 433

STRICKLER, Y. et FOULON, M., « De l'hybridation en procédure civile », *D.*, n° 40, 12 novembre 2009, p. 2693

THERY, R., « L'intérêt de la famille », *JCP G* 1972. I. 2485

VIGNEAU, « Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010.102

VILLACEQUE, J., « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.*, 41, 30 novembre 1995, p. 317

VOLKER, M. et GOUTTENOIRE, A., « La parole de l'enfant dans le règlement Bruxelles 2 bis. Regards croisés. », *AJ fam.* 2005.266

VOULET, J., « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.* 1973. I. 2544

VOULET, J., « L'étendue de la cassation en matière civile », *JCP* 1977. 2877

VUITTON, X., « Du décret du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation », *Procédures* n° 7, juillet 2008, p. 2

WAQUET, P., « L'office du juge en matière d'aide juridictionnelle », *D.* 2005.2827

WEIL, P., « Conflits de décisions au fond et conflits négatifs de compétence », *D.* 1956. Chron. 81.

WIEDERKEHR, G., « Procédure civile », *RGP*, oct/déc 1998, n° 4, p. 658.

ZENATI, F., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.*, n° 32, 24 septembre 1992, p. 247

NOTES D'ARRET

ABADIE, L., « Détermination des chefs de compétence en matière de divorce et d'autorité parentale en application des règles issues du droit international commun », Cass. 1^{ère} civ., 12 jan. 2011, *Dr. fam.* n° 4, avr. 2011, comm. 63

ABADIE, L., Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, « Effet de fait d'un jugement de divorce marocain non reconnu en France », *Dr. fam.* n° 7, juil. 2011, comm. 120

ABADIE, L., « La nationalité tunisienne commune aux époux justifie à elle seule la compétence des juridictions tunisiennes en matière de divorce au sens de la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 », Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2014, *Dr. fam.* n° 2, fév. 2015, comm. 43

ABADIE, L., « Absence de renonciation tacite du demandeur étranger au bénéfice de l'article 15 du code civil », Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2015, *Dr. fam.* n° 6, juin 2015, comm. 139

AGOSTINI, E., « Mariage homosexuel : le législateur tranchera », Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, *D.* 2007.1395

ALCALDE, C., « L'exigence de simultanéité, nouveau principe directeur du procès civil », Cass. Avis, 25 juin 2012, *D.* 2012.2435

ALEXANDRE D., « Conflits de juridiction. Divorce », Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} avril 1981, *JDI*, 1981, p. 813

ANCEL, B., « De l'incidence du caractère mobilier de la dette de rapport sur la loi applicable », Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *RCDIP* 2005.389

ANCEL, B., « La loi étrangère est une règle de droit », Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1993, *RCDIP* 1994.78

ANCEL, B., « Nullité pour bigamie d'un mariage contracté entre les mêmes époux déjà mariés par un mariage coutumier », Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 2004, *RCDIP* 2004.395

ANCEL, B. et MUIR-WATT, H., « Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'exequatur », Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, *RCDIP* 2007.420

AUDEBERT, S., « La prise en compte d'une mention erronée dans la détermination de la sanction applicable à un pourvoi irrégulier », Cass. 2^e civ., 31 jan. 1996, *D.*, n° 20, 5 juin 1997, p. 246

AUDIT, B., « Conflits de juridictions », Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 1977, *RCDIP* 1978.245

AUDIT, B., note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1983, *RCDIP* 1985.346

AUDIT, B., « Vers la consécration du caractère facultatif du for de la nationalité française du demandeur (article 14 du Code civil ?) », Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2007, *D.* 2007.2548

BARGUE, N., « La délimitation de l'autorité de la chose jugée par l'Assemblée plénière », *LPA*, n° 141, 16 juillet 2009, p. 16

BARTHELEMY, J. et BORE, L., « Les conditions de recevabilité des QPC », *Constitutions*, 2012.73

BATIFFOL, H., « Conflits de qualifications », Cass. civ., 22 juin 1955, *RCDIP* 1955.723

BATIFFOL, H., « Conflits de lois », Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1959, *RCDIP* 1960.62

BEIGNIER, B., et BLERY, C., « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », Cass. ass. plén., 24 nov. 2000, *D.* 2001.2427

BENABENT, A., « Le caractère obligatoire de l'expertise sanguine en matière de filiation », Cass. 1^{ère} civ., 18 octobre 1989, *D.*, n° 11, 15 mars 1990, p. 145

BENABENT, A., « Le mariage ouvre-t-il un droit de regard sur les écrits intimes du conjoint ? », Cass. 2^e civ., 29 jan. 1997, *D.* 1997.296

BENDEL-VASSEUR, S., « L'évolution de la jurisprudence relative au principe de concentration des moyens postérieurement à l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 juillet 2006. Note de jurisprudence », *Justice et cassation*, 2008, p. 366

BENHAMOU, Y., « Le Conseil d'Etat et la Convention de New York sur les droits de l'enfant (à propos de l'application de l'article 16 de la convention de New York) », CE, 10 mars 1995, *D.* 1995.617

BERTHIAU D., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, *D.*, n° 22, 9 juin 2011, p. 1522

BINET, J.-R., « Effet de la nullité du premier mariage sur le caractère bigame du second : retour vers le futur », Cass. 1^{ère} civ., 25 sept. 2013, *Dr. fam.* n° 11, nov. 2013, comm. 148

BINET, J.-R., « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, *Dr. fam.* n° 1, jan. 2014, comm. 1

BLIN, H., « Une étape capitale de la jurisprudence relative à l'action alimentaire prévue par l'article 342 alinéa 2 du Code civil : l'exclusion des enfants légitimes et l'admission des enfants naturels simples au bénéfice de ce texte », Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1969, *JCP G* 1969. II. 16113

BOICHE, A., « Enlèvement illicite d'enfant : actualité jurisprudentielle de la Convention de La Haye », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, *AJ fam.* 2010.482

BOICHE, A., « Procédure de retour du règlement Bruxelles 2 bis », note sous arrêt, Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-15.393, *AJ fam.* n° 04, avril 2009, p. 176-177

BOICHE, A., « Mise en œuvre pratique des apports de l'arrêt rendu le 2 avril 2009 par la Cour de justice des communautés européennes en matière d'autorité parentale », CJUE, 2 avr. 2009, *AJ fam.* 2009.294

BOICHE, A., « Application contestable des dispositions de l'article 13 de la Convention de la Haye relative aux enlèvements internationaux d'enfants », Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2007, *AJ fam.*, n° 5, 15 mai 2008, p. 213

BOICHE, A., « La compétence des juridictions françaises pour connaître du divorce n'entraîne pas nécessairement leur compétence pour statuer sur le sort des enfants communs », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 3 décembre 2008, *AJ fam.*, n° 2, février 2009, p. 78

BOICHE, A., « Lorsque les époux possèdent une double nationalité, chacune des juridictions des Etats dont ils sont ressortissants peut être compétente pour connaître de leur divorce », CJCE, 16 juil. 2010, *Hadadi*, *AJ fam.* 2009.348

BOICHE, A., « Précisions sur la résidence habituelle de l'enfant en droit européen », Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 2015, *AJ fam.* 2015.283

BOICHE, A., « Précisions sur la résidence habituelle de l'enfant en droit européen », Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2015, *AJ fam.* 2015.283

BOLZE, A., « L'office du juge en matière de contrôle du contradictoire : la forte résistance des juges du fond à la position de la Cour de cassation », Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004, *D.* 2004.1995

BOLZE, A. et PERREAU-SAUSINE, L., « Vers une nouvelle configuration de l'exception d'incompétence internationale ? », Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 2010, *D.* 2010.2196

BONFILS, P., « L'enregistrement clandestin n'est pas un mode de preuve admissible », note sous arrêt, Cass. 2^e civ., 7 octobre 2004, *D.*, n° 2, 13 janvier 2005, p. 122

BONFILS, P. et GOUTTENOIRE A., « Droits de l'enfant », Cass. 1^{ère} civ., 17 octobre 2007, *D.*, n° 27, 24 juillet 2008, p. 1857

BONNET, V., « Expertises *post mortem* ; la vérité ensevelie », Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2008, *D.* 2008.2121

BONNET, V., « Application dans le temps de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 », Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, *RCDIP* 2014.100

BORE, J., « Les motifs, l'objet et les effets de l'annulation des dispositions du nouveau code de procédure civile qui dispensent le juge d'observer le principe de la contradiction des débats », CE Ass. 12 oct. 1979, *JCP G* 1980. II. 19 288

BORE L., « L'obligation de signifier les arrêts avant dire droit à peine d'irrecevabilité du pourvoi », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, n° 08-15.067, *D.*, n° 40, 18 novembre 2010, p. 2691

BOULANGER, F., « Le rapport entre contrat de mariage et acte de mariage in extremis », Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 1995, *D.* 1996.233

BOULANGER, F., « La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la Convention de La Haye de 1980 », Cass. 1^{re}

civ., 25 janv. 2005, n° 02-17.411 et Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, *D.*, n° 40, 17 novembre 2005, p. 2790

BOULANGER F., « Compétence étrangère du juge d'origine selon le règlement Bruxelles 2 bois », Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2010, *JCP G*, 21 juin 2010, n° 25, p. 1283

BOUZOL, S., « Majeurs protégés. Droit du majeur en tutelle de former un pourvoi », Cass. 1^{ère} civ., 11 juil. 2006, n° 04-18065 et 05-10.946, *JCP G*, n° 6, 7 février 2007, II. 10019

BRETON, A., « L'extinction de l'action en divorce par le décès de l'un des époux sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 », Cass. 2^e civ., 31 mai 1978, *D.* 1979. JP. 4

BRETON, A., CA Rennes, 1^{ère} ch., 25 mai 1979, *D.* 1979. IR. 209

BRUGGEMAN, M., « Les pouvoirs limités de l'aide sociale à l'enfance dans le cadre d'une tutelle départementale », Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2006, *RDSS* 2007.329

BRUGGEMAN, M., « Droit d'action du mineur et administrateur ad hoc », Cass. ch. mixte, 9 fév. 2001, *RDSS* 2001.833

BRUGEMANN, M., « Impossibilité de faire établir son lien de filiation : la France condamnée ! », CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France, Dr. fam.*, n° 9, sept. 2011, al. 72

CADIET, L., « Droit judiciaire privé », *JCP G*, n° 46, 14 novembre 2001, I. 362

CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S., « Droit judiciaire privé », *JCP G*, n° 22-23, 30 mai 2011, p. 1116, doct. 666

CADIET, L. et AMRANI-MEKKI, S., « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 29 nov. 2010, p. 2244, doct. 546

CADOU, E., « L'enfant de filiation inconnue peut-il être confié à un organisme autorisé pour l'adoption ? », Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, *D.* 2011.2093

CARBONNIER, J., « Recherche de solutions dans un conflit d'autorité parentale en matière d'adoption simple », Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1977, *JCP.* 1978. II. 18 833

CARON, C., « La preuve par le journal intime : la vie privée bafouée », Cass. 2^e civ., 6 mai 1999, *D.* 2000.557

CAVALIER, G., « Principe du contradictoire et expertise amiable », Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2003, *D.* 2005.JP.46

CHABERT, C., « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New York », Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, *JCP G* 2005. II. 10115

CHARLES, M.-N., Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 1989, *JCP G* 1990.II.21547

CHARTIER, Y., « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une « mère porteuse » », Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991.417

CHAUVIN, P., « Vers un abandon de la règle « pourvoi sur pourvoi ne vaut ? » », Cass. ass. plén. 23 nov. 2007, *JCP G* 2007.II.10204

CHENEDE, F., « Adoption simple : l'article 365 du Code civil conforme à la Constitution », *D.*, n° 41, 25 novembre 2010, p. 2744

CHENEDE, F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.*, n° 3, 23 janvier 2014, p. 179

CHEYNET DE BEAUPRE, A., « Une décision incestueuse », Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, *RJPF*, n° 2, février 2014, p. 23

CLAY, T., « Le contrôle par la Cour EDH de la nouveauté du moyen invoqué devant la Cour de cassation », CEDH 21 mars 2000, *D.*, n° 43, 14 décembre 2000, p. 883

COHEN-JONATHAN, G., CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c/ France*, *Gaz. Pal.* 28-29 juin 1996

COLOMBET, C., « Domaine d'application de l'article 342 du code civil : action alimentaire accordée aux enfants adultérins et incestueux et aux enfants naturels », Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1969, *D.* 1969. JP. 429

COMBALDIEU, R., « La réparation du dommage subi par la concubine à la suite de l'accident mortel dont le concubin a été victime », Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970, *D.* 1970. JP. 201

CORPART, I., « Les problèmes juridiques posés par le décès accidentel du partenaire homosexuel », TGI Belfort, 25 juil. 1995, *LPA*, n° 26, 2 mars 1998, p. 13

CORPART, I., « Les actes d'état civil établis à l'étranger doivent obligatoirement être légalisés », Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009, n° 08-10.962 et Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2009, n° 08-13.541, *RJPF* n° 9, septembre 2009, p. 12-13

CORPART, I., « L'établissement judiciaire de la paternité peut être complété d'un changement de nom de l'enfant conformément aux intérêts en présence », Cass. 1^{ère} civ., 9 fév. 2011, *RJPF*, n° 5, mai 2011, p. 12

COURDIER-CUISINIER, A.-S., Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Gaz. Pal.* 2005.2664

COUSTET, T., « PMA (adoption) : un tribunal part en croisade », TGI Cahors, 12 juin 2015, *D. Act.*, 30 juin 2015

COURBE, P., « Le rejet des répudiations musulmanes », Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004, *D.* 2004.815

COURBE, P., « Droit international privé », Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, *D.* 2009.1557

CROZE, H., « Ordre d'exposition des moyens dans les conclusions en défense », Cass. 2^e civ., 8 juil. 2004, *JCP G*, n° 47, 17 novembre 2004, II. 10 176

DARGENT, L., « Portée de l'obligation de requalification du juge », Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, *D.*, n° 4, 24 janvier 2008, p. 228

DAVID, S., « De l'impossibilité pour le mandataire-liquidateur d'intervenir à l'instance en divorce », Cass. 1^{ère} civ. 4 juin 2007, n° 06-18.515, *AJ fam.*, n° 7, 13 juillet 2007, p. 313

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à la naissance », Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1992.59

DESNOYER, C., « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *D.* 2001.2868

DESNOYER, C., « En application de la convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, l'autorité administrative ne peut prendre de décision relative à un enfant sans accorder une attention primordiale à son intérêt supérieur : annulation d'une décision refusant le regroupement familial et renvoyant l'enfant dans son pays d'origine », CE, 22 sept. 1997, *Cinar*, *D.* 1998. Somm. 297

DEUMIER, P., « Quand la Cour de cassation se prononce « selon la loi française » ou en l'état de la législation française », *RTD Civ.* 2008.438

DEUMIER, P., « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », Cass. ass. plén., 9 juil. 2010, *RTD Civ.* 2010.508

DEVERS, A., « L'enfant naturel, un enfant légitime comme les autres », Cass. 1^{ère} civ., 29 jan. 2002, *D.* 2002.1938

DEVERS, A., « L'exécution provisoire de l'ordonnance de retour de l'enfant », Cass. 1^{ère} civ., 20 jan. 2010, *JCP G* n° 14, 5 avr. 2010, p. 710.

DEVERS, A., « L'eupéanisation de la jurisprudence Simitch », *JCP G*, n° 7, 14 février 2011, p. 310, n° 172

DEVERS, A., « Obligation du juge de l'exequatur de contrôler la régularité internationale de la décision étrangère », *JCP G*, n° 39, 24 septembre 2012, p. 1715, n° 1005

DOUCHY-LOUDOT, M., « Contentieux familial », Cass. avis, 1^{er} mars 2004, *D.* 2005.1821

DOUCHY-LOUDOT, M., « Pourvoi en cassation et preuve de la filiation », Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, *Procédures* n° 1, jan. 2008, comm. 15

DOUCHY-LOUDOT, M., « Adoption plénière et kafala », *Procédures* n° 3, mars 2013, comm. 76

DOUCHY-LOUDOT, M., « Adoption et tierce opposition », Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008, *Procédures*, n° 1, 1^{er} jan. 2009, p. 22

DOUCHY-LOUDOT, M., « Contentieux familial novembre 2007- octobre 2008 », *D.*, n° 1, 1 janvier 2009, p. 53 à 58

DOUCHY-LOUDOT, M., « Preuve du divorce : prise en compte par le juge des mini-messages, dits « SMS », reçus sur le téléphone portable », Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2009, *Procédures* n° 10, oct. 2009, comm. 323

DOUCHY-LOUDOT, M., « Contentieux familial », Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, *D.* 2010. 989

DOUCHY-LOUDOT, M., « Contentieux familial », *D.* n° 16, 21 avril 2011, p. 1107

DOUCHY-LOUDOT, M., « Contentieux familial : omission de la signification de l'assignation au curateur », Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, *Procédures*, n° 5, mai 2011, comm. 183

DOUCHY-OUUDOT, M., « L'inconventionnalité de l'article L.224-8, alinéa 1^{er} du Code de l'action sociale et des familles », Cass. 1^{ère} civ., 9 avr. 2013, *D.* 2013.1106

DI RAIMONDO, L., « La protection dont bénéficie un incapable majeur dans tous les actes de la vie civile est applicable à la procédure pénale conduite contre lui », note sous arrêt, CEDH 30 jan. 2001, *Vaudelle contre France*, req. n° 35683/97, *JCP G*, n° 19, 9 mai 2001, II. 10526

DUPONT, M., « Déclaration des « enfants sans vie » : pas de seuil de viabilité opposé aux familles », Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, *Constitutions* 2010.75

EGEA V., « De quelques précisions relatives au droit de l'enfant de s'exprimer dans la procédure », Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *D.*, n° 28, 28 juillet 2005, p. 1909

EGEA, V., « La qualité d'héritier, condition de sanction du recel successoral », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2009, *D.* 2009.500

EGEA, V., « Compétence européenne : divorce d'époux ayant une double nationalité », CJCE, 16 juil. 2010, *Hadadi*, *D.* 2009. 2106

EPPLER, M., « Absence de hiérarchie entre nationalité et résidence : la réponse attendue de la Cour de cassation », Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, *Gaz. Pal.*, n° 160, 7-9 juin 2009, p. 36

EPPLER, M., « Chronique de jurisprudence », CJUE, 15 avril 2010, *Vallés Perez*, *Gaz. Pal.*, n° 315, 11 novembre 2010, p. 36

EPPLER, M., « Chronique de jurisprudence de droit de la famille », Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2012, *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, du 2 au 5 janvier 2013, p. 27

EPPLER, M., « Chronique de jurisprudence de droit de la famille », Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012 et Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, *Gaz. Pal.* n° 2 à 5, 2-5 jan. 2013, p. 26

EPPLER, M., « Chronique de jurisprudence de droit de la famille », Cass. 1^{ère} civ., 10 oct. 2012, *Gaz. Pal.*, n° 2 à 5, 2 au 5 janvier 2013, p. 30

ESMEIN, « L'action en réclamation d'aliments prévue par la loi du 13 juillet 1955 peut-elle être exercée au profit des enfants naturels simples ? », Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1959, *JCP*1959. II.10952

EUDIER, F., « Un parent est recevable à demander la rétractation d'une ordonnance sur enquête autorisant son conjoint à résider séparément avec les enfants », *RJPF*, n° 12, décembre 2005, p. 22.

EUDIER, F., « Enlèvement international d'enfant : les juridictions françaises assurent l'efficacité de la Convention de La Haye », Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2005, *RJPF*, n° 3, mars 2006, p. 28

EUDIER, F., « Enlèvement international d'enfants : la Cour de cassation précise le point de départ du délai imparti pour la demande de retour », Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, *RJPF*, n° 11, novembre 2008, p. 25

EUDIER, F., « Le juge peut refuser un droit de visite et d'hébergement à un parent qui exerce conjointement l'autorité parentale pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant », Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2009, *RJPF*, n° 9, septembre 2009, p. 29

EUDIER, F., « Les règles relatives à l'audition de l'enfant ne sont pas applicables dans le cadre d'une expertise », Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 2011, *RJPF*, n° 6, juin 2011, p. 32

EUDIER, F., « L'audition de l'enfant demandée sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil n'est pas soumise au régime de l'expertise », Cass. 1^{ère} civ., 28 sept. 2011, *RJPF*, n° 12, décembre 2011, p. 26

FABRE-MAGNAN, M., « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, *D.* 2013.2384

FAGES, B., « Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve », Cass. ass. plén., 7 jan. 2011, *RTD Civ.* 2011.127

FARGE, M., « Enlèvement international d'enfants : un *legal kidnapping* consacré par la Cour de cassation », Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2002, *Dr. fam.*, n° 11, novembre 2002, p. 31

FARGE, M., « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye était-elle réellement inapplicable ? », CA Bordeaux, 24 févr. 1999 et Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002, *Dr. fam.*, n° 2, février 2003, p. 27

FARGE, M., « L'abstention de l'ordre public pour cause de non-proximité ou les limites du droit de l'enfant naturel à établir sa filiation », Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2006, *Dr. fam.* n° 9, septembre 2009, comm. 177

FARGE, M., « Preuve de la loi étrangère : à l'impossible le juge n'est pas tenu », Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Dr. fam.* n° 6, juin 2007, comm. 135

FARGE, M., « Les chefs de compétence du règlement Bruxelles 2 bis sont alternatifs », Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2008, *Dr. fam.*, n° 2, février 2009, p. 33

FARGE, M., « Feu l'ordre public en matière d'établissement de la filiation hors mariage ? », Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, *Dr. fam.* n° 1, janvier 2012, comm. 19

FAVIER, Y., « Audition de l'enfant : demande présentée en appel », Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, *JCP G* n° 46, 12 novembre 2012, p. 1191

FAVIER, Y., « Pupilles de l'Etat : une réforme désormais urgente », Cons. const., 27 juil. 2012, *JCP G*, n° 25, 17 juin 2013, p. 700

FLAUSS, J.-F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », CEDH, 13 oct. 2005, *Clinique des acacias c/ France*, *AJDA* 2006.466

FOMBEUR, P., « Question prioritaire de constitutionnalité : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », Cons. const. 12 mai 2010, *Jeux en ligne*, *D.* 2010.1229

FOSSIER, T., « Le régime de l'action en justice sous l'empire de la curatelle », Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994 et Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994, *JCP G* 1995. II. 22555

FOSSIER, T., « Le régime de l'action en justice sous l'empire de la curatelle », Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, *JCP G* 1995.II.22 555

FOSSIER, T., « Droit de la famille », CE, 22 sept. 1997, *Cinar*, *JCP G*. 1998. I. 101

FOSSIER, T., « Les dispositions de la convention de New York relatives aux droits de l'enfant peuvent être d'application directe en droit interne », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *AJ fam.* n° 7, 15 juillet 2005, p. 274

FOUSSARD, D., « Le pourvoi en cassation dans le domaine de la mise en état », *LPA*, n° 257, 26 décembre 2000, p. 6

FOYER, J., et HOLLEAUX, D., « Communautés européennes », Cass. ch. mixte, 24 nov. 1975, *RCDIP* 1976.347

FOYER, J., « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1993, *RCDIP* 1993.620

FRANCESKAKIS, P., « Conflits de juridictions », *RCDIP* 1963.387

FRICERO, N., « Le bureau d'aide juridictionnelle n'a pas à apprécier les chances de succès du pourvoi envisagé », CEDH, 30 juil. 1998, *Aerts c/ Belgique*, D. 1999. Somm. 270

FRICERO, N., « Obligation de constituer avocat à la Cour de cassation et Convention EDH », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2000, D., n° 31, 21 septembre 2000, p. 649

FRICERO, N. et JULIEN, P., « Procédure civile », Cass. ch. mixte, 28 jan. 2005, D. 2006.545

FRICERO, N., « Production de lettres privées et atteinte au respect de la correspondance », CEDH, 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c/ Belgique*, *Procédures* n° 10, oct. 2008, comm. 269

FRICERO, N., « Composition de la juridiction de renvoi après cassation », CEDH, *Vaillant c/ France*, 18 décembre 2008, *Procédures* n° 2, 2009, comm. 49

FULCHIRON, H., « Un homme, une femme, la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, D. 2007. Chron. 1735

FULCHIRON, H., « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples du même sexe », CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf C/ Autriche*, *JCP G* n° 41, 2010, p. 1013

FULCHIRON, H., « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, D. 2014.153

FULCHIRON, H. et BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères », D. 2014.1773

FULCHIRON, H. et BIDAUD-GARON, C., « Gestation pour autrui : changement de cap à la Cour de cassation », Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, D. 2015.1819.

GALLANT, E., « L'intérêt supérieur de l'enfant et la fixation de sa résidence », Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, *RCDIP* 2007.603

GALLANT, E., « De la résidence habituelle au regard des règles de compétence posées par le règlement « Bruxelles 2 bis » », CJCE, 2 avr. 2009, *RCDIP* 2009.791

GALLMEISTER, I., « Divorce international et compétence judiciaire directe », Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2009, D. 2009.2419

GALLOUX, J.-C., « Droits et libertés corporels », Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, *D.* 2010.604

GARE, T., « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *D.* 2000.731

GARE, T., « Prestation compensatoire : office du juge en matière de déclaration sur l'honneur », Cass. 2^{ème} civ., 28 mars 2002, *JCP G*, n° 12, 19 mars 2003, II. 10 044

GARE, T., « Le décès de l'adoptant après le dépôt de la requête n'empêche pas le tribunal saisi de statuer sur la demande », Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2007, *RJPF*, n° 6, juin 2007, p. 17

GARE, T., « Le JAF ayant connu d'une instance de divorce peut valablement siéger dans la formation d'appel », Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2007, *RJPF*, n° 3, mars 2007, p. 17

GARE, T., « Des légataires universels ne peuvent déposer une requête en adoption posthume à leur profit », *CA Reims*, 30 oct. 2008, *RJPF*, n° 6, juin 2009, p. 33

GARE, T., « Quand la compétence résiduelle du juge français du divorce est fondée sur le privilège de nationalité de l'article 14 du Code civil », Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, *RJPF*, n° 12, décembre 2009, p. 20

GARE, T., « Du divorce pour rupture de la vie commune au divorce pour altération définitive du lien conjugal », Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2010, *RJPF*, n° 5, mai 2010, p. 20

GAUDEMET-TALLON, H., « Conflits de juridictions », Cass. 1^{ère} civ., 13 jan. 1981, *RCDIP* 1981.331

GAUMONT-PRATT, H., « L'expertise biologique en droit de la filiation », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *D.* 2001.1427

GAUTIER, P.-Y., « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, *RTD Civ.* 2008.317

GAUTIER, P.-Y., « Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2015, *D.* 2015.2189

GOUTTENOIRE, A. et SUDRE, F., « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la convention EDH », CEDH, 1^{er} fév. 2000, *Mazurek c/ France*, *JCP G* 2000.II.10286

GOUTTENOIRE, A. et RUBI-CAVAGNA, E., « Le majeur sous curatelle et la procédure pénale », CEDH, 30 jan. 2001, *Vaudelle c/ France*, D. 2002.JP.353

GOUTTENOIRE, A., « Les résultats d'une enquête sociale ne sont pas utilisables pour constater la cause du divorce », Cass. 2^e civ., 5 juin 2003, *Dr. fam.* n° 3, déc. 2003, comm. 145

GOUTTENOIRE, A., « L'impartialité du juge de la famille », Cass. 1^{ère} civ., 29 septembre 2004, n° 02-16.436, *Dr. fam.*, n° 01, janvier 2005, p. 23

GOUTTENOIRE, A., « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation ! », Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Dr. fam.*, 2005, n° 156

GOUTTENOIRE, A. et BONFILS, P., « Droits de l'enfant juin 2008-mai 2009 », *D.*, n° 28, 23 juillet 2009, p. 1918

GOUTTENOIRE, A. et SUDRE, F., « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, *JCPG* n° 19, 7 mai 2012, p. 589

GOUTTENOIRE, A., « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima », Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, *JCP G* n° 38, 14 sept. 2015, p. 965

GRANET, F., « La preuve de la filiation naturelle peut résulter des présomptions ou indices raves exigés par l'article 340 du code civil pour rendre l'action admissible », Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1997, *D.*, n° 3, 15 janvier 1998, p. 29

GRANET, F., « La grand-mère maternelle d'un enfant a un intérêt à contester le caractère mensonger de la reconnaissance de paternité », CA Dijon, 21 oct. 1998, *D.*, n° 22, 10 juin 1999, p. 199

GRANET, F., « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *D.* 2001.976

GRANET, F., « Les juges doivent motiver leur refus d'ordonner une expertise biologique », Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2002, *D.*, n° 25, 4 juillet 2002, p. 2023

GRANET-LAMBRECHTS, F. et STRICKLER, Y., « Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice », Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *JCP G*, n° 25, 22 juin 2005, II. 10081

GRANET, F., « Appréciation souveraine des juges du fond dans la preuve de la possession d'état », Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, *D.* 2007.1460

GRANET, F., « Droit de la filiation », Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, *D.* 2008.1371

GRANET, F., « Droit de la filiation », Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, *D.*, n° 11, 12 mars 2009, p. 773

GRANET, F., « Droit de la filiation », Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, *D.* 2012.1432

GRANET, F., « Droit de la filiation », Cass. 1^{ère} civ., 19 jan. 2012, *D.* 2012.1432

GRANET, F., « Droit de la filiation », Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, *D.* 2013.1436

GRANET, F., « Droit de la filiation », Cass. 1^{ère} civ., 6 juil. 2011, *D.* 2013.1436

GUIHO, « Le licenciement d'un enseignant au service d'un établissement catholique, remarié après divorce », Cass. ch. mixte, 17 oct. 1975, *D.* 1975.JP.511

GUERDER, P., « L'interdiction de témoigner sur les torts du divorce concerne aussi la concubine d'une descendante », Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, *RJPF*, n° 6, juin 2001, p. 18

GUERDER, P., « Le contentieux du divorce confronté à une nouvelle procédure devant la Cour de cassation : la non-admission des pourvois », Cass. 2^e civ., 7 févr. 2002, n° 00-19.384, *RJPF*, n° 4, avril 2002, p. 15

GUERDER, P., Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 2005, *Gaz. Pal.*, n° 7, 7 janvier 2006, p. 11

GUEZ, P., « Quand la Cour de cassation fait obstacle à l'adoption plénière des enfants d'Haïti », Cass. avis, 4 avr. 2011, *D.* 2011.2016

GUINCHARD, S., Cass. 3^e civ., 14 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1985.1.Pan. 4

HAFTEL, « Les pouvoirs du mandataire à effet posthume », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, *AJ fam.* 2010.287

HAMMJE, P., « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, *RCDIP* 2010.747

HAUSER, J., « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent », Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, *RTD Civ.* 1993.97

HAUSER, J., « Témoignages : les concubins des enfants peuvent témoigner », Cass. 2^e civ., 25 nov. 1992, *RTD Civ.* 1993.104

HAUSER J., « Curatelle et actes de procédure », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 5 oct. 1994, *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 1995, p. 327

HAUSER, J., « Les aliments de l'adultérin et la veuve commune », Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *RTD Civ.* 1995.614

HAUSER, J., « L'inauguration du rabat d'arrêt en matière de divorce », Cass. 2^e civ., 18 déc. 1995, *RTD Civ.* 1996.369

HAUSER J., « L'opposition d'intérêts dans l'administration légale », Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, *RTD Civ.*, n° 3, 16 septembre 1996, p. 582

HAUSER, J., « Préliminaire : théorie générale des actions d'état, l'expertise génétique et le juge », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *RTD Civ.* 2000. 304

HAUSER, J., « Incapacités et procédure pénale : les droits de la défense du majeur en curatelle », note sous arrêt, CEDH 30 jan. 2001, *Vaudelle c/ France*, *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 2001, p. 330

HAUSER J., « L'enfant contre ses parents : l'opposition d'intérêt ne crée pas un intérêt justifiant la tierce opposition », Cass. ch. mixte, 9 fév. 2001, *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 2001, p. 333

HAUSER, J., « Etendue de la prohibition des témoignages des descendants et de leurs concubins : revirements », Cass. 1^{ère} civ., 5 juil. 2001, *RTD Civ.* 2001.861

HAUSER, J., « Encore l'expertise *post mortem* : du principe et de la compétence », Cass. 1^{ère} civ., 3 juil. 2001, *RTD Civ.* 2001.863

HAUSER J., « Arrêt *Vaudelle c/ France*, suite : le curatelaire, la procédure pénale et les sophismes judiciaires », Comm. Réexamen, 27 juin 2002, à la suite de CEDH 30 jan. 2001, *RTD Civ.*, n° 1, 14 mars 2003, p. 61

HAUSER J., « Exclusion du recours en révision contre une ordonnance fixant les mesures provisoires », note sous arrêt, Cass. 2^e civ., 3 oct. 2002, *RTD Civ.*, n° 1, 14 mars 2003, p. 66

HAUSER, J., « De Pasqua à Sarkozy : les mariages étaient en noir », Cons. const., 20 nov. 2003, *RTD Civ.* 2004.65

HAUSER, J., « Définition du détournement du mariage : la fin de la jurisprudence *Appieto* ? », Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *RTD Civ.* 2004.66

HAUSER, J., « Droit de visite : pas de délégation du droit de visite », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2003, *RTD Civ.* 2003.281

HAUSER, J., « Le droit à un procès équitable et les incapables majeurs », Cass. 1^{ère} civ., 13 juil. 2004, *RTD Civ.* 2004.716

HAUSER, J., « Le droit à l'expertise biologique : le tir groupé du 14 juin 2005 », Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, *RTD Civ.* 2005.584

HAUSER, J., « Divorce : les instances en cours », Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *RTD Civ.* 2006.287

HAUSER, J., « Demande en séparation de corps et demande reconventionnelle en altération définitive du lien conjugal », Cass. Avis, 3 avr. 2006, *RTD Civ.* 2006.539

HAUSER, J., « Tutelle des mineurs : pas de personnalité morale par délégation », Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2006, *RTD Civ.* 2007.88

HAUSER, J., « Prestation compensatoire par attribution de biens : évaluer les biens », Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *RTD Civ.* 2007.97

HAUSER, J., « Admissibilité des preuves dans un divorce pour faute », CEDH, 10 oct. 2006, *L.L. c/ France*, *RTD Civ.* 2007.95

HAUSER, J., « Assistance éducative : la consultation du dossier, l'audition du mineur et le droit à un procès équitable », Cass. 1^{ère} civ., 28 novembre 2006, *RTD Civ.*, n° 1, 15 mars 2007, p. 101

HAUSER, J., « Le juge aux affaires familiales et la juridiction impartiale », *RTD Civ.*, n° 02, 15 juin 2007, p. 318

HAUSER, J., « L'action en divorce : une action attitrée ? », Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2007, *RTD Civ.*, n° 3, 14 septembre 2007, p. 551

HAUSER, J., « Aliments : conventions, calcul et nature de la dette », Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2007, *RTD Civ.* 2007.558

HAUSER, J., « Premières applications du référé violence », Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2008, *RTD Civ.*, n° 2, 16 juin 2008, p. 278

HAUSER, J., « Encore le droit à l'expertise biologique ; il n'est point besoin d'adminicules et le juge de la mise en état peut l'ordonner », Cass. ass. pl., 23 nov. 2007, *RTD Civ.* 2008.284

HAUSER, J., « Divorce contentieux : recours en révision », Cass. 2^e civ., 12 juin 2008, n° 07-15.962, *RTD Civ.*, n° 03, 15 septembre 2008, p. 462

HAUSER, J., « Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire », Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2008, Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2008, *RTD Civ.*, n° 4, 15 décembre 2008, p. 662

HAUSER, J., « Adoption plénière : des conditions de la tierce opposition et dus substitut de l'adoption simple », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008, n° 07-20.426, et Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008, n° 07-20.868, *RTD Civ.*, n° 01, 16 mars 2009, p. 107

HAUSER, J., « Audition de l'enfant, information des défenseurs des parties ou des parties elles-mêmes », Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, *RTD Civ.* 2009.110

HAUSER, J., « Le temps et la filiation : la *kafala* et l'intérêt de l'enfant », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2009, *RTD Civ.* 2009.308

HAUSER, J., « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, *RTD Civ.* 2009.309

HAUSER, J., « Assistance éducative : tentative de contribution du droit européen à la définition de certaines notions », CJCE, 2 avril 2009, *RTD Civ.*, n° 4, 14 décembre 2009, p. 714

HAUSER, J., « Le référé parental : ne pas confondre saisine en la forme des référés et juridiction des référés (Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2009, n° 08-11.245) », *RTD Civ.*, n° 1, 15 mars 2010, p. 97

HAUSER, J., « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, *RTD civ.* 2010.547

HAUSER, J., « Des vieux noms et des nouveaux », Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 2010, *RTD Civ.* 2010.296

HAUSER, J., « De la liberté et du consentement en mariage », Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 2010, *RTD Civ.* 2010.304

HAUSER, J., « Du nom, de l'intérêt supérieur - à éclipse- de l'enfant et de la constitutionnalité de certains textes », Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2010, *RTD Civ.* 2010.521

HAUSER, J., « Adoption : présentation de la requête par les héritiers », Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2010, *RTD Civ.* 2010.543

HAUSER, J., « Le nom et la filiation : un intérêt supérieur à géométrie variable dans le temps », Cass. Avis, 13 sept. 2010, *RTD civ.* 2010.759

HAUSER, J., « L'autorité parentale et l'adoption simple », Cons. const., 6 oct. 2010, *RTD Civ.* 2010.776

HAUSER, J., « Prestations compensatoires : contentieux inutiles sur les dates et les éléments et obscurité sur l'avenir prévisible », Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2010, *RTD Civ.* 2011.112

HAUSER, J., « Protection des majeurs : exercice des actions en cas de sauvegarde et de curatelle », Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, *RTD Civ.* 2011.324

HAUSER, J., « Le sexe et le mariage », Cons. cont. 28 jan. 2011, *RTD Civ.* 2011.326

HAUSER, J., « La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ? », Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2011, *RTD Civ.* 2011.338

HAUSER, J., « Faut-il être lucide pour se marier ? De la réforme du mariage posthume », Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, *RTD Civ.* 2011.515

HAUSER, J., « Prestation compensatoire et attribution judiciaire d'un bien en propriété : QPC transmise », Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 2011, *RTD Civ.* 2011.521

HAUSER, J., « Le notaire n'est pas juge (suite) », Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, *RTD Civ.* 2012.102

HAUSER, J., « Procréations médicalement assistées : pas de QPC », Cass. 1^{ère} civ., 19 jan. 2012, *RTD Civ.* 2012.303

HAUSER, J., « L'exequatur des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel (suite) », Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2012, *RTD Civ.* 2012.522

HAUSER, J., « Des délais pour recourir contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'état : une décision à suivre », Cons. const., 27 juil. 2012, *RTD Civ.* 2012.718

HAUSER, J., « Procédures et audition de l'enfant », Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, *RTD Civ.* 2013.106

HAUSER, J., « Exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des couples : l'accord, le juge et les circonstances particulières », Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2011, *RTD Civ.* 2012.111

HAUSER, J., « Délai pour contester l'inscription d'un pupille de l'Etat », Cass. 1^{ère} civ., 9 avril 2013, *RTD Civ.* 2013.589

HAUSER, J., « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, *RTD Civ.* 2014.88

HAUSER, J., « Contrôle constitutionnel : constitutionnalité de la jurisprudence et égalité apparente des sexes », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2013, *RTD Civ.* 2013.361

HAUSER, J., « Calcul de la prestation compensatoire (suite) : renvoi d'une QPC », Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2014, *RTD Civ.* 2014.345

HAUSER, J., « Etat civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli ! », CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France et Labassée c/ France*, *RTD Civ.* 2014.616

HAUSER, J., « Un avis sur une chose déjà jugée : tutelle ouverte sur l'article 391 et autorité parentale », Cass. avis, 24 mars 2014, *RTD Civ.* 2014.336

HAUSER, J., « La délocalisation de la fabrication des enfants...avis de tempête ! », Cass. avis, 22 sept. 2014, *RTD Civ.* 2014.872

HAUSER, J., « Pas d'acharnement pour la fin de vie du second alinéa de l'article 272 du Code civil », Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2014, *RTD Civ.* 2015.109

HAUSER, J., « La croisade du mariage pour tous (suite) », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, *RTD civ.* 2015.359.

HAUSER, J., « Etat civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez y'a rien à voir ! », Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, *RTD Civ.* 2015.581

HEBRAUD, P. et RAYNAUD, P., « Action déclaratoire. Action en nullité d'un jugement étranger de divorce », *RTD Civ.* 1949.113

HEBRAUD, P. et RAYNAUD, P., « Revirement de jurisprudence : rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration et la direction du droit prétorien » Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1969, *RTD Civ.*, 1969, p. 607.

HEBRAUD, P. et RAYNAUD, P., « Action en inopposabilité d'un jugement étranger de divorce non revêtu de l'exequatur », Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1971, *RTD Civ.* 1972. 433

HEFTEL, B., « Mariage pour (vraiment) tous et hiérarchie des normes », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, *AJ fam.* 2015. 71

HILT, P., « Le conjoint marié sous le régime de la communauté universelle n'a pas qualité pour agir en partage des biens dont son épouse a hérité », Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2008, n° 07-11.254, *AJ fam.*, n° 6, 13 juin 2008, p. 258

HOLLEAUX, D., « Conflits de juridiction », Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1959, *RCDIP* 1960.37

HOLLEAUX, D., « Compétence du tribunal français pour connaître du divorce entre étrangers quand le mari demandeur a un domicile en France », Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1962, *D.* 1963.109

HOUTCIEFF, D., « Consécration limitée de la règle de l'*estoppel* » Cass. ass. plén., 27 fév. 2009, *D.* 2009.1245

HUET-WEILLER, D., « Filiation naturelle », Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1986, *D.* 1987. Somm. 318

HUET-WEILLER, D., « Détournement de l'adoption », Cass. ass. plén. 31 mai 1991, note sous arrêt, *RTD Civ.* 1991.517

HUYETTE, M., « La consultation du dossier d'assistance éducative et l'exigence d'un procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », CEDH, 24 fév. 1995, *McMichael c/ R.U.*, *D.* 1995.449

HUYETTE, M., « La communication des dossiers d'assistance éducative aux juges aux affaires familiales », Cass. Avis, 1^{er} mars 2004, *D.* 2004. 1627

HUYETTE, M., « L'articulation des compétences entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, *D.* 2006.1947

HUYETTE, M., « Assistance et représentation en assistance éducative », Cass. 1^{ère} civ., 26 sept. 2007, *D.*, n° 4, 24 janvier 2008, p. 266

HUYETTE, M., « L'appel est possible contre une décision de dessaisissement du juge des enfants », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, *D.*, n° 22, 11 juin 2009, p. 1504

HUYETTE, M., « La communication des dossiers d'assistance éducative aux juges aux affaires familiales », Cass. 1^{ère} civ., 9 juin 2010, *D.* 2010.2343

JEOL, M. et PERDRIAU, A., « L'Assemblée plénière de la Cour de cassation consacre la légitimité des rabats d'arrêts », note sous arrêt, Cass. ass. plén., 30 juin 1995, *JCP G* 1995. II. 22478

JULIEN, P., Cass. 2^e civ., 16 juil. 1979, *D.* 1980.IR.374

JULIEN, P., Cass. 1^{ère} civ. 8 fév. 1984, *D.* 1984.IR.420

JULIEN, P., « Le pourvoi en cassation n'est recevable que si une copie intégrale d'une décision avant dire droit référencée dans l'arrêt attaqué est fournie par le demandeur », Cass. com., 9 fév. 1993, *D.* 1993. Somm. 182

KIMMEL-ALCOVER, A., « Communication du dossier d'assistance éducative et audition des mineurs », Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, *RDSS* 2007.348

LAGARDE, P., « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », Cass. 1^{ère} civ., 17 déc. 2008, *RCDIP* 2009.320

LAMARCHE, M., « Expertises génétiques post-mortem : le Conseil constitutionnel refuse de donner le coup de grâce à l'article 16-11, alinéa 2, du Code civil », Cons. const., 30 sept. 2011, *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2011, al. 89

LAMARCHE, M., Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G* n° 4, 27 jan. 2014, p. 139

LAROCHE de SOUSANE, P., « Les dommages et intérêts peuvent-ils être pris en considération pour l'évaluation des ressources d'un candidat à l'aide judiciaire ? », *Bur. Sup. aide jud.*, 20 fév. 1978, *D.* 1978.467

LAROCHE de SOUSANE, P., « La détermination du bénéficiaire du correctif pour enfant à charge et les modalités de prise en considération des pensions alimentaires lorsque l'aide judiciaire est demandée au cours d'une action en divorce ou en séparation de corps », *Bur. Sup. aide jud.*, 30 avr. et 8 oct. 1975, *D.* 1975.582

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Indemnités accordées par la CIVI, fixation de la prestation compensatoire, dommages-intérêts dans un divorce aux torts partagés », Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *Dr. fam.* 2006, comm. 269

LARRIBAU-TERNEYRE, V., Cass. 1^{ère} civ., 11 jan. 2005, « Nouvelle volte-face sur les exigences formelles relatives à la double condition de l'article 242 du Code civil », *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2005, comm. 53

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Interdiction des conventions entre époux portant sur l'attribution d'une prestation compensatoire », Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, *Dr. fam.* n° 2, fév. 2005, comm. 32

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Précisions sur la compétence du JAF comme juge des référés, en matière de mesures provisoires », CA Grenoble, 9 fév. 2005, *Dr. fam.* , n° 11, nov. 2005, p. 29

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Compétence de la cour d'appel pour modifier ou supprimer une mesure provisoire », Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 2005, *Dr. fam.*, n° 12, déc. 2005, comm. 268

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Recevabilité du recours en révision en cas d'omission volontaire d'un bien dans la déclaration sur l'honneur », *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2008, p. 23.

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Le constat judiciaire de l'accord des époux sur les conséquences pécuniaires du divorce n'a pas autorité de chose jugée », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2008, comm. 153

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Un rabat d'arrêt par la Cour de cassation à propos du mariage posthume », Cass. 2^e civ., 8 jan. 2009, *Dr. fam.* n° 2, fév. 2009, comm. 12

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Le juge saisi du divorce n'a pas l'obligation de statuer en matière d'autorité parentale », Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 2008, n° 07-19.157, *Dr. fam.*, n° 6, juin 2009, p. 25

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Sur l'étendue de la prohibition du témoignage des descendants », Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, *Dr. fam.*, n° 10, oct. 2011, p. 28

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Vive la bigamie ou l'annulation d'un second mariage comme condition de la validité d'un troisième ! », Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2011, *Dr. fam.*, n° 1, jan. 2012, comm. 2

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Rappel sur l'étendue de la prohibition du témoignage des descendants », Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 2012, *Dr. fam.* n° 4, avril 2012, comm. 62

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « Résistance bienvenue à une circulaire : le juge du divorce peut désigner un notaire pour procéder à la liquidation », Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012, *Dr. fam.*, n° 6, juin 2012, p. 18

LARRIBAU-TERNEYRE, V., « La constitutionnalité des articles 175-1, 146 et 180 du Code civil », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2012, comm. 132

LARROUMET, C., « La libéralité consentie par un concubin adultère », Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1999, *D.* 1999.351

LEBORGNE, A. et VAUVILLE, F., « Mariage célébré à l'étranger : la suspicion de nullité ne doit pas faire oublier les règles élémentaires de procédure civile », Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009, n° 07-21.826, *RJPF*, n° 9, sept. 2009, p. 21

LEBORGNE, A. et VAUVILLE, F., « La vocation successorale des collatéraux constitue un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage », Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n° 09-68.983, *RJPF*, n° 9, sept. 2011, n° 9, p. 33

LE BOURSICOT, M.-C., « Une ordonnance de référé autorise l'établissement du lien génétique en dehors d'une action relative à la filiation (ou à fins de subsides) », *RJPF*, n° 12, déc. 2009, p. 25.

LECUCQ, O., « La liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière », Cons. const., 20 nov. 2003, *D.* 2004.1405

LECUYER, H., « Enonciation par les juges du fond des conditions de l'article 242 du Code civil : un revirement remarquable », *Dr. fam.*, n° 2, février 2001, p. 21

LECUYER, H., « Mariage sur mariage ne vaut », CA Grenoble, 23 jan. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. 54

LEQUETTE, Y., « Conflits de juridiction », Cass. 1^{ère} civ., 6 juillet 1988, *RCDIP* 1989.71

LEMOULAND, J.-J., « La cause des libéralités entre concubins et les bonnes mœurs », Cass. 1^{ère} civ., 3 fév. 1999, *D.* 1999.377

LEMOULAND, J.-J. et VIGNEAU, D., « Droit des couples mars 2007- avril 2008 », *D.* n° 26, 17 juillet 2008, p. 1786 à 1796

LEROYER, A.-M., « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, n° 35, 16 octobre 2014, p. 2031

LESBATS, C., « Divorce par consentement mutuel. L'irrecevabilité du recours en révision. », Cass. 1^{ère} civ., n° 07-14.439, *JCP N*, n° 48, 3 décembre 2010, n° 48, p. 34

LEVADE, A., « Renvoi préjudiciel versus QPC : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *D.*, n° 20, 20 mai 2010, p. 1254

LEVENEUR, L., « Portée du dispositif des arrêts de cassation et consécration du contrôle de la qualification de vice caché dans la vente », *Cass. ass. plén.* 27 oct. 2006, *JCP G* 2007.II.10019

LINDON, R., « Conclusions du premier avocat général Lindon », *Cass. 1^{ère} civ.*, 20 mai 1969, *D.* 1969. *JP.* 429

LINDON, R., « Le fondement et les conséquences du licenciement d'un professeur par l'établissement catholique d'enseignement où il travaillait, au motif qu'il s'est remarié après divorce », *Cass. ch. mixte*, 17 oct. 1975, *JCP* 1976.II.18238

LINDON, R., « La recevabilité du pourvoi en cassation contre le jugement d'homologation de la convention définitive dans le divorce par consentement mutuel », *Cass. 2^e civ.*, 28 mars 1979, *JCP G* 1979. II. 19231

MAHINGA, J.-G., « L'exercice du pouvoir juridictionnel en matière d'exequatur », *Cass. 1^{ère} civ.*, 8 juin 2004, *JCPG* 2004.II.10168

MAHINGA, J.-G., « La compétence juridictionnelle française au regard des conventions Bruxelles II et Bruxelles II bis », *Cass. 1^{ère} civ.*, 12 déc. 2006, *D.* 2007.780

MARY, S., « Recevabilité d'une exception d'incompétence malgré le dépôt préalable de conclusions sur le fond », *Cass. 2^e civ.*, 16 oct. 2003, *D.*, n° 7, 12 février 2004, p. 454

MARGUENAUD, J.-P., « Procédure canonique d'annulation du mariage. Convention européenne des droits de l'homme et *exequatur* », *CEDH*, 20 juil. 2001, *Pellegrini c/ Italie*, *RTD Civ.* 2001.986

MARGUENAUD, J.-P., « Le mariage homosexuel renvoyé aux calendes grecques ? », *RTD Civ.*, n° 3, juin 2007, p. 287

MARIA, I., « Le défaut de signification de l'assignation au curateur constitue bien une irrégularité de fond », *Cass. 1^{ère} civ.*, 23 fév. 2011, *Dr. fam.*, n° 4, avril 2011, comm. 58

MARTEL, D., « *Fraus omnia corrumpit*...y compris quand il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Cass. 1^{ère} civ.*, 17 nov. 2010, *JCP G* n° 11-12, 14 mars 2011, p. 525

MASSIP, J., « Les recours ouverts contre un jugement de divorce par consentement mutuel et les conventions annexes entre époux », *Cass. 2^e civ.*, 28 mars 1979, *D.* 1980, p. 297

MASSIP, J., « L'exigence d'une représentation obligatoire pour l'exercice d'un pourvoi en cassation statuant sur les demandes de sortie d'un établissement psychiatrique n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », Cass. 1^{ère} civ., 21 jan. 1992, *D.*, n° 41, 26 novembre 1992, p. 498

MASSIP, J., « Contrats et obligations. Droit à caractère personnel. Action en justice engagée par le créancier. Décès en cours d'instance. Transmission aux héritiers », Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1992, *Rép. Defr.* 1993.710

MASSIP, J., « Le rôle du curateur dans les litiges concernant le majeur en curatelle », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 1994, *D.*, n° 25, 6 juillet 1995, p. 358

MASSIP, J., « Le rôle des expertises biologiques dans les procès de filiation (Cass. 1^{ère} civ., 10 mai et 7 juin 1995) », *LPA*, n° 26, 28 février 1996, p. 21

MASSIP, J., « Chronique de jurisprudence générale. Majeurs protégés », Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 1994, *Rép. Defr.*, n° 17, 15 septembre 1995, p. 1034

MASSIP, J., « Le rôle des expertises biologiques dans les procès de filiation », Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *LPA*, n° 26, 28 février 1996, p. 21

MASSIP, J., « Administration légale pure et simple. Actions relatives à des droits non patrimoniaux du mineur. Nécessité de l'accord des deux parents », Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, *Rép. Defr.*, n° 22, 30 novembre 1996, p. 1352

MASSIP, J., « La représentation d'un mineur dans un litige relatif à l'autorité parentale », Cass. 2^e civ., 22 mai 1996, *D.*, n° 27, 24 juillet 1997, p. 340

MASSIP, J., « Autorité parentale. Assistance éducative. Décision ayant épuisé ses effets. Pourvoi sans objet », *Rép. Defr.* 1998.1028

MASSIP, J., « Le ministère public et les mariages simulés », Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *LPA*, n° 123, 22 juin 1999, p. 26

MASSIP, J., « Assistance éducative, pourvoi sans objet et droits de la défense », Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, *D.*, n° 32, 28 septembre 2000, p. 678

MASSIP, J., « Chronique de jurisprudence générale. Filiation », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *Rép. Defr.*, n° 12, 30 juin 2000, p. 769

MASSIP, J., « Majeurs protégés et procédure pénale », note sous arrêt, CEDH 30 jan. 2001, *Vaudelle c/ France*, *LPA*, n° 230, 19 novembre 2001, p. 12

MASSIP, J., « Filiation naturelle », Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001, *Rép. Defr.*, n° 22, 30 novembre 2001, p. 1355

MASSIP, J., « La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant est d'application directe devant les juridictions françaises », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *Rép. Defr.*, n° 18, 30 septembre 2005, p. 1418

MASSIP, J., « Le contrôle par la Cour de cassation de la faute cause de divorce (à propos de Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2005, 7 arrêts) », *Gaz. Pal.*, n° 151, 31 mai 2005, p. 2

MASSIP, J., « Personnes, famille, incapacité », Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2008, *Rép. Defr.*, n° 10, 30 mai 2008, p. 1113

MASSIP, J., « De quelques problèmes posés par les accouchements anonymes », Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2009, n° 08-20.153 et TGI Angers, 8 octobre 2009, *Gaz. Pal.* n° 364, 31 déc. 2009, p. 4

MARGUENAUD, J.-P. et RAYNARD, J., « Affermissement du droit à une procédure contradictoire face au rôle du Parquet de cassation », CEDH 20 fév. 1996, *Vermeulen c/ Belgique* et *Lobo Machado c/ Portugal*, *RTD Civ.*, n° 4, 15 décembre 1997, p. 1006

MARGUENAUD, J.-P., « L'obligation de motiver les décisions juridictionnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », CEDH, 19 fév. 1998, *Higgins c/ France*, *RTD Civ.* 1998.516

MARGUENAUD, J.-P. et RAYNARD, J., « De la nécessité d'une réforme de la curatelle pour organiser l'assistance du curatelaire en matière pénale », CEDH, 30 jan. 2001, *Vauudelle c/ France*, *RTD Civ.*, n° 2, 15 juin 2001, p. 439

MARGUENAUD, J.-P., « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », Cass. ass. plén., 15 avril 2011, *RTD Civ.*, n° 4, 28 décembre 2011, p. 725

MARGUENAUD, J.-P., « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », Cass. 1^{ère}, 4 déc. 2013, *RTD Civ.* 2014.307

MAUGER-VIELPAU, L., « Adoption sur pacs ne vaut ! », Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2007, *D.* 2008.1028

MAYRAN, N., « Effets possibles susceptibles d'être entraînés par la décision d'un juge aux affaires matrimoniales statuant en matière gracieuse pour se déclarer territorialement incompétent », TGI Strasbourg, 17 avril 1980, *JCP G* 1981. II. 19593

MAZEAUD, H., « Précisions sur la jurisprudence récente à l'égard du mariage simulé », Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1963, *JCP* 1963.II.13420

MESTRE, J., « L'action en nullité relative du contrat pour vice du consentement est transmise aux héritiers », Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 1995, *RTD Civ.* 1996.392

MEYZEAUD-GARAUD, M.-C., « Enlèvement international d'enfants : les considérations nationalistes prendraient-elles le pas sur l'esprit de la Convention de La Haye ? », Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2002, n° 00-17.692, *RJPF*, n° 6, juin 2002, p. 21

MEYZEAUD-GARAUD, M.-C., « Enlèvements internationaux : la Cour de cassation assure une parfaite efficacité à la Convention de La Haye », Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005, n° 02-17.411, *RJPF*, n° 4, avril 2005, p. 21

MEYZEAUD-GARAUD, M.-C., « La Cour de cassation reprend la définition communautaire de la résidence habituelle de la CJCE », Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2005, *RJPF*, n° 4, avril 2006, p. 14

MEYZEAUD-GARAUD, M.-C., « Divorce et responsabilité parentale : pas de compétence juridictionnelle unique », Cass. 1^{ère} civ., 3 décembre 2008, *RJPF*, n° 2, février 2009, p. 23

MEZGER, E., « Conflits de juridictions », Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1971, *RCDIP*, 1972, p. 123

MOLFESSIS, N., « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », Cons. const., 16 déc. 1999, *RTD Civ.* 2000.186

MONEGER, F., « Demande de communication d'un dossier de pupille de l'Etat », Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, *RDSS* 2001.588

MONTSALLIER-SAINT MLEUX, M.-C., « Conditions du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation », Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2000, *JCP G*, n° 43, 25 octobre 2000, II. 10 409

MOTULSKY, H., « Le caractère obligatoire ou non de la mise en œuvre de la loi étrangère par le juge français, si elle n'est pas réclamée par les parties », Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 1959, *JCP* 1960. II. 11733

MUIR-WATT, H., « Dénaturation d'une loi étrangère par le juge qui en fait application », Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1991, *RCDIP* 1992.88

MUIR-WATT, H., « Contrôle par le juge de cassation de la dénaturation de la loi étrangère », Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juil. 1997, *RCDIP* 1998.292

MUIR-WATT, H., « Adoption internationale : la révocation intervenue à la demande des adoptants ne peut produire effet en France », Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, *RCDIP* 2005.483

MUIR-WATT, H., « Des pouvoirs du juge d'interpréter la loi étrangère, hors dénaturation », Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 2008, *RCDIP* 2009.53

MULON, E., « Compétence distincte du juge des enfants et du juge aux affaires familiales : rappel », Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2007, *Gaz. Pal.*, 23 nov. 2008, p. 28

MULON, E., « Chronique de jurisprudence », Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2009, *Gaz. Pal.*, n° 23, 23 janvier 2010, p. 22.

MURAT, P., « Adoption simple. Adoption et défaut de représentation obligatoire », Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 1998, *Dr. fam.* n° 12, décembre 1998, p. 16

MURAT, P., « Possession d'état : quelques précisions sur la notoriété », Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1999, *Dr. fam.*, n° 11, novembre 1999, p. 16

MURAT, P., « L'administrateur ad hoc du mineur victime d'une infraction pénale volontaire : pas de désignation port mortem », Cass. crim. 15 juin 2000, *Dr. fam.*, n° 11, novembre 2000, p. 30

MURAT, P., « L'expertise biologique devant la Cour de cassation : donner d'une main pour reprendre de l'autre ? », Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2002, *Dr. fam.*, n° 3, mars 2003, p. 20

MURAT, P., « L'homologation des accords parentaux : à propos de la résidence de l'enfant : le fond et la forme », CA Douai, 29 jan. 2004, *Dr. fam.*, n° 10, octobre 2005, p. 23

MURAT, P., « Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts », *Dr. fam.*, n° 9, septembre 2005, comm. 182

MURAT, P., « Eléments constitutifs de la possession d'état : faits exceptionnels appellent traitement particulier », Cass. 1^{ère} civ., 5 octobre 2005, *Dr. fam.*, n° 1, janvier 2001, p. 38

MURAT, P., « L'expertise biologique en l'absence de présomptions et indices graves dans l'action en recherche de paternité : l'Assemblée plénière statue sur l'ancien régime », Cass. ass. plén., 23 nov. 2007, *Dr. fam.* n° 1, jan. 2008, p. 21

MURAT, P., « Indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel : la Cour de cassation prend de vitesse l'ordonnance », Cass. 1^{ère} civ., 14 fév. 2006, *Dr. fam.* n° 5, mai 2006, comm. 107

MURAT, P., « « Affaire Benjamin » : une cassation méritée mais bien confuse », Cass. 1^{ère} civ. 7 avr. 2006, *Dr. fam.* n° 6, juin 2006, comm. 124

MURAT, P., « La Cour de cassation et l'« homoparenté » : pas d'adoption simple par le partenaire du parent tant que l'enfant est mineur », Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, *Dr. fam.* n° 2, fév. 2008, comm. 28

MURAT, P., « Le nom des enfants de l'adopté simple : du nouveau sur le rôle du consentement », Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 2008, *Dr. fam.* n° 1, jan. 2009, comm. 6

MURAT, P., « Une ordonnance de dessaisissement du juge de l'assistance éducative n'est pas une simple mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours », Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, n° 08-12.097, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, p. 29

MURAT, P., « Etre le frère du mari de la mère n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique ! », Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2009, *Dr. fam.*, n° 10, octobre 2009, p. 25

MURAT, P., « Le caractère déstabilisateur de la contestation de filiation et le but strictement financier de celle-ci peuvent participer du motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique », Cass. 1^{ère} civ. 30 sept. 2009, *Dr. fam.* n° 11, nov. 2009, comm. 142

NAUDIN, E., « Parlez-moi d'amour... », Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012, *D.* 2013.1117

NEIRINCK, C., « Un traité bien maltraité », *JCP G*, n° 20, 19 mai 1993. I. 3677

NEIRINCK, C., « L'exequatur du jugement d'adoption simple de l'enfant de la partenaire étrangère », *Dr. fam.*, n° 10, octobre 2010, rep. n° 9.

NEIRINCK, C., « L'audition de l'enfant, son intérêt et le respect du contradictoire », Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2012, *Dr. fam.*, n° 9, septembre 2009, p. 43

NEIRINCK, C., « Homoparentalité et ordre public », Cass. 1^{ère} civ., 8 juil. 2010, *RDSS* 2010.1128

NEIRINCK, C., « L'adoption de l'enfant du conjoint par ses deux beaux-parents », Cass. 1^{ère} civ., 12 jan. 2011, *Dr. fam.* n° 2, fév. 2011, comm. 20

NEIRINCK, C., « Fraude et ordre public contre reconnaissances paternelles et transcriptions des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui », Cass. 1^{ère} civ., 13 sept. 2013, *Dr. fam.* n° 11, nov. 2013, comm. 151

NEIRINCK, C., « Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui », *Dr. fam.* n° 9, sept. 2014, comm. 128

NEIRINCK, C., « La gestation pour autrui : les conséquences déléteres des arrêts Menesson et Labassée sur le recours en annulation pour excès de pouvoir de la circulaire sur le certificat de nationalité française », CE, 12 déc. 2014, *Dr. fam.* n° 2, fév. 2015, comm. 30

NEIRINCK, C., « Les avis de la Cour de cassation relatifs à l'adoption plénière par l'épouse de la mère et la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'enfant », *Dr. fam.*, n° 11, novembre 2014, comm. 160

NERSON, R., « De l'atteinte portée par un employeur à la liberté du mariage », Cass. ch. mixte, 17 oct. 1975, *RTD Civ.* 1976.122

NICOD, M., « La nature testamentaire d'une lettre missive », note sous arrêt, Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2005, *D.*, n° 16, 21 avril 2005, p. 1064.

NICOLEAU, P. et TALBERT, C., « Compétence du tribunal de grande instance en formation contentieuse ou du juge aux affaires familiales en matière de droit de visite et d'hébergement d'un grand-parent ? », CA Agen, 24 juil. 1996, *D.* 1997.578

NICOLETIS, C. et SOMMER, J.-M., « Chronique de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », *D.*, n° 34, 9 octobre 2008, p. 2373

NORD, N., « Privilèges de juridiction : l'antériorité de la saisine ne fonde pas une compétence exclusive des juridictions françaises », Cass. 1^{ère} civ., 16 déc. 2009, *AJ fam.* 2010.84

NORD, N., « Litispendance et contrariété à l'ordre public international de la décision à intervenir », Cass. 1^{ère} civ., 23 fév. 2011, *AJ fam.* 2011.259

NORMAND, J., « Office du juge et autorité de la chose jugée », *RTD Civ.* 1976. 820

NORMAND, J., « Débats, ministère public, partie jointe : la communication obligatoire du dossier, sa preuve et sa sanction », Cass. ch. mixte, 21 juil. 1978, *RTD Civ.* 1979. 192

NORMAND, J., « Le droit à un juge impartial (art. 6§1 Conv. EDH). La recevabilité du moyen pris de ce que les conditions de l'impartialité objective n'étaient pas réunies », Cass. ass. plén. 24 nov. 2000, *RTD Civ.*, n° 1, 15 mars 2001, p.192

NOURISSAT, C., « Quand la Cour de cassation interroge la Cour de justice à propos de l'application du règlement « Bruxelles II bis » à des binationaux », Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 2008, *Procédures*, n° 6, juin 2008, p. 16

PATAUT, E., « Application dans le temps du règlement CE du 29 mai 2000 dit « Bruxelles II3 », Cass. 1^{ère} civ., 22 fév. 2005, *RCDIP* 2005.515

PAULIN, C., « L'indemnisation de la survivante à la suite du décès de sa compagne », TGI Belfort, 25 juil. 1995, *JCP G* 1996.II.22724

PERDRIAU, A., « De la délimitation de leur saisine par les juridictions de renvoi après cassation », CA Paris, 18 nov. 1999, *JCP G*, n° 13, 31 mars 1999, II. 10059

PERDRIAU, A., « Le degré de précision des écritures récapitulatives », Cass. 3^e civ., 19 oct. 1999, *JCP G* 2000. II. 10081

PERDRIAU, A., « Recevabilité d'un pourvoi contre le prononcé d'une amende civile », Cass. 2^e civ., 16 mars 2000, *JCP G* 2000. II. 10 358

PERDRIAU, A., « La Cour EDH se reconnaît le droit de contrôler si le rejet d'un moyen nouveau par la Cour de cassation française est (ou non) contraire au « droit à un procès équitable » », CEDH 21 mars 2000, *JCP G*, n° 29, 19 juillet 2000, II. 10 344

PERDRIAU, A., « L'irrecevabilité d'un moyen de cassation pour « nouveauté » n'est pas contraire au droit à un procès équitable », note sous arrêt, CEDH 29 août 2000, req. n° 40490/98, *JCP G*, n° 49, 6 décembre 2000, II. 10 435

PERDRIAU, A., « L'avis, très attendu, de la Cour de cassation, sur les « dernières conclusions » des procédures civiles », Cass. Avis, 10 juil. 2000, *JCP G*, n° 42, 18 octobre 2000, II. 10404

PERDRIAU, A., « Information du défendeur des moyens invoqués en vue d'une cassation », Cass. Soc. 27 juin 2001, *JCP G*, n° 22, 29 mai 2002, II. 10 081

PERDRIAU, A., « Lorsqu'un pourvoi est formé par correspondance, sa date est celle de l'envoi de la lettre recommandée », Cass. Soc. 26 sept. 2002, *JCP G*, n° 11, 12 mars 2003, II. 10041

PERRIER, J.-B., « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions législatives : épilogue et retour au dialogue ? », *Procédures*, n° 7, juillet 2011, al. 37

PERROT, R., « Jugement (ou arrêt) avant-dire droit. Appel (ou pourvoi en cassation) formé « en même temps » que le recours contre la décision sur le fond », Cass. 3è civ., 11 jan. 1978, *RTD Civ.* 1978.737

PERROT R., « Conclusions : preuve de leur notification », Cass. 2è civ., 11 oct. 1978, *RTD Civ.* 1979. 191.

PERROT, R., « Interruption de l'instance. Décès : notification nécessaire », Cass. 2è civ., 19 mai 1980, *RTD Civ.* 1981.211

PERROT, R., « Cassation. Contrariété de jugements : l'identité de parties n'est pas nécessaire », *RTD Civ.* 1982. 790

PERROT, R., « Appel. Recevabilité : pluralité de parties et jugement mixte », Cass. 2è civ., 24 mai 1984, *RTD Civ.* 1985.216

PERROT, R., « Mesure d'administration judiciaire », Cass. Soc. 24 mai 1995, *RTD Civ.*, n° 4, 15 décembre 1995, p. 958

PERROT, R., « Ministère public, partie jointe : son rôle et le principe de contradiction », CEDH, 20 fév. 1996, *RTD civ.*, n° 4, 15 décembre 1997, p. 992

PERROT, R., « Motivation des arrêts d'appel par reprise des motifs du jugement », CEDH, 21 jan. 1999, *Procédures* 1999. comm. 230

PERROT, R., « Décès d'une partie –dénunciation du décès et reprise d'instance », Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *Procédures*, n° 7, juillet 2001, p. 12

PERROT, R., « Cassation : les moyens et prétentions dont est saisie la juridiction de renvoi après cassation », Cass. ass. plén., 26 oct. 2001, *RTD Civ.* 2002.148

PERROT, R., « Clause de conciliation préalable », Cass. ch. mixte, 14 fév. 2003, *RTD Civ.*, n° 2, 16 juin 2003, p. 349

PERROT, R., « L'intérêt né et actuel et ses incertitudes », Cass. 3è civ., 29 sept. 2004, n° 00-16.524, *RTD Civ.*, n° 4, 15 décembre 2004, p. 774

PERROT, R., « Office du juge : insuffisance de preuve », Cass. 2^e civ., 28 juin 2006, *RTD Civ.*, n° 4, 15 décembre 2006, p. 821

PERROT, R., « Cassation : réitération d'un pourvoi », Cass. ass. plén., 23 nov 2007, n° 05-17.975 et 06-10.039, *RTD Civ.*, n° 1, 14 mars 2008, p. 160.

PERROT, R., « Cassation : arrêt avant-dire droit et computation du délai de deux mois », Cass. com., 7 oct. 2008, *RTD Civ.* 2009.171

PERROT, R., « Le moyen de cassation », Cass. 2^e civ., 30 avr. 2009, *Procédures* n° 7, juillet 2009, p. 11

PERROT, R., « Jugement : mention du nom des juges », Cass. ch. mixte, 11 déc. 2009, *RTD Civ.* 2010.154

PERROT, R., « Instance : à quelle date est-elle introduite ? », Cass. avis., 4 mai 2010, *RTD Civ.* 2010.614

PERROT, R., « Notion de grief », Cass. 2^e civ., 8 déc. 2011, *Procédures*, n° 2, février 2012, p. 14

PICCA, G. et SAURET, A., « La spécificité de la procédure devant la Cour de cassation au regard de l'article 6 de la C.E.D.H. », note sous arrêt, CEDH, 25 jan. 2000, *Slimane-Kaïd c/ France*, req. n° 29057/95, *LPA*, n° 156, 11 août 2001, p. 4

PIWNICA, E., « Pourvoi en cassation et excès de pouvoir : à propos de l'arrêt Chambre mixte du 28 janvier 2005 », *Justice et cassation*, 2006, p. 259.

PIERRAU, E., « Du divorce, des enfants et des juges », Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, n° 05-13.360, *LPA*, n° 181, 11 septembre 2006, p. 8

POLLAUD-DULIAN, F., « Succession. Droit moral. Enfant naturel. Légataire universel. Question prioritaire de constitutionnalité », Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2012, *RTD Com.*, n° 3, 14 novembre 2012, p. 550

PONSARD, A., « Notion et contrôle de l'intérêt de la famille exigé pour le changement ou la modification du régime matrimonial », Cass. 1^{ère} civ., 6 jan. 1979, *D.* 1976. JP. 253

PRIEUR, E., « La suppléance totale de motifs par la Cour de cassation, technique de consolidation des décisions attaquées », Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1982, 9 avril et 13 avril 1983, *D.* 1984.JP.273

PUECHAVY, M., « L'accusé se défendant seul devant la Cour de cassation », CEDH, 26 juillet 2002, *Meftah et autres c/ France*, RTDH, n° 56, 2003, p. 1345

PUIG, P., « La loi d'ordre public international », Cass.1^{ère} civ., 28 jan. 2015, *RTD Civ.* 2015.91

RAMBAUD, T. et ROBLOT-TROIZIER, A., « Chronique de jurisprudence – droit constitutionnel et administratif », Cons. const., 3 déc. 2009, *RFDA* 2010.627

REMY-CORLAY, P., « Convention de New York. Applicabilité directe de l'article 7. Accouchement sous X et reconnaissance paternelle. Droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Impossibilité de l'accord parental sans l'accord paternel », Cass. 1^{ère} civ., 7 avr. 2006, *RTD Civ.* 2006.273

RENET, T., « La cession judiciaire forcée de biens à titre d'exécution en capital de la prestation compensatoire est conforme à la constitution à condition d'être subsidiaire à la modalité d'exécution de cette dette au moyen d'un versement de somme d'argent éventuellement garanti par des sûretés », Cons. const., 13 juil. 2011, *RTD Civ.* 2011.565

ROLLAND, « La décision exécutoire, élément constitutif de l'abandon de famille : exécution provisoire non prononcée et effet non suspensif du pourvoi en cassation en matière de divorce et de séparation de corps », Cass. crim. 20 déc. 1966, *D.* 1967.JP.299

RONDEAU-RIVIER, M.-C., « La Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors-jeu », Cass. 1^{ère} civ., 10 mars 1993, *D.*, n° 28, 29 juillet 1993, p. 2003

ROUAULT, M.-C., « Commentaire de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, complétée par la loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration », Cons. Const. 13 août 1993, *D.* 1994.101

ROUX, J., « La QPC sur le « mariage homosexuel » : une question plus nouvelle que sérieuse ? », Cass. 1^{ère} civ., 16 nov. 2010, *D.* 2011.209

RUBELLIN-DEVICHI, J. (dir.), « Droit de la famille », *JCP G*, n° 1-2, 7 janvier 2009, p. 26 à 32

RUBELLIN-DEVICHI, J., GOUTTENOIRE, A., BOSSE-PLATIERE, H. et FAVIER, Y., « Droit de la famille », *JCP G*, n° 28, 6 juillet 2009, p. 42 à 47

RUBELLIN-DEVICHI, J., GOUTTENOIRE, A., BOSSE-PLATIERE, H. et FAVIER, Y., « Droit de la famille », *JCP G* n° 1-2, 11 janvier 2010, p. 52 à 58

RUBELLIN-DEVICHI, J., BOSSE-PLATIERE, H., COUTANT-LPALUS, C., FAVIER, Y., LAMARCHE, M. et GOUTTENOIRE, A., « Droit de la famille », Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2012, *JCP G* n° 1, 7 jan. 2013, doct. 38

RUBELLIN-DEVICHI, J., BOSSE-PLATIERE, H., COUTANT-LAPALUS, C., FAVIER, Y., GOUTTENOIRE, A., LAMARCHE, M., et MURAT, P., « Droit de la famille », *JCP G* n° 38, 15 sept. 2014, doct. 953

SAUVAGE, F., « Le recel successoral suppose que celui qui s'en prévaut n'a pas perdu sa qualité d'héritier à l'expiration du délai de prescription », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2009, n° 07-19.573, *RJPF*, n° 3, mars 2009, p. 30

SAVATIER, R., « Une orientation nouvelle de la jurisprudence sur les règles d'ordre public protectrices des droits du réservataire ; la portée de la clause d'exclusion de la communauté accompagnant un legs fait à un époux commun en biens », Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1975, *JCP*. 1975. II. 18141

SIMLER, P., « Régimes matrimoniaux », Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2008, *JCP G*, n° 21, 21 mai 2008, I. 144

SOLER, S., « Du caractère « équitable » de la procédure devant la Cour de cassation », CEDH, 31 mars 1998, *JCP G*, n° 16, 21 avril 1999, II. 10 074

SOMMER, J.-M. et NICOLETIS, C., « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2006, *D.* 2009.2069

TERRE, F., « A propos de la condamnation des maternités de substitution par l'assemblée plénière de la Cour de cassation », Cass. ass. plén. 31 mai 1991, *JCP G*, n° 45, 6 novembre 1991, II. 21 752

THERY, P., « A quel moment apprécier la recevabilité d'une demande ? Ou l'intérêt ne se perd pas en route », Com. 6 déc. 2005, *RTD Civ.*, n° 3, 15 septembre 2006, p. 604

THIERRY, J., « Les enfants légitimes peuvent-ils exercer un recours en révision contre le jugement homologuant le changement de régime matrimonial de leurs parents ? », Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 1999, *D.*, n° 17, 29 avril 1999, p. 242

THIERRY, J., « Communication des conclusions de l'avocat général et monopole de la représentation des parties par les avocats à la Cour de cassation. L'arrêt Voisine de la Cour européenne des droits de l'homme », CEDH 8 fév. 2000, *D.*, n° 31, 21 septembre 2000, p. 651

THOUVENIN, D., « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance », Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.*, n° 30, 12 septembre 1991, p. 417

TOUFFAIT, A., « Du conflit entre le traité et le conflit postérieur », Cass. ch. mixte, 24 nov. 1975, *D.* 1975.497

TURPIN, D., « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », Cons. const., 13 août 1993, *RCDIP* 1994.1

USUNIER, L., « L'exception d'ordre public u secours du mariage pour tous », Cass. 1^{ère} civ., 28 jan. 2015, *RTD Civ.* 2015.343

VAREILLE, B., « Régimes de communauté (suite) qualification et reprise des propres, conséquences », 4 jan. 1995, *RTD Civ.* 1996.971

VAREILLE, B., « Régimes de communauté (suite) qualification et reprise des propres, conséquences », Cass. 1^{ère} civ., 4 juil. 1995, *RTD Civ.* 1997.205

VAREILLE, B., « Régime de communauté, récompenses : office des juges du fond, vérification de la preuve et évaluation sous peine de déni de justice », Cass. 1^{ère} civ., 16 avril 2008, *RTD Civ.*, n° 4, 14 décembre 2009, p. 768.

VIATTE, J., « Adoption. Adoption simple. Révocation. Décès de l'adoptant après jugement prononçant la révocation », Cass. 1^{ère} civ., 4 fév. 1981, *Gaz. Pal.*, 1981, p. 577

VIGNEAU, D., « Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs », Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, *D.* 2004.3175

VIGNEAU, D., « Hier le rôle, le titre : pas encore ! », Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007, *D.* 2007.1047

VIGNEAU, V., « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Cass. ass. plén., 7 jan. 2011, *D.* 2011.618

VIZIOZ, H., Trib. Seine, 10 juin 1947, *RTD Civ.* 1948.94

WIEDERKEHR, G., « Etendue de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP G*, n° 17, 25 avril 2007, II. 10070

RAPPORTS :

Le temps : rapport annuel de la Cour de cassation 2014, www.courdecassation.fr

L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2013, Doc. franç., 2014

La preuve : rapport annuel de la Cour de cassation 2012, Doc. franç., 2013

Le risque : rapport annuel de la Cour de cassation 2011, Doc. franç., 2012

Le droit de savoir : rapport annuel de la Cour de cassation 2010, Doc. franç., 2011

Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2009, Doc. franç., 2010

Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2008, Doc. franç., 2009

La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation : rapport annuel 2007, Doc. franç., 2008

La Cour de cassation et la construction juridique européenne : rapport annuel 2006, Doc. franç. 2007

L'innovation technologique : rapport annuel de la Cour de cassation 2005, Doc. franç., 2006

La vérité : rapport annuel de la Cour de cassation 2004, Doc. franç., 2005

L'égalité : rapport annuel de la Cour de cassation 2003, Doc. franç., 2004

La responsabilité : rapport annuel de la Cour de cassation 2002, Doc. franç., 2002

Les libertés : rapport annuel de la Cour de cassation 2001, Doc. franç., 2002

La protection de la personne : rapport annuel de la Cour de cassation 2000, Doc. franç., 2001

Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers, présenté par Jean LEONETTI, www.ladocumentationfrancaise.fr, 2009

Rapport de l'Assemblée nationale fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 1898, www.assemblée-nationale.fr, 2009

L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au Garde des Sceaux, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge GUINCHARD, www.ladocumentationfrancaise.fr, 2008

Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Président Guy Canivet le 30 novembre 2004, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005

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, présenté par Irène THERY, éd. Odile Jacob, 1998.



Célia HOFFSTETTER

École Doctorale

ED 101 Droit
Science politique
Histoire

L'influence de la Cour de cassation sur le droit : analyse en droit de la famille

Résumé

Créée en 1790, la Cour de cassation n'a eu de cesse d'évoluer au fil des ans, s'adaptant à la judiciarisation croissante de la société. Elle veille à l'égalité de tous devant la loi, en précisant au besoin les côtés obscurs de certains textes, en harmonisant les pratiques judiciaires et en s'assurant de la bonne application par les magistrats des instruments juridiques. Le droit de la famille ne fait pas exception à ce constat. L'apparition de notions à contenu variable, comme l'intérêt de l'enfant ou celui de sa famille, complique la tâche du juge, déjà confronté à la diversification des sources du droit de la famille. L'interprétation et l'application des règles qui le composent suscitent parfois des difficultés, que la Cour de cassation peut atténuer. Que ce soit par le biais du pourvoi en cassation ou des autres compétences qui lui ont été confiées, elle améliore constamment les rapports entre la famille et son droit, tout en composant avec les facteurs qui perturbent aujourd'hui cette matière.

***Mots-clés :** Cour de cassation, droit de la famille, procédure civile, contrôle de légalité, contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité*

Résumé en anglais

For many reasons, family law is now in trouble. The best interests of the child have to be protected by judges, even if they do not know all about the child's situation. It is the same when they have to take a decision about couple's relations. So, judges need some directions, proclaimed by the High Court. The High court's mission is to apply and interpret all the rules which are edicted by the Parliament. There is only one High Court, situated in Paris and created 1790. Others jurisdictions have to respect its decisions and that is why it is one of the most important jurisdictions in France.

***Mots-clés:** Family law, High Jurisdiction*