

Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation

Par Michelle Gobert, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Permettez-moi, tout d'abord, M. le Premier Président, de vous remercier d'avoir bien voulu accéder à ma demande de repousser de deux mois, pour des raisons totalement indépendantes de ma volonté, cette conférence initialement prévue pour le 9 octobre dernier.

Le cadeau m'avait paru royal ; il m'est apparu, et plus encore depuis le retard pris, de plus en plus empoisonné.

La conjonction :

- des interventions incessantes du législateur,
- du gouvernement sur habilitation,
- de votre propre travail, que vous ne manquez pas de faire connaître par voie de communiqué chaque fois que vous l'estimez indispensable, les médias jouant leur rôle attendu de caisse de résonance,
- de l'élection présidentielle, alors que les problèmes de la famille paraissent intéresser subitement tous les candidats,
- enfin, des Etats généraux, colloques, rapports, chroniques de toutes sortes sur le sujet,

a pour résultat que tout le monde est au fait de ce remue-ménage que connaît la famille aujourd'hui. J'ajoute que c'est un sujet sur lequel – de toute façon – chaque Français a son idée, pour ne pas dire sa conviction. Il sait ce qu'est ou devrait être la famille, s'il ne sait pas nécessairement ce qu'est, en droit, une promesse de vente et quel sort doit lui être réservé.

Ceci vous explique d'abord mon inquiétude, certaine que je suis de ne pouvoir apprendre quoi que ce soit à qui que ce soit ; mais aussi parce que, devant parler de la jurisprudence de cette Cour, je ne pourrai donner que mon opinion, les décisions rendues ayant été souvent diversement interprétées ; simple opinion encore puisque, évidemment,

c'est moi qui ai choisi, dans la jurisprudence récente très riche de la première chambre civile, ce qui va nous retenir sur le sujet que vous m'avez proposé :

Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

La ville, pourtant, ne bruisse que *des* familles ; les candidats évoqués ne parlent que *des* familles. Il y a, paraît-il, les squelettiques, les pléthoriques, les biologiques, les fondées sur la volonté et, puisqu'il y a deux sexes, les bisexuelles et les monosexuelles...dirait-on en boutade ; enfin, pour justifier une telle richesse, les décomposées et les recomposées, raison pour laquelle on nous a fait entrevoir récemment la perspective de familles au carré.

Certes, la Cour de cassation est protégée des rumeurs de la ville, assourdis qu'elles sont par les deux bras de la Seine entre lesquels elle se blottit, encore que je vous ai entendu dire, M. le Premier président, il n'y a pas si longtemps, que vous souhaitiez en ouvrir largement portes et fenêtres sans craindre que des vents violents y tourbillonnent et mettent quelque désordre dans sa tenue austère.

Aujourd'hui, je retiendrai plutôt les propos que vous teniez dans votre discours de rentrée solennelle, en 2001, devant les plus hautes autorités de l'Etat et dans lequel, après avoir défini un programme de réforme pour en améliorer le rendement, vous avez parfaitement défini le rôle que devrait tenir cette Cour. Ce rôle n'est pas mineur. Que l'on en juge !

« Alors, enfin, les chambres de la Cour pourraient concentrer leur activité sur la fonction normative qui est l'essentiel de leur mission : donner une interprétation de la loi qui comble ses lacunes, lève ses ambiguïtés, en précise le sens et la portée ou l'adapte à l'évolution des mœurs, des techniques, de la vie sociale, de l'économie, des mentalités et des cultures. ». Vous vous proclamiez source de droit, et ce n'est pas moi qui vous contredirai, puisque c'est le titre de ma contribution, parmi celles qu'a consacrées la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1992 à la jurisprudence. Mais, ce que l'on sait peut-être moins, c'est que vous n'aurez même pas choqué – s'il vous a écouté ou lu – le doyen Carbonnier, un des derniers résistants pourtant. « La jurisprudence, cette autre source de droit », l'ai-je entendu dire, comme tous ceux qui ont suivi son interview par M. Garapon le 2 décembre 2002, non sans étonnement de ma part.

Vaste programme donc! On aura cependant remarqué qu'il s'effectue quand même à partir de la loi et autour d'elle pour l'interpréter en convoquant tout ce qui peut l'être pour vous y aider. Or chacun sait qu'interpréter c'est créer.

Puis-je saisir l'occasion qui m'est donnée pour dire que vous souhaitez, aussi, faire de la Cour de cassation la première université de droit en attirant et en accueillant dans votre prestigieuse enceinte pratiquement tous les colloques, réunions, interventions, conférences et qu'il s'y trouve ainsi évoqué, développé, contesté – par l'intermédiaire de nombreux universitaires – tout ce qui est important ou bouge en droit ?

Mais partons de la loi. La loi, pour nous ce soir, c'est essentiellement le Code civil. Aucune définition n'y est donnée de la famille ; le terme n'en est pour autant pas absent. Il y est disséminé et recouvre des réalités diverses qui, dès 1804, renvoient à des images différentes. Quel rapport entre un homme, le bon père de famille, la réunion de plusieurs personnes, le conseil de famille, ou la famille plus largement comprise retenue comme élément de la possession d'état, ou encore la « famille naturelle » de l'adopté (art. 348 C. civ.) ?

Au XX^{ème} siècle, depuis 1970, la famille est mieux cernée. Elle prend racine dans le mariage, les époux devant en assurer ensemble la direction morale et matérielle de même que pourvoir à l'éducation des enfants et à leur avenir. Ils doivent aussi en choisir en commun la résidence et ne pas disposer l'un sans l'autre des droits par lesquels est assuré son logement. On parlera, encore, de la maison familiale que l'enfant ne doit pas quitter sans autorisation de ses père et mère ni en être retiré, inconsidérément dira-t-on. On aura remarqué le glissement sémantique des époux aux père et mère et du logement de la famille à la maison familiale, puisque le dernier texte (art 371-3 C. civ.) ressortit à l'autorité parentale.

Si l'on met bout à bout tous ces textes, on aura l'image d'une cellule longtemps restreinte autour des époux, plus récemment autour des père et mère, vivant dans un endroit déterminé et clos, ce que l'on a appelé, à un moment donné, la famille nucléaire. Il faut aussi au moins noter, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la famille élargie de l'article 310 qui, égalisant les droits et les devoirs de tous les enfants – dès l'instant que leur lien de filiation est établi dans leurs rapports avec leurs père et mère – les fait entrer dans la famille de chacun

d'eux, celle même qui continue d'être prise en compte pour constituer la possession d'état. Quant au conseil de famille, on sait que, depuis 1964, sa composition peut déborder celle-ci, puisqu'elle peut éventuellement comprendre amis et voisins et même toute personne susceptible de s'intéresser à l'enfant.

On constatera, enfin, que le mot peut être utilisé en trompe l'œil. C'est au moment où, pour la première fois, en 2002, la loi traite du nom de famille – et alors que l'on a pu déjà constater l'influence réductrice de l'informatique sur les noms et prénoms – que ses dispositions, à moyen et long terme, lui retirent son rôle de pavillon de reconnaissance, d'étendard d'appartenance à telle famille. L'ordonnance du 4 juillet 2005 en a d'ailleurs immédiatement tiré les conséquences en rétrogradant le nom de la première à la dernière place dans les éléments qui constituent, précisément, la possession d'état.

Sur quelle société les textes évoqués – à l'exclusion des trop récents qui n'ont pas encore eu l'honneur d'être appréciés par votre Cour - ont-ils eu à être appliqués et dans quelle mesure lui ont-ils été adaptés pour, peut-être, la refaçonner ?

Les constatations qui suivent, pour être banales, n'en sont pas moins utiles à être rappelées.

La première à faire est la libération sexuelle de la femme depuis cinquante ans grâce à la pilule, contraceptif oral destiné à mettre, en principe, les femmes à égalité avec les hommes dans ce domaine. Cette libération sexuelle, doublée d'une autonomie financière et de circulation (grâce à la voiture) d'un nombre de plus en plus grand de femmes, a été confortée par ce que, ailleurs et dans d'autres circonstances, j'ai appelé – et c'est la deuxième constatation – la révolution surréaliste, issue en droite ligne du mouvement du même nom qu'ont constitué les événements de mai 1968, mouvement dont les thèmes ont été traduits par autant de slogans : - la conquête de la liberté individuelle ;

- le refus de l'autorité bête et méchante, celle qui ne s'impose pas naturellement. En particulier, le pouvoir, à lui seul, n'incarne plus l'autorité, depuis cette date ;

- surtout, le refus de tout ce qui précède, à commencer par les contraintes religieuses (Dieu ayant été assigné à résidence dans les cieux).

La difficulté vient de ce que la liberté conquise a été conçue comme devant être totale, sans son indispensable corollaire qu'est la responsabilité, conception dont on ne s'est pas encore débarrassé.

La poursuite forcenée, en troisième lieu, de l'égalité mais, malheureusement, celle qu'avait fustigée Tocqueville et que Braudel a dénommée notre gène national : l'égalité perverse des conditions et non l'égalité, salvatrice, parce que porteuse d'espoir, de la valorisation de la personne, l'égalité des chances. On touche là aux faiblesses de la démocratie lorsqu'elle est mal comprise, pour ne pas dire dévoyée.

Enfin, pour ficeler le tout, l'installation d'une valeur en passe de devenir la valeur suprême : la transparence, facilitée, il est vrai, par les moyens modernes d'investigation à l'émergence desquels nous ne faisons qu'assister en espérant qu'ils ne seront pas utilisés à des fins de falsification.

Tout ceci a mis à mal le modèle familial que l'on qualifiera de classique, qui se diversifie et se réinvente continuellement et, surtout, peut être remis en cause de plus en plus aisément.

*

*

*

Commençons donc bêtement par le commencement d'après le Code civil, c'est-à-dire le mariage et, sur une si belle lancée, dans celui-ci par un mort-né, le mariage posthume.

Le 28 février 2006¹, la première chambre civile a cassé un arrêt qui avait eu le tort...de se conformer à sa jurisprudence, établie depuis 1989, confirmée en 1999, selon laquelle « au juge appartient la vérification de l'existence des formalités officielles » et au

¹ Bull. I, n° 123, p. 113.

chef de l'Etat d' « apprécie(r) souverainement si elles sont de nature à marquer sans équivoque le consentement au mariage de l'époux prédécédé ». L'article 171 du Code civil, au visa duquel l'arrêt d'appel a été cassé, ne dit pas autre chose. En 1989, il avait été estimé que l'existence, comme la gravité, des motifs justifiant le mariage posthume relevait du pouvoir discrétionnaire du président de la République.

En décidant en 2006 que c'est au juge à vérifier l'existence de ce consentement, la première civile n'a convaincu ni juridiquement, l'article 171 étant un texte qui déroge au texte général qu'est l'article 146, ni, même, dans son application à l'espèce, les faits attestant que le consentement avait existé, sans être retiré, jusqu'au décès, intervenu quatre jours avant la date du mariage projeté. Puisque, de toute façon, ainsi que l'a relevé M. Massip², l'origine même de l'article 171 devrait conduire à sa suppression, après celle de la légitimation en 2005, l'arrêt n'a été signalé ici qu'à seule fin de montrer que la Cour de cassation n'hésite parfois pas à disputer le pouvoir au président de la République lui-même !

En revanche, un des arrêts de la même chambre en date du 14 mars 2006³ retiendra sans doute davantage l'attention, car beaucoup plus nombreux sont ceux qui se sentiront concernés. Tout le monde connaît aujourd'hui le parcours, sinon obligé, du moins le plus fréquent, des couples qui se constituent. Il commence par une période d'essai, c'est-à-dire de vie commune plus ou moins longue, suivie éventuellement d'un mariage de durée aussi incertaine et, assez curieusement, à laquelle il est mis fin, quelquefois très rapidement, par un divorce avec, à la clé, une prestation compensatoire.

La Cour de cassation a toujours estimé, à juste titre, que la liste des éléments à prendre en considération, dans l'article 272 (devenu 271) du Code civil, pour fixer le montant de la prestation étant introduite par notamment n'était pas limitative. Dans l'arrêt précité, la première civile a rejeté le pourvoi contre une décision qui avait tenu compte, pour la fixation de la prestation compensatoire, non seulement de la durée du mariage mais aussi de celle de la vie commune des anciens époux qui avait précédé celui-ci. Avis donc aux prudents : s'ils ont l'intention de se mettre en ménage, les modalités de la période d'essai seront peut-être à repenser !

² LPA, 2006, n° 188

³ Bull. I, n° 155, p. 140

Cette description incite-t-elle à convoquer les pleureuses pour chanter les vertus des temps anciens et le pleurer ? Certainement pas. M. Bruno Latour a montré depuis longtemps que la vie de couple – dont le mariage était la seule version officielle jusqu'à il y a peu – n'est plus organisée par les familles, mais dictée par les sentiments des protagonistes. La vie juridique des couples évolue donc au gré de leurs sentiments qui, par nature, sont changeants. En réalité cela n'est pas nouveau. Si, de nos jours, le changement peut, publiquement et officiellement s'exprimer, pendant longtemps il a fallu sauver les apparences, sans pour autant que l'idylle continue. On dira surtout que, les femmes ayant été longtemps dépendantes – ce qui n'est plus le cas, puisque ce sont elles qui demandent le plus souvent le divorce – il y avait la surface des choses et la réalité sous-jacente.

Cette dualité créait quelquefois une situation bien connue des tribunaux, lorsqu'ils avaient à décider du sort de la libéralité consentie par un homme marié – pour l'instant du moins, il ne s'agit que des hommes – à sa concubine. La jurisprudence était parfaitement établie. Elle considérait qu'elle ne pouvait se contenter de faire de l'intention libérale, parfaitement neutre, la cause de la libéralité et qu'elle en rechercherait les motifs ou mobiles. La libéralité était annulée pour cause immorale et illicite si elle avait été faite pour favoriser, poursuivre maintenir ou reprendre la relation adultère, toutes dispositions d'esprit étant analysées comme en étant la cause impulsive et déterminante; validée en revanche si elle était l'expression seulement d'une reconnaissance pour la vie commune passée, avant d'y mettre fin.

Bien que la doctrine ait parfois douté de la pertinence de la distinction, que, personnellement, je trouvais assez satisfaisante, l'arrêt de la première chambre civile du 3 janvier 1999⁴ fit plus l'effet d'un coup de tonnerre que d'une solution idéale enfin trouvée, solution qui, à la vérité, n'existe pas. Au visa des articles 1131 et 1133 du Code civil, dans un attendu de principe, cette chambre a estimé que « la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire n'est pas contraire aux bonnes mœurs ». C'est, en effet, en invoquant une atteinte à celles-ci que le fils adoptif avait attaqué la libéralité, son père ayant révoqué, quelques mois avant sa mort, toute donation entre époux et exhéredé sa femme, d'une part, et, d'autre part, gratifié sa concubine d'une somme importante. Il faut dire qu'il n'était pas très habile d'évoquer les bonnes mœurs, en

⁴ Bull. I, n° 43, p. 29; D. 1999, 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrue; Code 1133, note 9

l'occurrence, tout simplement parce que la notion, jadis parlante dans notre domaine, n'est plus signifiante de nos jours, son contenu n'étant plus suffisamment partagé et même si les doubles vies ont de tout temps existé. En outre, la banalisation du divorce a tout modifié car il est vrai, comme on l'a souligné, que la sanction de la violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage - et la fidélité est un devoir – existe, qui est inscrite dans l'article 242 du Code civil.

La décision n'emporta cependant pas une adhésion unanimement enthousiaste, alors pourtant que les mânes du doyen Savatier avaient été invoquées pour en justifier la solution.

En réalité, cette affaire a un épilogue. Les faits étaient un peu plus compliqués que la rédaction de l'arrêt ne pouvait le laisser supposer. La libéralité à la concubine se révélait être une charge qui grevait le legs universel fait en faveur des neveux et nièces. Or ces derniers y ayant renoncé, le legs était devenu caduc, si bien, a constaté la première civile, dans son arrêt du 1^{er} juillet 2003⁵, que le fils adoptif, recueillant la succession en vertu de la dévolution légale ne pouvait être tenu d'exécuter la charge qui le grevait.

L'épilogue aurait pu être considéré comme un signe négatif, concernant le revirement de 1999 et une incitation à revenir à la jurisprudence antérieure puisque neveux et nièces, en renonçant au legs, avaient manifesté, à leur manière, que la Cour de cassation avait fait fausse route. On aurait pu penser que l'arrêt allait faire long feu. Ce n'est pas ce qui s'est passé.

Cette fois, c'est l'assemblée plénière qui, le 29 octobre 2004⁶, a simplement repris l'arrêt de 1999. Qu'on se le répète : « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le⁷ bénéficiaire ». Les bonnes mœurs, dans ce domaine, ont longtemps consisté à sauver les apparences ; la notion a explosé sous le souffle de la liberté individuelle.

⁵ Bull. I, n° 156, p. 122.

⁶ Bull. A. P., n°12, p. 27.

⁷ On notera ce masculin, alors que, chaque fois, il s'agit d'une bénéficiaire. Comme il ne serait pas correct d'imputer une telle faute de genre à la Cour de cassation, il faut supposer qu'elle a voulu frapper la formule à l'image d'un article du Code.

Sur cette affaire misérable, pour ne pas dire sordide, où une très jeune fille s'est littéralement vendue (apparemment avec l'accord de ses parents) à un homme marié de soixante-quatre ans son aîné, sous prétexte de l'assister dans son métier de VRP et les déplacements qu'il implique, il n'y a plus à discuter. La liaison ayant duré plusieurs années et le monsieur étant mort à 95 ans, on peut au moins créditer la demoiselle d'un certain savoir-faire, ou d'un savoir-faire certain. L'encouragement par la plus haute juridiction française est de poids.

Même si les faits en sont beaucoup moins de nature à heurter, l'arrêt du 25 janvier 2005⁸ atteste que la jurisprudence est maintenant établie et la formule neutralisée, si l'on peut dire, puisque « n'est pas nulle comme contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère », alors que, là encore, il s'agissait d'une bénéficiaire.

La Cour de cassation a-t-elle, ce faisant, ridiculisé le mariage ? La réponse dépend de savoir si l'on juge le résultat en fonction d'un idéal à atteindre ou d'une réalité à seulement à prendre en compte. Il reste que, même en l'état actuel des mœurs, la formule peut heurter par son excessive brutalité.

Mais, contrairement à ce que j'avais pu souhaiter en 1967⁹ – que le mariage soit préféré par ceux qui ont choisi de vivre ensemble, parce qu'il serait le meilleur cadre juridique pour eux – on doit constater qu'il est délaissé par ceux qui en remplissent les conditions, tandis qu'il devient un désir obsessionnel pour ceux qui n'y ont pas accès. La Cour de cassation suit donc seulement le mouvement en se refusant de continuer à consacrer les hypocrisies passées.

D'ailleurs la science, en rendant aujourd'hui les familles transparentes, va permettre de mesurer assez vite et à sa juste valeur ce que leur confère la connaissance généralisée de la vérité.

Cette plongée dans l'intimité vécue des familles va nous mettre en présence de l'enfant, déjà en embuscade dans le mariage posthume, enfant dont le statut juridique a été

⁸ Bull. I, n° 35, p. 27.

⁹ *Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille*, JCP 1967, I, 2122.

progressivement, puis complètement, détaché ce celui de ses parents, à l'exception de l'établissement en principe de la filiation paternelle et du tabou maintenu de l'inceste.

C'est donc le sort réservé à l'enfant, tel qu'il se dégage des décisions choisies, qui retiendra désormais l'attention. Evidemment, lorsqu'on parle d'enfant, on exclut l'adulte. Celui-ci reste pourtant toujours l'enfant de ses parents et c'est à ce titre que la justice a été saisie par des adultes dans les trois affaires qui vont maintenant être évoquées.

Deux d'entre elles sont apparemment contradictoires. Réduit à l'essentiel, le problème était identique : le succès d'une action déclaratoire de nationalité française introduite, la première par un Gabonais, la seconde par une Algérienne passait par l'établissement d'une filiation maternelle naturelle. Le 14 juin 2005¹⁰, la première chambre civile rejetait le pourvoi contre l'arrêt qui avait décidé que la mention du nom de sa mère dans son acte de naissance, sans qu'une reconnaissance s'en soit suivie et en l'absence de possession d'état, était insuffisante à établir la filiation maternelle de l'enfant au regard des articles 334-8 et 335 (encore qu'il soit permis de se demander pourquoi ce n'est pas l'article 337 et non 335 qui a été visé), textes alors en vigueur. En revanche, le 14 février 2006¹¹, elle cassait l'arrêt qui, dans les mêmes circonstances, n'avait fait qu'appliquer sa jurisprudence de quelques mois antérieure.

La législation avait-elle changé entre-temps ? Non, puisque l'ordonnance du 4 juillet 2005, égalisant les conditions d'établissement de la filiation maternelle, n'était pas encore applicable. C'est pourquoi on a interprété¹² cette seconde décision comme une anticipation de la législation à venir. Si c'est bien dans un tel état d'esprit que l'arrêt a été rendu, il serait énorme que la Cour de cassation ait fait un tel faux pas. Elle s'en est en réalité bien gardée car si, en 2006, référence au droit français il y avait eu, la solution aurait été la même qu'en 2005. La cassation, en réalité, est intervenue au visa des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, directement applicable en droit interne, textes qui consacrent le droit au respect de la vie

¹⁰ Bull. I, n° 256, p. 215.

¹¹ Bull. I, n° 73, p.72.

¹² G. Kessler, D. 2006, p. 1029.

privée familiale (celle-ci intégrant les différentes familles, et donc la famille naturelle, apport essentiel de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, comme l'a relevé M. Marguénaud¹³) d'une part et, d'autre part, l'absence de discrimination. Or, parmi les discriminations prohibées figure la naissance. Donc le seul acte de naissance qui établit la filiation maternelle légitime doit avoir le même effet pour la filiation naturelle.

En d'autres termes, officiellement, la Cour de cassation n'anticipait pas sur le droit interne à venir ; elle appliquait le droit européen. L'explication pourrait suffire...si l'on ne devait remarquer que ce droit était déjà applicable en 2005 et que la Cour de cassation avait pu s'apercevoir, avec l'arrêt *Mazurek*, de ce qu'il en coûtait d'ignorer non seulement la Convention elle-même, mais aussi l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg¹⁴.

Et si anticipation il y a eu en février 2006, sous couvert de la Convention européenne, pourquoi n'a-t-elle pas eu lieu dans les mêmes conditions le 14 juin 2005 ? Qu'on ne dise pas que le droit interne à venir n'était alors pas connu, l'ordonnance du 4 juillet n'étant pas encore publiée. On en connaissait en effet la teneur, puisque la loi d'habilitation avait été très précise quant au contenu des pouvoirs délégués au gouvernement. Dès lors, justifier en 2005 la solution par l'application des articles 8 et 14 de la Convention, comme on l'a fait en 2006, était tout aussi possible. Anticipation pour anticipation, celle-ci pouvait, puisque la couverture juridique existait, avoir lieu aussi bien quelques jours avant la publication de l'ordonnance que quelques mois avant son entrée en vigueur. Tant pis pour le Gabonais qui avait le droit de devenir français en 2005 ; tant mieux pour l'Algérienne et ses enfants qui ont eu droit de le devenir en 2006 ! Il faut reconnaître que la différence de traitement peut générer l'amertume.

Pour en finir avec les adultes à traiter comme des enfants, on signalera l'arrêt de la première chambre civile du 22 février 2005¹⁵, cassant partiellement l'arrêt qui avait prononcé l'adoption par un mari des deux fils de son épouse, âgés de plus de 35 ans, en faisant droit au souhait, exprimé par les adoptés, de conserver leur seul nom d'origine, condition même de leur consentement à l'adoption, ce qui avait été précisé dans la requête de l'adoptant.

¹³ *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz (Connaissance du droit), 3^{ème} éd., p.69.

¹⁴ Comme cela ressort de l'arrêt de la première chambre civile en date du 29 janvier 2000, Bull, n° 32, p.24.

¹⁵ Bull. I, n° 92, p. 80.

La cassation est intervenue au visa de l'article 363 du Code civil prescrivant le double nom au cas d'adoption simple. Mais c'est négliger l'alinéa 2 de l'article 61-3 du Code civil selon lequel la « modification du lien de filiation n'emporte cependant le changement du “ nom de famille ” des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement ». Certes, le législateur aurait été inspiré de s'apercevoir de la contradiction entre les deux textes. A défaut, la Cour de cassation n'aurait-elle pu prendre sur elle, comme l'a suggéré M. Massip¹⁶, de faire prévaloir le second sur le premier, pour respecter le consentement qui n'avait été donné qu'à la condition, parfaitement légitime, de conserver le nom d'origine ? Mais la Cour a clos toute discussion, puisque la cassation a été prononcée sans renvoi.

On a vu, à propos du mariage posthume, que la Cour de cassation, en 2005, avait décidé de contrôler l'existence du consentement des morts ; on constate en 2006 quelle ne se préoccupe pas de celui, formellement exprimé, des vivants. C'est précisément parce que des adultes, non seulement étaient enfants adoptifs, mais traités littéralement comme des enfants mineurs que l'arrêt valait d'être signalé. Il l'a été plus encore parce qu'une réforme de l'article 363 s'impose.

On peut espérer qu'il restera isolé dans son genre et que le traumatisme d'avoir à porter, officiellement, un double nom contre sa volonté pourra être surmonté, puisque, les différentes parties étant d'accord, personne n'a perdu du fait de la justice.

Les conséquences des décisions, lorsqu'il s'agit de jeunes enfants ou d'adolescents, risquent d'être d'un tout autre ordre. On entre, en effet, dans une zone à fortes turbulences, comme on dit dans les avions lorsque l'appareil va être secoué par de violents vents contraire. Au moment de l'annonce, on est seulement prévenu du changement de temps qui va intervenir. C'est donc de changement que je voudrais, rapidement, parler d'abord.

On rappellera, même si les nouveaux textes modifieront, parfois, l'approche des problèmes, le revirement de jurisprudence intervenu le 28 mars 2000¹⁷. La première

¹⁶ LPA 2005, n° 176.

¹⁷ Bull. I, n°103, p. 69.

chambre civile, après avoir affirmé en 1985¹⁸ que l'analyse des sangs n'était pas obligatoire pour le juge, a décidé, dans un attendu de principe, toujours repris depuis, que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».

Puisque l'expertise est de droit, l'essentiel réside dans la détermination du motif légitime qui, seul, autorisera qu'on n'y procède pas. De la salve d'arrêts rendus le 14 juin 2005 et de ceux qui ont été rendus le 31 janvier et le 14 février 2006, on retiendra que l'absence de présomptions ou d'indices graves ne peut, à juste titre, constituer ce motif légitime. L'expertise biologique peut suppléer l'absence de preuve en matière de filiation naturelle, d'action à fins de subsides ou de rétablissement de la présomption de paternité. En revanche, les textes alors applicables excluaient que quiconque (pas même le tiers auteur d'un reconnaissance anténatale¹⁹) pût contester, fût-ce grâce à une expertise biologique, la filiation légitime, lorsque la possession d'état était conforme à l'acte de naissance. Or le mari, au courant de la relation passionnelle que sa femme avait entretenue, l'était aussi de la grossesse ; la possession d'état était, de ce fait, également anténatale. La situation juridique ainsi cadencée, ne pouvait être remise en cause. La vérité apparaîtra, peut-être, plus tard si l'enfant a l'extrême indécence de ressembler à l'amant, pour employer un terme désuet. Question de fait qui ne nous concerne plus !

Question de droit, au contraire, que celle de la justification juridique du refus, pour cause d'inceste, de la demande d'adoption simple formulée par le père, qui se trouve être la demi-frère de la mère. L'affaire est l'une de celles, très connues, que nous allons aborder maintenant.

La première civile a, le 6 janvier 2004²⁰, cassé un arrêt pourtant remarquablement motivé en ce que ses auteurs avaient essayé de contourner tous les obstacles. En tout cas, avec d'autres²¹, il convient de remarquer que la cassation ne pouvait intervenir au vu, à l'époque, de l'article 334-10 du Code civil, devenu 310-2. Celui-ci, on le sait, interdit que le lien de filiation qui aurait été établi à l'égard de l'un des parents puisse être

¹⁸ 12 fév. 1985, Bull. I, n° 57, p.56.

¹⁹ Cf. 1^{ère} Civ. 14 fév. 2006, Bull. I, n° 78, p.75.

²⁰ Bull. I, n°2, p.2.

²¹ Hauser, *Rev. trim. dr. civ.* 2004, p. 76.

établi à l'égard de l'autre s'il existe entre eux un des empêchements à mariage prévus pour cause de parenté par les articles 161 et 162 du Code civil.

Or l'adoption plénière elle-même n'*établit* pas la filiation qui se substitue à la filiation d'origine ; elle la *confère*. A fortiori, s'il s'agit d'adoption simple, puisque l'adopté demeure dans sa famille d'origine, où il conserve tous ses droits. C'est toute la distinction, la différence, entre établir, qui est prouver la réalité, la démontrer, dit Littré, révéler la vérité, d'une part, et, d'autre part, conférer, qui est accorder l'autorisation de cette filiation,, en l'occurrence par le juge, autorité investie du pouvoir de le faire.

A lire l'arrêt, on pourrait croire – grande nouveauté dans notre droit – que l'adoption prouve la réalité biologique de la filiation entre adoptant et adopté car c'est de réalité biologique qu'il était question dans l'article 334-10 du Code civil. D'ailleurs, on rappellera que, même après 2005, deux titres différents sont consacrés dans le Code, l'un à la filiation, l'autre à la filiation adoptive. Dans la filiation (en 2004 encore, légitime et naturelle ; aujourd'hui, sans qualification) établir est révéler ce qui préexiste, c'est-à-dire le lien du sang ; dans la filiation adoptive, on confère l'autorisation que soit créé et officialisé un lien affectif. Dans la première, on révèle le passé en le consacrant juridiquement ; dans la seconde, on doit faire le détour par le droit pour qu'existe un certain avenir.

En définitive, on avancera que l'adoption était tout à fait possible, sans que la Cour de cassation ait l'impression de perdre son âme, en violant un texte, totalement inapplicable en l'espèce.

En revanche, elle est parfaitement dans son rôle lorsqu'elle sanctionne les juges du fond qui, de façon assez incompréhensible, avaient ignoré des articles on ne peut plus clairs et connus du Code civil. Dans une affaire qui a, elle aussi, défrayé la chronique en opposant un père naturel à une famille adoptive, la première civile, le 7 avril 2006²², a cassé une décision dans laquelle le droit paraissait avoir été négligé. Il faut reconnaître immédiatement que le gâchis, dont les auteurs étaient au demeurant parfaitement identifiables, ne pouvait, de toute manière, qu'être épouvantable.

²² Bull. I, n° 195, p. 172.

En l'occurrence, il a suffi à la Cour de cassation de rappeler, au visa d'un certain nombre d'articles du Code civil :

- que la reconnaissance d'un enfant naturel prend effet à la date de sa naissance, dès lors que celui-ci a été identifié ;
- que la filiation est divisible ;
- et que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie.

Il s'en déduisait que le conseil de famille des pupilles de l'Etat, qui était informé de la reconnaissance de l'enfant naturel par le père deux mois avant l'accouchement sous X de la mère et de l'insistance de celui-ci, pour ne pas dire son acharnement, officiellement manifesté, à retrouver l'enfant pour qu'il lui soit restitué, ne pouvait valablement consentir à l'adoption dudit enfant. Pourtant, la première civile, avant même les articles du Code civil, a estimé nécessaire de viser l'article 7§1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 pour indiquer que l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et reproché à la Cour de Nancy d'avoir négligé le droit de l'enfant de connaître son père. On déduirait volontiers de ce premier visa qu'un lien de filiation, établi de manière incontestable et incontestée selon le droit français, ne suffit plus, si on ne le renforce pas par la référence au droit de l'enfant de connaître ses parents. Cela surprend, mais s'explique peut-être par le souci d'humaniser une situation en réalité inhumaine dans laquelle se débattent un père irréprochable et des parents adoptifs, avec pour enjeu un enfant de cinq ans et demi.

On va pouvoir constater que le sort des enfants légitimes, sans être aussi catastrophique, peut, cependant, être douloureux, comme cela ressort d'un arrêt, lui aussi très remarqué, au moins des juristes, de la première civile, en date du 28 février 2006²³ et dont l'intérêt demeure intact, lui aussi.

Parce que la preuve est libre en matière de divorce pour faute, comme cela ressort de l'article 242 du Code civil, un mari a obtenu le divorce parce qu'il avait découvert, grâce à des examens sanguins, que les deux derniers des cinq enfants communs ne pouvaient être de lui, ce qui attestait l'infidélité de sa femme. Le divorce fut accordé avec d'autant plus

²³ Bull. I, n° 113, p.105.

de bonne conscience que la filiation des enfants restait protégée par la présomption *pater is est*.

Si l'arrêt valait d'être évoqué, c'est pour montrer comment cette présomption, dont le rôle était d'assurer la paix des familles, peut de nos jours se retourner et ruiner, en l'occurrence plus de quinze ans après le mariage, la paix d'une famille, en continuant à rattacher juridiquement des enfants à un mari non disposé à pardonner à sa femme. On peut d'ailleurs supposer que la présomption sera facilement mise à mal, si la pratique des kits envoyés à l'étranger se répand, qui permet au mari soupçonneux de savoir très vite si l'enfant que sa femme vient de mettre au monde est ou non de lui.

Mais on va prendre la mesure de l'enfant traité comme un objet en abordant, enfin, les problèmes d'autorité parentale à assumer conjointement entre des parents séparés ou à déléguer à un tiers.

L'intervention du juge implique le degré de mésentente des parents pour régler ce genre de problèmes. C'est à lui que revient – comment faire autrement ? – de déterminer l'intérêt de l'enfant. Dans les articles 371-1 et suivants du Code civil, depuis la loi du 4 mars 2002, l'autorité parentale est définie comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Elle doit être exercée en commun, étant entendu que la séparation des parents ne doit avoir aucune incidence sur cet exercice, à moins que l'intérêt de l'enfant ne permette au juge d'en disposer autrement sans qu'un parent, toutefois, puisse se voir priver du droit de visite et d'hébergement sans motif grave.

Une certitude : c'est au juge qu'il appartient de déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, l'article 373-2-11 lui indiquant, dans une liste non limitative, les éléments à prendre en considération. Il est important de noter, comme la première civile l'a rappelé le 6 décembre 2005²⁴, à propos de l'exercice de cette autorité par un détenu, que « lorsqu'ils fixent les modalités du droit de visite d'un parent à l'égard de ses enfants, les juges ne peuvent déléguer les pouvoirs que la loi leur confère ». Mais, au-delà de

²⁴ Bull. n° 464, p.391.

cette certitude, les solutions sont moins évidentes dans la mesure où il va falloir, chaque fois, déterminer où est l'intérêt de l'enfant.

En 1971²⁵, j'avais écrit que l'on devait se référer à l'intérêt de l'enfant avec prudence, tant cette notion, parfaitement fuyante est propre à favoriser l'arbitraire judiciaire²⁶. Aujourd'hui, il s'agit d'une réflexion sur la notion elle-même et c'est sans doute parce que celle-ci est difficile à cerner que la première chambre civile est revenue sur sa jurisprudence antérieure en décidant, par un arrêt de rejet et un arrêt de cassation en date du 18 mai 2005²⁷, l'application directe en droit interne de la Convention internationale des droits de l'enfant précédemment évoquée. Dans le second, sont visés les articles 3-1 et 12-2 de ladite Convention. Effectivement, l'article 3-1 en question paraît plus opérationnel pour un juge, puisqu'il dispose que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants prises, je résume, par toutes sortes d'institutions, parmi lesquelles, bien entendu, les tribunaux, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Mon propos n'est évidemment pas de discuter de la nécessité du changement de jurisprudence en mai 2005, de son opportunité ou de son bien-fondé, mais, plutôt, d'en appréhender la portée. On a l'impression que les juges français ont trouvé une sorte de potion magique. Mais qui trompent-ils ? En effet, qu'est-ce que « l'intérêt supérieur » de l'enfant ? On sait que l'enseignement supérieur succède aux enseignements primaire et secondaire, que les étages supérieurs sont au dessus des inférieurs. Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, on est en droit de se demander : supérieur à quoi ? Faut-il en déduire qu'il y aurait un intérêt inférieur, puis moyen, de l'enfant, avant le supérieur ? L'intérêt tout court du droit français ne suffirait donc plus ; encore faudrait-il être capable de faire percevoir la différence pour être convaincant.

« The best interests of the child shall be a primary consideration », dit le texte anglais, c'est à dire "les meilleurs". Lorsque les textes français font état de l'intérêt de l'enfant, ne serait-ce donc pas le meilleur ?²⁸ On ne peut pas ne pas reprendre ici ce qu'en

²⁵ *L'enfant et les adultes (A propos de la loi du 4 juin 1970)*, JCP, 1971, I, 2421.

²⁶ Afin que les choses soient parfaitement claires, on précisera que ce n'est pas là une critique des hommes et des femmes qui ont la lourde charge de trancher ce genre de problème, car l'éventualité d'avoir à décider éventuellement de la vie d'un enfant, dont on ne connaît somme toute pas grand-chose, fait que je n'aurais pu être magistrat.

²⁷ Bull. I, n° 211 et 212, p. 179 et 180.

²⁸ Cf. *infra*, Annexe I.

disait le doyen Carbonnier²⁹ : « C'est une notion clé qui a fait l'objet d'utiles analyses doctrinales (citant plusieurs thèses) et d'une remarquable recherche de psychosociologie (faisant allusion à une étude d'I. Théry, in *Du divorce et des enfants*). Conclusion (que j'ai depuis longtemps beaucoup appréciée) : la clé ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable ». L'intérêt supérieur de l'enfant, s'il doit donc ajouter quelque chose, c'est de fournir une clé qui ouvre sur un terrain...encore plus vague. L'intérêt de l'enfant me fait irrésistiblement penser à cette géniale définition du chandail par un humoriste : le vêtement que l'enfant porte lorsque sa mère a froid.

L'intérêt de l'enfant est donc celui que détermine le juge, le plus objectivement possible, au vu des éléments qui lui sont soumis (quelquefois trompeurs par rapport à la psychologie de l'enfant), alors, en réalité, que c'est la personnalité du juge (et c'est totalement différent) qui est là dans ce genre de dossier, beaucoup plus que dans les autres, personnalité qui se détermine telle qu'elle s'est elle-même constituée depuis sa naissance, c'est-à-dire en rapport avec sa propre enfance. Il ne saurait en être autrement. C'est pourquoi la remarque est neutre, elle relève d'une constatation, assez élémentaire, dont il faut seulement prendre conscience.

D'ailleurs, l'illustration peut en être faite par les derniers arrêts de la première civile à ce sujet. On va constater effectivement quelle couverture commode, mais prétexte peu convaincant, peut constituer la formule. Je ne dirai pas de l'intérêt de l'enfant qu'il est une expression à tout faire comme Nathalie Sarraute disait du bonheur « ce mot à tout faire », mais qu'il tient lieu d'auto-justification qui, à partir du moment où elle est avancée, s'impose à tous. En effet, chacun étant supposé, par hypothèse, avoir la même conception de cet intérêt là, la discussion tombe d'elle-même.

Comment expliquer la cassation intervenue le 8 novembre 2005³⁰ dans une affaire où un père, Français d'origine libanaise, réclamait seulement que ses deux enfants (que leur mère avait emmenés au Luxembourg pour s'y établir) fussent mis dans une école francophone, le français étant, on le rappelle, une des trois langues officielles du Luxembourg, avec le luxembourgeois et l'allemand ? Il souhaitait ainsi assurer une coparentalité effective, non contrariée par des difficultés linguistiques, puisque lui-même ne parlait pas l'allemand.

²⁹ *Droit civil*, t. 2, 18^{ème} éd. n° 192, p.258.

³⁰ Bull. I, n° 404, p. 338.

Or la mère avait placé les enfants dans une école luxembourgeoise et il se trouve que l'allemand est la langue véhiculaire de l'enseignement primaire au Luxembourg.

La Cour d'appel ayant accédé à la demande du père, son arrêt est cassé au vu de l'article 3 de la Convention de New York, détour obligé -expressément ou implicitement exprimé - depuis les arrêts de 2005 ci-dessus évoqués, et de l'article 371-1 du Code civil. Ce dernier aurait suffi à régler le problème, comme l'avait fait la Cour d'appel, mais il a été reproché à celle-ci d' « avoir pris en considération l'intérêt du père sans rechercher quel était l'intérêt supérieur des enfants qui ont la double nationalité française et luxembourgeoise ». Il est permis d'être surpris, et de la cassation elle-même, et de la justification qui en est donnée. Comme les enfants ont la double nationalité, ils n'auraient pas le droit d'apprendre le français...comme pour être bien certain qu'ils ne pourront pas dialoguer avec leur père. On peut penser, au contraire, que, baignant dans une société où les enfants qui fréquentent les écoles primaires apprennent l'allemand, ces enfants, par la fréquentation des autres, pourront assez facilement apprendre cette dernière langue. Nulle part n'est précisé que la demande du père était inutile, voire superfétatoire, parce que la mère parlant français avec eux le leur apprendrait déjà.

L'intérêt supérieur d'un enfant serait donc de ne pouvoir entretenir des relations avec son père. Certes l'arrêt n'a été cassé que pour manque de base légale. Toutefois, la Cour de cassation, en ayant sorti la pancarte « intérêt supérieur de l'enfant », laisse-t-elle aux juges de renvoi la possibilité de dire que, dans cette affaire, ils ont une conception différente de cet intérêt, dès l'instant qu'on l'a dit supérieur ?

La première civile est-elle cohérente lorsque, huit mois après, dans un arrêt du 4 juillet 2006³¹, elle déclare, à l'appui d'une cassation, parfaitement justifiée cette fois, au visa des articles 373-2 et 373-2-11, 3° du Code civil, « qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents et, lorsqu'ils sont séparés, d'entretenir des relations personnelles avec chacun d'eux » ? Sans doute, en l'espèce, les deux parents étaient-ils aux deux bouts de la planète et l'aménagement prévu par les juges du fond – qui n'avaient tenu compte que de la vie en Nouvelle Calédonie où se trouvait la mère, territoire où les vacances sont en janvier –

³¹ Bull. I, JCP 2006, 10177, n. Boulanger ; PA 5 déc. 2006, p. 19, n. Massip.

n'était-il pas satisfaisant pour le père, d'où la cassation, à nouveau pour manque de base légale.

Cependant, et indépendamment du cas d'espèce, ne peut-on prétendre – sans vouloir paraître paradoxale – que la séparation linguistique est au moins aussi importante, peut-être même plus, que la séparation spatiale, tant celle-ci aujourd'hui, sans être totalement abolie, est considérablement atténuée par les moyens modernes de communication, parmi lesquels la Webcam tient une place de choix ?

La première chambre civile peut-elle être comprise quand, le 14 mars 2006³², elle censure un arrêt qui avait « réservé » le droit de visite et d'hébergement du père, parce qu'il risquait de perturber gravement l'équilibre psychologique de l'enfant...et pour cause... puisque les violences subies par la mère étaient avérées, que l'enfant commun avait été soustrait par son père du domicile conjugal et que le même s'était, lui, soustrait au devoir de secours pendant toute la durée de l'instance en divorce ?

Cet arrêt a été cassé pour violation de divers articles du seul Code civil au motif « que le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser le droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Il convient de noter, d'une part, que la référence à l'intérêt « supérieur » de l'enfant donne ainsi l'impression de faire partie intégrante du Code civil, ce dont on ne s'était jusque là pas encore aperçu ; d'autre part, que cet intérêt consiste à devoir se rendre régulièrement chez un père aussi peu recommandable.

La réalité semble bien ressortir, après démonstration, que l'on ne peut éviter, quelque habillage juridique lui soit donné, une totale liberté judiciaire, même pétrie de bonnes intentions, si je ne veux pas employer le même terme, arbitraire, utilisé autrefois, préoccupée que j'étais déjà par les rapports de l'enfant avec les adultes.

Mais on ne laissera pas croire plus longtemps que la première civile avait attendu le 14 mars 2006 pour « découvrir » dans le Code civil, c'est-à-dire sans référence à la Convention de New York, un article visant l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle l'avait fait pour

³² Bull. I, n° 147, p.134.

ouvrir une porte inattendue, le 24 février 2006³³, par un arrêt de rejet du pourvoi du procureur général d'Angers, dans un attendu qui est évidemment à citer : « Attendu que l'article 377 al. 1^{er} du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'affaire est suffisamment connue pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en détailler les faits. Rappelons seulement qu'il s'agit de deux femmes, dont l'une était mère de deux enfants, vivant ensemble depuis 1989 et pacsées dès 1999.

Ma première réaction dans ce genre d'hypothèses est de me demander pourquoi chacune des femmes n'avait pas – comme cela se fait aussi – son enfant par un des moyens, et il y en a plusieurs, qui ferait de chacune d'elles une mère, conservant juridiquement ses droits sur son enfant, indépendamment de l'influence de fait que pourrait avoir l'autre comme conséquence de leur vie commune. L'adoption par la survivante serait, alors, la solution à mettre en œuvre en cas de prédécès de la mère, s'il en était encore besoin.

Mais mon interrogation est feinte, car la raison de la préférence, dans ces affaires, peut aisément se subodorer : celle qui n'a pas d'enfant joue à l'homme dans le couple ou, en tout cas, y a pris un ascendant déterminant et entend, par pure convenance, avoir une part de l'autorité parentale. Je n'ai malheureusement pas le temps de citer le témoignage³⁴, lu récemment, d'une adolescente de quatorze ans attestant, de manière exemplaire, que, dans la société moderne, les adultes privilégient leur propre plaisir sans se préoccuper outre mesure de ne pas faire le malheur de leurs enfants.

J'ai parlé de ma première réaction, mais mon malaise, lui, est juridique et c'est ce dont d'ailleurs j'aurais dû, peut-être, me contenter de parler en ce lieu.

Je sais que l'article 377 al. 1^{er} du Code civil, relatif à la délégation de l'autorité parentale, peut faire l'objet de deux interprétations totalement différentes. La Cour de cassation a choisi l'une des deux et a pu en être approuvée. Celle dont on dit habituellement

³³ Bull. I, n° 101, p.95.

³⁴ Cf. *infra*, Annexe II.

qu'elle tue : la lettre. Avec M. Vigneau³⁵, en particulier, je préfère l'autre interprétation, celle qui s'attache à l'esprit du texte. En effet, l'article 377 al. 1^{er} commence ainsi : « les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent... ». Ce qui est visé, c'est le couple père-mère qui peut agir ensemble ou séparément, c'est à dire « à part l'un de l'autre », si l'on veut bien ne pas négliger la définition du mot. Séparément implique donc l'autre, et l'autre, dans le texte, n'est pas du même sexe. Il a été assez dit que ce texte visait à faciliter la tâche des familles recomposées ou des grands-parents mais, à aucun moment, il n'a été question du couple homoparental.

On est loin d'être convaincu que les conditions posées dans l'article 377 al. 1^{er} aient été remplies en l'espèce. Si les circonstances exigeaient réellement, comme il est dit dans l'arrêt, la délégation d'autorité parentale, il faudrait réviser le statut de toutes les mères isolées qui élèvent seules leurs enfants sans filiation paternelle établie, obligées par surcroît à de longs déplacements quotidiens, en voiture et/ou en train, sans parler – si l'on veut songer à tout – de la mort possible d'un piéton dans la rue d'une ville par la chute d'une enseigne un jour de grand vent³⁶. Le pourvoi du procureur général a tout dit sur l'inexistence, en l'espèce, de ces circonstances particulières.

Il en ressort l'impression que la première civile a fait dans le virtuel. De plus, on aurait voulu savoir pourquoi l'arrêt se réfère à « l'intérêt supérieur de l'enfant », alors que l'article 377 al. 1^{er} ne fait pas même allusion à l'intérêt tout court de l'enfant, qui ne semble pas avoir été particulièrement pris ici en compte par le législateur.

La décision suscite d'ailleurs, de toute façon, plutôt le sentiment de l'absence de véritable intérêt de la délégation pour les deux enfants concernés et que, en opposition avec l'attendu de l'arrêt du 8 novembre 2005 critiqué précédemment pour la raison inverse, on a eu égard avant tout à l'intérêt d'un adulte.

Quant à la délégation partielle autorisée, sans aucune précision de ce qui était délégué, au procureur général qui n'avait évidemment pas manqué de le relever dans un second moyen, tout aussi bien argumenté que le premier et fondé sur le même texte, il fut sèchement répondu « que le prononcé d'une délégation partielle de l'autorité parentale, sans

³⁵ D. 2006, J. p. 897.

³⁶ La remarque vaut évidemment aussi pour les pères qui se trouveraient dans une situation symétrique.

précision des droits délégués, n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale ». Certes, mais au-delà de ce qui pourrait être considéré comme une lapalissade, la réponse est un peu courte car qui va, dans le détail et le concret de la vie quotidienne, déterminer les attributs délégués, sinon l'accord entre les deux femmes ? De ce fait, la Cour vient ainsi de revenir sur une jurisprudence pourtant bien établie, à juste titre compte tenu des textes, rappelée par surcroît dans l'arrêt déjà évoqué du 6 décembre 2005 lequel, à propos du droit de visite d'un père alors qu'il était détenu, avait cassé la décision d'une Cour d'appel qui, étant donné les circonstances, avait subordonné l'exercice du droit de visite à l'accord des parents et selon des modalités à définir avec l'autorité pénitentiaire. La première civile a alors rappelé, on le sait, que dans ce domaine les juges ne peuvent déléguer les pouvoirs que leur confère la loi. En irait-il différemment pour la délégation de l'autorité parentale ? Il ne le semble pas, d'après l'article 377-1 dont l'alinéa 1^{er} dispose que « la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales ». Et le juge est saisi en vue, précisément, de voir déléguer tout ou partie de l'autorité parentale.

Il resterait à se poser une dernière question juridique : à quel titre la compagne homosexuelle s'est-elle vu déléguer partiellement l'autorité parentale de la mère sur les deux enfants, celui de proche digne de confiance, ou celui de membre de la famille ? En effet, un arrêt de la deuxième chambre civile, en date du 25 mars 2004³⁷, a, par application et de l'article 515-1 du Code civil définissant le pacs (article inchangé en 2006) et de l'article L. 30. 1° du Code électoral, décidé qu'un homme pacsé pouvait profiter de la dérogation accordée au fonctionnaire, ce qui était le cas de sa compagne, en cas de mutation après clôture des délais d'inscription pour se faire inscrire sur les listes électorales en dehors des périodes de révision desdites listes. Mais le texte a été amputé, car l'article 30. 1° accorde une telle dérogation au fonctionnaire muté ainsi « qu'aux membres de leur famille domiciliés avec eux à la date de mutation ». Il ne suffit donc pas d'être domicilié avec le fonctionnaire, il faut l'être d'abord en tant que membre de la famille. Le pacsé a été considéré comme tel et c'est ce qui rend important cet arrêt de cassation.

On laissera à chacun la liberté d'interpréter l'arrêt du 25 mars 2004 comme la première pierre d'un édifice dont l'arrêt de rejet du 24 février 2006 serait, lui, la deuxième.

³⁷ Bull. II, n° 144, p. 121 ; *Rev. trim. dr. civ.*, p. 389, obs. Hauser.

Quel jugement porter précisément sur cette dernière décision ? Si la première civile a voulu rééditer le précédent du président Derenne, à l'origine, le dernier jour de l'exercice de ses fonctions, d'un arrêt volontairement provocateur à l'intention du législateur, l'arrêt *Desmares*, l'effet est raté. Car si le pacs a été reconsidéré, en étant glissé dans la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, et même si le nouveau a pu être qualifié de quasi mariage³⁸, dans aucun article il n'a été traité de l'organisation de la vie du couple avec les enfants. C'est pourquoi – on l'a dit – le pacsé n'est pas *l'autre* qu'implique le terme « séparément » dans l'article 377-1 du Code civil.

Mais si la Cour de cassation a interprété pour créer, si, en rendant un tel arrêt, elle a voulu avertir les juges qu'elle n'était pas hostile à l'homoparentalité, alors sa décision prend une tout autre dimension dont les conséquences peuvent être plus importantes encore. Le problème de l'adoption de l'enfant de l'autre par le compagnon ou la compagne homosexuels est en effet déjà posé en justice. Les réponses sont divergentes. L'avenir dira si la Cour de cassation aura été comprise comme ayant entendu devancer le législateur en ce domaine³⁹.

*

* *

Que conclure au terme de cette très longue, trop longue, promenade à travers la jurisprudence de cette Cour ? Faut-il en ressortir pessimiste ou optimiste sur le devenir de la famille ? Ni l'un, ni l'autre. La société évolue à très grande vitesse, la famille aussi.

Faut-il regretter celle du Code civil dont on rappellera qu'elle était constituée d'un homme marié derrière lequel étaient dissimulés sa femme et ses enfants, tout le reste étant rejeté dans les ténèbres extérieures ? Certainement pas, même si les femmes ont toujours eu, en fait, beaucoup plus d'influence, voire de pouvoir, qu'on ne le croyait officiellement. L'adultère, l'inceste, la pédophilie ont toujours existé, et dans tous les milieux. La science a permis de découvrir que presque 10% des enfants légitimes n'étaient pas du mari, à une époque où la liberté individuelle et la libération sexuelle n'avaient pas encore pris l'ampleur

³⁸ Ph. Simler et P. Hilt, Le nouveau visage du pacs : un quasi mariage, JCP 2006, I, 161, p. 1495.

³⁹ Cf. *infra*, Annexe III

qu'on leur connaît depuis quelque temps. La différence avec aujourd'hui est qu'un couvercle était posé sur le tout : ainsi les apparences étaient-elles sauvées. Le couvercle a sauté. Il est cependant trop tôt pour savoir si une certaine dose d'hypocrisie n'est pas nécessaire à la vie en société, à condition toutefois qu'elle ne recouvre pas les outrances.

Et il y a outrage en cas de violence entre adultes, dont on a su récemment quel taux elle pouvait atteindre (ce que le professeur Henrion, chargé il y a quelques années d'un rapport sur la question, avait déjà dénoncé pour alerter) ; en cas de violences sur les enfants ou en cas d'inceste - quand on parle d'inceste, on vise les rapports contraints père-fille dans la quasi-totalité des affaires - ou encore en cas de pédophilie. Et si le droit permet aujourd'hui de révéler de telles situations ainsi que de sanctionner des comportements interfamiliaux indignes, qui s'en plaindrait ?

Ce n'est pas la famille qui change, elle ne fait que refléter une société en pleine mutation. Et d'ailleurs, personne n'empêche les familles de s'entendre ou de faire l'effort nécessaire pour s'entendre. Ce n'est pas l'évolution de la famille qui nous dérange, c'est la transparence de situations jusque là occultées. La seule évolution préoccupante, mais elle l'est ni pour nous, ni même pour les plus jeunes d'entre nous, serait que chacun passe un jour son temps, d'un œil à regarder tendrement croûter l'embryon qu'il aura eu tout seul – vieux rêve, paraît-il, de l'humanité, que chaque sexe puisse se passer de l'autre – dans un utérus artificiel mis, d'ici là, définitivement au point ; de l'autre, à consulter l'écran qui le reliera au monde entier, voire à d'autres mondes.

Mais abandonnons là cette vision cauchemardesque. La vérité est que la mutation que connaît le monde actuellement est si profonde que nous flottons pour en déterminer le sens, même s'il faut toujours relativiser ce genre d'impression par rapport aux autres mutations qu'a connues l'humanité.

Toutefois, si permissive et méconnaissable que soit la société à venir par rapport à celle que nous croyons connaître, tant que l'être humain ne sera pas changé, dans les proportions esquissées il y a un instant, il ne pourra se passer d'interdits, c'est-à-dire de droit, pendant un temps dont on peut se hasarder à prédire qu'il sera encore long. Puisse ce temps être mis à profit pour débattre et savoir quelles valeurs sont encore les nôtres, et si nous

souhaitons nous en débarrasser radicalement ou seulement les faire évoluer en les aménageant !

On peut au moins augurer que l'*homo juridicus* cher à Alain Supiot ne sera pas, dans un avenir prévisible, relégué au rayon des antiquités, tant le toujours plus de liberté génère le toujours plus d'interdits et la nécessité de juristes pour les faire respecter ou pour aider à les contourner.

C'est dire que la grande dame – comme j'ai coutume de l'appeler – qui nous reçoit ce soir peut être rassurée : elle a encore, à vue d'homme contemporain, de beaux jours devant elle. Et que mes collègues se rassurent aussi : ce n'est pas à eux que sera réservé l'épouvantable sort de ne plus pouvoir approuver, et surtout critiquer, ses décisions.

L'avenir reste donc radieux pour tous !

Ont été mis en annexe les réflexions et développements qui ont été supprimés lors de la conférence...déjà suffisamment longue !

Annexe I (p. 17)

On pourrait faire une réflexion identique à propos de l'article indéfini devant « considération primordiale », car si primordiale elle est, elle est parfaitement définie. Il eût donc été préférable de viser « la » considération primordiale. La différence avec la précédente observation (concernant l'intérêt supérieur) est que la traduction française du texte de la Convention est, ici, conforme au texte anglais.

Annexe II (p. 21)

Il s'agit d'une adolescente dont les parents, au moment de leur divorce, avaient obtenu la garde alternée. Une semaine, elle devait « subir » la femme qui vivait avec son père et l'avait prise en grippe ; la suivante, elle devait « subir » la femme qui vivait avec sa mère et qui, ayant décidé de faire son éducation, dictait sa conduite de tous les instants et lui interdisait toute sortie. Quant à la mère, sans doute elle-même sous influence, elle avait tout simplement renoncé à son rôle.

Annexe III (p. 24)

En réalité, la jurisprudence de la Cour de cassation, sur ce point, ne peut être appréciée à sa juste valeur qu'en élargissant les données du problème. Au-delà de ce dernier, en effet, se pose à l'esprit de chacun, parce que, à l'heure actuelle, ouvertement évoqué, celui de l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel.

Or, à ce propos, il serait vraiment peu séant de ne pas constater la rapidité de l'unification mondiale des mœurs, tout particulièrement en Occident via la télévision et l'Internet, attestant que le problème n'est pas seulement hexagonal. Ce le serait moins encore de passer sous silence l'environnement juridique immédiat de la France, entourée de pays, hormis, pour l'instant, l'Allemagne et l'Italie, qui, malgré leurs cultures différentes, ont légalisé le mariage homosexuel et, dans la foulée, l'adoption dans ce cas.

Il était donc tentant de susciter des réactions sur ces deux points, ce que j'ai fait en interrogeant systématiquement à ce sujet, pendant plusieurs mois, toute personne rencontrée, quels qu'aient été sa condition, son milieu, sa profession, parmi lesquelles plusieurs médecins qui, soit dit en passant, avouaient souvent être pris de court par les questions. Sans doute ne s'agit-il que d'un minuscule indice ; il ne me semble cependant pas dénué d'intérêt.

A la première question posée - que pensez-vous du mariage homosexuel ? - les personnes interrogées, à de très rares exceptions près, n'y avaient aucune objection décisive, au nom de la liberté individuelle que doivent avoir les adultes en ce domaine.

Sur la seconde question, relative à la possibilité pour un couple homosexuel d'adopter, la proportion s'inversait ; c'était non, parce que l'enfant risquait trop de souffrir d'être élevé dans un cadre hors norme. A l'exception toutefois de deux personnalités connues du grand public et reconnues dans leur spécialité, dont la similitude des réponses, qui ont chaque fois fusé, était frappante : pose-t-on des conditions pour que les hétérosexuels puissent avoir des enfants ? Va-t-on interdire de concevoir aux alcooliques, aux pédophiles, aux violents, avec leur cortège d'enfants ainsi de différentes manières maltraités ?

Si l'on est sensible à l'objection – et comment ne pas l'être ? En tout cas, tous ceux à qui elle a été présentée l'ont été. Car on ne saurait la balayer d'un revers de main en arguant qu'il ne servirait à rien d'opposer des cas particuliers à d'autres cas particuliers. En effet les différents groupes évoqués, y compris naturellement les homosexuels, ont cessé d'être des « cas particuliers », comme l'attestent les chiffres, ne seraient-ce que ceux qui révèlent les violences subies – il ne reste plus qu'un argument décisif à opposer à une telle adoption : elle constituerait une atteinte dangereuse à la représentation qu'un enfant doit avoir de la réalité.

Certes, on ne doit jamais oublier que l'homosexualité n'est pas une affaire de culture, puisqu'elle existe dans la nature, c'est-à-dire chez les animaux. Il n'empêche ! La nature connaît deux sexes et l'on a encore besoin des deux pour se reproduire. Mais à peine a-t-on rappelé cette évidence immémoriale que l'on doit s'interroger sur sa pérennité.

On ne s'attardera pas sur une thèse soutenue très récemment par Mme Laure Murat, intitulée « La loi du genre, une histoire culturelle du "troisième sexe" », suggérant le neutre entre le féminin et le masculin, ni homme, ni femme, ou plutôt homme et

femme⁴⁰, à la suite des travaux de Mme Ruth Butler⁴¹. Car il ne s'agit là que d'une autre façon, refusant l'identification du genre par le sexe, de représenter l'humanité.

C'est donc surtout la publication des travaux d'un colloque⁴², auquel ont participé médecins, psychiatres, psychologues, anthropologues, historiens...qui retient l'attention et secoue des certitudes que l'on croyait définitivement acquises.

En effet, il est d'abord affirmé dans cet ouvrage que la parentalité, c'est-à-dire l'interchangeabilité de l'homme et de la femme, dans leur rôle de père et de mère, serait déjà mauvaise quant à la représentation de la famille pour les enfants. Mais il s'agit là d'une constatation à la portée de chacun, qui marque une évolution, sans être pour autant traumatisante. Plus étonnante en revanche est la contribution d'Henri Atlan, intitulée « Désir d'enfants, de qui est-ce l'affaire ? », reprise de ce qu'il avait développé dans un ouvrage très remarqué d'une année antérieure⁴³. Tout en précisant que rien n'est définitivement joué, il n'en suggère pas moins « un avenir possible pour les générations futures ». Il avait expliqué auparavant que : « l'invariant de la reproduction sexuée et de l'asymétrie maternelle a constitué une contrainte de base, autour de laquelle des variations culturelles ont pu se décliner. Demain, cet invariant aura peut-être disparu. Alors, de façon apparemment paradoxale, l'hypermédicalisation de la procréation aboutira à débiologiser les rapports des parents, entre eux et avec leurs enfants. Continuant et achevant peut-être une transformation déjà commencée, la parenté sera de plus en plus sociale et de moins en moins biologique ».

Quant au professeur Frydman, il a fait état de travaux récents dans le monde animal laissant « penser que l'obtention de gamètes mâles ou femelles à partir de cellules souches embryonnaires sera bientôt possible ». Si l'on néglige pour l'instant les importantes difficultés techniques à résoudre, ce serait, dit-il, un véritable bouleversement quant aux conséquences du processus lorsqu'il aurait été correctement maîtrisé. Quel bouleversement en effet que « l'obtention de cellules souches immortalisées (puisse) être conduite vers la formation de gamètes aussi bien mâles que femelles à partir d'un même noyau ! Ainsi, à partir d'un même individu, on pourrait obtenir la formation de gamètes mâles ou femelles...Ce yin et ce yang, féminin-masculin, pourraient enfin s'exprimer. « Un » se diviserait en « Deux » mais, de deux sexes différents ». Et de conclure que cette technique serait « révélatrice de l'hermaphrodisme qui sommeille en chacun d'entre nous ».

⁴⁰ C'est ce double genre, paraît-il, qu'un Népalais vient de se voir reconnaître dans son pays sur ses papiers d'identité. Une grande première !

⁴¹ *Troubles dans le genre*, paru aux Etats-Unis en 1990, dont la traduction française vient de sortir (La découverte, 2006), ouvrage très connu et considéré comme majeur.

⁴² Frydman, Flis-Trèves (sous la dir.), *A quoi rêvent les hommes ?* (Odile Jacob, 2006) ;

⁴³ *L'utérus artificiel* (Le Seuil, 2005).

Tout tend, en effet, dans les évolutions techniques actuelles à ce que, comme le dit encore Henri Atlan, de nouvelles identités féminines et masculines émergent. « Le rôle des géniteurs, paternel et maternel, sera pratiquement le même, réduit à la fourniture de cellules en vue de fécondations ou d'autres modes (à venir) de procréation ».

Si cette nouvelle conjoncture advenait, la célèbre thèse de Françoise Héritier deviendrait caduque, selon laquelle les hommes n'ont jamais pardonné (d'où leur volonté de domination) aux femmes de pouvoir enfanter du différent, des fils, aussi bien que de l'identique, des filles.

L'homoparentalité sera-t-elle considérée un jour comme l'anticipation sociologique d'une réalité biologique pour l'heure virtuelle ?

Quels problèmes nouveaux dès lors à résoudre ? Pour quelles familles ? Et par quelle Cour de cassation ? Si ces interrogations s'imposent, les réponses à leur donner ne relèvent ni de notre compétence, ni même de notre imagination.