

DOCUMENTS DE TRAVAUX DIRIGES (3)

• **Séance n° 6 : Les conditions du mariage**

- **Arrêt à commenter** : Civ. 1^o, 13 mars 2007.

- **Documents** : • rapport G. Pluyette pour l'arrêt à commenter : *D. 2007*, jur. p. 1389.

• H. Fulchiron, *Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel*, *D. 2007*, « études et comm. », p. 1375.

• H. Fulchiron, *La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe*, *JCP 2010*, jur., p. 1899.

• Civ. 1^o, 16 novembre 2010 : *D. 2011*, jur. p. 209, note J. Roux.

• A. Mirkovic, *Le mariage, c'est un homme et une femme* : *JCP 2011*, « point de vue », 134.

• **Séance n° 7 : Les conséquences du divorce**

- **Arrêt à commenter** : Civ. 1^o, 8 juillet 2010.

- **Documents** : • L. Mauger-Vielpeau, note sous l'arrêt à commenter : *D. 2010*, jur. p. 2952.

• Civ. 1^o, 14 décembre 2004 : *D. 2005*, jur. p. 1985, note C. Mathieu.

• Civ. 1^o, 21 septembre 2005 : *D. 2006*, jur. p. 47, note C. Lefranc-Hamoniaux.

• **Séance n° 8 : L'accouchement sous X**

- **Arrêt à commenter** : Angers, 26 janvier 2011.

- **Documents** : • A. Gouttenoire, *La victoire à la Pyrrhus des grands-parents biologiques...*, *JCP 2011*, « libres propos », p. 298.

• TGI Angers, 8 octobre 2009 : *JCP 2009*, 504, note F. Boulanger.

• Civ. 1^o, 8 juillet 2009 : *JCP 2009*, 152, obs. Y. Favier.

Sommaire de la décision

Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme.

Ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire.

Rapport de Gérard Pluyette*
Conseiller à la Cour de cassation

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le 25 mai 2004, l'officier d'état civil de la commune de Bègles (Gironde) a publié les bans du mariage annoncé de Monsieur Chapin et de Monsieur Charpentier, tous deux de sexe masculin. Le 27 mai 2004, le procureur de la République de Bordeaux a fait notifier à l'officier d'état civil, en raison de l'identité de sexe, son opposition au mariage qui a été inscrite sur les registres de l'état civil le 2 juin 2004. Malgré cette opposition, le maire de Bègles les a mariés le 5 juin 2004 et a dressé l'acte de mariage sur les registres de l'état civil; cet acte était rédigé de la manière suivante: «Ils ont déclaré l'un et l'autre vouloir se prendre pour époux». Sur assignation à jour fixe du 22 juin 2004, le Tribunal de grande instance de Bordeaux a déclaré nul cet acte, avec transcription en marge de l'acte de l'état civil et de l'acte de naissance des intéressés; par arrêt du 19 avril 2005, la Cour d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement en toutes ses dispositions. C'est l'arrêt attaqué. La procédure est régulière, le pourvoi recevable. Le procureur général de Bordeaux n'a pas déposé de constitution.

2 - Analyse succincte des moyens

Messieurs Chapin et Charpentier ont formé un pourvoi contre cet arrêt, ils ont formulé deux moyens: le premier moyen est relatif à la recevabilité de l'action du ministère public exercée en tant que partie principale; le second moyen concerne la critique de la décision d'annulation quant au fond.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

I - Premier moyen: la recevabilité de l'action du ministère public à titre principal

Devant les juges du fond, Messieurs Chapin et Charpentier ont prétendu que le ministère public était

irrecevable en sa demande en nullité, pour défaut du droit d'agir, faute de texte précis interdisant le mariage entre personnes de même sexe.

Il est certain que les textes du code civil auxquels renvoie l'article 184 ne mentionnent pas la différenciation des sexes comme une condition substantielle de la validité du mariage; ce n'est donc pas à ce renvoi textuel qu'il convient de se référer mais beaucoup plus à des considérations d'ordre public concernant la **définition du mariage**, ainsi que les juges du fond l'ont fait dans leur raisonnement, en application de l'article 423 du nouveau code de procédure civile. Or, c'est bien sur le plan du **principe** que se trouve posée la question de droit; le litige qui oppose le ministère public aux défendeurs ne concerne pas seulement leurs droits individuels, tel leur droit au mariage, avec toutes les conséquences qui en découlent, mais il implique surtout la conception que se fait la société du mariage en tant que statut civil institué par la loi. C'est la question à laquelle il convient donc de répondre: le ministère public justifie-t-il d'un intérêt suffisant pour agir en l'espèce en nullité absolue du mariage, et si oui, sur quel fondement?

II - Second moyen: la différence des sexes est-elle une condition substantielle du mariage en droit français?

Le second moyen, en cinq branches, pose la question de **fond** tant au regard du droit interne (1^{re} branche) que du droit européen (2^e à 5^e branches). Droit interne: violation des articles 75 et 144 du code civil, la condition de différence de sexe étant étrangère à ces textes et l'article 75 n'imposant aucune formule sacramentelle au mariage. Droit européen: violation des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme; atteinte grave à la vie privée et au droit de se marier librement en excluant les personnes de même sexe alors que ces textes n'impliquent pas obligatoirement que les époux soient de sexe différent et en privant de ce fait les homosexuels du droit de se marier; violation de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit le droit de se marier sans référence aucune au sexe.

Argumentaire du pourvoi

1^{re} branche: définition du mariage selon le code civil

Si, traditionnellement, le mariage est défini comme l'union d'un homme et d'une femme, aucun texte du

* Ce texte correspond à une synthèse du rapport présenté oralement à l'audience; le rapport intégral a été publié avec l'avis de l'avocat général Marc Domingo dans le numéro 80 de la Gazette du Palais des 21 et 22 mars 2007, p. 10 à 44.

nécessaire de l'énumérer parmi les conditions du mariage. Cette évidence repose sur une tradition remontant à l'origine et au développement de l'humanité. C'est, dans l'ancien testament, le récit de la création (Genèse, 1, 27): «*Dieu créa l'homme à son image, à l'image de Dieu, il le créa, homme et femme il les créa*». Cette spiritualité imprègne la tradition judéo-chrétienne; le mariage, rite et reconnaissance sociale du couple et de la famille, constitue l'institution destinée à structurer l'individu dans une société et à assurer son avenir en la perpétuant.

Ces deux finalités se retrouvent dans la définition donnée dans l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert: les révolutionnaires, tout en proclamant le caractère purement laïc et civil du mariage, ont accru les formalités en le faisant célébrer sur «l'autel de la Patrie». Les rédacteurs du code civil ont maintenu la conception révolutionnaire du mariage en attribuant à l'officier d'état civil un rôle actif et essentiel, différent de celui du prêtre, simple témoin nécessaire. Mais la différenciation des sexes est demeurée une condition substantielle: lors des travaux préparatoires du code civil, Portalis énonçait «*le mariage, c'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée*». De ces finalités ont résulté dans le code civil la conception mixte du mariage: le **mariage-source**, qui repose sur la volonté des époux; c'est l'aspect contractuel; et le **mariage-institution**, qui impose un statut des époux, déterminé par des règles impératives fixées par l'Etat pour l'organisation de la famille et de l'ordre social. Dans un tel contexte, la famille est traditionnellement comprise dans un rapport triangulaire reliant père, mère et enfants. Cette conception s'est maintenue pendant l'essentiel du XX^e siècle. Le mariage est «la plus vieille coutume de l'humanité» rappelle le Doyen Carbonnier. Depuis les années 1970, l'exigence d'une altérité sexuelle du mariage est remise en cause en tant qu'évidence ou condition implicite, notamment en raison d'une reconnaissance progressive de l'homosexualité.

C - La remise en cause de l'évidence

Les évolutions récentes de la société et, particulièrement de la famille, des mentalités et des mœurs, l'individualisme et la recherche de l'égalité en tout domaine, l'affranchissement de toute contrainte au profit d'une liberté presque sans limite (mai 1968: il est interdit d'interdire), ont bouleversé l'ordre juridique. Les progrès scientifiques et médicaux, notamment dans le domaine de la biologie et de la bioéthique, ont changé les comportements et les idées. Le législateur est donc intervenu très profondément pour adapter le droit à ces transformations de la société en modifiant le statut du mariage et en créant des règles spécifiques pour l'organisation de la vie en couple: cf. notamment le PACS et la traduction du principe d'égalité dans le mariage au profit de la femme: suppression de la puissance maritale et paternelle, égalité des époux dans la gestion, réforme de l'autorité parentale, égalité des filiations.

La famille «traditionnelle» s'est transformée dans notre pays, en particulier en raison des deux guerres mondiales et du recul d'une ruralité au profit d'une vie sociale quasi exclusivement urbaine, ainsi que de l'allongement de la durée de la vie. De la famille patriarcale, on est passé à la famille légitime, naturelle ou adoptive à celle de famille nucléaire puis éclatée, monoparentale, décomposée, recomposée. Au concept de parenté s'ajoute celui de parentalité, de coparentalité ou d'homoparentalité, les conceptions mêmes de la filiation et de l'adoption sont discutées. La vie en couple est devenu le terme référent. De nombreuses études et rapports ont été consacrés à cette évolution de la famille.

Les progrès de la science et de la biologie: fécondation *in vitro*; PMA; recours à des tiers donneurs masculins; location ou prêt d'un utérus par convention de mère porteuse, etc. La conception et la naissance ne sont plus dépendantes des seules conditions naturelles. Ces progrès ont bouleversé des réalités plurimillénaires qui apparaissaient jusqu'alors immuables. La naissance, et donc la transmission de la vie, n'est plus uniquement soumise aux conditions de la nature, à savoir l'union sexuelle physique d'un homme et d'une femme, la conception et la gestation peuvent être facilitées par des moyens scientifiques.

La réforme du concubinage et le PACS. C'est l'élaboration de conventions pour la vie en couple de même sexe ou de sexe différent. Par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS (D. 1999. Lég. 515), le législateur a consacré l'existence juridique du concubinage homosexuel dans la définition légale du concubinage introduite dans l'article 515-8 du code civil: «*le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple*». Toutefois, les limites contractuelles de droit commun, inhérentes à la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs, ne se prête guère à l'organisation contractuelle de la vie personnelle des concubins. Cette limite se rencontre également dans le cas du pacte civil de solidarité qui présente lui-même une nature contractuelle.

La création du pacte civil de solidarité (PACS), ensuite, constitue une autre illustration de la reconnaissance récente des formes juridiques de couples homosexuels. Créé par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, après des débats parlementaires passionnés, le PACS trouve son origine dans la volonté d'offrir à **tous les couples**, aussi bien hétérosexuels qu'homosexuels, un statut juridique davantage organisé que le simple concubinage, sans pour autant constituer un ersatz du mariage. La réforme de son régime juridique par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 relative aux successions et aux libéralités a du reste permis d'en améliorer les fonctionnalités. Ainsi, le PACS met désormais en place aux côtés du devoir d'aide mutuelle et matérielle entre partenaires un **véritable devoir d'assistance**; il est également prévu de transcrire la conclusion du PACS en marge de l'acte de naissance, avec indication de l'identité du partenaire.

L'évolution récente de la jurisprudence: première Chambre civile, 24 février 2006 (D. 2006. Jur. 897, note Vigneau), sur la délégation d'autorité parentale et première Chambre civile, 20 février 2007 (D. 2007. Jur. 1047, note Vigneau), sur l'adoption de personnes partageant la même communauté de vie. Par l'arrêt du 24 février 2006, la Cour de cassation a décidé que l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'opposait pas à ce qu'une mère, non mariée, seule titulaire de l'autorité parentale, en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vivait en union stable et continue, dès lors que les conditions l'exigeaient et que la mesure était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est une évolution importante. Par les arrêts du 20 février 2007, la Cour de cassation estime que l'adoption simple de son enfant mineur par la compagne de sa mère est contraire à l'article 365 du code civil dès lors que cette adoption réalise un transfert des droits de l'autorité parentale en privant la mère biologique, qui continue à élever l'enfant, de ses propres droits; une telle adoption serait contraire aux principes mêmes de l'institution et surtout à sa finalité. Ces deux décisions ne sont pas contradictoires car, dans la délégation, la mère biologique ne perd pas ses droits, alors qu'en consentant à l'adoption la mère biologique perd ses droits au profit de l'autre personne, quelle qu'elle soit, homme ou femme, car elle devient juridiquement titulaire de l'autorité parentale: le transfert est donc définitif.

comme condition de validité du mariage (sauf en Espagne où la Constitution le prévoit). Dans les pays de *common law*, où le juge est investi du pouvoir de créer la norme juridique, les juridictions ont été assez favorables au mariage entre personnes de même sexe, sauf au Royaume Uni. Il est à noter, cependant, que la faveur des juridictions américaines a été contrée par le législateur. Dans les pays de tradition civiliste, les juridictions ont explicitement rejeté le mariage entre personnes de même sexe, ce sont les législateurs qui ont ouvert l'institution à ces couples. Cette évolution vers une reconnaissance du mariage de personnes de même sexe doit être aussi replacée dans l'ordre mondial car il ne concerne, en l'état, que le monde occidental. Ce mariage, de même que l'homosexualité est rejetée par le monde musulman, déduit du Coran, Sourate 7, à propos de la destruction de Sodome. Dans l'Islam, les relations homosexuelles relèvent de l'*haram* (l'interdit); l'homosexualité, c'est la *khata* (la faute). L'Asie, de même que toute l'Amérique latine et l'Afrique rejettent également le mariage homosexuel. Enfin, en Europe même, seuls quelques pays sur l'ensemble de l'Union européenne l'ont adopté, il n'y a pas de consensus ou d'opinion dominante.

III - Incidences de la solution

Il convient de s'interroger sur les conséquences possibles d'une reconnaissance du mariage homosexuel sur les règles juridiques actuelles découlant de la qualité d'époux mariés. Cette reconnaissance aurait nécessairement tous ses effets pour leur statut personnel et patrimonial, et, tout particulièrement, l'application de la contribution aux charges du mariage, du devoir de secours entre époux, du divorce, du régime matrimonial, ainsi que des règles relatives à la prestation compensatoire. Elle aurait aussi des incidences sur le droit fiscal, la législation relative au bail d'habitation, le droit commercial et rural, le droit des sûretés, le droit social, le droit de la fonction publique, le droit pénal, et enfin la procédure civile (cf. rapport).

Mais sont principalement concernés le droit de la filiation et le droit de la nationalité. Les différentes règles prenant spécifiquement en considération la qualité d'époux, issues notamment de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation, sont les suivantes :

- la présomption de paternité du mari (art. 312 C. civ.) : il s'agit de la présomption selon laquelle l'enfant né ou conçu d'une femme mariée a pour père le mari de celle-ci. L'application de ce mécanisme juridique demeurerait fondamentalement impossible dans l'hypothèse d'un mariage homosexuel, mais le fait même que le mécanisme premier d'établissement de la filiation paternelle dans le cadre du mariage ait alors vocation à rester inappliqué n'invalide pas par lui-même ce dernier, et l'on peut du reste rappeler que la fertilité n'est pas érigée en condition de validité par le code civil.

- l'adoption plénière conjugale (art. 343 s. C. civ.) : il s'agit de la vocation d'un couple marié, sous réserve éventuellement d'un agrément notamment dans le cas de l'adoption internationale (art. L. 225-15 CASF), à adopter simultanément, de manière plénière, un même enfant. L'applicabilité de cette disposition à un couple marié homosexuel supposerait que soit réexaminée la question de la possibilité d'un double lien de filiation de l'enfant. En effet, le droit de la filiation exclut traditionnellement - quoique non explicitement - l'attribution à un même enfant de deux parents de même sexe. Dans le cas de l'adoption plénière, l'impossibilité d'une adoption conjugale par deux époux qui seraient hypothétiquement de même sexe ne résulte semble-t-il d'aucun texte du code civil. On peut à cet égard en déduire que la revendication d'une adoption plénière conjugale apparaîtrait

juridiquement légitime en cas de consécration du mariage homosexuel. N'est-ce pas un bouleversement du droit de l'adoption ?

- l'assistance médicale à la procréation au bénéfice des couples mariés (art. L. 2141-2 CSP) : sur ce point, le refus d'application à un couple homosexuel marié résulte de la loi, l'article L. 2141-2, alinéa 3, du code de la santé publique refusant le bénéfice de l'insémination artificielle aux couples homosexuels non mariés, la formule même de la loi visant explicitement « l'homme et la femme formant le couple ». On peut par ailleurs ajouter que le texte de l'article 311-20 du code civil sous-tend également dans une large mesure l'hétérosexualité du couple ayant eu recours à l'assistance médicale à la procréation en visant isolément la « mère » et « celui » qui a consenti à l'insémination artificielle avec tiers donneur.

- le partage de l'autorité parentale avec le conjoint en cas d'adoption simple (art. 365 C. civ.) : le code civil aménage la mise en place automatique d'une autorité parentale partagée avec le conjoint en cas d'adoption simple d'un enfant par un époux, ce qui se traduit par un exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux époux. Ceci serait donc applicable au couple de même sexe, ce qu'a refusé la première Chambre dans ses arrêts du 20 février 2007. Cette jurisprudence devrait donc évoluer.

- l'acquisition de la nationalité française : en l'état actuel de la législation, issue en dernier lieu de la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, la qualité d'époux d'un conjoint de nationalité française permet d'acquérir la nationalité française en cas de continuation pendant 4 années, à compter du mariage, d'une communauté de vie affective et matérielle (art. 21-2 C. civ.). Aucune disposition analogue ne permet l'acquisition de la nationalité française à raison d'une vie de couple dans le cadre d'un concubinage ou d'un PACS. On peut ajouter par ailleurs qu'en ce qui concerne la délivrance d'un titre de séjour, la qualité d'époux, comme celle de concubin ou de partenaire lié par un PACS, n'est pas prise en considération par la loi, étant souligné que c'est d'une manière générale la situation privée et familiale du demandeur qui est susceptible d'être prise en considération dans le cadre de la délivrance d'un titre de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » (art. L. 313-11 C. étrangers).

IV - Problématique

L'office du juge

Le pourvoi invite à s'interroger sur les limites du pouvoir d'interprétation de la loi qui se trouve conféré au juge et sur l'existence d'un pouvoir créateur conféré à la Cour de cassation. La méthode exégétique amène à s'en tenir au sens que le législateur a entendu attribuer au texte, tandis que la méthode téléologique conduit à rechercher la finalité de la règle et plus encore son but social. La méthode de la libre recherche scientifique, proposée par Gény, invite à s'abstraire du « fétichisme » de la loi écrite et codifiée notamment lorsque survient une question toute nouvelle. Il doit également être souligné que l'exercice même de son pouvoir d'interprétation de la loi ne saurait conduire la Cour de cassation à entendre trop restrictivement son office. Certes, fondamentalement, le rôle de la Cour de cassation demeure-t-il de contrôler l'application des lois par les tribunaux et, dans un propos tout à fait général, d'assurer une interprétation unique et uniforme de la loi sur tout le territoire.

Mais notre époque contemporaine ne permet plus d'appréhender en termes excessivement étroits les missions de la Cour de cassation, comme avait pu le souligner très récemment le Premier Président Guy Canivet : « Il y a une quinzaine d'années, le

Point de vue
Mariage

Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel

par Hugues Fulchiron

Doyen de la Faculté de droit, Université Jean Moulin Lyon 3

« Décider d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels suppose que l'on change la conception même du mariage. »

Le 5 juin 2004, le maire de Bègles célébrait en grandes pompes médiatiques le premier mariage homosexuel en France, malgré l'opposition qui lui avait été notifiée par le procureur de la République de Bordeaux. Les juges du fond prononcèrent la nullité de l'union. En quelques phrases lapidaires, la Cour de cassation a mis fin le 13 mars 2007 (V. *infra*, p. 1395, note Agostini) aux espoirs de ceux qui attendaient d'elle une révolution juridique : l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, à l'exemple des Pays-Bas, de la Belgique, de l'Espagne, du Canada, de l'Afrique du Sud et, aux Etats-Unis, de l'Etat du Massachusetts (cf. *Le mariage entre personnes de même sexe*, Etude pour la Cour de cassation, Institut de droit comparé, Université Jean Moulin Lyon 3). L'arrêt force l'attention par ce qu'il dit, mais aussi par ce qu'il sous-entend.

1 - L'explicite - Sans véritable surprise, la première Chambre civile de la Cour de cassation pose deux principes : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ; or « ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ».

- La première affirmation sonne comme une évidence. D'aucuns avaient cependant avancé que la condition de différence de sexe n'apparaît pas dans le code civil : *ubi lex non distinguit...* Cette lecture littérale aurait de quoi faire sourire si elle n'avait

connu un certain succès dans la presse, inquiète de ce prétendu « vide juridique » (étrange vision du droit que cette conception littérale étroite de la loi !), et jusque dans les propositions de lois déposées au Parlement. Sans entrer dans des subtilités exégétiques, il suffit d'observer que si l'exigence n'a pas été inscrite dans le code civil en 1804... c'est qu'elle paraissait toute naturelle. Et il serait vain de réduire le débat à quelque survivance de la morale « judéo-chrétienne » : en tout temps et en toute culture, le mariage a été conçu comme l'union de l'homme et de la femme. Les cas particuliers que les anthropologues auraient pu découvrir dans telle ou telle société n'ont rien de comparable avec la normalité du mariage homosexuel telle qu'elle est revendiquée aujourd'hui en Occident.

- La seconde affirmation n'a rien de plus de surprenant. L'argument de la discrimination est pourtant l'arme principale utilisée par les défenseurs du mariage homosexuel. Selon le pourvoi, il y aurait atteinte au droit au respect de la vie privée (art. 8 Conv. EDH) car le droit reconnu à tout homme « d'établir les détails de son identité d'être humain » (selon la formule de l'arrêt *Goodwin* rendu le 11 juillet 2002 (D. 2003. Somm. 525, obs. Birsan, et 1935, obs. Lemouland ; RTD civ. 2002. 782, obs. Hauser, et 862, obs. Marguénaud) par la Cour européenne à propos du mariage d'un transsexuel) impliquerait « le droit, pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage » ; il y aurait discrimination au regard de l'article 12 de la Convention européenne car si ce texte proclame « le droit de se marier et de fonder une famille », la Cour a affirmé, toujours dans l'arrêt *Goodwin*, que le second aspect n'est pas une condition du premier et que « l'incapacité pour un couple de concevoir et d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit » de se marier. Plus généralement, interdire le mariage entre personnes de même sexe serait constitutif d'une discrimination au regard des articles 12 et 14 de la Convention européenne.

Mais on sait que la Cour européenne fait preuve en la matière d'une extrême prudence. Si elle n'a pas directement statué sur cette question, les arrêts rendus en matière de transsexualisme révèlent une

Note



MARIAGE HOMOSEXUEL
1013

La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe *ECHR: no obligation to allow same sex couples to marry*

Si le mariage entre personnes de même sexe entre dans le champ de l'article 12 de la Convention EDH, l'absence de consensus entre États parties conduit, comme l'y invite l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à leur laisser toute liberté pour ouvrir ou non le mariage aux couples de même sexe. La relation des requérants, couple homosexuel vivant dans une relation de fait stable, relève de la notion de vie privée. Les couples de même sexe sont dans une situation que l'on peut comparer de façon pertinente à celle d'un couple de sexe différent au regard de leurs besoins de reconnaissance et de protection légale de leur relation. Toutefois, la cour ayant estimé que l'article 12 n'impose pas aux États parties l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, une lecture globale et cohérente de la Convention amène à conclure que l'article 14 pris conjointement avec l'article 8, ne peuvent être interprétés non plus comme imposant une telle obligation. S'il existe un consensus émergent en faveur de la reconnaissance des couples de même sexe, les États parties disposent aussi d'une marge d'appréciation quant au moment d'introduire un changement législatif.

If the same-sex marriage falls within the scope of Art. 12 of the ECHR, lack of consensus among member states, as suggested by Art. 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union leaves them the decision whether or not to allow the marriage to same-sex couples.

The relationship of the applicants, a cohabiting homosexual couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of family life. Same-sex couples are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship. Nevertheless, with the Court having considered that Art. 12 doesn't oblige member states to allow same-sex couples to marry, the global and coherent reading of the convention leads to the conclusion that Art. 14 in conjunction with Art. 8, can not be construed as obliging them to do so either.

If there exists an emerging consensus towards legal recognition of same-sex couple, member states also enjoy a margin of appreciation as to when to bring in a law reform on the matter.

HUGUES FULCHIRON, professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3, directeur du Centre de droit de la famille

CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche* (déc. uniquement en anglais)

V. aussi Dr. famille 2010, comm. 143, note E. Lagarde

Il est des affaires judiciaires qui ressemblent à certaines campagnes militaires. Tout est prêt pour la bataille qui décidera du sort de

la guerre. Personne n'ose cependant lancer la grande offensive. De part et d'autre on obtient quelques petits succès, qui, sans doute, pèseront lourd dans les opérations ultérieures ; mais la nuit tombée, rien n'est vraiment tranché.

L'affaire *Schalk et Kopf contre Autriche* devait offrir à la CEDH l'occasion de prendre position sur une question particulièrement controversée : le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe constitue-t-il une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ? Jusque là en effet la cour avait

seulement abordé le problème de façon indirecte, à travers sa jurisprudence sur le transsexualisme et sur les droits des concubins (V. not *M. Levinet, Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la CEDH*, in *Mariage conjugalité, parenté parentalité*, H. Fulchiron, dir : Dalloz, 2009, p. 55 s. et réf. cit.). En l'espèce, Horst Michael Schalk et Johan Franz Kopf s'étaient heurtés au refus des autorités viennoises de célébrer leur mariage. Se fondant sur les articles 12 d'une part, 14 et 8 pris conjointement d'autre part, les demandeurs affirmaient

débat n'en est que plus regrettable : les métamorphoses du mariage sont posées comme une évidence, sans aucune réflexion sur sa nature (*horresco referens*) et sur sa signification sociale, l'évolution des législations et, surtout, la référence à l'article 9 de la Charte et à son commentaire servant d'argument d'autorité. Pour autant, si l'article 12 couvre de son manteau les couples de même sexe, faut-il en déduire l'obligation pour les États de leur ouvrir le mariage ?

B. - Les États parties ont-ils l'obligation d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ? - Une nouvelle fois, la cour se réfère à l'article 9 de la Charte et à ses explications. Afin de tenir compte de la diversité des réglementations internes, l'article 9 de la Charte laisse toute liberté aux législations nationales : à elles de faire le choix d'ouvrir ou non le mariage aux couples de même sexe ; elles n'ont pas l'obligation de le faire. Prenant acte de l'absence de consensus sur le sujet (§ 58), la cour renvoie aux législations internes. Conformément à sa jurisprudence, elle n'entend pas en effet imposer sa vision aux autorités nationales,

mieux placées pour apprécier et répondre aux besoins de la société. La position paraît raisonnable, mais le raisonnement est très ambigu. De nouveau, l'articulation entre la Charte et la Convention est problématique, tout comme l'usage du consensus (*V. infra*).

2. Refuser d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe viole-t-il les articles 8 et 14 de la Convention pris conjointement ?

La Cour répond à cette question par la négative. Au passage, elle opère cependant une véritable révolution en faisant entrer une relation stable de couple entre deux personnes de même sexe dans le champ de la vie familiale et non plus de la seule vie privée.

A. - La relation de deux partenaires de même sexe vivant ensemble relève de la notion de vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention EDH. - Les juges rappellent que la notion de famille « ne se réduit pas aux relations fondées sur le mariage, mais englobe d'autres liens familiaux *de facto*

où des personnes vivent ensemble en dehors du mariage ». Au vu de l'évolution rapide des mœurs, des lois nationales et des textes communautaires, ils estiment qu'il est « artificiel de maintenir le point de vue selon lequel, par opposition aux couples de sexe différent, un couple de même sexe ne peut bénéficier de la vie "familiale" sur le fondement de l'article 8. En conséquence, la relation entre les requérants, un couple de même sexe vivant dans une relation de fait stable, relève de la notion de "vie familiale", tout comme le ferait la relation d'un couple de sexe différent dans la même situation ». Comme un fruit mûr, la relation de couple homosexuel tombe donc dans le panier de l'article 8 au titre de la vie familiale. Deux observations s'imposent cependant. D'une part, il est bien question de *vie familiale*, notion souple qu'une interprétation particulièrement dynamique de la cour a tellement dilué et dilaté, pour reprendre la formule de F. Sudre (*V. F. Sudre, La construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention EDH : Nemesis-Bruylant, Droit et Justice, n° 38, 2002, p. 11*), qu'elle s'étend

• 61. Regard being had to art. 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in art. 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that art. 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.

• 62. In that connection the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society (see *B. and L. v. UK*, cited above, § 36).

• 63. In conclusion, the Court finds that art. 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage.

• 64. Consequently, there has been no violation of art. 12 of the Convention.

III. Alleged violation of article 14 taken in conjunction with article 8 of the convention

(...)

a. Applicability of article 14 taken in conjunction with article 8 (...)

• 90. It is undisputed in the present case that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of "private life" within the meaning of art. 8. However, in the light of the parties' comments the Court finds it appropriate to address the issue whether their relationship also constitutes "family life".

• 91. The Courts reiterates its established case-law in respect of different-sex couples, namely that the notion of family under this provision is not confined to marriage-based relationships and may

encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is *ipso jure* part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth (see *Elsholz v. Germany [GC]*, n° 25735/94, § 43, ECHR 2000-VIII; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 44, Series A n° 290; and also *Johnston and Others v. Ireland*, 18 Dec. 1986, § 56, Series A n° 112).

• 92. In contrast, the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes "private life" but has not found that it constitutes "family life", even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake. In coming to that conclusion, the Court observed that despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable *de facto* partnerships between homosexuals, given the existence of little common ground between the Contracting States, this was an area in which they still enjoyed a wide margin of appreciation (see *Mata Estevez v. Spain (dec.)*, n° 56501/00, ECHR 2001-VI, with further references). In the case of *Karner (cited above, § 33)*, concerning the succession of a same-sex couples' surviving partner to the deceased's tenancy rights, which fell under the notion of "home", the Court explicitly left open the question whether the case also concerned the applicant's "private and family life".

• 93. The Court notes that since 2001, when the decision in *Mata Estevez* was given, a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples (see above, § 27-30). Certain provisions of EU law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of "family" (see § 26 above).

To be continued, following page >

nation. L'articulation des trois textes aurait dû être la suivante : l'article 12 n'est pas réservé aux couples de sexe différent, mais rien n'impose aux États d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, étant précisé qu'une telle différence de traitement ne constitue pas une discrimination parce qu'elle repose sur des raisons objectives et raisonnables, etc. En quelque sorte, une lecture globale et cohérente de la convention suppose que l'article 12 soit lu à la lumière des articles 8 et 14 (ou au moins que l'article 12 soit lu à la lumière de l'article 14) et non l'inverse. La question reste donc entière, en attendant peut-être la décision sur le *mariage de Bègles*, l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2007 (n° 05-16.627 : *JurisData* n° 2007-037901 ; *JCP G* 2007, act. 136, obs. Y. Favier ; *D.* 2007, p. 1389, concl. G. Pluyette, note E. Agostini ; *Dr. famille* 2007, comm. 76, note M. Azavant), ayant en effet été déferé à la CEDH.

Cette partie de la décision semble cependant avoir suscité l'unanimité. De fait, l'opinion dissidente ne porte pas sur ce point, mais sur celui de savoir si l'absence de tout moyen de reconnaissance légale pour les couples homosexuels constitue ou non une discrimination.

3. Les articles 14 et 8 imposent-ils aux États d'offrir aux couples de même sexe un mode de reconnaissance légale ?

La question initialement posée par les requérants, qui se plaignaient d'être discriminés dès lors qu'en tant que couple de même sexe il leur était refusé la possibilité de se marier et d'obtenir la reconnaissance légale de leur relation, avait perdu une partie de son intérêt puisque l'Autriche a mis en place une forme de partenariat enregistré, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010. Encore fallait-il examiner si l'État requis n'aurait pas dû offrir plus tôt aux requérants un moyen de reconnaissance légale. La cour souligne qu'il existe un consensus émergeant en faveur de la reconnaissance des couples de même sexe, mais que cette position n'est pas encore partagée par une majorité d'États : « Le domaine en question doit par conséquent être encore considéré comme un de ceux dont les droits sont en évolution, sans consensus établi, où les États disposent aussi d'une marge d'appréciation quant au moment d'introduire un change-

ment législatif » (§ 105). L'introduction du partenariat enregistré autrichien participe à la construction de ce consensus et « bien qu'il ne soit pas à l'avant garde, le législateur autrichien ne peut pas se voir reproché de ne pas avoir introduit plus tôt le partenariat enregistré » (§ 106). *Quid* si, comme le prétendaient les requérants, le statut proposé est insuffisant et que les différences entre mariage et statut du concubinage sont telles que les couples de même sexe subissent encore une discrimination ? Repoussant l'idée selon laquelle si un État choisit de réserver le mariage aux couples de sexe différent, il doit offrir un statut du partenariat en tous points identique au mariage, la cour estime que les États jouissent au contraire d'une certaine marge d'appréciation au regard du statut qu'ils confèrent aux couples de même sexe (§ 108). Dans le cas présent, la cour refuse de se livrer à un examen détaillé du partenariat autrichien ; elle se contente de constater que les différences sont minimales en ce qui concerne les conséquences matérielles, mais qu'elles restent importantes au regard de la parenté. Toutefois, souligne-t-elle, « cela correspond

• 103. The Court reiterates in this connection that in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it (see *F. v. Switzerland*, cited above, § 31). Given that at present it is open to the applicants to enter into a registered partnership, the Court is not called upon to examine whether the lack of any means of legal recognition for same-sex couples would constitute a violation of art. 14 taken in conjunction with art. 8 if it still obtained today.

• 104. What remains to be examined in the circumstances of the present case is whether the respondent State should have provided the applicants with an alternative means of legal recognition of their partnership any earlier than it did.

• 105. The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (see *Courten*, cited above; see also *M.W. v. the United Kingdom* (dec.), n° 11313/02, 23 June 2009, both relating to the introduction of the *Civil Partnership Act* in the United Kingdom).

• 106. The Austrian Registered Partnership Act, which entered into force on 1 January 2010, reflects the evolution described above and is thus part of the emerging European consensus. Though not in the vanguard, the Austrian legislator cannot be reproached for not having introduced the Registered Partnership Act any earlier (see, *mutatis mutandis*, *Petrovic*, cited above, § 41).

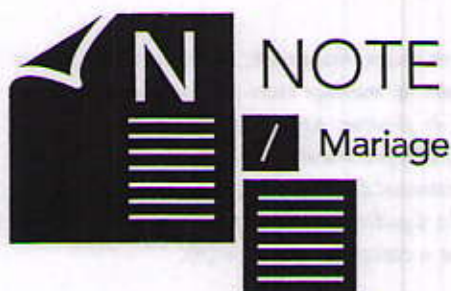
• 107. Finally, the Court will examine the applicants' argument that they are still discriminated against as a same sex-couple on account of certain differences conferred by the status of marriage on the one hand and registered partnership on the other.

• 108. The Court starts from its findings above, that States are still free, under art. 12 of the Convention as well as under art. 14 taken in conjunction with art. 8, to restrict access to marriage to different-sex couples. Nevertheless the applicants appear to argue that if a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it is obliged to confer a status on them which – though carrying a different name – corresponds to marriage in each and every respect. The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition.

• 109. The Court observes that the Registered Partnership Act gives the applicants a possibility to obtain a legal status equal or similar to marriage in many respects (see § 18-23 above). While there are only slight differences in respect of material consequences, some substantial differences remain in respect of parental rights. However, this corresponds on the whole to the trend in other member States (see § 32-33 above). Moreover, the Court is not called upon in the present case to examine each and every one of these differences in detail. For instance, as the applicants have not claimed that they are directly affected by the remaining restrictions concerning artificial insemination or adoption, it would go beyond the scope of the present application to examine whether these differences are justified. On the whole, the Court does not see any indication that the respondent State exceeded its margin of appreciation in its choice of rights and obligations conferred by registered partnership.

• 110. In conclusion, the Court finds there has been no violation of art. 14 of the Convention taken in conjunction with art. 8.

C. Rozakis, pres., A. Kovler, E. Steiner, D. Spielmann, S. E. Jebens, G. Malinverni, G. Nicolaou, judges



La QPC sur le « mariage homosexuel » : une question plus nouvelle que sérieuse ?

par Jérôme Roux,
Professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'université Montpellier I (Cercop)

Sommaire de la décision > La Cour de cassation renvoie au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles 75 et 144 du code civil interdisant le mariage des couples homosexuels.

Cour de cassation, 1^{re} civ., 16 novembre 2010

LA COUR : - Attendu que les questions transmises sont ainsi rédigées : 1^o) « Les articles 144 et 75, dernier alinéa, du code civil sont-ils contraires, dans leur application, au préambule de la Constitution de 1946 et de 1958 en ce qu'ils limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne du même sexe ? » 2^o) « Les articles 144 et 75 du code civil sont-ils contraires, dans leur application, aux dispositions de l'article 66 de la Constitution de 1958 en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser de contracter mariage entre personnes du même sexe ? »

Attendu que les dispositions contestées sont applicables au litige ; qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Et attendu que les questions posées font aujourd'hui

l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ; qu'il y a lieu, dès lors, de les renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs, renvoie au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.

10-40.042 (n° 1088 FP-D-QPC)

Mots-clés : MARIAGE * Différence de sexe * Obligation * Mariage homosexuel * Exclusion * Question prioritaire de constitutionnalité * Conseil constitutionnel * Renvoi * Critères * Appréciation * Conventiounnalité

Note

C'était prévisible. Faute d'avoir reçu, sur le terrain conventionnel, la réponse espérée par les promoteurs de la cause ¹, la question de l'accès des couples homosexuels au mariage civil est désormais posée en termes constitutionnels. Ainsi en a décidé la Cour de cassation en renvoyant au Conseil

constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) visant les articles 144 et 75 du code civil.

En disposant que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage », l'article

(1) Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, D. 2007. 935, obs. I. Gallmeister, 1389, rapp. G. Pluyette, 1375, point de vue H. Fulchiron, 1395, note E. Agostini, et 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 32 ; AJ fam. 2007. 227, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 287, obs. J.-P. Marguénaud, 315, obs. J. Hauser, et 2008. 438, obs. P. Deumier ; CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, AJ fam. 2010. 333 ; RTD civ. 2010. 738, obs. J.-P. Marguénaud, et 765, obs. J. Hauser ; JCP 2010, n° 27, Actu. 768, note C. Picheral, n° 35, obs. F. Sudre, n° 41, 1013 obs. H. Fulchiron.

pour en justifier le renvoi. Il en eût été certainement de même si les auteurs de cette question avaient invoqué, en outre, le principe d'égalité, compte tenu de la conception souple qui en est continuellement retenue par la jurisprudence constitutionnelle¹⁶. D'ailleurs ne faut-il pas voir dans leur renoncement à se prévaloir de ce principe, pourtant fréquemment versé aux débats en faveur de la cause homosexuelle, un acquiescement à l'argument selon lequel, au regard du mariage institué en vue de l'établissement de la filiation paternelle, les couples de même sexe sont, par rapport aux couples hétérosexuels, dans une situation objectivement différente, propre à justifier la différence de traitement établie entre eux par la loi sur ce point ?

B - L'acception originale de la notion de « question nouvelle »

Faute de s'être vues explicitement reconnaître un caractère sérieux, les deux questions de constitutionnalité ont été renvoyées, car « elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ». Or, dans sa décision du 3 décembre 2009 (§ 21), le Conseil a distingué deux cas de figure¹⁷. D'une part, la question est nécessairement nouvelle, ce qui conduit alors à en « imposer » le renvoi¹⁸ lorsqu'elle implique « l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application »¹⁹. Il n'en allait pas ainsi en l'espèce puisque les deux normes constitutionnelles invoquées à l'appui de la QPC, la liberté individuelle et la règle selon laquelle l'autorité judiciaire en est la gardienne, sont d'application courante dans la jurisprudence du Conseil. D'autre part, « dans les autres cas », le législateur organique « a entendu permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif » touchant au caractère sérieux ou nouveau de la question. L'espèce présente se rattache à cette seconde branche de l'alternative, qui n'avait pas connu, jusqu'à présent, de concrétisation dans les arrêts de

renvoi. Faisant usage du pouvoir qui lui est reconnu d'« apprécier l'intérêt » d'une saisine du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation estime que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers » et en conclut que « comme telles, elles présentent un caractère nouveau ». Très inspirée du positivisme sociologique²⁰, cette motivation paraît, de prime abord, frappée au coin du bon sens, comme la décision de renvoi qui en découle. Elle est cependant entachée d'une approximation qui lève en fait, délibérément ou non, le voile sur la visée réelle de la présente QPC. En effet, contrairement à ce qu'écrit la Cour, l'objet du débat actuel dans la société porte non pas vraiment sur les « questions posées » relatives, formellement du moins, à la constitutionnalité de la définition hétérosexuelle du mariage civil, mais plutôt sur une question de nature différente : celle de l'opportunité d'une éventuelle ouverture de cette institution juridique aux couples homosexuels. Dès lors, l'arrêt démontre la nouveauté, somme toute relative, de la seconde, que le Conseil constitutionnel ne saurait trancher²¹, et non des premières qui, seules, relèvent de sa compétence²². Il est vrai que les questions constitutionnelles servent, en réalité, de simple paravent à la question de civilisation dont la réponse appartient au législateur.

II - Une question probablement renvoyée par le Conseil constitutionnel au législateur

Selon toute vraisemblance, le Conseil constitutionnel conclura à la conformité des dispositions législatives critiquées à la Constitution. D'abord parce que, sur la question du mariage homosexuel, le droit européen des droits de l'homme ne pousse pas (pas encore) à la roue pour l'inciter à adopter la solution contraire (A). Ensuite parce qu'une déclaration d'inconstitutionnalité reviendrait, *de facto*, à trancher dans le

(16) Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380-DC, § 9, AJDA 1996. 694, note O. Schrameck ; D. 1998. 151, obs. F. Mélin-Soucramanian ; RFDA 1996. 909, étude J. Chevallier, et 1124, note C. Lavialle ; 28 mai 2010, n° 2010-3-QPC, consid. 3 : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur traite de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (17) V., not., B. Mathieu, JCP 2009, n° 52 ; B. Genevois, RFDA 2010. 1 ; J. Roux, RD publ. 2010. 233, spéc. 251 et 252. (18) Même si le Conseil s'est abstenu d'affirmer cette obligation sous la forme d'une réserve interprétative. V. J. Roux, art. préc., p. 259. (19) Comment faut-il entendre cet énoncé ? Concerne-t-il les dispositions dont le Conseil n'a encore jamais eu l'occasion de faire application dans l'exercice de l'une quelconque de ses attributions ou seulement dans le cadre de l'office préjudiciel nouveau qu'il tient de l'art. 61-1 de la Constitution ? Si le Conseil d'Etat semble avoir retenu la seconde interprétation, la Cour de cassation paraît avoir opté pour la première. En effet, saisis de QPC fondées sur la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi dont la jurisprudence constitutionnelle avait déjà fait plusieurs fois application dans le cadre du contrôle préventif, mais sans avoir eu encore l'occasion de trancher la question de l'invocabilité de cette norme dans le cadre du contrôle préjudiciel (ce ne sera le cas qu'avec la décision n° 4/17 QPC du 22 juill. 2010, M. A. Cachard et Assoc. des pensionnés civils et militaires en Nouvelle-Calédonie), le Conseil d'Etat avait considéré la question comme « nouvelle » (CE 23 avr. 2010, M. A. Cachard), tandis que la Cour de cassation avait conclu en sens inverse (Cass., 31 mai 2010, n° 09-707.16, D. 2010. 1487 ; RTD civ. 2010. 810, obs. P. Thery). (20) V. A. Viala, Philosophie du droit, Ellipses, 2010, n° 43-45, p. 89 à 99. (21) V. Cons. const. 12 sept. 1984, n° 84-179-DC, § 14 : une « critique [...] qui porte en réalité sur l'opportunité de la loi, ne saurait être retenue ». (22) Au reste, il pouvait difficilement en aller autrement, car on voit mal en quoi, hors le cas précité du renvoi obligatoire pour interprétation d'une disposition constitutionnelle jamais appliquée antérieurement par le juge constitutionnel, peut consister la nouveauté d'une QPC quelconque, dès lors que, sauf à confondre le troisième critère de renvoi avec le deuxième, une telle question « ne peut être nouvelle au sens » de la loi organique « au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel » : Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-595-DC, AJDA 2009. 2318, 2010. 80, étude A. Roblot-Troizier, et 88, étude M. Verpeaux ; RFDA 2010. 1, étude B. Genevois ; Constitutions 2010. 229, obs. A. Levade ; RSC 2010. 201, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2010. 66, et 517, obs. P. Puig.

Bref, il observera sur la question du « mariage homosexuel » la même réserve que celle à laquelle il s'est récemment tenu en refusant de « substituer son appréciation à celle du législateur »

au sujet de l'homoparentalité³⁴. C'est dire que, sur ces deux thèmes étroitement liés, il est très prématuré d'affirmer « qu'en droit positif tout s'est déjà joué »³⁵.

(33) Selon la formule employée dans la décision n° 2010-2-QPC du 11 juin 2010, préc., § 14, au sujet de la disposition législative disposant que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap. (34) Cons. const. n° 2010-39-QPC, préc., § 9. (35) D. Viguier, *Mariage et parentalité homosexuels*, Dr. et patr., févr. 2010, p. 20-21.

134

Le mariage, c'est un homme et une femme

POINTS-CLÉS → Le mariage défini comme l'union d'un homme et d'une femme est conforme à la Constitution → Le mariage n'officialise pas une vie de couple, il institue la famille → L'exigence d'altérité sexuelle des époux s'inscrit dans la perspective de la procréation



Aude Mirkovic,

maître de conférences en droit privé, université d'Évry

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par deux femmes désirant se marier ensemble et transmise par la Cour de cassation (*Cass. 1^{re} civ.*, 16 nov. 2010, n°10-40.042 ; *JurisData* n° 2010-021615), déclare conformes à la Constitution les articles 75 et 144 du Code civil dont il résulte que, « en droit français, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (*Cass. 1^{re} civ.*, 13 mars 2007, n° 05-16.627 ; *JurisData* n° 2007-037901 ; *JCP G* 2007, act. 136, obs. Y Favier). Cette décision (*Cons. const.*, déc. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC) intervient juste après qu'a été déclaré conforme à la Constitution l'article 365 du Code civil qui fait obstacle à l'adoption au sein des couples non mariés et, notamment, de personnes de même sexe (*Cons. const.*, déc. 6 oct. 2010, n° 2010/39 QPC). La Constitution permet donc d'opérer une distinction, en matière familiale, entre les couples mariés et non mariés d'une part, et entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe d'autre part.

L'article 75 du Code civil décrit la cérémonie de célébration du mariage. Il indique, en particulier, que l'officier d'état civil « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». L'article 144 dispose pour sa part que « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Le Conseil examinant tant les textes que l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite

(*Cons. const.*, déc. n° 2010/39 QPC, préc.), c'est en raison de l'interdiction qu'ils posent au mariage entre personnes de même sexe que ces textes ont été soumis à son contrôle même si, à proprement parler, la Cour de cassation n'a pas déduit l'exigence de l'altérité sexuelle des époux de ces dispositions particulières mais l'a énoncée sous forme de principe général.

La Cour EDH, elle aussi interrogée sur ce sujet, a jugé que la Convention EDH n'impose pas aux États l'obligation de permettre le mariage des couples homosexuels, même si elle n'a guère approfondi la question, s'en tenant surtout au constat de l'absence de consensus des États membres sur ce point (*CEDH*, 24 juin 2010, n° 30141/04 ; *JCP G* 2010, note 1013, H. Fulchiron).

À son tour sollicité, le Conseil constitutionnel conclut sans surprise à la conformité à la Constitution de la définition du mariage incluant l'altérité sexuelle des époux (1). Pourtant, il ne se prononce pas au fond, estimant que la question est de la compétence du législateur. Quelle est donc la marge d'appréciation du législateur en la matière ? C'est la signification profonde du mariage au regard du couple et de la famille qu'il faut creuser pour en déduire s'il pourrait, ou non, concerner des personnes de même sexe (2).

1. L'altérité sexuelle des époux : une exigence conforme à la Constitution

Article 66 de la Constitution. - Cet article prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté

individuelle. Si le Conseil constitutionnel a retenu un temps une conception assez large de la liberté individuelle, incluant notamment la liberté du mariage (*Cons. const.*, déc. 13 août 1993, n° 93-325 DC, consid. 107), il a ensuite restreint son champ aux mesures privatives de liberté (*V. Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel : Dalloz*, 2009, 15e éd., n° 18-5 et s.). Le refus du mariage n'entraînant aucune mesure privative de liberté, le Conseil répond sèchement que « les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ».

Liberté du mariage. - La liberté du mariage est désormais incluse dans le champ de la liberté personnelle (*Cons. const.*, déc. 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, consid. 94), laquelle résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La liberté du mariage implique que ceux qui satisfont aux conditions légales du mariage puissent se marier sans en être empêchés. Par exemple, elle « s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé » (*Cons. const.*, déc. n° 2003-484 DC, préc.). De même, une loi qui interdirait le mariage des détenus serait contraire à la liberté du mariage. En revanche, la liberté du mariage ne peut être invoquée pour s'affranchir des conditions légales du mariage que le législateur peut fixer. Dans le cas présent, le refus opposé aux personnes de même sexe de se marier est fondé sur la définition du mariage, et non sur une circonstance qui leur serait propre. D'ailleurs l'exigence de l'altérité sexuelle des époux est loin d'être la seule condition posée par la loi au mariage. Elle ne porte pas plus atteinte à la liberté du mariage que ne le font

Les conséquences du divorce

Décision à commenter :

Cour de cassation, 1^{re} civ., 8 juillet 2010

LA COUR : - Sur le moyen unique : - Attendu que M^{me} X fait grief à l'arrêt attaqué (Dijon, 8 mars 2010) qui a prononcé le divorce des époux Z-X à ses torts exclusifs de l'avoir déboutée de sa demande de prestation compensatoire sans caractériser que l'équité le commandait en considération des critères prévus à l'article 271 du code civil ou au regard des circonstances particulières de la rupture, de sorte que la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des dispositions des articles 270 et 271 du code civil ;

Mais attendu qu'en relevant que la charge des quatre enfants communs était entièrement assumée par M. Z puisque la mère ne versait aucune contribution pour leur entretien et ne leur rendait que de rares visites, que M^{me} X n'avait que 33 ans lorsqu'elle a cessé d'avoir la charge des enfants et ne justifiait pas des efforts entrepris pour suivre une formation ou exercer un emploi, la cour d'appel, qui s'est déterminée au regard des critères posés par l'article 271 du code civil relatifs à l'âge de l'épouse, sa situation au regard de l'emploi, aux choix professionnels faits par les époux et aux charges engendrées par l'entretien et l'éducation des enfants, s'est fondée sur des considérations d'équité pour refuser d'allouer à M^{me} X une prestation compensatoire et a ainsi légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette [...].

09-66.186 (n° 750 F-P+B+I) - Décision attaquée : Cour d'appel de Dijon (ch. civ. C), 12 juin 2008 (Rejet)

Le second est spécifique au divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de la prestation compensatoire au regard des circonstances particulières de la rupture.

En l'espèce, le divorce a été prononcé aux torts exclusifs de l'épouse et c'est elle qui a demandé à bénéficier d'une prestation compensatoire. Pourtant, pour la lui refuser, les magistrats n'ont pas retenu la cause spécifique à ce divorce, mais celle commune aux divorces contentieux. Examinons maintenant plus en détail les critères retenus par les juges pour priver l'épouse fautive de toute prestation compensatoire.

II - Une prestation plus indemnitaire que compensatoire

7 - Dans l'affaire commentée, c'est donc au regard de la liste indicative des critères d'évaluation de la prestation compensatoire de l'article 271 du code civil que les juges ont refusé d'accorder une telle prestation à l'épouse fautive. Pourtant, d'emblée, ils font état de la charge des quatre enfants communs entièrement assumée par le père et plus particulièrement des charges engendrées par leur entretien et leur éducation. Or, cette charge n'est pas prise en compte par l'article 271 du code civil. Sont seules visées « les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ». Et ce à juste titre car la prestation compensatoire ne concerne pas les parents, mais seulement les époux. D'ailleurs, le législateur a mis à part, depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 qui a réformé l'autorité parentale⁹, les conséquences du divorce relatives aux enfants¹⁰. Depuis lors, le sort des enfants a été dissocié du divorce. Même si pour l'appréciation de la disparité, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence contestable en prenant en compte comme charges venant en déduction des ressources de l'époux débiteur les sommes versées au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants du couple¹¹, il est excessif et critiquable de refuser une prestation compensatoire à celui qui ne verse rien à ce titre.

8 - En outre, les magistrats retiennent l'âge de l'épouse et sa situation au regard de l'emploi. Les juges du fond précisent ainsi qu'elle « n'avait que 33 ans lorsqu'elle a cessé d'avoir la charge des enfants et ne justifiait pas des efforts entrepris pour suivre une formation ou exercer un emploi ». Finalement, le relatif jeune âge de la mère se retourne contre elle, tout comme son absence de formation ou d'emploi. Ce second point est également critiquable car la qualification et la situation professionnelles

des époux servent à évaluer leur situation respective et l'absence de formation ou d'emploi justifie davantage l'octroi d'une prestation compensatoire que son refus.

9 - L'utilisation de la liste de l'article 271 du code civil à d'autres fins que son objet, qui est d'évaluer la situation patrimoniale des époux au moment du divorce et l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible, se révèle bien dangereuse. Comme l'avaient redouté des auteurs, « les critères visés à l'article 271 ne sont pas dépourvus d'ambiguïtés dès lors que l'on prétend leur faire jouer un rôle tout différent de celui, purement objectif, pour lequel ils avaient été conçus »¹². En effet, les divers éléments retenus en l'espèce, destinés à l'origine à évaluer le montant de la prestation compensatoire¹³, semblent détournés de leur objet afin de justifier son refus.

10 - Plus fondamentalement, derrière un habillage relativement objectif réalisé par les magistrats de la première chambre civile de la Cour de cassation, on voit poindre des considérations beaucoup plus subjectives dans les motifs de la cour d'appel. Ainsi, sont mises en exergue les « rares visites » de la mère aux enfants communs ou la non justification « d'efforts » pour suivre une formation ou exercer un emploi. On sent poindre les reproches : non seulement elle est une « mauvaise mère », laissant à son mari la charge totale des enfants communs, mais en outre elle n'est pas capable de trouver une formation ou un emploi. Cette décision démontre qu'en dépit des réformes successives, la prestation compensatoire conserve un caractère indemnitaire.

11 - En réalité, il apparaît qu'en permettant au juge de refuser d'accorder une prestation compensatoire en considération des critères prévus à l'article 271, le législateur a obligé le juge à revêtir sa décision, en réalité subjective, d'un habillage prétendument objectif. Ce faisant, il a mis à mal la liste de l'article 271 qui se trouve détournée de son objet. S'il voulait instaurer un correctif moral à l'octroi systématique d'une prestation compensatoire, il aurait dû se contenter de permettre au juge de la refuser en équité, sans davantage de précision. Ce parti pris n'est cependant pas non plus satisfaisant car le législateur a en même temps réaffirmé sa volonté de dissocier la question des torts des conséquences du divorce. A ce titre, il a réformé le divorce pour faute dans la perspective de ne plus en faire un divorce-sanction. La présente affaire démontre pourtant qu'il n'est pas allé au bout de sa logique de neutralité du divorce pour faute car si tel était le cas, tout époux, même celui aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé, pourrait se voir attribuer une prestation compensatoire dès lors qu'il existe une disparité dans les conditions de vie respectives des conjoints. La prestation serait alors véritablement compensatoire.

(9) JO 5 mars 2002, p. 4161. (10) Ainsi l'art. 286 c. civ. dispose que « Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre I^{er} du titre IX du présent livre ». (11) Civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-17.255, Bull. civ. II, n° 93 ; D. 2002. 1873, obs. D. Everaert-Dumont ; AJ fam. 2001. 24, et les obs. ; RTD civ. 2001. 571, obs. J. Hauser ; JCP 2002. II. 10031, note B. Gaboriau ; Defrénois 2001, art. 37430, p. 1351, obs. J. Massip ; Dr. fam. 2001. Comm. 98, note H. Lécuyer, et Comm. 107, note F. Oudin. (12) P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit civil, La famille*, 3^e éd., Defrénois, 2009, n° 795. (13) V. à ce sujet not. : Calcul de la prestation compensatoire, Dossier, in AJ fam. 2010. 349 s. (14) Comp. : A. Batteur et G. Raoul-Cormeil, Fin ou éclatement de la notion de prestation compensatoire ?, Dr. et patr., oct. 2001. 34 s.

Note de Chantal Mathieu

Docteur en droit,
Membre du Centre de recherche en droit social
Université Lyon II

Le droit du divorce accorde désormais une place notable à la volonté concordante des époux. Au règlement autoritaire des conséquences du divorce, le législateur entend substituer une solution discutée, à même d'apaiser les parties. Mais, comme le soulignent de nombreux auteurs, l'ordre public de direction, fondé sur l'intérêt général, comme l'ordre public de protection, visant à sauvegarder les intérêts de la partie la plus faible, s'opposent à trop de liberté contractuelle¹. Aussi les juges sont-ils parfois conduits à trouver un subtil dosage entre volonté des époux et décision imposée, comme en témoigne l'arrêt du 14 décembre 2004 publié au *Bulletin*.

En l'espèce, un couple engagé dans une procédure de divorce depuis juin 1997 procède, en août de la même année, à la vente d'un bien commun par acte notarié. La convention stipule que, en contrepartie du versement d'une somme de 150 000 francs prélevée sur la part revenant au mari dans le prix de vente, l'épouse renonce définitivement et irrévocablement à toute demande au titre de la prestation compensatoire. La procédure de divorce suit son cours et, après l'échec de la tentative de conciliation menée le 12 septembre 1997, l'époux assigne sa femme en divorce. Cette dernière sollicite alors, en dépit de ses engagements, le versement d'une prestation compensatoire. Pour faire échec à une telle prétention, le mari invoque l'acte notarié. Il fait valoir que les époux ont souhaité terminer une contestation née ou à naître en consentant des concessions réciproques. Ils ont donc conclu une transaction qui, en application de l'article 2052 du code civil, a entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La cour d'appel écarte pourtant l'exception de transaction. Sa position est approuvée par la première Chambre civile de la Cour de cassation au motif que «*sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge. Il en résulte qu'aucune convention, fût-elle notariée, relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire ne peut être conclue par les époux*». Une telle motivation pourrait laisser penser que les Hauts magistrats écartent l'idée -

pourtant défendue par le législateur - d'une nécessaire participation des époux aux règlements des conséquences de leur rupture. A la réflexion, l'arrêt commenté dévoile la méthode de combinaison entre intervention du juge et accords des époux. L'attribution de la prestation compensatoire est une prérogative du juge aux affaires familiales (I), mais sa décision peut tenir compte des accords des époux (II).

I - L'attribution de la prestation compensatoire : une prérogative du juge

La solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté n'est pas nouvelle. A plusieurs reprises, les première et deuxième Chambres civiles ont approuvé les décisions des juges du fond écartant l'exception de transaction en matière de prestation compensatoire. Toutefois, alors qu'auparavant la Cour régulatrice se référait à l'idée de droit non encore acquis (A), elle semble désormais s'appuyer sur le critère de l'indisponibilité (B).

A - La référence antérieure au droit non encore acquis

Dans un arrêt du 3 février 2004, la Cour de cassation rappelait que les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire alors qu'aucune instance en divorce n'est engagée à la date de conclusion de la transaction². Deux raisonnements différents, fondés sur la notion de droit acquis, peuvent expliquer cette solution.

Une première grille d'analyse consiste à affirmer qu'il ne s'agit là que d'une application de la règle selon laquelle il n'est pas possible de transiger sur des droits futurs ou sur des droits éventuels³. En effet, certains auteurs font valoir que la transaction impliquant une renonciation à l'action en justice, elle suppose qu'au moment de sa conclusion chaque partie puisse exercer une telle action⁴. Le défaut d'intérêt né et actuel, condition d'ouverture de l'action, serait donc exclusif de toute transaction. Ainsi, selon M. Lagarde, c'est le litige qui donne la mesure de l'efficacité de la transaction. «*Il ne peut y avoir de transaction qu'autant qu'existe un litige susceptible d'être soumis à un juge ; en l'état d'une matière litigieuse qui serait constituée de prétentions irrecevables, et tel serait le cas si la contestation avait pour objet des droits futurs dont la reconnaissance en justice ne peut être sollicitée faute d'un intérêt né et actuel, il ne saurait y avoir de transaction valable et assortie d'un effet extinctif*»⁵. D'autres ajoutent que celui qui transige sur un droit éventuel n'en connaît pas l'étendue et traite, par conséquent, dans l'inconnu⁶. La condition relative à l'existence de concessions

(2) Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, *AJ Famille* 2004, p. 101, note S. David; *RTD civ.* 2004, p. 272, obs. J. Hauser; V. aussi, Cass. 2e civ., 21 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1989, n° 15 à 17, note J. Massip; 10 mai 1991, *Bull. civ. II*, n° 140; D. 1991, IR p. 164; *RTD civ.* 1991, p. 504, obs. J. Hauser; Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, D. 2005, IR p. 594; *AJ Famille* 2005, p. 232, obs. S. David.

(3) D. Veaux, art. 2044-2058, J.-Cl. Civil, Fasc. 10, n° 17, Fasc. 20, n° 7; A. Gaonacl'h et R. Le Moal, v° *Transaction*, *Rép. pr. civ. Dalloz*, n° 29.

(4) L. Boyer, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947, p. 46.

(5) X. Lagarde, *Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement*, *JCP* 2001, I, 337.

(6) Pour un exposé de cette position doctrinale, V. P. Chauvel, v° *Transaction*, *Rép. pr. civ. Dalloz*, n° 113; D. Veaux, art. préc.

(1) M.-T. Meulders-Klein, *Les modes alternatifs de règlement des conflits, in La personne, la famille, le droit*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 530. - Sur la question, V. F. Dekeuwer-Defossez, *Divorce et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 67.

Ainsi, dans les matières marquées par l'ordre public de protection, il y aurait un temps pour transiger. La validité de la transaction serait subordonnée à une condition chronologique. Tant que le risque de pression à l'égard de la personne protégée est important, le pouvoir de transiger demeurerait limité. On repère déjà cette démarche en droit du travail. Depuis 1996, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'une transaction ayant pour objet de mettre fin au différend résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'après réception de la lettre recommandée notifiant la rupture ²². La même logique semble adoptée en matière de prestation compensatoire. La transaction ne serait admise qu'à l'issue du procès ²³. L'arrêt commenté va toutefois au-delà d'un simple encadrement du moment de conclusion de la transaction puisqu'il exclut la prestation compensatoire du champ conventionnel.

B - La référence actuelle à l'indisponibilité du droit

Si la Cour de cassation rejette le pourvoi, elle ne reprend pas pour autant l'argumentation développée par la cour d'appel. Elle ne réitère pas non plus sa position selon laquelle les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire. Opérant par substitution de motif, elle énonce que le juge a une compétence exclusive en la matière et en déduit qu'aucune convention, fût-elle notariée, relative à l'attribution à l'un des époux d'une prestation compensatoire ne peut être conclue par ces derniers. Le raisonnement fondé sur la renonciation par avance à un droit conféré par des dispositions d'ordre public semble écarté. Désormais, quelle que soit la date à laquelle le droit méconnu a pris naissance, les transactions relatives à l'attribution d'une prestation compensatoire sont condamnées. Plus généralement sont prohibées toutes les conventions reconnaissant à l'un des époux un tel droit. Le recours au juge apparaît obligatoire car le contrôle du respect des règles légales ne permet pas seulement de protéger l'un des époux en position de faiblesse; il s'agit aussi de condamner l'organisation conventionnelle de la séparation de fait ²⁴ et d'éviter les contentieux futurs par un règlement autoritaire et définitif des conséquences du divorce ²⁵. L'arrêt commenté laisse ainsi entendre que les règles relatives à la prestation compensatoire présentent un caractère d'ordre public si impérieux qu'elles rendent indisponible la matière litigieuse ²⁶. La position doctrinale selon laquelle la libre disponibilité des droits

constitue le critère délimitant le domaine de la transaction semble ici retenue ²⁷.

En affirmant la compétence exclusive du juge, la Cour régulatrice tend à préciser, de manière cohérente, le régime de la prestation compensatoire. Elle a déjà énoncé que la prestation était insaisissable ²⁸ et qu'elle ne pouvait faire l'objet de compensation ²⁹. Elle a en outre admis que la sanction attachée à la conclusion d'une transaction avant le prononcé du divorce est la nullité absolue assortie de la prescription trentenaire ³⁰. Enfin, la prestation compensatoire est sans doute incessible. La condamnation de toute convention en matière de prestation compensatoire ne serait donc que la conséquence de son indisponibilité. Reste que la Cour ne condamne ici que l'attribution de la prestation, et non toute convention. La matière ne serait donc pas totalement indisponible. Aussi peut-on s'interroger sur la validité de convention postérieure au divorce et concernant le montant ou les modalités d'une prestation accordée par le juge à l'un des époux. Surtout, on peut douter qu'il n'y ait aucune place pour une solution négociée au cours de la procédure de divorce.

II - La place laissée à l'accord en matière de prestation compensatoire

Tout en posant le principe de l'interdiction des conventions relatives à l'attribution de la prestation compensatoire, la Cour de cassation y apporte immédiatement une exception. La procédure de divorce sur demande conjointe autorise les époux à s'accorder sur le bénéfice d'une prestation compensatoire (A). Mais, les divorces contentieux, en particulier depuis l'adoption de la loi du 26 mai 2004, ne font pas échec à tout accord des époux (B).

A - Le divorce par consentement mutuel

L'exception formulée par la Cour régulatrice dans l'arrêt commenté était commandée par des dispositions légales. En effet, lorsque les époux optent pour une procédure de divorce par consentement mutuel, ils doivent s'entendre non seulement sur la rupture du mariage, mais également sur toutes ses conséquences. L'article 278 du code civil exige que la question de la prestation compensatoire soit réglée. S'ils considèrent qu'une telle prestation est due, les époux doivent s'accorder sur son montant et ses modalités. Ils peuvent, par conséquent, renoncer à toute prestation compensatoire. Toutefois, la liberté concédée aux époux est encadrée. L'efficacité de leur convention est subordonnée à l'homologation du juge ³¹. Ce der-

(22) Cass. soc., 29 mai 1996, Bull. civ. V, n° 215; D. 1997, Jur. p. 49, note J.-P. Chazal; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, n° 113 à 115. La Cour laisse ainsi entendre que le salarié ne peut transiger et renoncer à une partie de ses droits résultant du licenciement que lorsque ceux-ci sont nés, c'est-à-dire lorsque le licenciement a été prononcé. Cette solution est commandée par l'art. L. 122-14-7 c. trav. - V., toutefois, l'analyse de X. Lagarde, art. préc., n° 11. La même solution est applicable aux salariés protégés: Cass. soc., 2 déc. 1992, D. 1993, Somm. p. 264, obs. J. Frossard; Cass. crim., 4 févr. 1992, Bull. crim., n° 50; D. 1992, IR p. 174; CE, 2 févr. 1996, RJS 3/96, n° 299. En revanche, la transaction en cours de contrat et portant non sur la rupture, mais sur les conditions d'exécution du contrat de travail est valable: Cass. soc., 4 oct. 2000, pourvoi n° 98-41.462.

(23) V. *supra*, note 16. On pourrait envisager une transaction sur le montant ou sur les modalités de versement (CA Paris, 17 déc. 1985, D. 1987, IR p. 47, obs. Bénabent). En revanche, la transaction ne devrait pas pouvoir faire échec à la révision judiciaire de la prestation.

(24) La Cour de cassation a depuis longtemps déclaré nuls ces pactes: Cass. civ., 14 juin 1882, DP 1883, p. 248; CA Pau, 25 mars 1996, JCP 1997, IV, 113. La séparation de fait peut toutefois comporter un début d'organisation judiciaire. V. P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois 2004, p. 309 s.

(25) J. Hauser, obs. sous Cass. 2e civ., 7 mars 2002, RTD civ. 2002, p. 792.

(26) X. Lagarde, *Transaction et ordre public*, D. 2000, Chron. p. 217 s.

(27) Pour C. Boillot, la notion de «*matières d'ordre public*» pour délimiter le domaine de la transaction est trop générale et aboutit à une exclusion trop radicale de certains secteurs du droit. L'auteur considère que le critère de la libre disponibilité des droits, sous-jacent dans l'art. 2045 c. civ., est préférable, même si elle admet que ce critère demeure intimement lié à la notion d'ordre public, *in op. cit.*, n° 395 s., 1043 s.

(28) Cass. 2e civ., 27 juin 1985, préc.; 10 mars 2005, D. 2005, IR p. 798, Pan. p. 1603, obs. P. Julien et G. Taormina.

(29) Cass. 2e civ., 9 juill. 1997, JCP 1998, n° 11, p. 437, note E. Pataut.

(30) Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, préc. En droit du travail, la conclusion d'une transaction avant la notification du licenciement pour un salarié ordinaire se prescrit par cinq ans (Cass. soc., 16 nov. 2004, RJS 02/05, n° 150) et, pour un salarié protégé, par trente ans (Cass. soc., 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 249; D. 2003, Jur. p. 1464, note A. Devers).

(31) Sur le contrôle du juge, V. J. Hauser, Le juge homologateur en droit de la famille, *in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001, p. 114. L'auteur précise que, à défaut d'homologation de la convention, l'acte des époux est imparfait. Dans le même sens, V. J. Normand, *Droit judiciaire de la famille et contrat*, *in La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 216.

En outre, quel que soit le cas de divorce, le nouvel article 268 du code civil ouvre désormais aux époux la possibilité de soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. La faculté de négocier dans ce cadre la prestation compensatoire est expressément prévue par le législateur⁴⁰. Dans cette hypothèse, les règles particulières relatives au divorce par consentement mutuel s'appliquent. Les époux fixeront le montant et les modalités de la prestation et bénéficieront d'une marge de manœuvre que n'aurait pas le juge aux affaires familiales⁴¹. Ce dernier exercera toutefois son contrôle et refusera d'homologuer une convention fixant inéquitablement les droits et obligations des parties. En outre, la convention ne pourra être modifiée que par une nouvelle convention entre époux, elle-même soumise à homologation⁴². Cette précision devrait permettre de se prononcer sur la question de la validité des transactions postérieures au

divorce, et portant sur le montant, les modalités ou la révision de la prestation. Dès lors qu'une procédure d'homologation est obligatoire pour opérer un tel changement, toute transaction en la matière devrait être définitivement condamnée. Pour produire effet, les accords entre les époux doivent être homologués⁴³.

On mesure l'espace parcouru au fil des différentes réformes du divorce. Après avoir condamné l'accord des époux tendant à aménager les effets du divorce, l'ordre juridique lui octroie une place croissante, y compris en matière de prestation compensatoire⁴⁴. Mais la liberté des époux n'est pas totale. Leur capacité à disposer de la prestation compensatoire est subordonnée à un contrôle judiciaire⁴⁵. L'association d'un élément conventionnel et d'un élément judiciaire apparaît alors comme un moyen de concilier liberté des époux et respect des dispositions d'ordre public⁴⁶.

(40) Art. 279-1 c. civ.

(41) L'art. 279-1 c. civ. renvoie à l'art. 278 c. civ. qui autorise les époux à attribuer une prestation compensatoire sous forme de rente à durée limitée, alors que le juge, lorsqu'il attribue la prestation, est tenu par l'art. 276 c. civ. qui énonce que la prestation peut être accordée sous forme de rente, mais à titre exceptionnel et viager.

(42) Art. 279, al. 2, c. civ. Les époux ont également la faculté de prévoir que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou de l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. Surtout, il est désormais expressément prévu que les dispositions relatives à la modification des modalités de paiement du capital et à la révision, à la suspension ou à la suppression de la rente sont applicables.

(43) Cass. 2e civ., 17 mars 1993, Bull. civ. II, n° 111; D. 1993, IR p. 88; RTD civ. 1993, p. 335, obs. J. Hauser; 5 janv. 1994, *ibid.*, n° 5; D. 1994, IR p. 29;

RTD civ. 1994, p. 328, obs. J. Hauser. La renonciation à tout ou partie de la prestation ne devrait-elle pas également être soumise à homologation puisqu'elle aboutit à en modifier le montant? L'arrêt du 8 févr. 2005, préc., énonçant que les époux peuvent renoncer en tout ou partie aux effets de la prestation compensatoire fixée judiciairement, ne le précise pas.

(44) V., not., C. Barrat, La convention réglant les conséquences patrimoniales du divorce et de la séparation de corps, Gaz. Pal. 1976, 2, Doctr. p. 445; J. Revel, Les conventions entre époux désunis, JCP 1982, I, 3055; M. Giacobelli-Mori, L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés, RTD civ. 2001, p. 505.

(45) Plus généralement, V. X. Lagarde, Droit processuel et mode alternatif de règlement des litiges, Rev. arb. 2001, p. 423.

(46) Sur les rapports entre le conventionnel et le judiciaire, V. *Le conventionnel et le judiciaire dans le règlement des différends*, sous la dir. de P. Ancel et M.-C. Rivier, Economica, 2001.

**Cour de cassation, 1re civ.
21 sept. 2005**

LA COUR: - Sur le moyen unique: - Vu les articles 270, 271 et 272 du code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004; - Attendu que la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible; que la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible au sens de ces textes; - Attendu que, pour fixer le montant de la prestation compensatoire au 20 décembre 2000, date à laquelle le divorce est devenu irrévocable, l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Cass. 2e civ., 26 sept. 2002, pourvoi n° 01-01.925), retient le montant de l'actif successoral revenant à Mme X... à la suite du décès de sa mère, survenu le 6 août 2002; - Attendu qu'en prenant ainsi en compte des éléments postérieurs au prononcé du divorce qui ne présentaient pas à la date de celui-ci un caractère prévisible au sens des textes susvisés, la cour d'appel les a violés;

Par ces motifs, casse [...], renvoie devant la Cour d'appel de Versailles [...].

04-13.977 (n° 1225 FS-P+B+I) - *Composition de la juridiction*; M. Ancel, prés. - Mmes Vassallo, rapp. - Petit, av. gén. - SCP Bachellier et Potier de la Vardo, SCP Baraduc et Duhamel, av. - *Décision attaquée*: Cour d'appel de Paris (1re ch. G; aud. sol.), 19 nov. 2003 (Cassation partielle)

Mots-clés: DIVORCE • Effet • Epoux • Prestation compensatoire • Fixation • Elément prévisible • Actif successoral • Exclusion

Note de Carole Lefranc-Hamoniaux
Maître de conférences à la faculté de droit et de science politique de Rennes, Centre de droit des affaires, du patrimoine et de la responsabilité

Une fois encore, la prestation compensatoire fait parler d'elle. La question soulevée dans cette affaire porte sur le point de savoir si une

de l'arrêt de cassation pour apprécier l'existence du droit de l'épouse à bénéficier d'une prestation compensatoire, et pour en fixer le montant, alors que le divorce avait été prononcé par la cour d'appel et que le pourvoi formé par l'épouse contre cette décision était limité aux conséquences financières de la séparation⁷.

La Haute Cour censure systématiquement les arrêts des cours d'appel qui se placent à une date postérieure à celle du prononcé du divorce pour décider de l'existence du droit d'un ex-conjoint à une prestation compensatoire⁸ ou son montant⁹. Il est clair que les juges du fond ne peuvent se placer à la date à laquelle ils statuent dès lors que le divorce est devenu définitif en raison de l'appel limité aux mesures accessoires¹⁰.

Par-delà l'implacable logique de la solution, son intérêt réside dans l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les éléments susceptibles d'être pris en compte pour fixer la prestation compensatoire.

II - L'exclusion de la vocation successorale des droits prévisibles

La Cour de cassation, en excluant strictement la vocation successorale des droits prévisibles pour apprécier le droit à prestation compensatoire et en fixer son montant, ferme ainsi la porte à toute tentation de la part des juges du fond. Les magistrats, qu'il s'agisse du JAF lors du prononcé du divorce, ou des juges du second degré saisis d'un appel général, ne peuvent, en aucun cas, se servir des espérances successorales (par définition non réalisées) invoquées pour déterminer le montant de la prestation compensatoire. La solution inverse, qui reviendrait à hypothéquer l'avenir sur la disparition des parents de son conjoint, heurterait la morale. Prestation compensatoire et immoralité ne font pas bon ménage. L'aléa semble trop important pour faire partie des droits prévisibles au sens de l'article 271 du code civil. En la matière, il plane, en effet, une sérieuse incertitude sur la valeur de l'héritage, mais surtout sur la date du décès. Certes, on peut toujours affirmer que la mort d'une personne atteinte d'une maladie incurable et condamnée par la médecine est prévisible, à échéance plus ou moins longue.

Toutefois, en énonçant que l'aptitude d'un époux à recueillir une succession ne constitue pas un droit prévisible tel qu'envisagé par la loi, la première Chambre civile s'efforce d'écarter de macabres conflits d'intérêts autour du décès d'un proche et condamne la jurisprudence antérieure¹¹. Ce faisant, elle refuse que « l'état de la fortune, et peut-être aussi de la santé des ascendants, soient passés au crible »¹² à travers le contrôle qu'elle exerce sur les éléments ou

événements susceptibles de servir de fondement à toute décision en matière de prestation compensatoire.

Du côté du débiteur de l'obligation de verser la prestation, on peut comprendre qu'il soit tenté d'invoquer un argument « *intuitu mortis* » lorsque le décès de l'ascendant du créancier de la prestation est intervenu entre le prononcé du divorce et le moment auquel la cour d'appel statue. La différence entre la vocation successorale et l'actif successoral rend la question plus sensible. Désormais, un tel argument restera lettre morte en raison, d'une part, de l'exclusion des espérances successorales des droits prévisibles et, d'autre part, de l'impossibilité de prendre en compte des éléments postérieurs au prononcé du divorce, même s'ils ont influé sur la situation patrimoniale des époux.

Date du prononcé du divorce, date à laquelle le divorce est définitif, date à laquelle les juges statuent, date à laquelle ils doivent se placer, date d'exigibilité, date de départ des intérêts moratoires¹³ : que de dates !

En outre, selon les termes de l'article 276-3 du code civil, la prestation compensatoire, à condition qu'elle prenne la forme d'une rente, peut être révisée, suspendue, voire même supprimée « *en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties* ». Il peut s'agir du remariage du créancier avec un conjoint disposant de revenus élevés¹⁴, ou encore de nouvelles charges de famille pour le débiteur¹⁵. Le débiteur de la prestation compensatoire pourrait donc se prévaloir de l'actif successoral du créancier à l'appui d'une demande en révision (il est à préciser qu'aux termes de l'al. 2 de l'art. 276-3, « *la révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge* »). Dans ce cas, il appartient au juge du fond d'apprécier, *in concreto* et souverainement, la réalité et l'importance du changement aux aspects essentiellement économiques¹⁶. Là, la situation est toute autre puisque les juges sont expressément invités à retenir un élément survenu postérieurement au divorce, sous réserve, néanmoins, qu'il réponde à l'exigence posée par la loi. Cette fois, le changement invoqué est déjà constitué. Il ne s'agit donc point d'un changement prévisible, par définition non réalisé.

Une mise à la retraite, prise en compte lors de la fixation de la prestation compensatoire au titre de l'évolution de la situation dans un avenir prévisible, ne saurait justifier la révision de cette prestation¹⁷.

Autant la vocation successorale ne constitue pas un droit prévisible de nature à déterminer la prestation compensatoire, ni

(7) Cass. 1re civ., 30 juin 2004, n° 02-19.593, inédit, Dr. fam. 2004, Comm. n° 171, note V. Larribau-Terneyre.

(8) Cass. 2e civ., 4 déc. 1996, Bull. civ. II, n° 275.

(9) Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 04-12.546, inédit, Dr. fam. 2005, Comm. n° 163, note V. Larribau-Terneyre, pour une impossibilité de prendre en compte la suppression de l'allocation personnalisée au logement survenue après le prononcé du divorce.

(10) Cass. 2e civ., 3 déc. 1997, Bull. civ. II, n° 294; RTD civ. 1998, p. 85, obs. J. Hauser; 2 mars 2004, n° 02-17.274, inédit, Dr. fam. 2004, Comm. n° 75, note V. Larribau-Terneyre.

(11) CA Bourges, 31 août 1995, Juris-Data, n° 1995-051122; CA Aix-en-Provence, 7 mars 1996, Juris-Data, n° 1996-044801.

(12) V. Larribau-Terneyre, note sous Cass. 1re civ., 30 juin 2004 [2 esp.], Dr. fam. 2004, n° 146.

(13) Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, Bull. civ. I, n° 316; D. 2005, IR p. 112; RTD civ. 2005, p. 110, obs. J. Hauser; AJ Famille 2005, p. 64, obs. S. David; le point de départ des intérêts moratoires est fixé à la date à laquelle le divorce est devenu irrévocable, à savoir à la date d'expiration du délai de pourvoi en cassation; dans le même sens, 19 avr. 2005, D. 2005, IR p. 1179; RTD civ. 2005, p. 579, obs. J. Hauser; Juris-Data, n° 2005-028139, où la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel ayant fixé le point de départ des intérêts à la date de son prononcé, alors que le pourvoi principal du mari ne portait que sur sa condamnation à verser une prestation compensatoire, et que l'épouse n'avait pas formé de pourvoi incident, de sorte que le divorce n'était devenu irrévocable qu'à l'expiration du délai ouvert pour former pourvoi incident.

(14) CA Agen, 11 avr. 2003, Juris-Data, n° 2003-184170.

(15) Cass. 1re civ., 28 juin 2005, n° 04-13.527, inédit, Dr. fam. 2005, Comm. n° 184, note V. Larribau-Terneyre.

(16) Cass. 1re civ., 22 mars 2005, Bull. civ. I, n° 147; D. 2005, IR p. 1132; RTD civ. 2005, p. 374, obs. J. Hauser.

(17) Cass. 1re civ., 28 juin 2005, D. 2005, IR p. 2243.

**COUR D'APPEL
D'ANGERS
1ère CHAMBRE B**

EXTRAIT des minutes du Greffe
de la COUR D'APPEL D'ANGERS

DF/JC
ARRET N° 67

AFFAIRE N° : 10/01339

Jugement du 26 Avril 2010
Tribunal de Grande Instance d'ANGERS
n° d'inscription au RG de première instance 10/00171

ARRET DU 26 JANVIER 2011

APPELANTS :

Monsieur [REDACTED]
[REDACTED] 14 (75)
[REDACTED]

Madame [REDACTED]
[REDACTED] (59)
[REDACTED]

assistés de Maître Lauren BERRUE, avocat au barreau d'ANGERS et de Maître VERDIER, avocat au barreau de PARIS

INTIMEES :

LE PRESIDENT DU CONSEIL GENERAL DE MAINE ET LOIRE
26 Ter, rue de Brissac
Bâtiment Harcourt
49047 ANGERS CEDEX

assisté de Me Christine COUVREUX, avocat au barreau d'ANGERS

LE PREFET DE MAINE ET LOIRE pris en sa qualité de tuteur provisoire de l'enfant [REDACTED]
Place Michel Debré
49334 ANGERS CEDEX

représenté par Mme [REDACTED]

LE PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL D'ANGERS
Palais de Justice
Place du Général Leclerc
49043 ANGERS CEDEX

représenté par Monsieur [REDACTED], avocat général

-3-

A la suite du dépôt du rapport d'expertise qui établissait un lien de parenté, les époux [REDACTED] ont saisi, par requête déposée le 6 janvier 2010, le tribunal de grande instance d'Angers d'une demande d'annulation de l'arrêté du 14 août 2009 portant admission définitive d'Hélène en qualité de pupille de l'Etat, sur le fondement de l'article L 224-8 du code de l'action sociale et des familles.

A titre subsidiaire, ils sollicitaient un droit de visite une fin de semaine par mois et quelques jours pendant les vacances scolaires.

Par jugement du 26 avril 2010 le tribunal, après avoir rejeté l'expertise, a débouté les époux [REDACTED] faute pour eux d'avoir qualité à agir et a dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande subsidiaire.

Ces derniers ont relevé appel de ce jugement par :

- déclarations d'avoué reçues au greffe de la cour d'appel en date des 26 et 27 mai 2010, l'affaire a été enrôlée sous le N° 10/01353
- déclarations d'avoué le 27 mai 2010 et d'avocat le 29 avril 2010 au greffe du tribunal de grande instance d'Angers. L'affaire a été enrôlée sous le N° 10/01339

Ils sollicitent à titre principal, aux termes de leurs dernières conclusions, l'annulation de l'arrêté du 14 août 2009 et la garde d'Hélène, à charge pour eux de requérir l'ouverture d'une tutelle. Subsidiairement, ils demandent à pouvoir exercer un droit de visite tel que sollicité en première instance. Ils sollicitent en tout état de cause la condamnation du Président du conseil général à leur verser la somme de 4 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Ils soutiennent que leur recours est recevable :

- en ce que le délai de 30 jours pour contester l'arrêté ne peut courir qu'à compter de sa notification;
- que cet arrêté ne leur a pas été notifié alors que le conseil général connaissait leur existence,
- qu'en tout état de cause le délai a été interrompu par la procédure de référé en application de l'article 2241 du code civil,
- que l'expertise établit l'existence d'un lien de parenté avec Hélène,
- qu'il doit en être tenu compte puisque l'article 16-11 du code civil, vise notamment l'établissement de la filiation, terme qui doit être accepté au sens large,
- qu'il existe un lien affectif, tel que le prévoit l'article L224-8 du code de l'action sociale et des familles
- qu'il en va de l'intérêt de l'enfant et qu'ils sont en mesure de prendre en charge leur petite-fille

Par conclusions du 4 décembre 2010, le président du conseil général du Maine et Loire demande à titre principal la confirmation du jugement et le cas échéant une enquête de voisinage, une enquête sociale et une expertise psychologique des époux [REDACTED]

Subsidiairement, que le droit de visite qui pourrait être accordé aux époux [REDACTED] le soit conformément aux dispositions de l'article 371-4 alinéa 2 du code civil, en tenant compte de l'âge de l'enfant et du fait qu'ils ne lui ont jamais été présentés.

-5-

L'interruption du délai

L'article L224-8 du code de l'action sociale et des familles étant un texte d'exception, il s'ensuit que le délai de recours s'analyse en un délai préfix, comme l'ont justement qualifié les premiers juges, tout en relevant qu'il pouvait être interrompu.

C'est ainsi qu'ils ont relevé à bon droit que la procédure de référé introduite le 12 août 2009 a interrompu le délai et ce pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter du jour où la mesure a été exécutée, en application des dispositions de l'article 2239 du code civil. En l'espèce, le rapport d'expertise, ordonné en référé a été déposé le 24 décembre 2009, et les époux [REDACTED] ont saisi le tribunal de grande instance aux fins d'annulation de l'arrêté portant admission définitive d'Hélène en qualité de pupille de l'Etat, le 6 janvier 2010.

Dès lors l'action des époux [REDACTED] ne peut être déclarée irrecevable de ce chef.

Sur la qualité à agir

Le Tribunal a opposé aux époux [REDACTED] un défaut de lien de droit avec Hélène leur donnant qualité à agir, et les a déboutés de leur demande.

En effet, en l'état de la législation, l'article 16-11 du code civil, limite aux actions tendant à l'établissement ou en contestation d'un lien de filiation, ou à l'obtention ou la suppression de subsides, la demande d'analyse génétique.

Or, même si l'ordonnance du 8 octobre 2009, désignait un expert aux fins d'analyse comparée des sangs, c'est bien une analyse génétique que l'expert a réalisée. En conséquence, et alors que le lien de filiation visé à l'article 16-11 du code civil, doit s'entendre stricto sensu, c'est à bon droit que le tribunal a rejeté le rapport.

Dans cette affaire, la réalité factuelle et la vérité biologique s'opposent à la logique juridique, laquelle conteste aux époux [REDACTED] leur qualité à agir, alors que personne ne conteste le lien de parenté, mis en évidence par l'expertise, qui les unit à Hélène.

Le paradoxe se trouve amplifié dès lors que la mère, qui a désiré accoucher sous X et a réitéré, à plusieurs reprises sa volonté de rester anonyme et d'abandonner sa fille, a tenu sa famille informée de sa grossesse et de son accouchement, a reçu les visites de ses frères et sœur à l'hôpital, a emmené sa mère au service de néonatalogie pour qu'elle puisse voir Hélène, née prématurée, et s'est exprimée par voie de presse sur l'avenir qu'elle voulait pour cette enfant, refusant qu'elle soit recueillie par ses parents.

Il résulte de cet état de fait qu'Hélène, qui est dépourvue de lien de filiation à leur égard, ne peut être revendiquée en qualité de petite-fille par les époux [REDACTED], nonobstant la vérité biologique. Dès lors ces derniers ne sont recevables en leur action qu'à la condition de justifier d'un lien avec l'enfant, tel que visé par l'article L224-8 du code de l'action sociale et des familles.

Ce texte ne définit pas la nature du lien, et si l'on peut estimer qu'il doit s'agir d'un lien affectif, le texte ne le précise pas, se bornant à indiquer que le recours est ouvert à toute personne justifiant d'un lien avec l'enfant, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demande à en assumer la charge.

-7-

3 - SUR LA DEMANDE D'ANNULATION DE L'ARRETE ET SES CONSEQUENCES

En choisissant d'accoucher sous X et d'abandonner sa fille, la mère a définitivement renoncé à assumer, à quelque titre que ce soit, la prise en charge d'Hélène et à exercer une autorité parentale.

Dès lors, il convient d'ignorer ses déclarations relatives à l'avenir d'Hélène, faites à la DSS ou par voie de presse, aux termes desquelles elle refusait que l'enfant soit élevée par ses parents.

De même la question à trancher n'est pas de savoir si la volonté des grands-parents doit supplanter celle des parents et en l'espèce celle de la mère, puisque juridiquement ils n'existent pas, mais de rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il a été posé en principe par la convention de New York du 20 novembre 1989. L'enfant bénéficie ainsi, aux termes de l'article 7-1 de la convention, de droits fondamentaux, à savoir le droit à un nom et celui de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

Ce principe a été repris en droit interne dans l'article L112-4 du code de l'action sociale et des familles qui dispose que « l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs, ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes les décisions le concernant ».

Le droit de connaître son histoire et ses racines s'intègre donc dans les droits fondamentaux reconnus à l'enfant, auquel ne fait plus obstacle l'accouchement sous X depuis la loi du 16 janvier 2009, portant réforme de la filiation, laquelle autorise tout enfant, sans restriction, à engager une action en recherche de maternité, aux termes des dispositions de l'article 325 du code civil. L'intérêt de l'enfant prime donc sur la faculté pour la mère de conserver l'anonymat et par voie de conséquence sur son choix de couper l'enfant de sa famille.

En l'espèce, l'intérêt d'Hélène doit s'apprécier en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui a été établie que les époux [REDACTED] étaient les grands-parents de l'enfant. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur cette vérité que le Conseil général soutient que l'adoption doit être privilégiée, aux motifs que la famille [REDACTED] est divisée, qu'Hélène sera confrontée à l'image d'une mère qui l'a rejetée, que les requérants, qu'elle ne connaît pas, sont en grande souffrance, ce qui ne lui permettra pas de se construire.

Or le code civil dans son article 375-3 pose le principe de subsidiarité lorsque l'enfant doit être retiré à ses parents, en privilégiant de le confier à un autre membre de la famille ou un tiers digne de confiance, avant de le placer à l'aide sociale à l'enfance.

Aucun élément n'est rapporté pour démontrer que les époux [REDACTED], qui ont eu cinq enfants, dont seule [REDACTED], âgée de 14 ans, vit encore au domicile, qui sont bénévoles au sein d'une association caritative et ont accueilli des enfants pendant les vacances, ont failli dans leur fonction parentale.

Il est donc inutile, comme le sollicite le Conseil général dont la carence ne saurait être suppléée, d'ordonner une enquête sociale ou une expertise psychologique, sauf à prolonger la procédure.

-9-

Confie Hélène à M. [REDACTED]
épouse [REDACTED] à charge pour eux de requérir l'ouverture d'une tutelle;

Condamne le conseil général du Maine et Loire à verser
aux époux [REDACTED] la somme de deux mille euros (2 000 euros) en application
des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne le conseil général du Maine et Loire aux
dépens de première instance et d'appel.

LE GREFFIER


[REDACTED]

LE PRESIDENT


[REDACTED]

Copie certifiée conforme
à l'original
Le Greffier,

Pl



davantage manifestée par sa remise de l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance que par son accouchement dans le secret, peut être écartée par la volonté des grands-parents biologiques d'élever eux-mêmes l'enfant. Certes, il ne s'agit pas *directement* de résoudre un conflit entre la mère et les grands-parents, puisque le critère est celui de l'intérêt de l'enfant, mais tout de même d'admettre qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant on puisse envisager de passer outre la volonté de la mère et de satisfaire la demande des grands-parents.

La cour d'appel appréhende l'intérêt supérieur de l'enfant selon deux acceptions différentes.

Dans un premier temps, la cour d'appel commence par démontrer que l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié de manière abstraite, est de maintenir des liens avec sa famille d'origine. Dans un assemblage un peu disparate et quelque peu incohérent, la cour combine l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, consacré en droit interne par l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles, le droit de l'enfant de connaître ses parents – qu'il faudrait alors entendre au sens large –, et d'être élevé par eux de l'article 7-1 du même traité, et pour finir le droit fondamental de l'enfant de connaître ses origines, qui permet de faire primer l'intérêt de l'enfant sur le droit de la mère de conserver l'anonymat, comme le démontre la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en établissement de la maternité liée à l'accouchement sous X par la loi du 16 janvier 2009 (L. n° 2009-61 : JO 18 janv. 2009, p. 1062). La cour d'appel a sans doute voulu démontrer que l'intérêt supérieur de l'enfant implique *a priori* de conserver des liens avec sa famille d'origine nonobstant la volonté de ses parents de l'en priver. Il est vrai que plusieurs dispositions du droit français vont dans ce sens, notamment celle qui est mise en œuvre en l'espèce et qui permet aux membres de la famille de s'opposer à l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État. Dans le même sens, la cour d'appel note que l'article 375-5 du Code civil prévoit que, lorsqu'un enfant est retiré à ses parents, on doit privilégier la piste d'un recueil par un autre membre de la famille. On peut toutefois se demander si la Cour de cassation, dans l'éventualité où elle serait saisie, ne pourrait pas contester l'affirmation générale selon

laquelle le maintien des liens de l'enfant avec sa famille biologique est conforme avec son intérêt supérieur alors même que ses propres parents ont souhaité la rupture de ces liens en abandonnant l'enfant sans établir sa filiation. Dans un second temps, la cour d'appel s'applique à démontrer que l'intérêt de l'enfant, apprécié cette fois de manière concrète, ne s'oppose pas, en l'espèce, à ce que la petite fille soit confiée à ses grands-parents biologiques. Elle affirme en effet que « en l'espèce l'intérêt d'Hélène doit s'apprécier en considération des éléments de fait, sans pouvoir occulter la réalité biologique qui a établi que les époux X étaient les grands-parents de l'enfant ». Elle note l'absence d'éléments permettant de remettre en cause les qualités parentales des demandeurs, et si elle reconnaît que la prise en charge d'Hélène sera délicate, elle constate que « rien ne permet de craindre que les époux X ne soient pas en mesure d'y répondre de manière la plus adaptée ». L'argument du conflit entre les demandeurs et leur fille et de la profonde division de la famille, est même renversé, la cour d'appel considérant que la position ferme et sans ambiguïté des demandeurs vis-à-vis d'Hélène est un « gage de fiabilité et de confiance pour l'avenir ». La cour d'appel va même plus loin en affirmant, non sans une certaine ironie, que les demandeurs seront « qualifiés pour affronter les questions légitimes que se pose tout enfant adopté sur ses origines et son rejet par sa mère ayant, dans les faits, une connaissance approfondie de la réalité » ! À travers le raisonnement de la cour d'appel apparaît l'idée, qui n'est sans doute pas totalement fautive, que l'opposition de la mère ne justifie pas à elle seule que l'enfant soit adopté par des étrangers plutôt que confié à ses grands-parents biologiques. Il n'en reste pas moins que la situation familiale à laquelle l'enfant va être confronté risque d'être particulièrement complexe.

3. La complexité de la situation familiale de l'enfant

Conformément aux dispositions de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, l'enfant est confié par la cour d'appel

aux demandeurs, qui sont juridiquement des étrangers pour lui, à charge pour eux de requérir l'organisation d'une tutelle. Une fois celle-ci mise en place, il est probable qu'ils seront désignés tuteurs de leur petite-fille biologique sans qu'aucun lien de filiation ne soit établi, une adoption par les grands-parents étant peu probable, quoique techniquement possible.

Toutefois, en qualité de tuteurs d'Hélène, les grands-parents biologiques pourront intenter une action en établissement de la filiation maternelle de celle-ci puisque désormais l'accouchement sous X n'est plus une fin de non-recevoir à cette action. Ils pourront ainsi devenir juridiquement les grands-parents de leur petite fille...

On ne peut éviter de ressentir un certain malaise face à la situation de cet enfant élevé par des personnes qui refusent de comprendre l'acte d'abandon de leur fille et dont l'attitude vise à tout prix à en gommer les conséquences. Comment l'enfant pourra-t-il se construire alors que son quotidien lui rappellera en permanence l'abandon dont il a fait l'objet ? Les grands-parents ont déclaré espérer que leur comportement incitera leur fille à revenir vers son enfant ; ne risquent-ils pas d'entretenir chez ce dernier un espoir plus douloureux qu'utile ? On peut alors se demander si la décision de la cour d'appel d'Angers n'est pas davantage fondée sur la douleur des grands-parents, à l'égard desquels les services du Conseil général ont eu une attitude plus que discutable, que sur l'intérêt de l'enfant ? L'intérêt d'Hélène ne résidait-il pas plutôt dans une adoption extra-familiale qui lui aurait permis de grandir protégée du conflit familial dont sa naissance et son abandon sont à l'origine ? Cette dernière solution n'était d'ailleurs pas exclusive d'un maintien des liens, notamment sous forme d'un droit de visite des grands-parents, comme le prévoit l'article L. 228-4. Le refus de la cour d'appel d'ordonner une enquête sociale ou une expertise psychologique qui aurait permis un examen de la situation par des professionnels de l'enfance est éminemment regrettable. Le critère de l'intérêt de l'enfant est d'un maniement trop délicat surtout dans des affaires particulièrement complexes comme celle jugée par la cour d'appel d'Angers pour que les juges le définissent de manière dogmatique et sans l'aide de professionnels...

RETOUR SUR

FILIATION

504



L'accouchement sous X et l'affaiblissement du principe du secret de la naissance

Bien que s'avérant dans la pratique d'une importance statistique modeste, la possibilité qu'a donné le droit français aux mères d'accoucher dans l'anonymat sans que soit établi le lien juridique de filiation et les conséquences quant à l'adoptabilité de l'enfant fait ressortir le heurt entre deux principes consacrés dans les conventions internationales : le droit au respect de la vie privée et au secret pour la mère – celui de la vérité de ses origines et d'une bonne intégration pour l'enfant. Nonobstant la volonté de la Cour de cassation de « verrouiller » le secret sur les origines de l'enfant, la décision d'Angers témoigne du malaise contemporain devant l'impossibilité de sauvegarder les liens familiaux avec les grands-parents.

TGI Angers, 8 oct. 2009, n° 09/00568 :
JurisData n° 2009-011061

« Quand j'aurais trouvé doux de vivre à la
[maison
Alors tu m'as chassé, rejeté, sans souci alors de
ces liens de parenté dont tu parles »

Sophocle (*Œdipe à Colone : La Pléiade*, trad.
J. Grosjean, p. 925)

CONTEXTE Alors que jusqu'à une époque récente la particularité du droit français quant à la possibilité pour la mère, lors de son accouchement de demander le secret de son admission et de son identité introduite en 1993, maintenue lors de la réforme de la filiation en 2009 (*C. civ.*, art. 326) a fait surtout l'objet de controverses doctrinales, un contentieux a surgi, destiné à « déchirer le voile ». Émanant d'abord de l'auteur de la reconnaissance prénatale, il est maintenant le fait de grands-parents privés de la possibilité d'intégration familiale de leurs petits-enfants. Survenant après l'arrêt rendu par la cour d'appel de Grenoble en 2007 (*CA Grenoble*, ch. urg, 3 sept. 2007 : *JurisData* n° 2007-344150 ; *JCP G* 2007, IV, 3242), la décision d'Angers, très médiatisée, pose le problème des limites du secret en résistant à la position prise trois mois avant, par la Cour de cassation (*V. Cass. 1^{er} civ.*, 8 juill. 2009, n° 08-20.153 : *JurisData* n° 2009-049078 ; *Dr. famille* 2009, comm. 108, note P. Murat ; *JCP G* 2009, n° 31, 152, note Y. Favier ; P. Salvage-Gerest, *Les grands-pa-*

rents et l'adoption de leurs petits-enfants : Dr. famille 2009, étude 32).

Les données de l'affaire ne sont pas sans présenter quelque analogie avec les précédents que constituaient les arrêts des cours d'appel de Grenoble et de Paris, de 2007-2008 et l'arrêt de cassation du 2 juillet 2009. Le 7 juin 2009, est née à Angers une fille dont la mère a accouché sous X, un procédé encore très fréquent il y a trente ans mais qui, avec la maîtrise de la conception, s'avère aujourd'hui d'une plus grande rareté. Selon les chiffres communiqués par le Conseil national sur la recherche des origines, seules 496 femmes auraient eu recours au secret lors de la naissance en 2004, dont 102 se seraient rétractées (*V. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, Droit des mineurs : Dalloz*, 2008, n° 139). Avec une célérité assez remarquable, le 14 août 2009, le président du conseil général, compétent en la matière a pris un arrêté provisoire d'admission de l'enfant comme pupille de l'État (*C. action soc. et fam.*, art. L. 224-4). Il s'agit là d'une mesure de caractère administratif qui ouvre une tutelle au profit des représentants de l'État dans le département (*C. action soc. et fam.* art. L. 224-1), mais qui donne lieu depuis une loi n° 84-422 du 6 juin 1984 à un recours judiciaire devant le tribunal de grande instance dans les trente jours de la date de l'arrêté (sur l'exercice de ce recours, *V. J. de Clausade, concl. ss CE*, 11 juill.



FRANÇOIS BOULANGER, professeur émérite de l'université Paris VIII (Saint-Denis)

1988, *Mazouza Remadnia : RD sanit. soc.* 1990, p. 201). L'immatriculation peut être considérée comme l'« antichambre de l'adoption » pour les personnes bénéficiaires de l'agrément (*C. action soc. et fam.*, art. L. 225-2), mais à la différence des cas soumis à cassation le 8 juillet 2009, il n'y a pas encore eu de placement effectué chez des particuliers, ni de requête en adoption plénière. Le différend n'oppose que ceux qui se considèrent comme

grands-parents et le préfet.

Il semble que l'attitude de la mère n'ait pas été absente d'équivoque. Elle a certes, demandé le secret de son admission et identité, mais elle a laissé la petite fille voir la grand-mère après la naissance. L'enfant n'est donc pas une inconnue pour les grands-parents. Informés officieusement de l'arrêté provisoire, ils entendent tenter un recours contre le préfet de Maine-et-Loire, en sa qualité de tuteur des pupilles de l'État. Ils veulent qu'à l'encontre de la fiction de l'absence de famille d'origine, soit établi le lien de parenté qui résulterait de la comparaison des profils génétiques et que soit interrompu un enchaînement qui ne mènera qu'à la réalisation d'une adoption à leur détriment.

ANALYSE

• À l'encontre de la requête formulée par les grands-parents, le préfet disposait d'arguments juridiques solides, fondés sur la signifi-

mation aux fins de connaître le lien génétique entre l'enfant et ses auteurs (V. A. Gouttenoire, *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Dr. famille 2008, étude 14, n° 12 et 14*).

Dans ces conditions, **on ne peut qu'approuver les attendus du tribunal d'Angers pour lequel, même si le droit existant ne fait pas ressortir le lien juridique entre l'enfant et ses grands-parents, la vérité biologique doit primer sur le secret.** Le but fondamental d'une prise en charge par l'aide sociale et une éventuelle adoption du mineur est de lui fournir une protection de remplacement ; non pas de le priver du fait du secret de la naissance, de celle de grands-parents existants à l'encontre de la vérité et de leur affection supposée. Il est utile que le tribunal invoque en l'occurrence l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles sur la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant « physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ». Plusieurs arrêts de la Cour européenne ont mis en valeur le « tissu affectif » qui peut se former du fait d'une présence plus ou moins longue de l'enfant chez ses grands-parents créatrice de droits même à l'encontre des parents (V. à ce sujet, F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant : Edilivre, 2008, n° 185*).

• Reste à savoir si l'opposition des grands-parents à l'arrêté d'admission est techniquement fondée. Les grands-parents réclament une expertise aux fins de comparaison des profils génétiques en s'appuyant sur le texte de L. 224-8 du Code de

l'action sociale et des familles. Le tribunal rappelle qu'elle ne touche en rien la possibilité – très théorique – d'une action en établissement de la filiation ni à la volonté de la mère qui a partiellement levé le secret. Le texte ne précise pas, à vrai dire, si ceux-ci ont un droit propre. Il parle d'« allié de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui ». À l'encontre de l'argument que les délais sont expirés, et l'action prescrite, le tribunal fait valoir que la prescription ne peut couvrir qu'à compter de la notification faite aux grands-parents, une précision qu'on trouvait déjà dans l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble de 2007 pour déclarer recevable leur tierce-opposition à l'adoption de leur petite-fille selon l'article 353-2 du Code civil. La précision est d'importance. Elle démontre la précipitation avec laquelle a été pris l'arrêté d'admission par le conseil général sans souci d'une quelconque recherche d'un membre de la famille et pourrait s'apparenter à une sorte de « réticence dolosive » (à comparer avec l'arrêt de cassation partielle de Grenoble du 5 novembre 2008 où la première chambre, employait ce qualificatif pour désigner l'ignorance du tribunal « d'un fait déterminant constitué par le maintien des liens affectifs et relationnels entre adopté et grand-mère maternelle de l'époux » (V. Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, n° 07-20.426 : *JurisData* n° 2008-045679 ; *JCP G* 2008, IV, 2934).

• Quelles pourront être les conséquences de l'expertise qu'ordonne le tribunal ? La

l'avoir levé à l'égard de la mère. Si on voulait d'ailleurs sauvegarder le respect de la vie privée de la mère, une réforme s'impose (en ce sens, A.-M. Leroyer, *art. préc.*). Il est contradictoire comme l'a fait la loi de janvier 2009 d'introduire l'action en recherche de maternité avec la sauvegarde du secret. À tout le moins les délais relatifs à l'admission comme pupille de l'État ; les recours de l'article 224-8 devraient être allongés. Le processus d'adoptabilité ne doit pas être accéléré là où l'enfant peut bénéficier d'une protection familiale. On pourrait imaginer un système où le secret subsisterait entre la mère et l'enfant, la communication de l'identité au Conseil

juridiction prend soin de rappeler qu'il s'agit d'une mesure préliminaire à une époque où la Cour de cassation, depuis l'arrêt du 28 mars 2000 répète qu'elle est « de droit » en matière de filiation (Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806 : *JurisData* n° 2000-001227 ; *JCP G* 2000, II, 10409, *concl. C. Petit, note M.-C. Monsallier-Saint-Mieux ; D.* 2000, p. 731, *note T. Garé ; Dr. famille 2000, comm. 72, obs. P. Murat. - et en dernier lieu, Cass. 1^{re} civ., 21 juin 2005, n° 04-15.445 : *JurisData* n° 2005-028913 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 251 ; *JCP G* 2005, IV, 2737 ; *Dr. famille 2005, comm. 182, note P. Murat* : pour laquelle l'expertise dispense d'indices graves ou présomptions dans une recherche de paternité). Le tribunal appréciera ce moyen de preuve et selon l'article 224-8, en cas de réponse positive, pourra confier la garde ou une délégation d'autorité parentale au demandeur. L'inconvénient résulte dans le caractère incertain de la condition juridique de l'enfant ; le lien positif de parenté entre grands-parents et petits-enfants ne paraît pas établi par la seule expertise. On pourrait, il est vrai, admettre au profit de l'enfant une action en constatation de possession d'état s'appuyant sur un acte de notoriété (C. civ., art. 317). Avant 2005, l'action était ouverte, selon la jurisprudence à toute personne justifiant d'un intérêt légitime, donc aux grands-parents, dont on se demande si cette possibilité a survécu (Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1998, n° 96-11.250 : *JurisData* n° 1998-001093 ; *Dr. famille 1998, comm. 96, note P. Murat*).*

national de l'accès aux origines deviendrait obligatoire en faveur d'autres membres de la famille qui pourraient agir en constatation du lien. Les fictions ne doivent pas prendre le pas sur les réalités affectives qui s'avèrent favorables à l'enfant. La « transparence » est un des grands principes de notre époque, comme l'ont montré les récents débats sur les limites possibles du secret médical (V. *colloques de la Cour de cassation du 9 avril et 11 juin 2009 [D. 2009, p. 2615]*).

Textes : C. action soc et fam., art. L. 224-8, L. 112-4 ; C. civ., art. 325

PORTÉE La décision rendue par le tribunal d'Angers est importante, par son refus – rare pour une juridiction de fond – de s'incliner devant la logique de la Cour de cassation selon laquelle ceux qui soutenaient être les grands-parents maternels n'avaient ni titre, ni qualité. Elle met en lumière les incohérences qui ressortent du régime de l'accouchement sous X. Il n'y a certes, encore aucun conflit potentiel de filiation en l'absence de placement de l'enfant qui doit logiquement « verrouiller » toute action en restitution à la famille d'origine (C. civ., art. 352). Le secret ici, n'existait que de manière très relative, puisque la fille paraissait