2 - DROIT DE LA FAMILLE - Annick Batteur

Après la révolution du droit de la famille opérée par la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage au couple de même sexe, un important travail de réflexion sur les changements indispensables à opérer en droit de la famille a été mené. Les rapports commandés par l'ancienne ministre de la famille D. Bertinotti laissaient supposer qu'une réforme d'ampleur interviendrait en 2014 (*www.ladocumentationfrançaise/rappports publics Rapport sur les réflexions du groupe de travail sur la coparentalité – « Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés » ; Médiation familiale et contrats de coparentalité*). Mais pour des raisons politiques connues de tous, le droit de la famille n'a pas fait l'objet d'une réforme globale. Pour autant, il serait excessif de croire que rien n'a bougé. Certains aspects du droit ont évolué, avec plus ou moins de bonheur.

1. LE COUPLE

A. Dispositions communes

1-Lutte contre les violences conjugales. S'il est un domaine dans lequel il convient de dépasser les divers statuts particuliers des formes de couple, c'est bien celui des violences conjugales. *La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JORF n°0179 du 5 août 2014 page 12949)* permettra-t-elle de lutter efficacement contre ce fléau ? Le nouveau dispositif comporte une modification substantielle qui était réclamée par les praticiens : les mesures sont désormais prises pour une durée maximale de six mois, et plus seulement de quatre, et ce à compter de la notification de l'ordonnance. Celles-ci pouvaient être prorogées au-delà uniquement pour les couples mariés, si durant ce délai, une requête en divorce ou en séparation de corps était déposée. La prolongation est désormais prévue pour tous les couples en présence d'enfant(s) mineur(s) : en effet, la prorogation des mesures peut être décidée si le JAF a été saisi d'une requête relative à l'exercice de l'autorité parentale (nouvel article 515-12 C.civ.). L'article 515-11, a été en partie réécrit. Il précise désormais expressément que le danger concerne tant le conjoint, le partenaire ou le concubin (actuel ou passé) qu'un ou plusieurs enfants. Le JAF devra préciser lequel des partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou des concubins continuera à résider dans le logement commun et statuer sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. Et surtout, comme pour les époux, il est désormais expressément indiqué que « sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou au concubin qui n'est pas l'auteur des violences ». On notera en plus que les étrangers désirant acquérir la nationalité française ont intérêt à s'abstenir de tout acte de violence conjugale, à défaut de quoi le refus de naturalisation par le juge administratif pourrait leur être opposé de manière justifiée (CE, 12 mars 2014, 373068).

2. Lutte contre l'endettement des ménages. Le législateur n'a pas hésité à rapprocher mariage et Pacs dans un tout autre domaine, complexe lui aussi, celui de l'endettement des couples (*loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (art. 50), relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014 p. 5400* dite loi Hamon) : ont été modifiés l'art. 220 relevant du régime primaire et l'art. 515-4 c. civ. applicable à tous les partenaires. Les emprunts ménagers modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante n'engagent les époux ou les partenaires solidairement que si, « en cas de pluralité d'emprunts, le montant cumulé des sommes n'est pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ». Plusieurs difficultés d'interprétation, au moins, se poseront. La première est relative à l'appréciation de l'excès du montant cumulé des emprunts. Un emprunt modeste peut ne pas être manifestement excessif, mais la somme de plusieurs emprunts modestes peut le devenir. Cet excès doit-il s'apprécier de la même façon que les dépenses manifestement excessives ? La loi n'a pas repris, sur ce point, les dispositions

de l'art. 220, al. 1er. Une autre difficulté a trait à la date à laquelle il convient de se placer pour apprécier l'excès de la globalité des emprunts. Ce dernier doit-il faire l'objet d'une date unique d'appréciation ? Si oui, laquelle ? Sur quelle période va-t-on remonter pour faire le cumul d'emprunts ? Six mois ? Un an ? Quid si les emprunts sont consentis par des prêteurs différents ? De toute façon, rappelons que sous la communauté, la mise à l'écart de la solidarité ne met pas à l'abri des poursuites des créanciers les revenus du débiteur (art. 1415 c. civ.). Voilà une réforme modeste, qui ne s'attaque pas au fond du problème, pour le grand bonheur des établissements de crédit, tout en posant des règles bien approximatives...

3. Co-titularité du bail d'habitation (LOI n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové – JORF n°0072 du 26 mars 2014 page 5809 – loi ALUR).

La cotitularité du droit au bail d'habitation profite désormais aux partenaires comme aux époux. L'article 1751 du Code civil a été complété et un nouvel article 1751-1 créé.

Ce nouveau dispositif s'inscrit dans le mouvement d'uniformisation du mariage et du Pacs (mais non du concubinage). La co-titularité n'obéit cependant pas aux mêmes règles dans les deux cas. Elle est automatique pour les époux dès lors que le bail est bien un bail d'habitation (non mixte) et que le local sert effectivement à l'habitation des deux époux, peu important ce que prévoit leur régime matrimonial, et même si le bail a été conclu avant le mariage. Il n'en va pas de même pour les partenaires de pacs qui n'en bénéficient que s'ils en font la demande conjointement. Si l'un des partenaires ne souhaite pas cette co-titularité, elle n'interviendra pas. La différence est subtile : au partenaire qui souhaite demeurer le titulaire exclusif du bail, la loi laisse toute liberté.

Que devient le bail à la dissolution de l'union ? Un régime commun est établi en cas de dissolution par décès. Le survivant –époux ou partenaire – dispose d'un droit exclusif sur le bail sauf s'il y renonce expressément. En cas de séparation, les règles sont nécessairement différentes. La dissolution du mariage par divorce ou séparation de corps nécessite l'intervention du juge aux affaires familiales qui peut attribuer le droit au bail à l'un des époux. En cas de dissolution du pacs a été prévue la faculté pour un partenaire de saisir un juge, en l'occurrence celui compétent en matière de bail (le juge d'instance), aux fins de se voir attribuer ce droit au bail (art. 1751-1).

Une question : bailleur et preneurs liés par un Pacs pourraient-ils, par consentement mutuel, faire marche arrière et mettre ainsi en échec la cotitularité ?

4. Evaluation des ressources pour accéder à un logement locatif social. Les dispositions de l'article L441-1 du code de la construction et de l'habitation ont été modifiées par la loi ALUR précitée (*supra* n°3). Ce texte met en place un système de calcul des ressources du demandeur d'un logement locatif social qui vit une rupture de couple de façon à individualiser ses ressources. Le dispositif varie suivant le type de couple et le mode de rupture : lorsque le demandeur d'un logement social est l'un des conjoints d'un couple en instance de divorce, ou lorsque le demandeur bénéficie d'une ordonnance de protection, ou était lié par un Pacs ou, tout en vivant en concubinage, subissait des violences ayant conduit au dépôt d'une plainte... La complexité des hypothèses visées laisse perplexe ; il existe même des méthodes de calcul individualisées à titre transitoire. Pour qui veut comprendre ce système qui tente d'être pragmatique et de viser les nombreuses situations sociales de couples qui se séparent et sont en difficulté, tout en évitant les fraudes, nous conseillons la lecture approfondie du texte à tête reposée.

5. Mariage et nationalité. Les arguments ne manquent pas pour refuser l'acquisition de la nationalité française. Outre l'argument tiré des violences conjugales (*supra* n°1), il arrive que l'on mette en avant l'absence de cohabitation des époux. Sous cet angle, un arrêt mérite d'être signalé (*Civ. 1^{re}, 12 février 2014 n° 13-13873*) par sa position clémente : « Pour des motifs d'ordre professionnel, les époux peuvent avoir un domicile distinct, sans qu'il soit pour autant portée atteinte à la communauté de vie ».

-

6. Mariage et DIP. La loi du 17 mai 2013 a suscité des difficultés pratiques dès son adoption, comme on pouvait le supposer (*Question N° : 28287 JO le : 04/06/2013 page : 5633*). Le législateur a donc profité de la réforme du 4 août 2014 (*préc. n°1*) pour compléter l'alinéa 1^{er} de l'article 202-1 du code civil et prévoir que désormais, quelle que soit la loi applicable, le consentement à mariage doit être vérifié au regard des articles 146 et 180 alinéa 1^{er} du Code civil. L'ajout de cette règle matérielle étend les exigences de l'intention matrimoniale telles que perçues par l'ordre juridique français. Mais elle ne résout pas tout. Une question majeure était restée en suspens : doit-on ou non reconnaître un véritable droit pour les couples de même sexe à venir se marier sur le territoire français ? La Cour de cassation a donné une réponse positive dans un affaire relative à l'admission du mariage franco-marocain entre personnes de même sexe (*Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015 n° 13-50059*). Était en cause un mariage entre deux homosexuels, l'un de nationalité française et l'autre de nationalité marocaine résidant en France. Le ministère public avait formé opposition à ce mariage. Mainlevée en avait été donnée par les juges du fond.

Si la Cour de cassation rejette le pourvoi du Procureur général, elle ne consacre cependant pas la position des juges du fond puisqu'elle opère une substitution de motifs : la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public. En l'espèce, la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe est écartée dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence permet un tel mariage. A défaut, elle ne l'aurait pas été. « Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public... ».

7. Mariage et Interdit de l'inceste. La Cour de cassation a été bien prudente dans sa décision en date du 4 décembre 2013 (*Cass.Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n°12-26.066*) en approuvant une Cour d'appel d'avoir refusé l'annulation d'un mariage entre alliés, mariage pourtant interdit par l'article 161 du code civil, et susceptible de faire l'objet d'une nullité absolue. Le prononcé de la nullité du mariage de Monsieur avec son ex-belle-fille « revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale », et cela parce que « cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». En rendant un arrêt d'espèce, tout en respectant la position de la Cour EDH (*Cour EDH 13 sept. 2005, n° 36536/2, B.L.c/ Royaume-Uni*). La Cour de cassation évite les difficultés.

8. Mariage des transsexuels. L'arrêt *Cour EDH, GC, 16 juillet 2014, Hämäläinen c. Finlande* soulevait une question originale : celle du maintien du mariage précédemment conclu.

La législation finlandaise refusant de reconnaître le mariage homosexuel (la loi n. 477/1987) énonce clairement que le mariage est l'union entre un homme et une femme ; il n'était pas possible de modifier le numéro national d'identité de l'intéressé : l'accepter eut été admettre l'existence juridique d'un mariage entre deux femmes. Juridiquement hétérosexuelle, l'union serait devenue homosexuelle du fait de la modification du numéro d'identité de l'un des deux conjoints. De surcroît, la loi finlandaise sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles, adoptée en 2002, pose clairement en règle que la modification du numéro d'identité n'est pas possible si l'intéressé(e) a contracté mariage. C'est ce refus des autorités que la requérante avait contesté en justice : l'intéressée restait homme sur le plan administratif, du fait du maintien de son numéro masculin.

La Cour EDH rappelle sa jurisprudence relative aux modifications d'état civil et la liberté matrimoniale de principe des personnes transsexuelles et reconnaît ici explicitement l'existence d'une vie familiale, mais vient poser une limite majeure dans le bénéfice effectif des droits des transsexuels : la préservation des droits d'autrui, dans la mesure de la vie familiale : le juge européen rejette la reconnaissance d'un droit subjectif au maintien d'un mariage antérieurement contracté.

9. Mariage putatif. Les arrêts sur les effets de l'annulation du mariage sont si rares qu'il serait regrettable de ne pas signaler le rappel par la Cour de cassation d'une solution bien ancienne : la bonne foi de l'époux est présumée et seule la mauvaise foi au jour de l'entrée en mariage est sanctionnée par la nullité rétroactive du mariage (*Cass. Civ. 1e, 20 novembre 2013, pourvoi n°12-25.297*).

C. PACS

10. Absence de pension de réversion en cas de décès d'un partenaire. Si le législateur contemporain a tendance à rapprocher Pacs et mariage, la jurisprudence quant à elle se refuse à étendre aux partenaires pacsés les droits réservés aux seuls époux. On ne saurait le lui en faire le reproche s'agissant de la pension de réversion, dès lors que le Conseil Constitutionnel avait lui-même il y a quelques années estimé que « le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents ; la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un pacte civil de solidarité ne méconnaît pas le principe d'égalité » (*Cons. const. 29 juill. 2011 n° 2011-155QPC*).

Nul étonnement donc s'agissant de la position adoptée en matière de pension de réversion prévue par l'article 350-1 du code de la sécurité sociale en faveur du conjoint survivant. La Cour de cassation a réitéré sa position : « La protection du mariage constitue une raison importante et légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés ... l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale tire les conséquences d'un statut civil spécifiquement défini par le législateur : la cour d'appel en a justement déduit que la différence de situation entre les personnes mariées et les autres quant aux droits sociaux reposait sur un critère objectif (*Cass. Civ. 2eme, 23 janvier 2014 N° de pourvoi: 13-11362*). Il est d'ailleurs quasiment certain que la solution admise par la chambre sociale en juillet dernier excluant que certains avantages sociaux tels les jours de congés et primes salariales (*Cass. Soc. 9 juil. 2014 n° 10-18341 et n° 864*) soient réservés aux seuls époux restera sans lendemain, même si elle avait pu s'appuyer sur une décision de la CJUE (*CJUE 12 déc. 2013, aff. C-267-12 Hay*) : si un travailleur qui conclut un PACS avec un partenaire de même sexe, doit se voir octroyer les mêmes avantages que ceux accordés à ses collègues à l'occasion de leur mariage, c'est lorsque celui-ci est interdit pour les couples homosexuels.

La motivation tombe désormais.

D.

Concubinage

11. Rupture du concubinage. Le concubinage n'intéresse toujours pas le législateur, et l'on chercherait en vain des nouveautés législatives. La jurisprudence, aujourd'hui comme hier, exclut tout statut sur le modèle du mariage. La méfiance devrait être la règle de ceux qui vivent dans cette forme d'union que le code civil se contente de définir. Lorsque la rupture survient, celui qui avait assumé seul de nombreuses dépenses ne parvient pas à obtenir, le plus souvent, une compensation financière. Trois arrêts illustrent ce propos. Dans une première affaire (*Cass. Civ. 1ere 2 avr. 2014 n° 13025*) Monsieur et Madame vivaient en concubinage ; ils ont acquis en indivision un immeuble dont partie du prix a été payée au moyen d'un prêt souscrit solidairement, mais dont les échéances ont été supportées par Monsieur seul jusqu'à la séparation des concubins. La cour d'appel a retenu que l'acquisition indivise faite par moitié, alors que Mme Y... était, aux termes de l'acte de vente, sans profession, et que le couple avait eu ensemble deux enfants à l'époque de l'acquisition, établit l'intention libérale de M. X... en faveur de celle-ci, indépendamment de toute notion de rémunération : une telle donation emportait nécessairement renonciation de M. X... à se prétendre créancier de l'indivision au titre des remboursements du prêt effectués par lui seul, jusqu'à la séparation du couple. La Cour de cassation juge que la cour d'appel a souverainement constaté dans les circonstances de la cause l'intention de l'emprunteur de gratifier sa concubine ; par ailleurs, la cour d'appel n'a nullement porté atteinte au droit de propriété. Dans la deuxième affaire, c'est en mettant en avant l'absence de disposition légale réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune que la Cour suprême parvient à une solution identique (*Cass. Civ. 1ere 25 juin 2014 n° 13-18891*).

Il n'y a pas d'avantage de moyen d'obtenir de compensation pour le concubin à qui a été consenti la jouissance gratuite d'un appartement pour une durée de six ans en contrepartie de la prise en charge complète de travaux d'aménagement, et cela même si celui-ci n'avait jamais habité dans cet appartement (*Cass. Civ. 1ere, 10 juil. 2014 n° 13-21382*). La Cour de cassation censure l'arrêt qui avait admis l'existence d'un enrichissement sans cause.

E.

DIVORCE

Les décisions sur les cas de divorce se font rares. En revanche, la prestation compensatoire suscite toujours un contentieux virulent.

12. Contrôle de la Cour de cassation sur la faute. Le divorce pour faute suppose une faute même en cas de torts partagés. Il demeure un divorce-sanction. A ce titre, la Cour de cassation a pu rappeler récemment que les conditions de l'article 242 du Code civil doivent être réunies et surtout démontrées pour que le divorce pour faute soit retenu, même dans le cas d'un divorce aux torts partagés prévu par l'article 245 du Code civil (*Cass. Civ. 1re, 5 novembre 2014 n° 13-21302*).

13. Domaine de l'article 246 du Code civil. La Cour de cassation a neutralisé certains systèmes de défense auquel des époux avaient songé en décidant que « Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute et s'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal ; il en va ainsi même si la demande reconventionnelle en divorce pour faute est présentée à titre subsidiaire. » (*Cass., Civ. 1ere, 5 mars 2014 pourvoi n° 13-14642*).

14. Divorce et séparation de corps. L'époux défendeur à la requête initiale en séparation de corps peut

assigner son conjoint en divorce pour altération définitive du lien conjugal. Son assignation est recevable au regard des dispositions de l'article 1076 du Code de procédure civile (*C.Cass. Avis n° 15001 du 10 février 2014* Demande n° 13-70.00).

15. Calcul de la prestation compensatoire. L'appréciation de la disparité continue toujours à susciter des débats. L'un des époux ne peut être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire que si la disparité dans leurs conditions de vie respectives est créée par la rupture du mariage. Tel n'est pas le cas lorsque les époux ont adopté le régime de la séparation de biens après avoir été mariés sous le régime légal et qu'à cette séparation de biens s'ajoute une séparation de fait de plus de vingt ans (*Cass. Civ. 1re, 24 septembre 2014* n° 13-20695). La disparité effective de revenus et de patrimoines existant entre les époux ne résulte pas alors de la rupture du mariage mais de l'état de fait préexistant, lié aux choix opérés antérieurement.

La Cour de cassation rappelle régulièrement certaines règles que l'on pourrait croire respectées par les juges du fond : ne constituent pas des revenus bénéficiant à un époux entrant dans le calcul de la prestation les sommes versées par l'autre conjoint au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (*Cass. Civ. 1re 28 janvier 2015* n°13-27115) de même que les prestations familiales, destinées à l'entretien des enfants (*Cass. Civ. 1re 14 janvier 2015* n° 13-27319).

Il est un point qui est désormais tranché et qui va tarir le contentieux: celui de l'article 272, alinéa 2, du Code civil. Le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel ce texte, introduit par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées : l'interdiction de prendre en considération, pour fixer le montant de la prestation compensatoire, les sommes versées à l'un des époux au titre de la réparation d'un accident du travail ou au titre de la compensation d'un handicap instituée entre les époux des différences de traitement, qui ne sont pas en rapport avec l'objet de la prestation compensatoire et méconnaît l'égalité devant la loi. (*Cons. Const., 2 juin 2014, déc. n° 2014-398 QPC*). Ce texte avait suscité un contentieux conduisant la Cour de cassation à faire des distinctions subtiles suivant la nature des sommes : ou bien elles avaient un caractère indemnitaire destinée à compenser un handicap, (V° par exemple : *Cass. Civ. 1re, 18 décembre 2013* n°: 12-2912 s'agissant de l'indemnité versée au titre de la réparation d'un préjudice corporel consécutif à un accident de la circulation), ou bien elles constituaient un ersatz de revenus dont il fallait tenir compte. L'abrogation de cette disposition contestée vaut dès la publication au JO de la décision, mais aussi pour toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.

16. Les modalités de la prestation compensatoire : rente ou capital. L'article 276 du code civil limite les cas dans lesquels la prestation compensatoire peut prendre la forme d'une rente viagère : ce n'est qu'à titre exceptionnel que le juge peut, par une décision spécialement motivée, fixer la prestation sous cette forme « lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins ». La Cour de cassation déduit de cette formulation restrictive que seul le créancier peut demander une rente viagère (*Cass. Civ. 1re 23 octobre 2013* n° 12-17492): cassation pour violation de l'article 266). Par-là, la Cour de cassation introduit une condition nouvelle qui ne s'imposait pas textuellement, et ce alors même que depuis plusieurs années le contrôle opéré sur la question de la forme de la prestation était plutôt souple. Elle respecte l'économie générale de la loi du 30 juin 2000, mais n'est guère réaliste en refusant que soit prise en compte la situation du débiteur, notamment lorsqu'il ne peut pas verser un capital comme c'était le cas en l'espèce.

17. Modalités de la prestation compensatoire sous forme de capital. Attention au choix de l'usufruit ! La Cour de cassation fait application de règles classiques qui attestent du danger éventuel de cette forme de prestation compensatoire (*Cass. civ. 1ère, 18 décembre 2013, n° 12-18537*). Tout d'abord, l'usufruit est un droit réel susceptible de faire l'objet d'une publicité et non un droit personnel dont il conviendrait

de garantir le paiement : il ne peut donc faire l'objet d'une inscription hypothécaire en raison de l'impossibilité dans laquelle le créancier se trouve d'occuper le bien objet de l'usufruit. Ensuite, l'usufruitier ne pouvant agir contre le nu-proprétaire pour le contraindre à exécuter les grosses réparations de l'ensemble soumis à l'usufruit, des dommages et intérêts en réparation du trouble de jouissance ne peuvent être octroyés.

18. Prestation compensatoire et attribution forcée d'un bien. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé, le 8 juillet 2011 (*Cons. Const. ,13 juil. 2011, n° 2011-151 QPC*) sur une QPC relative à l'article 274 du Code civil : il considérait que cette disposition était conforme à la Constitution, mais avec une réserve d'interprétation. L'objectif poursuivi de limiter les contentieux post-divorce constitue un motif d'intérêt général. Néanmoins, pour le Conseil, l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée prévue par le 2° de l'article 274 ne peut être regardée « comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital : elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ». Après le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation puis la Cour EDH se sont aussi prononcées. Sans surprise, la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel pour défaut de base légale pour n'avoir pas constaté que les modalités prévues au 1° de l'article 274 du code civil n'étaient pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation, (*Cass. Civ. 1re, 28 mai 2014 13-15760*). La Cour EDH est allée, bien sûr aussi, dans le même sens (*CEDH, 10 juil. 2014 no 4944/11 Milhau c/ France*). Pour être compatible avec l'article 1 du Protocole n° 1, une mesure de privation de propriété doit remplir des conditions. Notamment, la mesure doit ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Or, le requérant disposait d'un patrimoine substantiel, loin de se limiter à ses seules liquidités, ce qui aurait pu lui permettre de s'acquitter de sa dette par le versement d'une somme d'argent. Dès lors, le but légitime poursuivi par la loi pouvait être atteint sans avoir besoin de recourir à la mesure litigieuse en l'espèce. La Cour estime qu'il y a eu rupture du juste équilibre devant régner entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

19. Révision de la pension alimentaire dans le cadre d'un divorce pour rupture de vie commune. Les arrêts sont devenus rares sur ce point ! On signalera donc avec intérêt un arrêt rappelant une solution classique : la pension alimentaire fixée au titre du devoir de secours lorsque le divorce a été prononcé pour rupture de la vie commune peut toujours être révisée en fonction des ressources et des besoins de chacun des époux (*Cass. Civ. 2eme, 16 octobre 2014 n° 13-25295*).

20. Dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 Qu'est-ce que le préjudice moral distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal ? En voilà un exemple : « ...ayant retenu que M. X...qui, après plus de quarante ans de vie commune, avait eu des relations extra-conjugales avec des jeunes femmes au profit desquelles il avait effectué des virements financiers et que sa gestion hasardeuse des fonds de la communauté à l'approche du divorce avait été peu respectueuse des intérêts de l'épouse, la cour d'appel en a souverainement déduit que le comportement du mari était blessant pour son épouse à laquelle il avait occasionné un préjudice moral distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal » (*Cass. Civ. 1eme, 28 janvier 2015 n° 13-27611*).

II.

L'ENFANT

A.

La

filiation

Les difficultés concernent avant tout les nouveaux modes de procréation, dont le contentieux est pour le moins mouvementé.

1. Enfant conçu par procréation médicalement assistée à l'étranger. Du fait de l'introduction du mariage homosexuel, s'est posée très vite la question de l'adoption de l'enfant de la conjointe né par PMA faite à l'étranger. La Cour de cassation a rendu un avis favorable (*Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 15011, Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 15010*). L'avis a été sollicité au cours de deux instances introduites par des femmes aux fins d'adoption plénière de l'enfant de leurs conjointes respectives né d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger. « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Il ne s'agit que d'un avis, et il pourrait y avoir de la résistance. Mais il a au moins le mérite de faire connaître la position de la Cour suprême, position sans aucune ambiguïté. La solution n'est pas choquante au regard de la liberté de procréer. On peut difficilement faire un parallèle avec la gestation pour le compte d'autrui que la loi interdit expressément en prévoyant des sanctions pénales ; la prohibition est justifiée par la volonté de protéger la gestatrice et l'enfant d'une instrumentalisation du corps humain. Rien de tel pour la PMA : il est douteux de parler de fraude. La solution a un mérite évident : de ne pas obliger les femmes à passer sous silence le mode de procréation de l'enfant, en le faisant passer pour un enfant conçu « à l'ancienne » suivant l'expression de J. Hauser.

2. Enfant né de convention de gestation pour autrui à l'étranger. Du côté de la gestation pour le compte d'autrui, les difficultés vont sans doute se multiplier, depuis la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (*CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 Menesson c/ France, 65941/11 Labassée c/ France*) pour avoir interdit la transcription des actes de naissance des enfants nés de mères porteuses à l'étranger. L'affaire *Menesson* dite affaire des jumelles de Californie est connue. À la suite d'une convention de gestation pour autrui, un couple de ressortissants français dont la femme était stérile, a adopté aux USA des jumelles, le mari étant le père biologique. À leur retour en France, les parents d'intention ont souhaité faire transcrire, sur les registres de l'état civil de Nantes, les actes de naissance étrangers. La Cour de cassation le leur avait interdit (*Cass. Civ. 1ère, 6 avril 2011 Lefp 2011 n° 074*).

La Cour EDH admet que les Etats prohibent cette pratique sur leur territoire, et qu'ils prennent les mesures nécessaires pour faire respecter cette interdiction. Mais elle se livre à un contrôle des effets de l'interdiction. Pour la Cour de Strasbourg, les effets de la non reconnaissance du lien de filiation ne se limitent pas à la situation des parents d'intention : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes. Le droit au respect de la vie privée implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation. On ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. La formulation de l'arrêt permet de penser que seul le défaut de reconnaissance du lien de filiation paternel est condamné par la Cour. *A contrario*, la solution semble autoriser un défaut de reconnaissance juridique à l'égard de la mère d'intention. Tout ceci ne résout qu'une partie des difficultés des enfants conçus suite à de telles conventions.

Les hypothèses de gestation ou fécondation pour le compte d'autrui recouvre des réalités variées, et les conséquences à tirer de la position de la Cour EDH pose des problèmes complexes (*On lira avec attention le remarquable article : H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon : « Ne punissez pas les enfants de la faute de leur pères – Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Menesson de la CEDH du 26 juin 2014 » D. 2014. 1773*).

La Cour EDHa été de nouveau saisie dans une affaire concernant l'Italie (*CEDH, 27 janvier 2015 no 25358/12 Paradiso et Campanelle c/ Italie*). Elle estime que les parents d'intention de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui à qui l'enfant a été retiré au nom de l'ordre public sont victimes d'une atteinte à leur vie privée mais qu'ils ne peuvent obtenir restitution de l'enfant. Un couple signe une convention de GPA avec une société russe qui s'engage à trouver une mère porteuse. Le père biologique doit être le père d'intention. En réalité, l'enfant n'est génétiquement ni du couple d'accueil ni de la mère porteuse ; les parents génétiques sont inconnus. Au retour du couple en Italie, des poursuites pénales sont engagées pour fraude à la loi sur la PMA et sur l'adoption. La filiation établie à l'étranger n'est pas reconnue, car les parents n'ont pas de lien génétique avec l'enfant. Alors que l'enfant a 7 mois, le tribunal pour mineurs décide d'éloigner l'enfant. L'enfant est placé dans une maison d'accueil dans un endroit inconnu des requérants, en vue d'une adoption ultérieure par un autre couple.

La Cour EDH, par cinq voix contre deux, juge qu'il y a eu violation de la convention EDH. L'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre (§80). La Cour note que l'enfant a reçu une nouvelle identité seulement en avril 2013, ce qui signifie qu'il était inexistant pendant plus de deux ans. Or, il est nécessaire qu'un enfant ne soit pas désavantagé du fait qu'il a été mis au monde par une mère porteuse, à commencer par la citoyenneté ou l'identité qui revêtent une importance primordiale (§85). Les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu.

Mais la condamnation reste bien prudente : compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait être compris comme obligeant l'État à remettre le mineur aux intéressés (§88).

3. Contestation de paternité. Hormis ces grandes décisions, au cœur des quelles les notions même de maternité et de paternité sont en cause, le contentieux de la filiation a été assez pauvre cette année. On relève quelques affaires sur la contestation de paternité. C'est ainsi que la Cour de cassation a estimé que le légataire universel du titulaire de l'action prévue par l'article 333 du code civil, n'étant pas un héritier de celui-ci au sens de l'article 322 du même code, n'a pas qualité pour exercer cette action (*Cass. Civ. 1ère, 2 avril 2014 n° 13-12480*). Solution raisonnable, qui évite que des tiers à la famille puisse exercer cette action ; est évitée l'instrumentalisation du droit de la famille à des fins successorales.

La Cour suprême a réitéré sa jurisprudence relative à l'application de la loi dans le temps : l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 étant entrée en vigueur le 1er juillet 2006, le délai de cinq ans prévu par l'article 333, alinéa 2, du code civil court à compter de cette date (*Cass. Civ. 1ère, 18 décembre 2013 n° 12-26034 ; Cass. Civ. 1ère, 6 novembre 2013 n° 12-19269 ; Cass. Civ. 1ère 14 janvier 2015 n° 13-27975*).

4. Adoption d'un enfant recueilli en Kafala. La situation de l'enfant faisant l'objet d'une Kafala se clarifie. Si la voie de l'acquisition de la nationalité française sur le fondement de l'article 21-12 1° est ouverte, l'adoption reste soumise au consentement des parents d'origine (*Cass. 1ère Civ. , 4 décembre 2013, n° 12-26161*) : « ...En vertu de l'article 348-2 du même code, le consentement à l'adoption ne peut être donné par le conseil de famille que lorsque les père et mère de l'enfant ont (...) perdu leurs droits d'autorité parentale ; ce qui n'est pas le cas de la mère de l'enfant qui a fait l'objet d'une kafala ». Une circulaire est venue préciser les effets juridiques du recueil légal de l'enfant en France (*Circulaire du 28 nov. 2014 BOMJ n° 2014-11*).

B.Le statut de l'enfant

5. Autorité parentale et refus par un enfant de voir un parent. L'autorité parentale est d'ordre public. Le principe est énoncé à l'article 376 du Code civil. Les enfants mineurs, y compris les grands adolescents, ne peuvent refuser de voir leurs parents. Formulé il y a 25 ans, (Cass., civ. 2e, 7 février 1990, n°88-20.367), la règle est rappelée de manière constante. Les juges ne peuvent déléguer les pouvoirs que la loi leur confère (*Cass. civ. 1e, 8 octobre 2014, pourvoi n°13-25.632*).

6. Autorité parentale et scolarité de l'enfant. Un petit rappel n'est peut-être pas sans intérêt : « La protection des enfants contre les mauvais traitements à l'école constitue une obligation inhérente à la mission des États européens (*Cour EDH (GC), 28 janvier 2014, O'Keeffe c/ Irlande, req. n° 35810/09*) : « le cadre législatif mis en place par l'État, et en particulier ses mécanismes de détection et de signalement, (doit offrir) aux enfants scolarisés dans les écoles nationales une protection effective contre le risque d'abus sexuels » (§ 152).

En ces périodes troublées où l'on évoque l'absentéisme scolaire, il est utile de se rappeler que l'Etat a cherché depuis longtemps des solutions sans trouver de remèdes vraiment efficaces. La loi n° 2013-108 du 31 janvier 2013 a abrogé le contrat de responsabilité parentale et les mesures de suspension des allocations familiales en cas d'absentéisme scolaire. Le dispositif était décrié : supprimer les prestations sociales versées aux parents défaillants aboutissait à sanctionner l'enfant et à aggraver les difficultés financières de la famille. Dans la pratique le texte n'avait pas été appliqué. C'est par une voie plus modeste, celle d'un décret (*Décret n° 2014-1376 du 18 novembre 2014 circulaire n° 2014-159 du 24-12-2014*), que l'on cherche aujourd'hui à prévenir l'absentéisme scolaire. Les mesures prises en cas de persistance du défaut d'assiduité sont graduées en fonction de la situation : elles sont essentiellement de nature éducative et sociale. Le dispositif d'accompagnement mis en œuvre au bénéfice de l'élève concerné supposera une collaboration et une participation efficace tant des parents, de l'élève que du personnel éducatif et beaucoup de bonne volonté. Souhaitons du courage aux équipes éducatives !

7. Actes de l'autorité parentale : interdiction de sortie de territoire. Quelques mois avant que ne surviennent les tragiques événements du mois de janvier 2015, une circulaire en date du 5 mai 2014 (*circulaire interministérielle INTK1400256J du 5 mai 2014*), a favorisé la mesure administrative d'opposition de sortie du territoire du mineur par le titulaire de l'autorité parentale : chacun des deux parents qui exercent l'autorité parentale, mais aussi un parent qui n'est que titulaire de cette autorité peut empêcher son enfant mineur de gagner des zones de conflits pour y prendre part. Sur le principe, on ne discutera pas de l'utilité de cette position. Mais où va-t-on si l'étendue des droits des parents en matière d'autorité parentale se règle désormais par voie de simple circulaire ?

8. Actes de l'autorité parentale : prise de médicaments. La prise en charge médicale, et notamment psychiatrique, des enfants de parents séparés est spécialement difficile lorsque l'un des parents s'oppose à un traitement. Ce n'est pas la décision du Conseil d'Etat qui va faciliter les choses (*CE, 7 mai 2014, n° 359076*). Un psychiatre prescrit un antidépresseur (le médicament Prozac) à une jeune fille de seize ans souffrant, selon son diagnostic, d'une "dépression modérée à sévère", et cela lors d'une seconde consultation médicale, la jeune fille étant accompagnée de sa mère seule. A la première consultation, les deux parents, qui exerçaient ensemble l'autorité parentale, étaient venus à la consultation. Le père avait saisi la chambre disciplinaire de l'ordre des médecins. Pour juger que le psychiatre n'avait commis aucun manquement à la déontologie en s'abstenant de prévenir le père du mineur, la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins ne s'était pas fondée sur le caractère usuel de l'acte litigieux mais avait estimé que la jeune fille se trouvait dans une situation d'urgence (art. R. 127-42 du code de la santé publique). Cette décision est annulée par le Conseil d'Etat pour erreur de droit sur le visa du texte précité et des articles 372, 372-2 et 373 du code civil. Il aurait fallu que la chambre disciplinaire relève les éléments précis qui justifiaient en quoi cette aggravation était de nature à caractériser, à elle seule, une

situation d'urgence, autorisant l'absence d'information du père de la jeune fille mineure. Autrement dit, il faut relever dans de telles circonstances, non seulement l'urgence médicale, mais aussi l'urgence autorisant l'absence d'information du père. Alors que faire lorsque l'acte envisagé n'est pas un acte usuel (encore qu'on aurait pu le qualifier comme tel...) : saisir le JAF ? Le juge des enfants ? Les services sociaux ? Ne pourrait-on pas faire confiance aux médecins pour apprécier l'urgence ?...

9. Responsabilité personnelle de l'enfant mineur. Même si les parents sont responsables des dommages causés par leur enfant mineur en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, l'enfant lui-même reste susceptible d'être condamné. La solution est classique, et pourtant la Cour suprême a dû le rappeler récemment : « La condamnation des père et mère sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, du code civil ne fait pas obstacle à la condamnation personnelle du mineur sur le fondement de l'article 1382 du code civil » (*Cass. Civ. 2eme, 11 septembre 2014 n° 13-16897*).

10. Assistance éducative et exercice du droit de visite des père et mère. Les pouvoirs du juge dans la fixation des droits de visite des parents sont envisagés de manière assez souple dans ce cadre. « En décidant que le droit de visite et d'hébergement de M. X... s'exercerait, pour un an, selon les modalités mises en œuvre par le service chargé de la mesure d'AEMO résultant du jugement du juge des enfants, la cour d'appel n'a pas délégué les pouvoirs que lui confère la loi quant à la fixation des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement accordé à un parent sur ses enfants, mais a seulement défini les conditions dans lesquelles la coordination de cette mesure serait assurée avec celle ordonnée par le juge des enfants, compte tenu de la situation particulière de l'enfant, dans ses relations avec son père (*Cass. Civ. 1ere, 14 mai 2014 n° 13-16535*). De même, « En octroyant à chacun des parents un même droit de visite et d'hébergement dont ils ont déterminé la périodicité, les juges du fond qui ont, en outre, dit qu'il en serait référé au juge des enfants en cas de difficulté, n'ont pas délégué leurs pouvoirs » (*Civ. 1re, 28 mai 2014 n° 13-12337*).

Dans le cadre de cette procédure, l'audition est la règle : l'enfant doit être entendu, sauf s'il n'a pas la capacité de discernement (art. 1182, al.2 al C. Proc. Civ). Les juges du fond sont souverains en ce domaine : dans un cas où la parole de l'enfant était « inféodée » à celle de sa mère, l'emprise de celle-ci ayant constitué le motif essentiel du placement, les juges peuvent décider que l'enfant n'a pas à être informée de son droit à être entendue (*Cass. civ. 1ere, 5 mars 2014 n° 13-13530*).

11. Déclaration judiciaire d'abandon. Les arrêts sont rares, et on lira avec d'autant plus d'intérêt cette décision de la Cour de cassation –entérinant sur ce point une jurisprudence constante des juges du fond– qui juge que l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération par le juge, même lorsque les conditions d'application de l'article 350 du code civil sont réunies (Civ. 1re, 3 décembre 2014 n° 13-24268) : la déclaration judiciaire d'abandon ne peut être prononcée si l'enfant risque d'être confronté à une séparation douloureuse avec sa famille d'accueil.

12. Retrait de l'autorité parentale par une juridiction pénale. Le juge pénal tire de l'article 378 du code civil le droit de prononcer un retrait total ou partiel de l'autorité parentale lors d'un jugement de condamnation. Il était même obligé de se prononcer concernant certaines infractions incestueuses. La loi du 4 août 2014 sur l'égalité réelle des hommes et des femmes (loi n° 2014-873 du 4 août 2014 supra n°1) a sensiblement augmenté les cas où le juge pénal est obligé de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale. Il doit le faire lorsque des infractions graves ont été commises tant sur la personne de l'enfant que sur l'autre parent : en cas de condamnation pour un crime ou un délit commis par le père ou la mère sur la personne de son enfant ou de l'autre parent : ce sont les cas d'atteintes volontaires à la vie et de mandat criminel (Art. 221-5-5 C. Pen.) ; en cas d'atteintes volontaires à l'intégrité physique, viol et agressions sexuelles, harcèlement moral (Art. 222-48-2 C. Pen.)

III. Obligations alimentaires

1. Contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants. La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 (préc. n°1) comporte aussi quelques dispositions relatives aux pensions alimentaires concernant les enfants tel leur versement par virement bancaire ou par tout autre moyen de paiement (art. 373-2-2, al. 2, du code civil complété en ce sens). Le contentieux du calcul de la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants est toujours récurrent. Récemment, la Cour de cassation a rappelé que la prestation compensatoire, destinée à compenser la disparité dans les conditions de vie respectives des époux créée par la rupture du mariage n'a pas à être incluse dans l'appréciation des ressources de l'époux à qui elle est versée pour la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (Cass. civ. 1re, 19 novembre 2014 n° 13-23732 ; 28 janvier 2015 n° 13-27115).

2. Cessation de la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant majeur. La jurisprudence, systématiquement favorable à l'enfant, poursuit dans ligne qu'elle s'est fixée : c'est sur le parent qui ne veut plus assumer le devoir que pèse la charge de l'allégation et de la preuve. Cela vaut même si le père se heurte à l'inertie de la mère qui ne communique aucun justificatif établissant que l'enfant est encore à sa charge principale, poursuit une formation ou a obtenu un diplôme et n'est pas en mesure de s'assurer de manière autonome (Cass. Civ. 1ere, 28 janvier 2015 n°14-10440). Inutile d'essayer de résoudre les problèmes en anticipant les difficultés. Dans une autre affaire, des époux avaient divorcé par consentement mutuel et prévu que le père cesserait de verser sa contribution le jour des 23 ans de l'enfant. Plusieurs fois le montant de la pension alimentaire avait été changé. A l'arrivée des 23 ans du fils, le père est condamné à continuer à verser sa contribution, et ce sans limitation de durée. Motif : au regard des documents produits par le père, il apparaît que les ressources complémentaires du fils sont insuffisantes à couvrir ses besoins (Cass. Civ. 1ere, 14 janvier 2015 n°13-25139).

3. Action en recherche de paternité et rétroactivité de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Subir de devenir père lorsque l'on ne l'a pas voulu est déjà difficile ; être obligé de verser une pension alimentaire de façon rétroactive au jour de la naissance de l'enfant non désiré est tout aussi douloureux. Pourtant, la Cour de cassation persiste dans sa jurisprudence : la contribution est due, non du jour où est établie la filiation par l'effet du jugement, mais du jour de la naissance de l'enfant (Cass. civ. 1re, 14 janvier 2015 n° 13-19720).

4. Paiement des pensions alimentaires. Un nouveau dispositif expérimental doit renforcer les garanties contre les impayés de pensions alimentaires : plusieurs mesures contre les impayés sont testées dans 20 départements depuis le 1er octobre 2014 au bénéfice de ceux et surtout celles qui bénéficient de prestations sociales (Décret n° 2014-1227 du 21 octobre 2014).