



La famille à l'épreuve des droits fondamentaux

Anne- Sophie Siew-Guillemain

► **To cite this version:**

Anne- Sophie Siew-Guillemain. La famille à l'épreuve des droits fondamentaux. Droit. Université Côte d'Azur, 2017. Français. <NNT: 2017AZUR0033>. <tel-01730697>

HAL Id: tel-01730697

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01730697>

Submitted on 13 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ
CÔTE D'AZUR 



Thèse de doctorat

La famille à l'épreuve des droits fondamentaux

*Présentée en vue de l'obtention du
grade de docteur de l'Université Côte d'Azur*

Ecole doctorale N° 513 : ED DESPEG

Discipline : Droit

Soutenue publiquement le 11 décembre 2017

Par

Anne-Sophie Siew-Guillemin

JURY

Rapporteurs : Madame le Professeur Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE (Aix-Marseille)
Madame le Professeur Dominique FENOUILLET (Paris II Assas)

Directeur de thèse : Madame Laetitia ANTONINI-COCHIN (Nice)

Membres : Monsieur Patrice HILT (Strasbourg)
Monsieur le Professeur Jean-François RENUCCI (Nice)



UNIVERSITÉ
CÔTE D'AZUR



Thèse de doctorat

La famille à l'épreuve des droits fondamentaux

*Présentée en vue de l'obtention du
grade de docteur de l'Université Côte d'Azur*

Ecole doctorale N° 513 : ED DESPEG

Discipline : Droit

Soutenue publiquement le 11 décembre 2017

Par

Anne-Sophie Siew-Guillemin

JURY

Rapporteurs : Madame le Professeur Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE (Aix-Marseille)
Madame le Professeur Dominique FENOUILLET (Paris II Assas)

Directeur de thèse : Madame Laetitia ANTONINI-COCHIN (Nice)

Membres : Monsieur Patrice HILT (Strasbourg)
Monsieur le Professeur Jean-François RENUCCI (Nice)

L'Université de Nice Sophia-Antipolis n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en tout premier lieu à ma directrice de thèse, Madame Laetitia ANTONINI-COCHIN, qui a guidé ma réflexion pendant ces cinq années de recherche. Ses qualités universitaires, sa grande disponibilité et sa patience ont été les éléments indispensables de la conduite et de l'aboutissement de ce travail. Veuillez trouver en ces lignes trop courtes, chère Madame, toute l'expression de ma gratitude.

Je remercie ensuite Madame le Professeur Caroline HENRY et Madame Marie-Cécile LASSERRE, interlocuteurs constants sur les questions relevant du droit international privé de la famille. Leur passion commune pour cette matière n'a d'égale que leur générosité dans l'exercice de leur profession d'enseignement.

Je remercie également Messieurs les Professeurs Roger BERNARDINI, Yves STRICKLER, Pierre-Michel LE CORRE et Madame Sarah FARHI. Le choix du doctorat s'est imposé grâce à eux.

Quant aux membres de mon jury, Madame le Professeur FENOUILLET, Madame le Professeur BARRIÈRE-BROUSSE, Monsieur le Professeur RENUCCI, Monsieur HILT, il me faut leur témoigner ma reconnaissance, non seulement, pour leur rôle à venir dans la soutenance, mais aussi et surtout parce qu'ils ont participé, sans le savoir, à la réalisation de ce travail, tant leurs écrits ont guidé mes recherches.

Ces mots ne seraient complets s'ils ne citaient pas Madame le Professeur Maryse GUIGO, Professeur honoraire de géographie de l'Université de Grenoble Alpes, ses conseils, son amitié et ses lectures ont été indispensables.

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AFDI</i>	Annuaire français de droit international
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJ Fam.</i>	Actualité juridique famille
<i>APCE</i>	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
<i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit
<i>AS/SOC</i>	Commission des questions sociales, de la santé et de la famille
<i>BO</i>	Bulletin officiel
<i>Cah. dr. eur.</i>	Cahier de droit européen
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
<i>CDCS</i>	Comité européen pour la cohésion sociale
<i>CDCJ</i>	Comité européen de coopération juridique
<i>CDEG</i>	Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes
<i>CECA</i>	Communauté économique du charbon et de l'acier
<i>CEE</i>	Communauté économique européenne
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEFL</i>	Commission de droit européen de la famille
<i>CIDE</i>	Convention internationale des droits de l'enfant
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CJ-FA</i>	Comité d'experts sur le droit de la famille
<i>CJ-S-CH</i>	Groupe de spécialistes sur une justice adaptée aux enfants
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>CLE</i>	Conseil de l'Europe
<i>CM</i>	Comité des Ministres
<i>Cons. Const.</i>	Conseil constitutionnel
<i>Conv. ESDH</i>	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
<i>CS-SPFC</i>	Comité d'experts sur les politiques sociales pour les familles et les enfants
<i>D.</i>	Dalloz
<i>D. Actualités</i>	Dalloz Actualités
<i>Defr.</i>	Répertoire Defrénois
<i>Dir.</i>	Direction (sous la direction de)
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>ERPL</i>	<i>European review of private law</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Info. Soc.</i>	Informations sociales
<i>JCP</i>	Semaine juridique
<i>JCP G.</i>	Semaine juridique édition générale
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence

<i>L'Obs. de Brux.</i>	L'Observateur de Bruxelles
<i>LPA</i>	Petites Affiches
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDC</i>	Revue de droit canonique
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rev. dr. UE</i>	Revue de droit de l'Union européenne
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RJPF</i>	Revue juridique Personnes et famille
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTD fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>TCFDIP</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>TPICE</i>	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>UE</i>	Union européenne

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1. LA TRANSFORMATION ACCÉLÉRÉE DE LA FAMILLE	25
TITRE 1. LA FAMILLE GOUVERNÉE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX ..	27
Chapitre 1. L’impact des droits fondamentaux européens sur la famille	31
Chapitre 2. L’incidence des standards juridiques européens sur la famille	73
TITRE 2. LA FAMILLE ADAPTÉE AUX DROITS FONDAMENTAUX	125
Chapitre 1. La contractualisation continue de la famille	127
Chapitre 2. L’affaiblissement juridique de la famille	179
PARTIE 2. LA FAMILLE DÉPASSÉE PAR SA TRANSFORMATION	221
TITRE 1. L’HARMONISATION CONFLICTUELLE DE LA FAMILLE	223
Chapitre 1. Un statut européen de la famille en construction	227
Chapitre 2. Une coordination difficile en droit international privé de la famille	255
TITRE 2. LA REDÉFINITION NÉCESSAIRE DE LA FAMILLE.....	297
Chapitre 1. La révision des méthodes d’élaboration du droit de la famille	299
Chapitre 2. La régulation des méthodes des Cours européennes en matière familiale	335
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	389
BIBLIOGRAPHIE	393
INDEX	467
TABLE DES MATIÈRES	474

INTRODUCTION

1. La famille, une notion apparemment familière. « *La famille, notion dont chacun connaît intuitivement le contenu, se définit en droit comme un groupe de personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur l'alliance et la parenté : dans la conception traditionnelle, elle repose donc sur le mariage et la filiation. La simple affection, même avec vie commune, n'y suffit pas : malgré l'extension actuelle du concubinage, on ne parle pas vraiment de véritable famille avant le lien créé par un enfant, lien de filiation* »¹. La multitude des combinaisons affectives possibles ne forme pas automatiquement une famille, mais la seule définition de la famille comme un groupe de personnes unies par des rapports de parenté ou d'alliance est « *insuffisante à notre époque* »². Si les concubins ne sont pas considérés comme une famille, en droit civil, tant que ceux-ci n'enfantent pas, les partenaires sont membres d'une même famille à partir du moment où est conclu entre eux un pacte civil de solidarité, comme l'ont affirmé le Conseil Constitutionnel³ et la Cour de cassation⁴. Les critères de définition de la famille varient d'une matière à l'autre, ce qui classe la famille parmi les « *notions mouvantes du droit* »⁵, ou notion à contenu variable. Pour illustration, les contours du foyer fiscal⁶ ne sont pas identiques aux contours de la famille retenus en droit des successions, qui ne sont pas identiques à ceux du droit de la famille, ni à ceux du droit de l'immigration et encore moins à ceux du droit pénal ou du droit social. Les formes de vie familiale simplement

¹ A. BENABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014, p. 1, n° 1.

² P. MURAT, « Les sources du droit de la famille », *Dalloz action droit de la famille*, Dalloz, Chapitre introductif, 2013, 6^{ème} édition, n°01.12.

³ Cons. cons., déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999 ; T. REVET, « Indivision. Droit de demander le partage », *RTD civ.*, 2000, p. 870 ; O. LE BOT, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », *RFDA*, 2008, p. 328.

⁴ Civ. 2^{ème}, 25 mars 2004, Bull. civ. II, n° 144 ; J. HAUSER, « Le pacsé est un membre...électoral...de la famille », *RTD civ.*, 2004, p. 489 ; « Les partenaires d'un PACS sont des membres de la même famille », *AJ Fam.*, 2004, p. 243 ; « PACS : le partenaire est un membre de la famille », *D.*, 2004, p. 1125.

⁵ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

⁶ F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, 16^{ème} édition, Litec, 2017.

fondées sur la communauté de vie ont une reconnaissance juridique différenciée selon la matière concernée et cette polyphonie est encore accentuée par l'importance accordée aux droits subjectifs de l'individu tant en droit national qu'en droit international. Le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et leurs juridictions se gardent de définir la famille ou de viser un groupe familial précis, afin d'intégrer le plus large spectre possible de relations entre individus sous la bannière de la « *vie familiale* ». De la connaissance intuitive de la famille à sa maîtrise notionnelle, il y a donc plus d'un pas. L'article L. 211-1 du Code de l'Action sociale et des familles, qui délimite le périmètre des associations familiales, offre pourtant un premier reflet des contours de la famille tels qu'ils existent actuellement en droit national. Selon ce texte, ont le caractère d'associations familiales « *les associations qui ont pour but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de toutes les familles, soit de certaines catégories d'entre elles et qui regroupent : des familles constituées par le mariage ou le pacte civil de solidarité et la filiation ; des couples mariés ou liés par un pacte civil de solidarité sans enfant ; toutes personnes physiques soit ayant charge légale d'enfants par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants dont elles ont la charge effective et permanente* ». Il n'existerait donc pas une, mais des familles, traduisant une désaffection des cadres légaux figés et une protection plus ciblée de l'individu ; c'est pourquoi le terme famille n'est qu'apparemment familial.

2. La famille, un terme juridique ? Toute la difficulté d'un travail sur la famille en droit positif tient à cette question de saisir la famille en tant que notion juridique, au-delà de l'intuition. Or, la première question qui doit se poser est celle de savoir si la famille est bien une notion juridique et la réponse semble positive, mais doit être étayée. Si le droit connaît les personnes, la filiation, le mariage ou le contrat, la famille n'est pas à proprement parler une notion de droit ; c'est en tous cas une « *notion incertaine* » ⁷. Le droit, en tant qu'« *ensemble de règles de conduite*

⁷ D. FENOUILLET, F. TERRÉ, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2011, p. 11, n° 13. La 9^{ème} édition de 2017 paraîtra le 30 novembre 2017.

socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent à la société »⁸, ne définit pas la famille qui apparaît comme « *un ensemble de liens complexes que le droit ne peut ni saisir, ni maîtriser, ni former, ni rompre* »⁹. Le droit régit bien certains aspects des relations familiales -sous l'angle du couple, des personnes ou de l'enfant - ce qui constitue le droit de la famille et des personnes, mais il n'est pas à l'origine du processus de regroupement des Hommes. Ce processus est hautement complexe puisqu'il est lié au comportement procréateur, aux mœurs et aux évolutions sociales, autant de paramètres que le droit positif prend en compte, sans les contrôler. Le terme de « vie familiale » issu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme remplace progressivement le terme famille en droit, mais il s'en distingue. La vie familiale permet des contours variables, ajustables selon les situations affectives, la famille induit des contours plus stricts. La famille en droit renverrait à une définition institutionnelle stricte tandis que la vie familiale renverrait à une acception plus sociologique. La notion de famille est en quelque sorte une réalité incontournable que le droit est obligé d'appréhender, sans toutefois la régir. Ainsi, la première difficulté réside dans la démarche même, qui consiste à essayer de saisir sous l'angle du droit, une notion qui n'est pas, par nature, juridique. La famille est une structure vivante, mouvante, qui change à travers les époques, les coutumes et les valeurs dominantes. Chaque époque historique connaît sa forme de famille et le comportement procréateur est différemment appréhendé par le droit, en fonction des us, coutumes et croyances d'une époque. Les règles de droit romain de la famille diffèrent des règles du Royaume franc, de la période révolutionnaire et de l'Empire, mais la notion de famille perdure car les Hommes ne cessent de nouer des relations affectives et sexuelles, de procréer et de générer une économie donnant lieu à la question de la transmission du patrimoine.

3. La notion de famille dans le temps. Un survol de l'histoire permet de mesurer la transformation de la famille, objet d'étude privilégié pour les historiens du

⁸ Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 4^{ème} édition, 2016, p. 296.

⁹ *Loc. cit.*

droit¹⁰. Le clan, la famille patriarcale et la famille conjugale sont les trois grands types de famille qui se sont succédé. De 753 avant Jésus-Christ jusqu'au II^{ème} siècle av. J.-C., le modèle de la famille patriarcale domine, elle est fondée sur l'autorité du chef de famille qui a droit de vie et de mort sur ses sujets (*la gens*), juridiquement incapables (*alieni juris*). Tous les descendants et leurs biens sont soumis à l'autorité du chef de famille, à la *patria potestas* du *pater familias*¹¹. Cette famille dite agnatique repose sur la parenté masculine. La loi des XII Tables, premier corpus de lois romaines écrites, régit la famille. Cette organisation autoritaire va peu à peu évoluer vers une conception plus individualiste. Au début du Haut-Empire en 27, les empereurs légifèrent et réduisent les pouvoirs du *pater familias*. A partir du Bas-Empire, en 284, le droit de la famille est adapté au christianisme qui deviendra religion officielle de l'Empire romain en 380. Tolérance, égalité entre homme et femme, *pietas* et devoirs réciproques entre parents et enfants modulent la puissance du père de famille romain¹². La parenté cognatique, parenté par le sang dans les deux lignes paternelle et maternelle, remplace la famille agnatique.

La famille franque (476-888) est organisée à l'image du clan germanique, association d'intérêts soudée autour du souvenir d'un aïeul commun. Le chef de famille exerce un droit de correction sur ses proches, dont les garçons se dégagent le jour où ils prennent les armes. Les filles ne s'en dégagent pas, à moins de se marier. Le droit de correction du mari se substitue alors à celui du père.

A l'époque féodale (IX^{ème}-XI^{ème} siècles) l'homme est très dépendant de son groupe dont il recherche la protection. L'insécurité ambiante oblige à rechercher la protection d'un seigneur. Les liens familiaux se resserrent, les communautés familiales s'affirment. La famille patriarcale domine car la recherche de sécurité prime sur la liberté individuelle. L'institution du lignage naît pendant la période féodale.

¹⁰ Notamment M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, 2^{ème} édition, 2012. Voir plus spécialement les pages 7 à 12.

¹¹ E. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », *Les Cahiers de droit*, 1974, vol. 15, n° 4.

¹² J. CHAMPEAUX, « Pietas : piété personnelle et piété collective à Rome », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, 1989, vol. 1, n°3, p. 263.

Du XII^{ème} au XV^{ème} siècle, l'Eglise impose sa propre conception de la famille, fondée sur le mariage¹³. Les familles nucléaires ou conjugales se développent, sauf dans l'aristocratie qui maintient le lignage au détriment du ménage¹⁴. Pour les familles aristocratiques, le droit d'aînesse et le privilège de masculinité perdurent. A la fin du XV^{ème} siècle, la famille se mue en cellules conjugales, les contraintes de la famille élargie sont rejetées, ce qui marque les prémises de l'individualisme.

4. Ancien Régime. Sous l'Ancien Régime, entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle, deux types de familles coexistent. La famille conjugale est fondée sur l'autorité du chef de famille, soutien de l'autorité de l'Etat, qui met à disposition du chef de famille des moyens répressifs pour éviter les risques de mésalliance ou les désordres des enfants, comme les lettres de cachet. La famille patriarcale (taisible¹⁵ ou frèrèche¹⁶) regroupe des ménages apparentés, vivant sous le même toit et exploitant en commun des terres possédées en commun. Quitter cette communauté est possible, mais implique de tout abandonner. A cette époque, le droit de la famille est très varié, les ordonnances du Roi ne concernent pas le droit civil, régi par les coutumes des différentes provinces. Le droit du mariage n'est quant à lui pas partie du droit coutumier, il dépend du droit canonique, composé des décisions des conciles et des papes, appelés canons et décrétales. Une réforme intervient au XVI^{ème} siècle

¹³ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les doctrines canoniques sur le sacrement du mariage aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles », *RDC*, 1992, p. 287 ; V. BUFFELAN-LANORE, « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, 2012, p. 113.

¹⁴ Voir F. ROUMY, « Le lien parental : aspects historiques », *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), Economica, 2001, p. 39 et s.

¹⁵ Le terme taisible vient du latin *tacere* qui signifie garder le silence ou ne pas dire. Cette forme de famille renvoie à un mode d'exploitation agricole collectif qui est taisible car l'association des personnes qui le constitue n'est pas fondée sur un contrat écrit, mais sur la parole donnée. Les membres de la famille vivent sous le même toit et exploitent en commun un patrimoine indivis transmis de génération en génération.

¹⁶ Une frèrèche est une catégorie de communauté taisible, constituée par des couples de frères et de sœurs dont l'héritage est indivis et préférentiel. Ces communautés ont été mises au jour par l'anthropologie historique et notamment l'œuvre de Frédéric le Play, plus précisément *L'Organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Paris, Téqui, 1871 et *Œuvres de F. Le Play I : Principes de paix sociale : La famille*, publiés sous la direction de Jacques et René Wittmann, Paris, Éditions d'histoire et d'art, Librairie Plon, coll. "Les cahiers de l'unité française", 1941.

pour adapter le droit coutumier aux mutations de la société. A cette même époque, le pouvoir royal légifère en matière de discipline familiale, dans les domaines du mariage, de la filiation et du droit patrimonial de la famille. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, le Nord de la France est davantage soumis aux usages germaniques et le Sud, au droit romain.

5. Révolution française. La Révolution transforme le droit de la famille en lui appliquant les principes de liberté, de laïcité et d'égalité, par référence à la nature et en posant le principe de l'unité juridique de la France¹⁷. Le droit de la famille n'est donc plus composé de coutumes et de droit canonique¹⁸. Cependant, « *le seul acquis révolutionnaire fut, pendant longtemps, la sécularisation de la famille, les idées très conservatrices de Bonaparte sur l'institution familiale ayant eu pour effet de consacrer une famille profondément inégalitaire et marquée par la puissance du mari et du père* »¹⁹.

6. Le Code civil. Le Code civil, promulgué le 21 mars 1804, est un compromis entre le modèle de l'Ancien régime et les principes de laïcité et d'individualisme. Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Malleville, les rédacteurs du Code civil, qui ont occupé des fonctions judiciaires et politiques sous l'Ancien Régime et la Révolution, sont originaires de quatre régions différentes et font un amalgame des influences du Midi, de Paris, de l'Ouest et de Bordeaux. Le modèle familial de 1804 perdure jusqu'en 1880. Certains aspects du mariage tel que pratiqué dans l'Ancien droit perdurent tout au long du XIX^{ème} siècle²⁰. Le mariage est négocié par l'entourage des futurs époux, dénommés « amis charnels » et l'amour est tenu pour

¹⁷ « *Un discours hostile dès alors a voulu voir dans l'épisode (révolutionnaire) le grand tournant dans la dissolution des mœurs, la destruction des hiérarchies et des solidarités. Pourtant peu d'époques ont autant investi sur le sentiment de la famille. « Il n'est plus de Bastilles, il n'est qu'une famille ». Le discours rousseauiste qui imprègne toute la période se charge d'une affectivité nouvelle* ». M. VOVELLE, *La Révolution française, 1789-1799*, Armand Colin, Cursus, 3^{ème} édition, 2004, p. 169, § 5.2.

¹⁸ B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », *La contractualisation de la famille, op. cit.*, p. 17 et s.

¹⁹ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Cours Dalloz, 3^{ème} édition, 2013, p. 18, n°21.

²⁰ A. LEFEBVRE-TEILLARD, « La famille, pilier du Code civil », *Histoire de la justice*, 2009/1, n° 19, p. 311.

être le résultat du mariage et non son prélude. Le modèle de la famille conjugale a remplacé la famille patriarcale, l'autorité du mari sur la femme et des parents sur les enfants s'efface. L'Etat contrôle la famille et le juge en arbitre les conflits. La famille est alors un cadre strict, organisé par la loi. L'ordre de la famille est fondé sur l'autorité du mari et du père et un lien fort est établi entre autorité domestique et stabilité politique.

7. La famille, un cadre initialement politique. L'analogie traditionnelle entre le gouvernement de l'Etat et le gouvernement de la famille traduisait l'unité initiale de la famille²¹. C'est d'ailleurs à l'unité que fait référence le philosophe Hegel en 1820 dans son ouvrage *Principe de la philosophie du droit*, pour qui la famille, « *en tant que substantialité immédiate de l'esprit, (...) se détermine par son unité sentie* »²². Il fait alors référence à l'unité des membres de la famille, dont il découle une unité structurelle d'organisation de la famille, fondée sur le mariage et la propriété. L'Etat et la famille fonctionnaient sur un modèle similaire, la famille était alors présentée « *comme une expression des lois fondamentales de l'univers dont la société politique devait elle-même s'inspirer. La famille constituait ainsi la genèse de l'autorité politique : la hiérarchie qui l'ordonnait « naturellement » inscrivait le pouvoir politique lui-même dans sa dimension naturelle et le justifiait comme une évidence (...) de nature. Le pouvoir, l'autorité politique étaient définis en référence à la famille, celle-ci associée à l'idée de nature* »²³. L'analogie entre gouvernement de l'Etat et gouvernement de la famille permet de mettre en valeur l'idée d'unité de la

²¹ C. ROSITANO, *Recherche sur le concept de gouvernement*, thèse sous la direction de J.-J. SUEUR, L'Harmattan, 2016. Voir tout particulièrement les pages 32 à 35 de la thèse. Voir également E. MILLARD, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998 ; C. BRUSCHI, « Essai sur un jeu de miroir : la famille/Etat dans l'histoire des idées politiques » in *Association française des historiens des idées politiques, L'Etat, la Révolution française et l'Italie*, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 1990.

²² G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, GF Flammarion, Poche, 1999, §158, p. 98. Suite de la citation : *...par l'amour, de sorte que la disposition d'esprit correspondante est la conscience d'avoir son individualité dans cette unité qui est l'essence en soi et pour soi, et de n'exister en elle que comme membre et non pas comme personne pour soi* ». L'idée d'unité est également perçue par le Professeur C. ATIAS, *Philosophie du droit*, P.U.F., Paris, 2004, p. 270.

²³ J. COMMAILLE, C. MARTIN, « La repolitisation de la famille contemporaine », *Revue Comprendre*, 2001, p. 129., point 1.1.

famille²⁴. C'est dans cette perspective que l'article 4 du Préambule de la Constitution de l'An III énonçait que « *nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon ami, bon époux* ». La famille est donc traditionnellement une référence fondamentale de la Nation²⁵.

Les choses évoluent au XIX^{ème} siècle, l'Etat ne recherche plus la source de sa légitimité dans la famille. Les rapports entre politique et famille changent, l'Etat sépare la sphère privée et la sphère publique et s'interroge sur la contribution de la famille à l'ordre social. L'Etat cherche à participer à la vie des familles en partageant la mission d'éducation des futurs citoyens avec les parents par l'école publique ou, en cas de carence d'un parent dans sa fonction parentale, par la mise en place d'une assistance aux enfants maltraités, dès 1889. Peu à peu, la famille perd de son essence politique pour se resserrer sur sa valeur d'organisation domestique des personnes²⁶. Cette évolution s'explique en partie par la reconnaissance de droits subjectifs qui s'affirmeront pleinement au XX^{ème} siècle ; liberté, égalité et non-discrimination transformeront les rapports des époux, des parents avec leurs enfants et des enfants entre eux. Ce phénomène s'accélérera dès les années 1960. En effet, cette catégorie juridique axée sur la dimension individuelle de l'homme en société, s'est progressivement imposée. L'importance de la famille en tant que groupe s'est dès lors atténuée au profit de l'individu bénéficiaire des droits de l'homme.

8. La philosophie, origine des droits de l'homme. Les droits de l'homme, dont sont issus les droits fondamentaux, sont le résultat d'un processus historique et politique, qui plonge ses racines dans la philosophie. A l'origine des droits de l'homme est d'abord l'idée que chaque homme, puisqu'il est homme, est doté d'une

²⁴ Idée « *dont il est nécessaire d'organiser les composantes ou éléments (les membres de la famille), aux fins d'en assurer, dans un contexte déterminé, l'unité et par-là même, la pérennité* » C. ROSITANO, *op. cit.*, p. 34.

²⁵ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Chapitre VI et X ; J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre III, Chapitre 4, GF Flammarion, Paris, 1992. Pour l'auteur des Confessions, « *La famille est (...) le premier modèle des sociétés politiques, la plus ancienne et la plus naturelle : le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfants...* ».

²⁶ P. CATALA, « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 342 et s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Codifier le droit de la famille », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, p. 219 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Champs essais, 2008.

dignité et d'une universalité inhérente à sa nature humaine. Les facultés ainsi reconnues à l'homme sont antérieures et supérieures à toute institution publique ou privée, ce qui laisse entendre que le pouvoir civil doit être limité en référence à des principes supérieurs à toute institution politique. Cette idée de dignité humaine est bien antérieure au siècle des Lumières. Elle est perceptible dans plusieurs courants philosophiques, du stoïcisme à la pensée judéo-chrétienne portée par l'Eglise catholique et la Réforme protestante, en passant par la philosophie nominaliste²⁷. L'idée d'une dignité supérieure reconnue à l'homme se retrouve dans l'Antigone de Sophocle et celle de la limitation du pouvoir civil est chrétienne. Les doctrines du droit naturel renvoient à cette idée d'antériorité de la personne humaine sur le gouvernement civil. Saint Thomas d'Aquin (1225-1274), s'inspirant d'Aristote, prône l'identité du droit et du juste qui découlera, dans les conceptions post-thomistes plus modernes, sur l'affirmation de l'existence de règles communes au genre humain. De nombreux penseurs ont travaillé par la suite sur la dimension philosophique et politique des droits de l'homme, également inspirés des événements historiques²⁸.

9. L'origine politique des droits de l'homme, l'Angleterre. La construction des droits de l'homme est liée à l'histoire et permet de comprendre l'attachement des institutions aux droits fondamentaux et leur prééminence. Les courants d'opposition à la monarchie absolue, en France comme en Angleterre, renforcent l'appel aux libertés traditionnelles et marquent la volonté de condamner les ambitions d'un pouvoir royal omnipotent. La famille évolue durant ces siècles, mais l'attachement de ses membres au groupe reste majoritairement fort, notamment du fait de l'insécurité et des tensions politiques. La famille offre refuge et protection.

²⁷ M. VILLEY, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Dalloz, 2001, p. 101, n° 73 et 74 ; M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, p. 67 et s. De plus, la pensée de Descartes (1596-1650) et d'Emmanuel Kant prolongent le nominalisme.

²⁸ Les noms les plus célèbres sont ceux de Thomas Hobbes (1588-1679) avec le *Léviathan* en 1651, John Locke avec son *Traité sur le Gouvernement civil* de 1690, Baruch Spinoza (1632-1677), Charles Louis de Montesquieu (1699-1755) avec *L'esprit des lois* de 1748, Jean-Jacques Rousseau (1714-1778) avec *Du Contrat social* de 1762 et *Le Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité entre les hommes* de 1755, sans oublier l'importance des physiocrates puis de l'*Encyclopédie*, avec Voltaire (1694-1778), Denis Diderot (1713-1784), Jean d'Alembert (1717-1783), Nicolas de Condorcet (1743-1794) et Thomas Paine (1737-1809).

En 1215, la *Magna Carta* proclame pour la première fois des droits de l'homme (droit de propriété, liberté d'aller et venir, droits de la défense), à la suite de l'opposition des grands féodaux du Royaume à l'autorité monarchique.

En 1628, la Pétition des droits (*Petition of rights*) fut adressée à Charles 1^{er} lors d'une session au Parlement. Le consentement à l'impôt et le principe de légalité des délits et des peines, déjà consacrés par la *Magna Carta*, ont été précisés. A cette période, les Stuarts, rois d'Ecosse devenus souverains d'Angleterre et d'Irlande règnent sur un mode absolutiste, ce qui provoquent d'abord des tensions, puis des événements tragiques au XVI^{ème} et XVII^{ème} siècle. Ainsi, en 1679, l'*Habeas corpus* est proclamé, il pose les bases des garanties individuelles, comme la liberté individuelle et la sûreté. En 1689, la supériorité de la Déclaration de droits (*Bill of rights*) sur la loi ordinaire et le pouvoir normatif royal est admise lors de l'accession au trône de Marie II Stuart, fille de Jacques II. La défense des droits de l'homme se développe parallèlement à l'histoire du libéralisme, qui prône la souveraineté de l'individu²⁹. Les droits de l'homme restent alors dans le domaine du politique, sans interférer avec le droit de la famille.

10. Etats-Unis. Aux Etats-Unis, la volonté d'indépendance vis-à-vis de la Couronne britannique a donné un relief tout particulier aux idées de droits de l'homme, de libertés individuelles et de limitation du pouvoir royal. En 1776, la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique proclame la croyance en des vérités « évidentes » que tous les hommes sont égaux et dotés par le « Créateur » de droits inaliénables tels que la liberté, le droit à la vie et à la « recherche du bonheur ». Celle-ci met l'accent sur le développement de l'individualisme des droits de l'homme. Certains s'en prévalent aujourd'hui en matière familiale.

²⁹ En économie notamment avec les travaux de John Locke (1632-1704) et Adam Smith (1723-1790). Au Moyen-Age, le terme libéralisme désignait l'esprit de tolérance et la lutte contre l'absolutisme et la revendication de droits individuels lors du siècle des Lumières. Généralement, le libéralisme débute formellement avec le *Traité sur la tolérance* de John Locke de 1689 avec l'idée que des droits naturels inhérents à l'homme précèdent toute association civile, limitant ainsi les obligations que le pouvoir politique peut imposer aux membres de la Cité. L'économie participe sensiblement du développement des droits de l'homme.

11. France. En France, l'épisode de la Fronde (1648-1653) a marqué le mouvement d'invocation des libertés contre l'autorité royale, même si le modèle de la monarchie absolue s'est par la suite confirmé. Le 26 août 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame les droits du genre humain. Cette Déclaration est centrée sur l'individu et ne mentionne pas la famille, elle est universelle et abstraite, sans garantie effective. La fin de la Révolution marque une rupture avec la Déclaration, consommée par la Constitution du 13 décembre 1799. De la Restauration à la II^{ème} République, les droits de l'homme perdurent. Le rétablissement de l'Empire s'accompagne d'un régime autoritaire, qui se libéralisera à partir des années 1860. La III^{ème} République reconnaît également des droits de l'homme, même si les lois constitutionnelles des 24, 25 février et 16 juillet 1875 ne font pas allusion à la Déclaration de 1789. Les droits affirmés ont une vocation exclusivement politique. Les droits de l'homme s'imposent donc progressivement, indifférents à la famille, d'abord sous la forme juridique de libertés publiques, puis de droits fondamentaux³⁰.

12. Droits fondamentaux. Le terme de droits fondamentaux apparaît pour la première fois dans la Constitution allemande de mars 1849³¹. Le Conseil constitutionnel emploiera dans une décision du 16 juillet 1971 l'expression de « *droits et libertés constitutionnellement garantis* ». Dans une décision du 22 janvier 1990, l'expression de « *droits fondamentaux* » est utilisée comme équivalent des « *droits et libertés constitutionnellement garantis* »³². Le terme figure dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 et a même failli figurer dans le Code civil³³. Ils impliquent « *une protection à*

³⁰ L. FAVOREU (dir.), *op. cit.*, p. 75, § 87. A la différence des droits fondamentaux, les droits de l'homme sont des exigences politiques et morales générales et abstraites, les libertés publiques sont des « *permissions de rang législatifs attribuées à des catégories générales de bénéficiaires et liées à la possibilité d'un contrôle juridictionnel de normes législatives fautives* ».

³¹ M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande », *Mélanges Eisenmann*, 1975, p. 49 ; O. JUANJAN, « Les fonctions de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, vol. 16, n° 1-4, 2004, p. 6-16.

³² Sur l'apport des décisions du Conseil constitutionnel en matière de droits fondamentaux, cf *infra*, n°253 et s.

³³ Ainsi, le projet d'ordonnance dans sa version du 16 février 2015 (Loi n° 2015-177 du 16 février 2015, JORF n° 0040 du 17 février 2015 p. 2961), article 1102, envisageait de soumettre la liberté

un niveau normatif supralégislatif (notamment constitutionnel) des droits et libertés envisagés à la fois comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupes d'individus) »³⁴. L'effectivité des droits fondamentaux doit être strictement assurée et leur violation est sanctionnée par des juges nationaux et internationaux. L'importance de cette protection juridictionnelle est parfois critiquée³⁵.

13. Des droits controversés. Les droits de l'homme ont été critiqués dès l'origine et ont été discutés au cours de leur évolution³⁶. Historiquement, la critique contre-révolutionnaire a été suivie par la critique nietzschéenne³⁷ puis la critique marxiste³⁸. La question du caractère réellement universel des droits de l'homme est aussi régulièrement évoquée³⁹. Dès 1789, un courant contre-révolutionnaire vint

contractuelle aux droits et libertés fondamentaux, en prévoyant que « *la liberté contractuelle ne permet pas (...) de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensables à la protection d'intérêts légitimes et proportionnés au but recherché* ». Voir G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 86, n° 97.

³⁴ L. FAVOREU (dir.), *ibid.*, p. 61, § 69.

³⁵ Voir notamment : J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 267 ; D. TERRÉ, « Gouvernement des juges et démocratie », *Archives de philosophie du droit*, 47, 2003, p. 416 ; S. KARRAGIANNIS, « Le territoire d'application de la Convention européenne de droits de l'homme, *vaetera et nova* », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 61, 2005, p. 41.

³⁶ Le Premier ministre britannique David Cameron a bien proposé, le 24 janvier 2011 à Strasbourg, une réforme de la juridiction strasbourgeoise en estimant qu'elle « *ne prenait pas assez en compte les décisions démocratiques des Parlements nationaux* » (« Bras de fer entre Londres et la Cour de Strasbourg », *Le Monde, Cahier Géo et Politique*, 30 et 31 octobre 2011. Suite de l'arrêt *Greens et MT C. contre Royaume-Uni*, n° 60041/08 et 60054/08, CEDH, 20 novembre 2010).

³⁷ Pour le philosophe Nietzsche, les droits de l'homme tels qu'énoncés par la Déclaration de 1789 sont une entrave au développement de l'homme, en le plaçant dans une configuration attribuant des droits égaux pour tous. Il écrit dans l'*Anthéchrist*, « *Le poison de la doctrine des 'droits égaux pour tous' – c'est le christianisme qui l'a répandu le plus systématiquement* ». Pour l'auteur, de tels droits inhibent la volonté de puissance des individus en empêchant le dépassement de soi.

³⁸ Pour Karl Marx, les droits de l'homme sont le reflet d'une idéologie bourgeoise, leur universalité affichée masque le véritable affrontement qui existe entre les classes sociales dominantes par la richesse et les pauvres, dominés.

³⁹ Il existe des groupes de pression qui tendent à instrumentaliser les droits de l'homme : M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Le lobbying européen : bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *Revue du droit public*, n° 3, 2004, pp. 755-795, p. 756. Les membres des partis majoritaires sont souvent « *soumis à une discipline de vote de plus en plus stricte, contraints de ratifier les projets du pouvoir exécutif, c'est-à-dire, selon leur importance, des volontés du chef de l'exécutif, d'un ministre, mais aussi, parfois, de cabinets ministériels plus ou moins soumis eux-mêmes à des groupes de pression* ». Voir aussi J. MORANGE, « La crise de la notion de liberté

immédiatement critiquer la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Edmund Burke mit en cause la non effectivité de ces droits qualifiés de naturels. Joseph de Maistre rejeta leur caractère individualiste permettant à l'homme de s'opposer à la société et Louis de Bonald souligna la logique des passions qui animait la Déclaration. L'avènement des droits fondamentaux serait « *la traduction d'une nouvelle vision de l'homme et de la société, l'expression d'une nouvelle philosophie morale et politique* ». Or, celle-ci est critiquée pour son individualisme qui tendrait au narcissisme de l'individu, lequel « *prétend se fixer ses propres règles (unilatéralisme) sans accepter les contraintes que les lois de la Cité pourraient apporter à son bon vouloir (libertarisme)* »⁴⁰. Malgré l'essor des droits de l'homme, la critique ne cesse de s'exprimer⁴¹. Cette nouvelle vision de l'homme modifie également la vision de la famille. En effet, il « *est aujourd'hui impossible d'aborder l'étude du droit de la personne et de la famille en faisant abstraction de l'influence considérable que la Convention européenne des droits de l'homme a exercé depuis les vingt-cinq dernières années sur notre jurisprudence et nos textes civilistes... les dernières mutations de notre droit des personnes et de la famille sont, en très grande partie, le résultat de cette confrontation* »⁴². Ces droits, qui touchent à tous les domaines de la vie sociale⁴³, conduiraient à « *mettre en cause l'existence même du droit* »⁴⁴ et sont d'autant plus controversés qu'en matière familiale « *toutes les juridictions sont aujourd'hui tentées de les faire prévaloir sur les lois* »⁴⁵.

publique », *Mélanges en l'honneur du Professeur Rolland DRAGO*, 1996, p. 98 ; M. GAILLARD, *L'intelligence du droit*, Les éditions d'organisation, 1992.

⁴⁰ F. CHÉNÉDÉ, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, LGDJ, 2012, p. 187.

⁴¹ J.-L. HAROUEL, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Desclée de Brouwer, 2016.

⁴² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droits de l'homme*, Collection Lamy droit civil, 110-2.

⁴³ L. SINOPOLI, « Une épreuve pour les droits de l'homme, de l'universel postulé à la mondialisation réalisée », *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *Mélanges en l'honneur du Professeur Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 369. La ratification de nombreux traités internationaux portant sur les droits de l'homme multiplie leur protection, « *que les droits de l'homme soient édictés non seulement dans les ordres nationaux mais encore par une batterie de normes internationales à vocation mondiale ou régionale est une affirmation banale aujourd'hui* ».

⁴⁴ F. TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2017, 23^{ème} édition, p. 3.

⁴⁵ E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? (A propos de la décision du Conseil constitutionnel 92 312 DC du 2 septembre 1992 « Traité sur l'Union européenne ») », *RFDA*, 1993, p. 54.

14. Les droit fondamentaux, une notion incontournable. Analyser la famille par le prisme des droits fondamentaux est donc plus qu'un effet de mode. En effet, derrière « *une apparente et trompeuse stabilité qui fait du Code civil le texte de référence du droit de la famille, il faut prendre conscience du rôle désormais essentiel joué dans la matière familiale non seulement par des droits non civils, qui se juxtaposent au droit civil en intervenant dans des domaines non concurrentiels, mais aussi par des systèmes de pensée extérieurs au droit civil, venus du droit international ou du droit européen et qui se combinent avec le droit civil en lui imprimant sa marque, voire le doublent pour inciter à une coordination ou une harmonisation des règles substantielles entre États* »⁴⁶. Les droits fondamentaux, issus de ces systèmes de pensée extérieurs au droit civil, sont donc un angle d'étude approprié pour analyser et comprendre les évolutions juridiques de la famille du XXI^{ème} siècle. L'outil est devenu universel, transversal, complexe et incontournable. Ces droits sont représentatifs du modèle des démocraties libérales occidentales. Si certains assistent avec enthousiasme intellectuel à cette expansion des droits de l'homme⁴⁷, d'autres sont à la fois inquiets et consternés⁴⁸ « *de cette référence obligée de tout discours moderne* »⁴⁹. L'intitulé du sujet évoque « *l'épreuve* » des droits fondamentaux pour la famille. Il induit le potentiel de contradictions que la rencontre des deux termes va générer ; tout l'intérêt de la thèse réside dans ce potentiel. Les droits fondamentaux - liberté, égalité, non-discrimination - apparaissent comme le catalyseur de la famille, l'accélérateur de sa transformation⁵⁰.

⁴⁶ P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, édition 2016/2017, n° 01.41.

⁴⁷ F. SUDRE, *Droit européen et droit international des droits de l'homme*, PUF, Collection droit fondamental, 13^{ème} édition, 2016 ; J.-P. MARGUENAUD, *L'influence du droit européen des droits de l'homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 45 et s.

⁴⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p. 44 ; V. HAÏM, « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Dalloz*, 2001, p. 2988.

⁴⁹ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁰ *Dictionnaire encyclopédique*, Hachette 1998, « Catalyseur ». Le catalyseur, en chimie, est une substance qui modifie la vitesse d'une transformation chimique ; au sens figuré, c'est une chose qui déclenche un processus ou une réaction

15. Incidence des droits fondamentaux. Leur place au sommet de la hiérarchie des normes les rend incontournables pour les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe⁵¹. Les Cours européennes dialoguent afin de faciliter l'unité d'interprétation des droits fondamentaux en matière familiale. Ces normes supranationales façonnent le droit européen des droits de l'homme par l'édiction, non de règles précises, mais de grands principes qui, progressivement, dessinent les standards juridiques européens en matière familiale⁵². Liberté et égalité, les nouveaux principes directeurs de la famille, ont donné lieu à la diversification des modèles familiaux en étendant la protection de la vie privée et de la vie familiale. Des questions inédites se posent dès lors en matière familiale au nom des droits fondamentaux. La protection de la vie privée a ainsi donné lieu au droit de mener la vie sexuelle de son choix, de former le couple de son choix, d'avoir des enfants seul ou en couple, quelle que soit son orientation sexuelle...

A cet égard, depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁵³, ceux-ci peuvent désormais adopter en faisant établir pour leur enfant une filiation mono-sexuée, purement masculine ou purement féminine. Le Comité consultatif national d'éthique a rendu une décision favorable à la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes et les femmes célibataires⁵⁴. La Cour de cassation a par ailleurs permis à un père d'intention d'établir un lien de filiation par adoption simple avec un enfant conçu par gestation pour autrui à l'étranger avec son conjoint de même sexe, père biologique⁵⁵. L'insémination

⁵¹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme, Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 26, n° 12 et s. ; J. RIDEAU, J.-F. RENUCCI, « Dualité de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux : atouts ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme ? », *Justices*, 1997, n° 6, p. 95.

⁵² P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme, analyse du droit français*, Préf. du Professeur GRANET-LAMBRECHTS, PUAM, 2004.

⁵³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe publiée au JORF n° 0114 le 18 mai 2013 p. 8253.

⁵⁴ Avis n° 126 (15 juin 2017) du Conseil consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation. En ligne : http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndeg126_amp_version-def.pdf.

⁵⁵ Civ. 1, 5 juillet 2017, n°16-16.455, n° 16-16.901, n° 16-16.495 ; F. CHÉNÉDÉ, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p. 375 ; T. COUSTET, « Mère porteuse : vers la fin d'un imbroglio ? », *D. actualité*, 6 juillet 2017 ; « Gestation pour autrui : adoption simple par le conjoint du père biologique », *D.*, 2017, p. 1423. Etablissement d'un lien de filiation possible avec le parent biologique et adoption simple possible par le parent d'intention.

artificielle en Espagne après le décès d'un des membres du couple français a été autorisée par le Conseil d'État⁵⁶. Aussi, la possibilité pour chaque femme de programmer sa grossesse en procédant à une cryogénéisation d'ovocytes, afin de ménager au mieux carrière professionnelle et famille, est discutée. Ces points ne représentent que quelques exemples des questionnements existentiels qui, influencés par les droits fondamentaux, traversent la famille du XXI^{ème} siècle et en modifient les contours.

16. Uniformisation de la taxinomie familiale. Les repères traditionnels sont effacés par les nouveaux standards de protection issus des normes supranationales. Cependant, cette diversification des situations familiales n'a pas donné lieu à une diversification des catégories juridiques familiales. En effet, toutes « *les nouvelles situations ont été classées dans une catégorie juridique préexistante* »⁵⁷. La famille rassemble désormais tous les types de vie familiale sous la même bannière, alors qu'elle apparaît éminemment protéiforme⁵⁸. Les droits fondamentaux seraient en partie responsables de l'absence de recherche de nouvelles notions pour qualifier la diversité des situations juridiques. En effet, au nom du principe d'égalité, certaines distinctions ont pu être considérées comme stigmatisantes et ont été écartées par le droit, sous peine d'être jugées traditionalistes ou homophobes⁵⁹. La notion de

⁵⁶ CE, 31 mai 2016, n° 396848 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398 ; H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472 ; « Droits subjectifs contre interdit législatif », P. DELVOLLE, *RFDA* 2016, p. 754 ; « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », B. HAFTEL, *D.*, 2016, p. 1477.

⁵⁷ L. MONTILLET-DE SAINT-PERN, *La notion de filiation en droit comparé, droit français et droit anglais*, Thèse sous la direction du Professeur Bertrand ANCEL, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 13, n°15.

⁵⁸ La famille peut en effet désigner la famille au sens large, dépassant le cadre du couple et de ses enfants, et inclure les ascendants et les collatéraux, ou désigner un parent seul et son enfant. Les déclinaisons possibles sont nombreuses, les distinctions classiques entre famille naturelle et légitime, filiation naturelle, légitime ou illégitime, enfants d'un premier lit, frères utérins, ont disparu et la famille peut être fondée par un couple homosexuel, doté d'une filiation par adoption ou par procréation médicalement assistée. La famille recouvre donc un spectre très large, ce qui prouve sa grande malléabilité et sa force d'adaptation.

⁵⁹ Ce phénomène de réduction du vocabulaire a pu être désigné par la doctrine sous le terme de « *nominalisme législatif* ». Y. LEQUETTE, « Observations sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », *Etude offertes à Geneviève VINEY, Liber amicorum*, p.647. Ce terme signifie

famille absorbe donc avec une apparente facilité un grand nombre de nouvelles situations, tant qu'elles concernent la « *vie familiale* », telle que largement dessinée par la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit, en intégrant dans la famille toutes les réalités sociales et culturelles affectant les rapports des individus a élargi la définition de la famille en accordant aux liens d'affection⁶⁰ une place grandissante. L'indifférence première et réciproque des notions de famille et de droits fondamentaux a cédé la place à une interférence permanente⁶¹. La volonté a pris la place de l'ordre public familial⁶². La protection de l'individu domine la protection de la famille et la supplante. Les structures sont le fait de l'individu qui peut choisir de s'en extraire⁶³, celui-ci n'est pas tenu à la fixité de son statut familial⁶⁴.

17. Problématique. L'individu dispose de la possibilité de faire sa « *famille à sa main* »⁶⁵. Les droits fondamentaux ont progressivement conduit à une transformation de la famille. Cette transformation s'est avérée si radicale que le droit de la famille semble dépassé, ses fondements traditionnels apparaissant totalement remis en cause. D'aucuns ont parlé de « *contractualisation de la famille* »⁶⁶ ; on ne saurait sans doute mieux résumer cette évolution, tant l'effacement du caractère institutionnel s'avère

le pouvoir de la loi de nommer. « *Or, lorsque le nom tombe d'en haut, il prend dans la loi souveraine une valeur singulière. Le nom de la loi contribue à créer ou recréer le droit. La forme donne à la chose son paraître et son être* ». G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^{ème} édition, 2005, n° 5, p 28. Voir aussi L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », *Les mots de la loi*, 1999, p. 11 et s.

⁶⁰ J. POUSSON-PETIT, A. POUSSON, *L'affection et le droit*, Edition du centre national de la recherche scientifique, 1990.

⁶¹ A.-J. ARNAUD, « Philosophie des droits de l'homme et droit de la famille », *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, Colloque LERADP, 1996, p. 1. La mention des droits de l'homme en droit de la famille français peut être datée par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, ou la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'autorité parentale. Il est alors fait mention des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » pour justifier ces évolutions importantes du droit positif.

⁶² A. BENABANT, « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, T. REVET (dir.), Dalloz, 1996 ; J. HAUSER, « L'ordre public, rapport français », in *L'ordre public*, Journées de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1998, p. 475 et s.

⁶³ F. DE SINGLY, *Libres ensemble. L'individualisme dans la vie commune*, Nathan, 2000.

⁶⁴ J. COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Liber amicorum M.-T. MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 83 et s.

⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », *La Famille en mutation, Archives de philosophie du droit*, tome 57, 2014, p. 249.

⁶⁶ D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

marqué dans la période récente. Or, ce phénomène de contractualisation repose sur la toute-puissance de la volition individuelle, laquelle conduit à des bouleversements singuliers de la famille et du droit qui la régit. Ce phénomène pose le problème sérieux de la définition juridique de la famille. En effet, l'application d'une classification uniforme à des situations particulièrement hétérogènes conduit à se poser la question de la pertinence de la catégorie juridique famille elle-même, sans doute devenue imprécise à l'excès. Ne pas définir la famille, s'abstenir de réaliser une réflexion juridique d'ensemble sur cette institution, conduit à en perdre la substance directionnelle, ce qui génère des conflits de culture, particulièrement visibles en droit international privé.

D'autant que, à travers ces profonds changements, ce n'est pas seulement la famille qui se trouve modifiée, mais le système juridique qui s'avère remis en cause. Plus que jamais, la clarification de la notion de famille apparaît comme une entreprise nécessaire.

En matière de vie familiale, les adultes ont conquis une liberté, dont même les restrictions légales peuvent être contournées⁶⁷. Une question demeure, le caractère individualiste des droits fondamentaux est-il adapté à la protection de la famille ? La famille implique bien des droits fondamentaux, mais également des devoirs tout aussi fondamentaux. Aujourd'hui vecteurs d'une libéralisation, les droits fondamentaux peuvent aussi devenir un outil au service de la protection de la famille. La dimension individualiste peut être encadrée de façon à éviter de basculer définitivement dans un système juridique de régulation des comportements seulement fondé sur le profit⁶⁸.

18. Annonce de plan. Chaque membre de la famille dispose de droits individuels lui permettant de composer sa vie familiale. La contrainte s'est effacée, les liens peuvent s'établir et se dissoudre selon les affections. L'intérêt individuel

⁶⁷ En témoigne par exemple la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation sur la gestation pour autrui, *infra*, n° 86 et s.

⁶⁸ Cet objectif doit faire l'objet d'un effort commun, impliquant les institutions de l'Union européenne (voir développements *infra* dans la seconde partie de la thèse). Jusqu'à présent, « *les autorités européennes se sont révélées inaptes à construire un droit international privé européen de la famille émancipé de l'idéologie libérale du marché* ». I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G.*, n° 5, 3 fév. 2014, p. 120.

prime désormais l'intérêt collectif du groupe famille, ce qui fragilise la famille en tant qu'institution et pose des questions inédites comme la gestation pour autrui. L'analyse démontre que ces changements radicaux opérés sous l'influence des droits fondamentaux se traduisent par **une transformation accélérée de la famille (Première Partie)**. La cohérence générale du droit en est affectée, puisque la référence à la famille n'a pas le même sens dans les différentes matières juridiques. Un certain pluralisme en matière familiale n'apparaît pas incompatible avec une protection du groupe familial, mais ce pluralisme suppose d'être encadré. S'il existe un droit à affirmer sa différence, il n'en demeure pas moins que la vie de famille revêt des caractéristiques semblables pour tous les individus qui la choisissent. La vie familiale est le lieu de la création de liens spécifiques, de nature affective, irréversibles en matière de filiation. Or, de ce point de vue, **la famille paraît dépassée par sa transformation (Seconde Partie)**. Ce constat n'est pas inéluctable, à condition que les droits fondamentaux proposent des lignes directrices et inspirent aux législateurs nationaux des cadres renouvelés pour la famille.

PARTIE 1. LA TRANSFORMATION ACCÉLÉRÉE DE LA FAMILLE

PARTIE 2. LA FAMILLE DÉPASSÉE PAR SA TRANSFORMATION

PARTIE 1

LA TRANSFORMATION ACCÉLÉRÉE DE LA FAMILLE

19. Fondamentatisation du droit de la famille. La rencontre de la famille et des droits fondamentaux est consommée. Après la première phase d'indifférence des deux notions, leur interférence a donné lieu à la mutation de la notion de famille. Juridiquement, la famille n'est plus une institution imposée de l'extérieur, mais un choix modulable de l'intérieur, excluant tout conformisme à un ordre public préétabli. Les droits fondamentaux participent de la libéralisation de la famille qui, de lignagère, patriarcale et inégalitaire devient égalitaire, nucléaire et pluraliste. Le droit de la famille⁶⁹ n'est plus seulement un phénomène national, mais bien un phénomène international⁷⁰, qui trouve en partie sa source dans les droits fondamentaux érigés par les institutions européennes. L'Union européenne et le Conseil de l'Europe travaillent à la circulation de modèles familiaux respectueux de toutes les situations affectives, assimilant la notion de famille et celle de vie familiale, diminuant les interdits et privilégiant l'effectivité des relations créées. Seuls persistent en Occident les interdits de l'inceste et de la polygamie. L'adultère, le divorce, l'adoption homosexuelle, la conception d'enfant hors mariage, l'aide médicale à la procréation et la gestation pour autrui sont abordés par le droit⁷¹. La notion de famille a subi une transformation qui est souvent qualifiée de révolution. L'évolution des mœurs, les deux grandes guerres mondiales et l'expansion des droits de l'homme sont, en partie, à l'origine de cette métamorphose. Ces normes supranationales incontournables

⁶⁹ La question de l'origine de la transformation en matière familiale est classique, « *est-ce le droit, par l'action du législateur et des tribunaux, qui transforme la famille, ou est-il seulement possible de consacrer les mœurs, ou n'y a-t-il pas action et réaction dont il faudrait essayer de déterminer la mesure respective ?* ». H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *Réformes du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1975, p. 7.

⁷⁰ Les logiques nationales et européennes tendent à diverger, d'où le parti pris de traiter dans la seconde partie des apports du Conseil constitutionnel (n° 253 et s.).

⁷¹ « *Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* »⁷¹. J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, II, 5, Hector, 1935.

innervent les normes nationales inférieures, dans le sens des standards juridiques européens, de telle façon que la notion de famille est aujourd'hui gouvernée par les droits fondamentaux (Titre 1).

20. Adaptation du droit de la famille. Le phénomène d'imprégnation, en droit français, de la notion de famille par les droits fondamentaux a été rendu possible par la transformation des règles nationales du droit de la famille. Cette impulsion a donné lieu à un phénomène connu, et analysé par la doctrine, de contractualisation de la famille⁷². Les règles de droit français permettent l'expression de la volonté dans la sphère familiale, traduisant le passage de la famille de l'institution au contrat *sui generis*. Chaque membre de la famille est un individu qui dispose de droits individuels. L'intérêt familial collectif a été estompé pour laisser place à la liberté de chaque individu d'être l'artisan de sa vie familiale. La contrainte n'a plus sa place, les liens peuvent s'établir et se dissoudre selon les affections, qui guident la volonté. Fort de ces droits individuels, chaque membre de la famille peut faire une « *famille à sa main* »⁷³ et des rapports de force juridiques peuvent exister entre conjoints, partenaires ou concubins, libres et égaux en droit, mais aussi entre parents et enfants, également titulaires à ce titre de droits fondamentaux. L'évolution des mœurs a donné lieu à la contractualisation de la famille, mais aussi, corrélativement, à la fragilisation de la famille. Si la famille traditionnelle pouvait avoir le défaut du rigorisme, elle avait aussi l'avantage de la structure. Par conséquent, le droit doit parfois éviter de recourir à la notion de famille, trop floue et dissonante selon les matières abordées. Ces difficultés sont symptomatiques de l'adaptation de la famille aux droits fondamentaux (Titre 2).

⁷² D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

⁷³ Expression employée par M.-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », *op. cit.*, p. 249.

TITRE 1

LA FAMILLE GOUVERNÉE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX

21. Effectivité des droits fondamentaux. Les normes supranationales sont d'origines diverses, composées de textes déclaratifs et de textes contraignants. Leur place au sommet de la hiérarchie des normes les rend incontournables pour les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe est l'impulsion première en matière de droits de l'homme et a été relayé par l'Union européenne, au fur et à mesure de sa construction⁷⁴. Il existe une réelle coopération entre les ordres juridiques en matière de droits fondamentaux, à tel point que la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est posée depuis 1968. Si cette adhésion semble compliquée par des questions politiques, il n'en demeure pas moins que les droits fondamentaux sont un pilier de la construction européenne, ils représentent un socle de valeurs incontournables et agissent comme une caution morale pour l'Europe. La coopération des deux ordres supranationaux est consacrée par leurs juridictions qui entretiennent une forte interaction. Les deux Cours emploient des méthodes d'interprétation similaires, créatrices de droit. La jurisprudence occupe une place prépondérante dans le déploiement des droits fondamentaux et les juridictions coopèrent dans le renforcement de la protection des droits garantis. Pour ce faire, elles emploient des méthodes extensives et se fondent sur des textes extérieurs à leurs ordres juridiques. Leur visée première est d'assurer l'effectivité des droits garantis, en s'appuyant parfois sur des décisions rendues par d'autres Cours supranationales, de façon parfois même inattendue. Dans cette logique expansionniste, les Cours dialoguent afin de

⁷⁴ La protection des droits fondamentaux est un objectif essentiel pour l'Union européenne, consacré depuis le Traité de Lisbonne. A ce sujet notamment X. GROUSSOT, L. PECH, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Question d'Europe, Fondation Robert Schumann, n°173, 14 juin 2010. Voir également les Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Paul JACQUÉ, *Chemins d'Europe*, Dalloz, 2010, 788 p.

faciliter l'unité d'interprétation des droits fondamentaux en matière familiale. La légitimité des juges supranationaux et la crédibilité des droits fondamentaux sont en jeu. Cette interconnexion des Cours, la force interprétative des décisions rendues, permettent au droit européen des droits de l'homme de s'imposer et de dominer l'évolution des droits fondamentaux de la famille. L'impact des droits fondamentaux européens sur la famille est bien réel (Chapitre 1).

22. Standards juridiques européens. Ces normes supranationales façonnent le droit européen des droits de l'homme par l'édiction, non de règles précises, mais de grands principes qui, progressivement, dessinent les contours de standards juridiques européens en matière familiale. Aucune règle n'est imposée, mais il y a un seuil de protection en dessous duquel les États ne peuvent pas se placer. Les deux principes directeurs de la famille, la liberté et l'égalité, ont donné lieu à la diversification des modèles familiaux en étendant la protection de la vie privée et de la vie familiale. Les standards juridiques ont été créés décision par décision. La protection de la vie privée a donné lieu au droit de mener la vie sexuelle de son choix, de former le couple de son choix, d'avoir des enfants seuls ou en couple, quelle que soit son orientation sexuelle. L'extension du droit au respect de la vie privée a élargi les contours du droit au respect de la vie familiale, tous deux protégés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Personnes transsexuelles et personnes homosexuelles peuvent adopter, la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui sont difficilement encadrées, le « *tourisme procréatif* » n'est pas véritablement sanctionné. La protection de tous les couples et la promotion de la diversité des modes de conjugalité offerts par le droit s'accompagnent, parallèlement, d'une atténuation des obligations du mariage. Les repères traditionnels de la famille sont bouleversés par les nouveaux standards de protection érigés par les normes supranationales. Les membres du couple sont traités sur un pied d'égalité, les familles nées du mariage ou en dehors du mariage, issues d'un adultère ou monoparentale sont identiquement reconnues par le droit et la vérité biologique prime sur la légitimité du statut familial. Le pluralisme familial est désormais imposé par le droit et l'État récalcitrant est condamné par les juridictions européennes. Les

transformations de la notion de famille s'articulent autour de nouveaux standards juridiques européens (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'IMPACT DES DROITS FONDAMENTAUX EUROPÉENS SUR LA FAMILLE

23. Système dynamique. Les institutions européennes forment, en matière de droits fondamentaux, un système dynamique composé d'entités diverses, connues ou moins connues. Les entités actives du Conseil de l'Europe, composées du Comité des ministres, de l'Assemblée parlementaire, du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, du Commissaire aux droits de l'homme, des Bureaux de liaison du Conseil de l'Europe sous la direction du Bureau de la direction générale des programmes, du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme, de la Banque de développement du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme, travaillent sans relâche au développement et à la légitimation des droits fondamentaux⁷⁵. Au sein de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne accomplissent cette même mission. Les entités européennes ont conjugué leurs efforts, en droit et sur le terrain, pour faire émerger progressivement un régime de protection des droits fondamentaux. Ce système, aujourd'hui puissant, est dynamique. Si l'Agence des droits fondamentaux génère un mouvement, il aura une répercussion sur une autre instance avec laquelle elle est en interaction. Si l'on ne peut pas à proprement parler, attester d'un "effet domino", on peut parler d'interconnexion des travaux et de réseau entre les instances d'observation des droits de l'homme⁷⁶.

Comprendre les droits fondamentaux nécessite de mettre en valeur le maillage tissé entre les ordres supranationaux européens et leurs instances juridictionnelles. Il

⁷⁵ Pour 2016, selon le site du Conseil de l'Europe, le budget annuel de l'organisation est de 442.255.900€.

⁷⁶ F. OST, M. VAN DE KERKOVE, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Collection générale, 2002.

n'est pas possible d'étudier séparément les travaux du Conseil de l'Europe et les travaux de l'Union européenne. Historiquement, la coopération est telle, que la nouveauté d'un texte dans un ordre s'explique par l'antériorité d'un autre texte dans l'autre ordre. C'est par confrontation que l'analyse se révélera utile. Les juges internationaux forment aujourd'hui un réseau d'experts spécialisés en droit international privé et public. Les décisions du monde entier, émises par toutes les juridictions de protection des droits de l'homme, sont transmises, échangées, traduites à travers ce réseau. Les arguments sont évalués, les démonstrations comparées et souvent reprises, la légitimité des droits de l'homme en dépend ; une contradiction entre les décisions de justice rendues par les juridictions supranationales serait difficile à admettre pour des droits dont on prétend qu'ils ont un caractère universel.

Abondance du fonds, diversité des sources et interconnexion des Cours justifient ce travail d'analyse. Pour comprendre la famille, il faudra établir les fonds des sources qui la traversent et la transforment. Il est notable que les normes supranationales tendent à former un socle de repères pour la construction européenne. Les droits fondamentaux sont devenus un pivot de la construction des ordres supranationaux. L'Union européenne n'édicte plus un texte fondateur sans attester, en en-tête, qu'il se conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle-même conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. La référence à ces textes est devenue un gage de valeur juridique et une caution à la fois morale et philosophique. Pourtant, leur nature est controversée, du fait du contraste entre leur importance politique indéniable et leur origine prétorienne. L'écart est souvent notable entre la lettre des textes originels, très largement interprétés, et le contenu des droits individuels actuellement reconnus en droit de la famille. Ainsi, pour appréhender l'impact des droits fondamentaux sur la famille il est important d'envisager les droits fondamentaux dont la protection est consacrée (Section 1) et assurée par une coopération renforcée des juridictions (Section 2).

Section 1. Une protection des droits fondamentaux consacrée

24. La protection de la vie familiale s'est opérée par l'édition progressive de normes juridiques reconnaissant et protégeant les droits fondamentaux (§1), elle se poursuit continuellement et de façon dynamique par des travaux communs aux institutions européennes (§2).

§1. L'édition d'un corpus complet de normes protectrices des droits fondamentaux

25. L'ensemble numérique impressionnant des normes édictées par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne nourrit l'idée selon laquelle ces institutions ont fait de la protection des droits fondamentaux une réelle mission, à la fois juridique, éthique et philosophique. Ce projet au long cours démontre que le cap fixé pour la construction européenne est celui d'une Europe des libertés, soucieuse de la promotion des droits et libertés de ses concitoyens. L'ensemble est pourtant disparate et hétéroclite, formé de textes simplement déclaratifs (A) ou juridiquement contraignants (B).

A. Les textes déclaratifs édictés par les institutions européennes

26. Résolutions, avis et recommandations. Le Conseil de l'Europe fournit un travail continu en matière de droits fondamentaux. Ce travail démontre l'importance accordée aux droits fondamentaux, mais il illustre aussi l'éparpillement et la diversité des textes portant sur les droits de l'homme. Ce roulement continu depuis la création du Conseil de l'Europe est une façon d'occuper la scène politico-juridique en donnant une voix, d'abord faible, aux droits de l'homme. Cette opiniâtreté a été porteuse puisque la voix s'est peu à peu faite entendre. Les discussions sur les droits de l'homme donnent aujourd'hui lieu à l'édition quotidienne d'avis, de recommandations et de résolutions sur des thèmes variés. Leur écho médiatique est d'inégale importance, mais ils existent, sont accessibles en ligne,

et servent de documentation de fonds à l'heure des décisions médiatiques. Pour illustration, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux⁷⁷ a débattu et adopté, le mercredi 25 mars 2015, la résolution⁷⁸ et la recommandation présentées par Yoomi Renström, représentante suédoise, intitulées « *garantir les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (LGBT) : une responsabilité pour les villes et régions d'Europe* ». Le Conseil de l'Europe précise que ces textes appellent « *les autorités territoriales à se mobiliser contre toutes les discriminations dont sont victimes ces personnes au niveau local, et à mettre en place des politiques plus respectueuses de leurs droits* »⁷⁹. Des avis, qui prennent le plus souvent la forme de rapports, rédigés par le Commissaire aux droits de l'homme d'un État⁸⁰, assisté de consultants externes si nécessaire, sont régulièrement déposés. Ils n'ont pas de force contraignante, mais donnent la position d'un Commissaire sur une question juridique ou juridico-sociale, de façon complète et structurée. Le Commissaire aux droits de l'homme peut aussi choisir de prendre une recommandation, qui prend également la forme d'un rapport ou d'une note, avec l'assistance de consultants externes, spécialistes de la question. Le Commissaire va y proposer un plan d'action pour mieux respecter une vision des droits de l'homme, dans un domaine donné. Le document a une valeur diplomatique, mais pas de force contraignante. Les Commissaires aux droits de l'homme rédigent en parallèle des rapports d'activité qui rendent compte de leur travail, de façon annuelle ou trimestrielle. L'activité de ces représentants est quotidienne, ils choisissent les champs d'action les plus représentatifs de leur engagement, comme le montre l'exemple de la représentante suédoise. D'autres textes, plus solennels, mais non contraignants, peuvent également être édictés.

⁷⁷ Assemblée qui représente les collectivités territoriales européennes au sein du Conseil de l'Europe.

⁷⁸ Une résolution est une mesure prise par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Elle consiste en des propositions faites par un rapporteur sur une question donnée avant un vote sur la question. Les résolutions n'ont pas de valeurs juridiques obligatoires, elles sont l'expression d'un point de vue des États sur le thème abordé.

⁷⁹ <http://www.coe.int/fr/web/portal/-/guaranteeing-the-rights-of-lgbt-people-at-local-and-regional-level>.

⁸⁰ Il y a un Commissaire par État membre.

27. Chartes. Les Chartes du Conseil de l'Europe ne sont pas juridiquement contraignantes, mais contribuent à la protection des droits de l'homme. La première Charte, Charte sociale du Conseil de l'Europe, a été rédigée en 1961. Elle souligne l'importance de la protection sociale et donne une orientation, avec la force juridique d'une déclaration d'intentions. Ces textes déclaratifs du Conseil de l'Europe sont complétés par d'autres textes non contraignants édités par l'Union européenne, qui les reprennent et poursuivent, en échos, leur orientation. C'est le cas de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui a été adoptée en 1989, par tous les États membres à l'exception du Royaume-Uni, qui l'a adoptée en 1998. La Charte n'avait pas de force contraignante⁸¹, mais énonçait des obligations morales visant à protéger les travailleurs de la Communauté européenne quittant le pays dont ils étaient ressortissants pour un autre pays de la Communauté européenne⁸². Elle a donné lieu à des programmes d'action, des propositions législatives concrètes et surtout une sensibilisation de l'espace communautaire aux droits individuels à l'époque de sa publication. Elle n'aborde pas directement la question familiale, mais affirme en son article 6, l'égalité de traitement entre l'homme et la femme⁸³. Ces textes épars sont un premier maillon de la transformation de la famille. Les objectifs de la Charte ont été ensuite repris dans le Traité d'Amsterdam lors de l'intégration dans le Traité des dispositions du Protocole social de Maastricht. Le Traité de Lisbonne lui fait référence dans son titre X sur la

⁸¹ « Déclaration solennelle, elle fixe les grands principes sur lesquels se fonde notre modèle européen du droit du travail et, plus généralement, de la place du travail dans notre société. Elle consacre un socle de droits sociaux qui seront garantis et mis en oeuvre, selon les cas, au niveau des États membres ou au niveau de la Communauté européenne, dans le cadre de ses compétences. Mais elle ne pourra entrer dans la réalité sociale sans l'implication active des partenaires sociaux ». Jacques DELORS dans son introduction à la Charte. <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/chartecomdroitssociauxfondamentaux-fr.pdf>.

⁸² Ces droits concernent la libre circulation des travailleurs, l'emploi et les rémunérations, les conditions de travail, la protection sociale, la liberté d'association et de négociation collective, la formation professionnelle, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, l'information, la consultation et la participation des travailleurs, la protection de la santé et de la sécurité au travail, la protection des enfants, des adolescents, des personnes âgées et des personnes handicapées.

⁸³ Selon ce texte : l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes doit être assurée. L'égalité des chances entre les hommes et les femmes doit être développée. A cet effet, il convient d'intensifier, partout où cela est nécessaire, les actions pour garantir la mise en oeuvre de l'égalité entre hommes et femmes, notamment pour l'accès à l'emploi, la rémunération, les conditions de travail, la protection sociale, l'éducation, la formation professionnelle et l'évolution des carrières. Il convient également de développer des mesures permettant aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales.

politique sociale (article 151 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Le Traité reconnaît également la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, signée en 1961 à Turin. L'accession à l'existence juridique est lente, mais progressive.

La Charte européenne des droits de l'enfant, issue d'une résolution du Parlement européen du 8 juillet 1992, existe également. Elle s'ajoute à la Convention européenne des droits de l'homme, applicable en droit de l'Union depuis un avis de la Commission juridique de l'Assemblée du Conseil de l'Europe de 1989⁸⁴, et à la Convention des Nations Unies sur le droit de l'enfant du 20 novembre 1989. La doctrine a pu considérer cette déclaration de droits comme une « *initiative inutile* », qui « *fait suite à d'innombrables propositions de résolutions, pétitions, et rapports* »⁸⁵. Elle a pourtant le mérite de démontrer l'intérêt porté alors par la Communauté européenne aux questions intéressant les membres de la famille et son intention de faire de la protection des droits fondamentaux une priorité. Cette orientation est actée.

Ces Chartes sont des prémices à la Charte des droits fondamentaux, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 puis intégrée au Traité de Lisbonne. La Charte reprend en partie les droits énoncés dans les Chartes précédentes, mais confirme une modernité notable en matière familiale. Cette Charte, déclaratoire jusqu'en 2007, est devenue contraignante depuis l'entrée en vigueur du Traité auquel elle est intégrée.

La Charte des femmes du 5 mars 2010⁸⁶ est encore venue renforcer ce fonds normatif en s'engageant dans la protection des droits des femmes et la lutte contre la discrimination entre hommes et femmes.

S'ajoute à ces chartes la liste des textes contraignants en matière de droits fondamentaux.

⁸⁴ Document de séance du Parlement européen, A 3-0172/92 du 27 avril 1992.

⁸⁵ H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Université de Lille, LGDJ, 1996, p. 113.

⁸⁶ Charte européenne pour l'égalité des femmes et des hommes dans la vie locale, adoptée par la Commission européenne, mars 2010.

B. Les textes contraignants édictés par les institutions européennes

28. Les Conventions. La Convention européenne des droits de l'homme est le texte majeur en matière de droits fondamentaux. Ce texte protège notamment « *la vie familiale* ». Ses rédacteurs ont délibérément choisi de ne pas y protéger la famille en tant qu'institution, alors même que l'article 16, § 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁸⁷ le fait en énonçant que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* ». Cette disposition protectrice de la famille institution a aussi été reprise par l'article 23, §1 du Pacte international des droits civils et politiques du 15 décembre 1966. La Convention européenne se démarque de façon significative dans ce domaine, ses rédacteurs ne voulant pas exclure d'éventuelles situations marginales de la protection de la vie familiale. Trois articles au sein de la Convention sont relatifs à la famille, l'article 8 qui protège la vie familiale, l'article 12 qui protège la liberté de se marier et enfin l'article 14 instituant le principe de non-discrimination.

D'autres conventions, intéressant le droit de la famille ont également été ratifiées par la France et sont politiquement contraignantes :

- la Convention européenne en matière d'adoption des enfants en date du 24 avril 1967 ;

- la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage signée le 2 septembre 1977⁸⁸ ;

- la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants entrée en vigueur et signée par la France le 20 mai 1980⁸⁹ ;

- la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants signée le 4 juin 1996⁹⁰ ;

- la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants ouverte à la signature le 15 mai 2003, dont la France discute la signature.

⁸⁷ F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice, Bruylant, 2002, p. 13.

⁸⁸ Ouverte à signature le 15 octobre 1975.

⁸⁹ Elle est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1983

⁹⁰ Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

L'abondance des textes est notable. Ces conventions européennes sont par ailleurs complétées et renforcées par des textes de droit de l'Union européenne.

29. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne marque une étape importante de la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne. Cette Charte est d'autant plus importante que l'Union européenne a, historiquement, une vocation seulement économique. La Charte est solennellement proclamée à Nice en décembre 2000⁹¹. L'article 6 du Traité de l'Union européenne (TUE) lui donne, depuis la signature du Traité de Lisbonne, la même valeur juridique que les Traités, elle fait partie du droit primaire⁹². Le juge à la Cour de justice de l'Union européenne Jean-Claude BONICHOT se demande même si la Charte « *ne constitue pas une sorte de supralégalité communautaire* » puisque « *tout le droit de l'Union doit désormais s'ordonner par rapport à la Charte, être vu et appliqué compte tenu de son existence et dans son esprit* ». La famille y est visée à plusieurs reprises :

- l'article 7 de la Charte consacre le respect de la vie privée et familiale ;
- l'article 9 le droit de se marier et de fonder une famille ;
- l'article 21 fait figurer l'orientation sexuelle dans le champ d'application du principe de non-discrimination ;
- l'article 23 pose le principe d'égalité entre homme et femme dans tous les domaines y compris le domaine familial ;
- l'article 24 protège l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents ;
- l'article 33 assure la protection juridique, économique et sociale de la famille.

⁹¹ Les chefs d'État et de Gouvernement réunis en Conseil européen biennuel à Cologne en 1999 lancent le processus d'établissement d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans son annexe IV qui mentionne « *l'importance exceptionnelle* » des droits proclamés pour tous les citoyens de l'Union. En octobre 1999, au Conseil européen de Tampere, le Conseil commence à définir les contours et les méthodes du projet d'élaboration de la Charte, qui est approuvé au Conseil européen de Biarritz en octobre 2000.

⁹² J.-C. BONICHOT, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 50.

Depuis 2001, toutes les propositions de lois européennes sont examinées à l'aune de la Charte, dont la conformité s'est imposée avant même son entrée en vigueur. Le 33^{ème} considérant du Règlement Bruxelles II bis n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, « reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il veille notamment à assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant tels qu'énoncés à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Les jurisprudences récentes de la Cour de Justice se fondent également sur la Charte, notamment en matière de regroupement familial⁹³. La mise en œuvre effective de la Charte est sans cesse poursuivie, comme en atteste la Commission, qui a communiqué le 19 octobre 2010 sur sa « stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne »⁹⁴. Toutes les institutions de l'Union européenne appliquent la Charte, dont la Cour de Justice, dans son interprétation des textes européens⁹⁵.

⁹³ Arrêts CJCE, 11 juil. 2002, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, C-60/00 et son communiqué de presse (un citoyen communautaire utilisant ses droits à la libre prestation de services mais établi dans son État membre d'origine, peut voir, sous certaines conditions, son conjoint ressortissant d'un État tiers bénéficier d'un droit de séjour dans cet État) ; CJCE, 25 juil. 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) / État belge*, aff. C 459-99 et son communiqué de presse (*La Cour réaffirme l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres qui bénéficient de la réglementation communautaire relative à la libre circulation*), CJCE, 17 sept. 2002, *Baumbast et R*, C-413/99 (un enfant d'un travailleur migrant a un droit de séjour lorsque cet enfant souhaite poursuivre ses études dans l'État membre d'accueil, même si le travailleur migrant ne réside ou ne travaille plus lui-même dans cet État membre. Ce droit de séjour s'étend également au parent assurant effectivement la garde de cet enfant) ; CJUE, 23 sept. 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, C-109/01 ; CJUE, 23 fév. 2010, *London Borough of Harrow / Nimco Hassan Ibrahim*, C-310/08 ; CJUE, 23 fév. 2010, *Maria Teixeira / London Borough of Lambeth*, C-480/08 (La Cour conclut que le droit de séjour du parent assurant effectivement la garde d'un enfant d'un travailleur migrant, lorsque cet enfant poursuit des études dans État membre d'accueil, prend fin à la majorité de cet enfant à moins que l'enfant ne continue d'avoir besoin de la présence et des soins de ce parent afin de pouvoir poursuivre et terminer ses études).

⁹⁴ Citation extraite d'une Communication de la Commission, « Stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », COM (2010) 573, 19 oct. 2010, proposée en 22 langues.

⁹⁵ Exemples avec le Règlement Bruxelles II bis dans les arrêts CJUE suivants : CJUE, 3^{ème} Chambre, 5 octobre 2010, *J. McB contre L.E.*, aff. C-400/10 PPU ; CJCE, 1^{ère} Chambre, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contre Simone Pelz*, aff. C-491/10 PPU.

Les textes européens de protection des droits fondamentaux sont donc nombreux et les Cours de justice qui vérifient leur application, par une interprétation dynamique, leur donnent une force que leurs rédacteurs n'ont souvent pas imaginée au moment de leur conception. Ces textes ont une incidence en droit de la famille national, ils sont des sources à part entière du droit national, doivent être intégrés et ne peuvent être ignorés. Le corpus de normes supranationales est dynamique dans la mesure où l'application des droits fondamentaux fait l'objet d'une observation permanente. Leur effectivité est une priorité pour l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, qui travaillent ensemble au renforcement des droits fondamentaux, en créant notamment des unités de recherche autonome.

§2. La réalisation de travaux communs en matière de droits fondamentaux

30. Les institutions européennes coopèrent dans la réalisation de travaux communs par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui surveille l'application des droits fondamentaux dans l'Union européenne en partenariat avec le Conseil de l'Europe (A). Il est par ailleurs toujours question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui renforcerait techniquement et symboliquement la protection des droits fondamentaux (B).

A. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne

31. Rôle clé. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne est issue du règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007. Elle remplace l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes. L'Union européenne fait état de la place qu'elle tient à donner aux droits fondamentaux et rappelle dans le règlement de l'Agence qu'elle « *est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États*

membres »⁹⁶. Elle précise que « *la Communauté ainsi que ses États membres doivent respecter les droits fondamentaux lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit communautaire* ». L'Agence a pour but de créer un observatoire des droits fondamentaux qui fournirait des informations, des chiffres et des rapports⁹⁷. Pour l'Union européenne, « *le plein respect des droits fondamentaux passe par une meilleure connaissance et une prise de conscience accrue, dans l'Union, des questions relatives aux droits fondamentaux* »⁹⁸.

Il est prévu que dans l'exécution de ses tâches, l'Agence se réfère aux droits fondamentaux au sens de l'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, y compris la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils figurent également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est en outre énoncé que l'Agence coopère étroitement avec le Conseil de l'Europe « *par la mise en place de mécanismes générateurs de complémentarité et de valeur ajoutée, comme la conclusion d'un accord de coopération bilatéral et la participation aux structures de gestion de l'Agence d'une personnalité indépendante désignée par le Conseil de l'Europe et dotée du droit de vote approprié* »⁹⁹. De plus, dans les méthodes de travail de l'Agence, indiquées à l'article 6, il est mentionné que, par souci de complémentarité, et afin de garantir « *une utilisation optimale des ressources, l'Agence, dans l'exercice de ses activités tiendra compte des informations collectées et des activités menées en particulier par le Conseil de l'Europe, en se référant aux résultats et aux activités des mécanismes de suivi et de contrôle du Conseil de l'Europe et du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe* ». L'article 9 précise également les modalités de coopération étroite avec le Conseil de l'Europe. À cette fin, la

⁹⁶ Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, (1).

⁹⁷ Selon le paragraphe (7) du Règlement, c'est l'« *Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne qui fournirait aux institutions et aux autorités compétentes de la Communauté et aux États membres, lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit communautaire, des informations, une assistance et des compétences en matière de droits fondamentaux, afin de les aider à respecter pleinement ces derniers lorsque, dans leurs domaines de compétence respectifs, ils prennent des mesures ou définissent des actions* ».

⁹⁸ Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, (4).

⁹⁹ Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, (18).

désignation par le Conseil de l'Europe d'une personnalité indépendante appelée à siéger au conseil d'administration de l'Agence et à son bureau exécutif est prévue. L'Agence met à disposition des États membres une expertise en matière de droits fondamentaux pour les aider à prendre les mesures adéquates. La « *plate-forme des droits fondamentaux* »¹⁰⁰ permet une coopération élargie avec la société civile en matière de lutte contre les discriminations, notamment à l'égard des personnes homosexuelles et transsexuelles, de questions de genre ou de protection des droits de l'enfant. Cette expertise en matière de droits fondamentaux réunit l'Union et le Conseil de l'Europe, qui y est représenté. L'Agence européenne des droits fondamentaux symbolise l'importance qui est donnée à cette discipline, "phare de l'Europe". Elle souligne également la nécessité, pour la doctrine, de s'intéresser au contenu des droits dont la promotion est faite par les agents européens. Ceux-ci, en tant qu'experts des droits fondamentaux, guident les juridictions européennes. Ils fournissent au moins aux juges européens matière à réflexion en tant qu'agents attitrés des droits fondamentaux.

Ce travail commun est à associer à la question déjà ancienne de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Cette adhésion serait le symbole d'un ralliement de l'Union européenne au Conseil de l'Europe et le symbole de la reconnaissance de l'expertise du Conseil de l'Europe en ce domaine. L'adhésion a été envisagée à de nombreuses reprises, mais suscite des difficultés techniques.

B. La question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

32. État de la question. La question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme remonte à 1968¹⁰¹. Le respect des droits fondamentaux par l'ancienne Communauté européenne, assuré par des arrêts

¹⁰⁰ Terme utilisé par le Règlement de l'Agence.

¹⁰¹ Retraccée par J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme, Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 1101, n° 1176 et s. Voir également P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *CDE*, 1968, p. 629 et s.

ou des textes épars, appelait à la composition d'un catalogue écrit de droits fondamentaux pour éviter tout déficit démocratique. Ainsi, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, d'abord rejetée en 1976 par la Commission, a été proposée comme objectif au Conseil européen en 1979. La publication d'une communication de la Commission européenne le 19 novembre 1990 redonna vie à la proposition et la Commission publia en 1993 un document de travail intitulé « *l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique communautaire* »¹⁰². Le traité de Maastricht du 7 février 1992 faisait une allusion indirecte à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰³. En 1994, un avis de la Cour de justice des communautés européennes rappela que la Cour ne pouvait agir que dans les limites des compétences qui lui étaient conférées et en vue des objectifs lui ayant été assignés par le Traité¹⁰⁴. L'adhésion était donc impossible sans modification des Traités fondateurs. Or, ni le Traité d'Amsterdam (1997)¹⁰⁵ ni le Traité de Nice (2000) n'introduisaient de clause permettant à l'Union ou à la Communauté d'adhérer à la Convention. La question semblait alors close. Pourtant, le Traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, officialisait la Convention européenne des droits de l'homme comme norme de référence de la Cour de Justice et érigeait les droits de l'homme en fondement de l'Union européenne. Des pas sont faits vers l'adhésion.

L'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le 7 décembre 2000 alla dans le sens¹⁰⁶ du partenariat sur la question des droits de

¹⁰² P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union européenne des droits de l'homme », *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution européenne*, sous la direction de J. RIDEAU, Colloques, Bruylant, 2009, p. 379.

¹⁰³ Le Traité de Maastricht énonçait déjà dans son article F, §2 du Traité de l'Union européenne que « *L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ».

¹⁰⁴ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI:EU:C:1996:140.

¹⁰⁵ Le Traité d'Amsterdam laissait même penser que la voie était ouverte vers un système communautaire autonome de protection des droits fondamentaux entraînant une mise à l'écart de la Convention européenne dans l'Union.

¹⁰⁶ Bien qu'instaurant une concurrence potentielle à la Convention européenne, la Charte symbolise l'importance du respect des droits fondamentaux, objectif commun poursuivi par les deux institutions. Les apports de la Charte ont été amenés progressivement puisque dès 2001, c'est-à-dire huit ans avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, un contrôle de conformité des textes

l'homme. La Charte, potentielle concurrente, désamorça d'abord la menace de l'éloignement de la Convention européenne, en incluant des clauses horizontales à l'article 52 §3 qui énonce que « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* »¹⁰⁷. Sans adhérer, la Charte reconnaît l'existence de la Convention européenne des droits de l'homme et confirme sa prise en compte. Elle inscrit dans le corps du texte que le sens et la portée donnée à des droits garantis par la Convention européenne seront actés.

33. Adhésion, Constitution européenne et avancée des droits fondamentaux.

Le refus d'une Constitution européenne n'a pas entravé cette adhésion puisque le Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 la prévoyait expressément, en son article 6, §2 (TUE). L'article 6 du Traité de Lisbonne (2007) devient un pilier du système communautaire de protection des droits de l'homme¹⁰⁸ en consacrant ceux-ci dans son §1 « *les droits de l'homme fondent l'Union européenne* », et en son §2 en

construisant l'espace judiciaire européen à la Charte était d'ores et déjà systématisé. Cette étape est cruciale dans l'interconnexion des deux Cours européennes.

¹⁰⁷ Le Professeur RENUCCI considère que « *cette référence à la Convention est essentielle puisque cela prouve implicitement que le système conventionnel de protection est le point d'ancrage de la protection des droits de l'homme en Europe...telle qu'elle est ou sera interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme en vertu du principe selon lequel l'interprétation s'incorpore au texte interprété* ». Sans oublier le protocole 14, amendant le système de contrôle de la Convention européenne, qui prévoit en son article 17 la modification de la Convention par l'insertion à ce texte de l'article 59 disposant « *L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention* ».

¹⁰⁸ L'article 6 dispose que « *1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions. 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

renvoyant à la Convention européenne des droits de l'homme et à la protection prétorienne des droits fondamentaux. Cependant, l'adhésion ne peut être décidée du seul fait de sa mention dans le Traité de Lisbonne, puisqu'elle ne peut pas être une obligation pour les États membres¹⁰⁹. Ainsi, la formule du Traité de Lisbonne en son §2, selon laquelle « *l'Union européenne adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » est trompeuse, car l'accord d'adhésion est un Traité qui devra être accepté par tous les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁰. Il n'en demeure pas moins que « *les droits de l'homme ne sont plus seulement des droits subjectifs qui viennent limiter l'action des autorités communautaires et des États membres, mais font désormais office de principes directeurs de l'Union et de la Communauté européenne, destinés à imprégner de leur valeur tout l'ordre juridique communautaire* »¹¹¹. La Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont alors relancé les pourparlers¹¹². L'adhésion a pour le moment été rejetée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans un avis du 18 décembre 2014¹¹³. Des hésitations politiques expliquent la suspension de cette question, mais les droits fondamentaux sont encore renforcés puisque, quelle que soit la forme, coopération ou adhésion, leur protection demeure le point ultime d'accord.

Concrètement, l'adhésion consacrerait une suprématie de la Cour européenne des droits de l'homme sur les juridictions nationales et européennes et impliquerait l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme pour assurer le contrôle du respect des droits de l'homme par l'Union¹¹⁴. Cette suprématie de la Cour

¹⁰⁹ J.-C. BONICHOT, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 58.

¹¹⁰ Le juge BONICHOT le précise dans son article cité plus haut en note 63, « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 58.

¹¹¹ F. SUDRE, R. TINIERE, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Droit et justice, 2^{ème} édition, 2007, p. 13 et 14, n°1.

¹¹² Par un communiqué de la Commission européenne : Comm. UE, communiqué IP/10/906, 7 juillet 2010, Europe 2010, n°8, alerte 58.

¹¹³ CJUE, *Ass. Pl.*, 18 décembre 2014, avis 2/13 ; <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2014/12/18/97001-20141218FILWWW00112-adhesion-de-l-ue-a-la-cedh-la-justice-contre.php>

¹¹⁴ « *En cas d'adhésion, la Cour de justice des Communautés européennes serait cependant soumise, comme toutes les juridictions des parties contractantes, au respect de la Convention sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, appelée à constater d'éventuelles violations des droits*

européenne des droits de l'homme est souhaitée par certains, car elle éviterait d'éventuelles divergences d'interprétation des droits de l'homme¹¹⁵ et ne serait pas surprenante au regard de la nature de la Cour de justice, sorte de Cour constitutionnelle de l'Union¹¹⁶.

Dans le domaine familial, l'adhésion pourrait permettre une lecture univoque de la notion de famille, sans risque de dissensions¹¹⁷. Elle a de nombreux thuriféraires qui insistent sur l'expertise incontournable de la Cour européenne dans ce domaine¹¹⁸. Il en découlerait une crédibilité accrue pour l'Union européenne qui accepterait de se placer sous le contrôle d'une instance internationale, tierce, objective et indépendante de l'Union, afin de garantir une parfaite impartialité de la justice européenne des droits de l'homme. La Commission a elle-même souligné cet

et libertés de la Convention par les institutions de l'Union, ce qu'elle ne peut pas faire dans la situation actuelle », mais qu'elle fait de façon indirecte puisqu'elle contrôle les États membres lorsqu'ils agissent en application du droit communautaire. (J. RIDEAU, « Introduction générale : des remous dans le sillage », *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution européenne*, sous la direction de J. RIDEAU, Colloques, Bruylant, 2009, p. 9)

¹¹⁵ Pour l'instant, l'Union européenne n'étant pas partie à la Convention, les actes de l'Union ne peuvent pas être mis en cause devant la Cour européenne, seules les juridictions de Luxembourg sont compétentes. La situation des États membres est différente, ils peuvent être tenus collectivement responsables des actes de l'Union par contrôle direct ou indirect, c'est-à-dire recours en manquement ou renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice. Les mêmes États, s'ils sont signataires de la Convention européenne, peuvent également être poursuivis devant la Cour européenne des droits de l'homme si le recours porte sur les mesures nationales d'application du droit de l'Union. Les recours contre les États pour un acte de l'Union sont peu nombreux, car il n'y a pas de recours direct en ce domaine. Les justiciables pourraient donc exercer des recours individuels contre les États membres et l'Union, et/ou contre l'Union seule. Ces recours permettraient de soumettre à la Cour européenne des droits de l'homme les violations commises par les institutions européennes (les institutions européennes relèvent pour l'instant du seul contrôle des juridictions de la Cour de Justice) et les États membres de l'Union, agissant dans le champ ou en application du droit communautaire, après épuisement des voies de recours internes (La Cour serait *a priori* chargée de déterminer les indemnités compensatrices nécessaires)

¹¹⁶ Le Professeur Georg RESS ajoute que « *Si l'on considère que la Cour de justice de l'Union européenne est, en quelque sorte, la Cour constitutionnelle de l'Union qui contrôle la légalité des actions, dans les matières que les États membres ont transférées à l'Union, un tel traitement, identique à celui réservé aux cours constitutionnelles des États, n'a rien de surprenant* ». G. RESS, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 526

¹¹⁷ Bien entendu, la Convention est déjà une source d'indication pour l'Union européenne, mais elle n'a pas de force contraignante. Si le juge européen était confronté à un choix entre la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne, il opterait *a priori* plus naturellement pour le premier texte, plus proche de lui.

¹¹⁸ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme, Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 1104, n° 1177.

impératif¹¹⁹. L'absence d'adhésion permet, d'un autre point de vue, la poursuite d'un dialogue des systèmes, grâce auquel aucune prise de position ne pourrait s'imposer de façon univoque ou arbitraire. L'hésitation laisse la place au débat et retient l'affirmation de la toute-puissance de la Cour européenne des droits de l'homme, en évitant les risques d'arbitraire liés à l'exercice d'une position dominante. Les nombreux textes, déclaratifs et contraignants, les échanges en vue de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, participent d'une coopération active des juridictions européennes.

Section 2. Une coopération des juridictions européennes avérée

34. La coopération active des institutions européennes en matière de droits fondamentaux se traduit par le recours, par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, à des méthodes communes de raisonnement créatrices de droits, libérées des contraintes juridiques nationales (§1), et par le dialogue des deux juridictions dans le choix de leurs solutions (§2).

§1. L'emploi de méthodes de raisonnement créatrices de droit

35. Les juridictions européennes se distinguent par leur dynamisme dans le domaine des droits fondamentaux. Elles jouent un rôle central dans leur continuel développement, au point de risquer la critique d'un « *gouvernement des juges* »¹²⁰. La Cour européenne des droits de l'homme interprète la Convention européenne des droits de l'homme comme un « *instrument vivant* » qui doit s'adapter au présent pour viser l'effectivité du droit garanti (A). La Cour de justice de l'Union européenne

¹¹⁹ Communication sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2000) 559, 13 sept. 2000 ; Communication sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM (2000) 644, 11 oct. 2000.

¹²⁰ E. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, réédition Préface F. MODERNE, Dalloz, 2005 ; S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

s'engage également, de façon plus inattendue, dans la voie du développement des droits fondamentaux (B).

A. Le caractère « vivant » de la Convention européenne des droits de l'homme

36. La Cour européenne des droits de l'homme va s'attacher à rendre effectif le droit garanti en se fondant non seulement sur la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi sur d'autres textes de droit international. La pratique consistant pour la Cour à recourir à des textes extérieurs au Conseil de l'Europe pour garantir la protection effective d'un droit, va symboliser l'indépendance de la Cour européenne des droits de l'homme (1). Ce choix juridique hétérodoxe va alimenter la critique d'un Gouvernement des juges (2).

1. Le recours à des textes extérieurs au droit du Conseil de l'Europe

37. Effectivité des droits garantis. La Cour européenne des droits de l'homme va officiellement contrôler la bonne application des droits garantis par la Convention et sanctionner les manquements des États à ces droits, après épuisement des voies de recours internes, c'est-à-dire incapacité présumée des juridictions nationales à protéger utilement ces dispositions. Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont adhéré au recours individuel auprès de la Cour européenne des droits de l'homme. À partir de là, la Cour européenne des droits de l'homme s'est progressivement affirmée par l'application de méthodes d'interprétation extensives de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour, en décidant que la Convention européenne était « *un instrument vivant* », a décidé d'inventer le contenu des articles de la Convention afin de l'adapter aux réalités changeantes de l'époque. En matière familiale, la Cour a dessiné par le biais de l'article 8, et de décision en décision, les contours d'une famille qui n'a plus rien à voir avec la famille française du Code Napoléon. Les rédacteurs de la Convention eux-mêmes n'avaient pas

anticipé ces changements. La Cour consacre régulièrement, depuis 1989¹²¹, des droits nouveaux qui ne figuraient pas dans le texte initial de 1950.

L'arrêt *Demir et Baykara contre Turquie*, du 12 novembre 2008¹²² est symptomatique de ce phénomène. Bien qu'il ne concerne pas de prime abord la famille, son étude est intéressante, car il illustre une méthode d'interprétation dynamique, qui est étendue à toutes les matières de droit européen, dont la matière familiale. Cet arrêt est l'occasion pour la Cour de préciser que son rôle consiste à offrir aux droits fondamentaux une application concrète et effective et qu'à ce titre, tous les fondements juridiques de droit international pouvaient être utilisés comme support à la reconnaissance d'un droit individuel. La Cour affirme alors l'ambition de son programme et l'étendue des moyens qu'elle entend utiliser pour le réaliser. Ce choix de la Cour européenne des droits de l'homme est très ambitieux et dépasse le cadre initialement prévu par la Convention européenne des droits de l'homme ; il illustre à ce titre la politique juridique singulière de la haute juridiction. Selon ses mots, « *la Convention est un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour*

¹²¹ CEDH, *Gr. Ch.*, 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, § 102 : H. LABAYLE, « Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 1990, I n° 3452 ; F. SUDRE, « Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *RGDI publ.*, 1990, p. 103 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L.SERMET, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1999, p. 799.

¹²² CEDH, *Gr. Ch.*, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, req. n° 34503/97, arrêt commenté notamment par le Professeur WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p.671 et 672 ; J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, « *Demir et Baykara contre Turquie* ») », *D. actualités*, 1^{er} avril 2009 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, actualité : octobre 2013, §6. Dans cette affaire se trouvait en cause un syndicat de fonctionnaire qui intenta une action devant les juridictions turques afin qu'une commune respecte les termes d'une convention collective. Cependant, au cours de la procédure, la Cour de cassation a réfuté l'existence même de ce syndicat en relevant qu'à l'époque de sa création, le droit turc ne conférait pas aux fonctionnaires le droit de se syndiquer ni celui de mener des négociations collectives. Saisie d'une requête arguant d'une violation de l'article 11 (liberté de réunion et d'association), la Cour a tranché successivement les deux importants enjeux soulevés par cette affaire tout en apportant d'intéressantes précisions quant au débat sur ses méthodes d'interprétation. Cet arrêt rappelle la méthode d'utilisation par la Cour des sources internationales non CEDH, pour sa propre jurisprudence et pour les juges internes.

doit l'interpréter et l'appliquer d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques ou illusoire » (§ 66). La Cour précise en ajoutant qu'elle « *n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes* ». En l'espèce¹²³, la Cour va condamner la Turquie (en formation simple et en Grande Chambre) en se fondant, non pas sur la seule Convention, mais sur des textes qui n'ont pas même été acceptés par l'État en cause et qui ne lui sont donc, juridiquement, strictement pas applicables.

Ces lignes de la décision sont situées sous le titre « *A. L'interprétation de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux* ». La démarche est clairement affichée. Ce « A » est complété par un petit « b) », « *Diversité des textes et instruments internationaux utilisés pour l'interprétation de la Convention* ». Si pour certains juristes, la Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction lointaine, à l'opinion ponctuelle, ses arrêts sont centraux en toutes matières, dont le droit de la famille. Il peut paraître très surprenant de condamner une législation nationale sur le fondement d'un droit, créé par des juges, et à partir de textes que l'État n'a pas ratifiés. Cette liberté interprétative marque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui affirme sa conception des droits de l'homme et forge ainsi, avec une grande liberté d'interprétation, le droit européen des droits de l'homme. Le paragraphe 68 de l'arrêt résume la démarche de la Cour européenne qui « *rappelle également qu'elle s'est toujours référée au caractère « vivant »*¹²⁴ *de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu*

¹²³ Article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la liberté de réunion et d'association. Les requérants soutenaient qu'au mépris de l'article 11 de la Convention, pris isolément ou combiné avec son article 14, les instances nationales leur avaient refusé, d'une part, le droit de fonder des syndicats, et, d'autre part, le droit de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives.

¹²⁴ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni*, n° 5856/72, formule reprise par la doctrine, notamment J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 295, n° 272 ; F. LOMBARD, A. HAROUNE, « Vers la fin de la rétention en France ? », *D.*, 2008, p. 2910.

compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention »¹²⁵.

38. Exemples en matière familiale. En matière familiale, ce caractère extensif du contrôle s'illustre notamment par un arrêt *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*¹²⁶ dans lequel le principe de respect de la vie familiale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est interprété à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant, en référence à l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3-1. Dans cette affaire, la Cour condamne le refus du Luxembourg d'accorder l'*exequatur* à un jugement d'adoption péruvien, au motif que le droit luxembourgeois limitait le recours à l'adoption aux seuls couples mariés¹²⁷.

Il en est de même en matière d'enlèvement d'enfants lorsque l'article 8 de la Convention est analysé à la lumière de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 et de la Convention internationale des droits de l'enfant¹²⁸. Il importe à la Cour de « *faire avancer les droits* » dans une approche « *délibérément dynamique* » qui promeut une « *évolution continue dans une société moderne* »¹²⁹. Le Professeur

¹²⁵ CEDH, *Gr. Ch.*, 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, § 102 ; CEDH, *Gr. Ch.*, 8 juillet 2004, *Vo contre France*, n°53924/00 ; CEDH, *Gr. Ch.*, 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov contre Turquie*, n° 46827/99 et n°46951/99, § 121 ; G. GONZALEZ, « Nouveau revirement jurisprudentiel en matière d'applicabilité de l'article 6-1 de la Convention, dans son volet civil, aux fonctionnaires », *RFDA*, 2007, p. 1031, n° 55.

¹²⁶ CEDH, 28 septembre 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, req. n° 76240/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2007, p. 1918 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, p. 2700 ; P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807.

¹²⁷ Il en est de même dans l'arrêt *Negrepointis-Giannis contre Grèce* du 3 mai 2011. Voir notamment F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} édition, 2015, p. 581.

¹²⁸ CEDH, *Gr. Ch.*, 26 novembre 2013, *X. contre Lettonie*, req. n° 27835/09 ; C. AVASILENCEI, « Enfants déplacés illicitement : précisions de la CEDH sur les obligations procédurales dans le cadre d'une demande de retour en matière d'application de la convention de La Haye de 1980 et de la convention EDH », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 420.

¹²⁹ P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p.671 et 672.

Patrick WACHSMANN parle alors d'une interprétation non plus dynamique ou consensuelle, mais « *globalisante, qui autorise que soit opposée à un État contractant une doctrine se rapportant à une autre Convention, s'agissant d'articles de cette dernière, qu'il n'a pas acceptés* ». La volonté de la Cour est donc de « *faire correspondre à tout moment le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme à l'état le plus avancé de la protection des droits de l'homme dans le monde, attesté par toute source utilisable à cette fin (...) ce que la Cour veut c'est être à la pointe de ce qui s'élabore en matière de droits de l'homme (...) Peu importe, dès lors, non seulement le consentement de l'Etat en cause, mais aussi le lieu et le cadre où puiser son inspiration dynamique : c'est l'actualité qui compte seule aux yeux de la Cour* »¹³⁰. La Cour européenne des droits de l'homme est dans une démarche offensive. Elle "force", en quelque sorte, la protection des droits, en profitant de sa position dominante et non concurrencée. Cette liberté de recours à des textes extérieurs au Conseil de l'Europe appelle à la critique à la fois fréquente¹³¹ et ancienne¹³², d'un Gouvernement des juges, qui traduit une défiance moderne par rapport aux aléas de la démocratie¹³³.

2. La critique d'un Gouvernement des juges

39. Globalisation critiquée. Cette « *globalisation* » des sources du droit de la Convention¹³⁴ est critiquée. La doctrine considère que la Cour « *s'arroge ainsi la maîtrise de la détermination du dénominateur commun « global », qu'elle pourra*

¹³⁰ P. WACHSMANN, *ibid.*, p.676.

¹³¹ « *Un législatif, un exécutif affaiblis, obsédés par des échéances électorales toujours présentes, seulement occupés du court terme, soumis à la crainte et à la séduction des médias, tâchant de gouverner, au jour le jour, des citoyens indifférents et exigeants, repliés sur leur vie privée mais attendant du politique ce qu'il ne sait donner, une morale, un long projet... Le temps ne serait-il pas venu pour le juge, dans une démocratie vieillie, flottante, tant secouée par les mutations de son temps, de conquérir un pouvoir quasi souverain, dans une société sans souveraineté ?* » J.-D. BREDIN, « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, 68, 1994, p. 77-85, spéc. p. 81.

¹³² Origine de cette critique : ouvrage d'Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, 1921. Réédité chez Dalloz en 2005.

¹³³ S. KARRAGIANNIS, « Le territoire d'application de la Convention européenne de droits de l'homme, *vaetera et nova* », *RTDH*, 61, 2005, p. 41.

¹³⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} édition, PUF, collection Droit fondamental, 13^{ème} édition, 2016, n° 160, p. 248.

révéler selon la combinaison des sources qu'elle effectue »¹³⁵. Les juges européens passent d'une interprétation littérale, à une interprétation téléologique des textes. Cette méthode donne à penser que « *les juridictions européennes se comportent comme des juges qui gouvernent* »¹³⁶. La lettre du texte de la Convention n'étant que l'une des sources d'inspiration des juges, « *toutes ces combinaisons tendent à faire reconnaître de nouveaux droits là où la mobilisation de la seule Convention ne suffirait pas* »¹³⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a délimité elle-même la portée de son propre contrôle juridictionnel, au-delà du texte. La doctrine a pu écrire que la protection de la Cour pourrait concerner « *ni plus ni moins que ... ce qu'elle juge digne de protection !* »¹³⁸. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme les autres articles de la Convention, devient un foyer de création jurisprudentielle puisque c'est la vie familiale de fait qui enclenche la protection de la Cour¹³⁹. Cette créativité donne à penser que les potentialités du texte conventionnel sont inépuisables. Elle contiendrait ainsi une réserve de droits virtuels aussi riches qu'indéterminés. Le juge COSTA a déclaré lors de la Conférence du 18 décembre 2007 que « *plus qu'une Cour suprême, la Cour européenne des droits de l'homme doit devenir un guide moral pour l'Europe* »¹⁴⁰. Le juge a donc une fonction ambiguë qui consiste à légitimer l'État de droit et à rendre des décisions politiques.

Le regroupement familial offre une illustration de ce phénomène. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme donne au juge européen le rôle de donner corps au droit à un recours effectif du justiciable¹⁴¹. En cette matière,

¹³⁵ F. SUDRE, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 600.

¹³⁶ D. TERRÉ, « Gouvernement des juges et démocratie », *Archives de philosophie du droit*, 47, 2003, p. 416.

¹³⁷ *Loc. cit.*

¹³⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Conclusions », in *Le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE, Colloque des 22 et 23 mars 2002, Droit et Justice, n° 38, 2002, p. 388.

¹³⁹ « *La Cour européenne des droits de l'homme est devenue progressivement une sorte de Cour suprême des juridictions du Conseil de l'Europe, nos Cours de cassation se trouvant ravalées au rang de juges d'appel ; ce qui explique, par exemple, le singulier contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation* » auquel elle procède (CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans*, n° 34553/97) » (P.-Y. GAUTIER, « La Cour européenne des droits de l'homme poursuit la révolution normative », *Recueil Dalloz*, 19 septembre 2013, n°31).

¹⁴⁰ J.-P. COSTA, « Conférence du 18 décembre 2007 », *Gaz. Pal.*, 13-15 janvier 2008, p. 22.

¹⁴¹ Les Cours constitutionnelles sont souvent décriées comme pouvoir s'opposant au Parlement et à l'exécutif, ce que la chancelière allemande Angela Merkel dénonce souvent à propos de la puissante

pouvoir est donné, au juge européen, d'enjoindre le préfet, donc l'État, de prendre une décision sous astreinte. La frontière est très mince entre État de droit et Gouvernement des juges et l'absence de critères de définition des droits fondamentaux rend la notion dangereusement floue¹⁴². Certains proposent qu'une double preuve soit administrée avant de créer un droit de l'homme : l'utilité de ce droit d'abord, et la spécificité, ensuite, du régime de droit de l'homme indispensable nécessaire, et non de droit subjectif ordinaire¹⁴³. La satisfaction d'intérêts immédiats pourrait ne pas toujours coïncider avec l'intérêt de la société sur le long terme¹⁴⁴ et créer des déséquilibres irréversibles (droit au bonheur, droit au libre choix du modèle familial, droit à l'enfant, droits de l'enfant, *etc...*)¹⁴⁵. Le rôle créateur¹⁴⁶ des juges de la Cour de Strasbourg est aujourd'hui tout à fait « *assumé* » par la Cour selon les mots du Professeur F. SUDRE¹⁴⁷, malgré les nombreuses critiques qu'il peut susciter¹⁴⁸. Le juge se fait « *ministre du sens* » à donner au texte de la Convention, adoptant une interprétation toujours « *extensive afin de favoriser le rayonnement du*

Cour de *Karlsruhe*, que la presse évoque comme « *l'astrologie de Karlsruhe* », qui impulse le processus européen.

¹⁴² Même avec des intentions louables, il ne serait « *...ni prudent ni légitime de réinventer une sorte de despotisme éclairé où des élites autodésignées imposeraient subrepticement leurs valeurs, fussent-elles baptisées droits fondamentaux* » (J.-M. DENQUIN, « Démocratie », in. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et al (dir.), Dictionnaire des droits de l'homme, PUF, 2008, p. 267).

¹⁴³ D. COHEN, « *Le droit à ...* », *Mélanges en l'honneur du Professeur François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 395

¹⁴⁴ J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXème siècle », *Mélanges en l'honneur du professeur HUET-WEILLER*, p. 241 : « *on ne peut plus penser que la famille n'a qu'un rôle d'épanouissement individuel conduisant à la réduire à une structure variable, somme d'intérêts particuliers. La succession des thèmes médiatiques du type droit au bonheur, droit au libre choix du modèle familial, droit à l'enfant, droits de l'enfant, etc... aboutit à des conflits d'intérêts ou de modèles où les choix ne peuvent être effectués qu'en réintroduisant l'intérêt général, et à long terme à travers des solutions juridiques cohérentes et prévisibles* ».

¹⁴⁵ P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, p. 287, n° 6 : « *Les droits fondamentaux et leur mise en œuvre favoriseraient l'existence de revendications permanentes, transformant les dispositions législatives du droit de la famille, porteur d'une conception plus holiste, en bastion retranché, perpétuellement sur la défensive. Bref, la logique des droits fondamentaux serait du côté de la satisfaction des « droits à »* ».

¹⁴⁶ D. POPOVIC, « Aspects créatifs de l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Conscience des droits*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 518.

¹⁴⁷ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 598.

¹⁴⁸ Un député français de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a pu dire, lors de la rédaction de la Convention, à un homologue anglais Mitchison qui s'inquiétait de cette souplesse : « *M. Mitchison est un juriste, il sait qu'à côté des textes, il y a la jurisprudence et nous faisons confiance à la Cour pour faire la différence entre un acte arbitraire et un acte qui serait légitime* ». D. POPOVIC, *op. cit.*, p. 518

droit garanti »¹⁴⁹. La jurisprudence européenne peut se référer à des décisions rendues par d'autres Cours internationales, user de méthodes d'interprétation tantôt évolutives, tantôt innovatrices, auxquelles s'adjoignent des notions autonomes, ou même la technique de l'interprétation du texte de la Convention dans le sens contraire à l'intention des rédacteurs¹⁵⁰. La Cour de justice de l'Union européenne suit la même évolution, mais néanmoins surprenante dans la mesure où la vocation économique initiale de la Cour ne laissait pas présager cette orientation.

B. Une consécration inattendue des droits fondamentaux par la Cour de justice

40. Principes généraux du droit. Initialement, le Traité de Rome n'attribuait pas à la Cour de Justice compétence pour apprécier la légalité des actes de droit dérivé par rapport aux droits fondamentaux. La Cour de Justice a dû élargir son contrôle de conformité dans les années 1960, sous l'incitation des juridictions constitutionnelles allemande et italienne qui, devant le refus de la Cour de justice, se sont reconnues compétentes pour contrôler le respect des droits fondamentaux par le droit dérivé. La retenue de la Cour de Justice mettait en danger la construction de l'unification européenne. La Cour s'est donc déclarée compétente pour garantir la protection des droits fondamentaux.

¹⁴⁹ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 602.

¹⁵⁰ Le dialogue des juridictions est un phénomène mondial par lequel les Cours s'influencent réciproquement en ouvrant la motivation de leurs arrêts à des influences extérieures. Dans l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*, la Cour a fondé son raisonnement sur une étude comparative des différents pays du monde s'étant penchés sur le changement de sexe. Dans l'arrêt *Öcalan contre Turquie*, cité par le juge POPOVIC (en note ci-après), la Cour s'est inspirée de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, donc d'une autre juridiction internationale. La Cour fait par ailleurs des interprétations dynamiques. L'interprétation évolutive tient compte des changements sociaux, du changement des conditions de vie, de mœurs et de l'évolution jurisprudentielle. L'interprétation innovatrice reconnaît et accorde un droit qui n'existe pas dans le texte de la Convention. La construction de notions autonomes, techniques, en utilisant des termes qui ont une signification spéciale dans la jurisprudence de la Cour et qui se distinguent du droit interne est également possible. Voir M.-L. IZORCHE, M. DELMAS-MARTY, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 753 ; F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Collection les conférences publiques du Pôle européen Jean Monnet*, Université Pierre Mendès France Grenoble, 2002.

La technique choisie pour ce contrôle est le recours aux principes généraux du droit, qui consiste à s'inspirer des règles constitutionnelles nationales pour en déduire un principe général du droit. Le recours à cette technique a été suggéré au juge par l'avocat général Lagrange¹⁵¹ dans ses conclusions sous l'arrêt *Nold I* du 12 février 1960¹⁵². Cette technique a l'avantage de la « *congruence normative* »¹⁵³, de l'adaptation des cultures juridiques, selon les termes du Professeur F. SUDRE. La Cour de Justice tiendra compte de la spécificité des États membres dans l'édiction de ses droits fondamentaux en recourant à cette méthode. Cela signifie que la Cour de Justice, par la technique des principes généraux du droit, peut sélectionner les droits fondamentaux qui vont être incorporés dans le bloc de légalité de l'Union¹⁵⁴. C'est cette « *congruence* » entre droits internes et droit communautaire, par le recours aux traditions constitutionnelles des États membres, qui va permettre à l'Union européenne de se construire légitimement sans susciter de trop importantes revendications identitaires¹⁵⁵.

41. Intime connexion. Les droits protégés et interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme le sont aussi par la Cour de justice. Des interactions nombreuses existent entre les systèmes européens, révélant « *l'intime connexion* » réalisée entre le système du Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Les liens entre les deux Cours sont étroits et déjà anciens¹⁵⁶. Les premières références à la

¹⁵¹ Maurice LAGRANGE, français, né à Meudon en 1900 et décédé en 1986, a été avocat général à la Cour de justice de la CECA du 4 décembre 1952 au 6 octobre 1958 et avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes du 7 octobre 1958 au 8 octobre 1964. Source : le site CURIA sur les anciens membres de la Cour de justice, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7011/

¹⁵² CJCE, 12 février 1960, *Comptoir de vente du charbon de la Ruhr entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité*, aff. 16/59.

¹⁵³ F. SUDRE, « Introduction » au Colloque *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2000, p. 11.

¹⁵⁴ Sur l'arrêt Solanges I : J.-S. BERGE, « Droit international privé et approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 77, n°34.

¹⁵⁵ Ce phénomène est également expliqué par le Professeur V. MICHEL, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Libertés et droit fondamentaux*, Dalloz, 2017, 23^{ème} édition, p. 63, n° 125.

¹⁵⁶ Cependant, la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose de nouveau la question de la place concrète de la Convention dans le droit de l'Union. Si l'Union adhère à la Convention européenne, la Convention aura dans le droit de l'Union la valeur d'un Traité, elle sera en dessous du droit primaire et au-dessus du droit dérivé. Cependant, cette hiérarchie

Convention européenne des droits de l'homme peuvent être datées des arrêts *Nold II*¹⁵⁷ et *Rutili*¹⁵⁸ de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Nold II* du 14 mai 1974, il est mentionné que « *les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dans le cadre communautaire* ». Dans l'arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975, la Cour de justice justifie les mesures d'ordre public de restriction à la libre circulation des personnes, en se fondant sur les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en énonçant qu'elles sont prises dans le respect des droits garantis par les textes cités. Dans un arrêt *Wachauf* du 13 juillet 1989¹⁵⁹, la Cour de justice s'est reconnue compétente pour contrôler la compatibilité des mesures nationales d'exécution du droit communautaire à la Convention européenne des droits de l'homme.

La reconnaissance des droits fondamentaux a été entérinée au sein de l'Union européenne lorsque la Charte des droits fondamentaux est devenue du droit primaire, de même valeur juridique que le Traité lui-même, à partir du 1^{er} décembre 2009. La Charte imprègne ainsi l'ensemble du droit de l'Union européenne. La Cour de justice interprète tous les actes de l'Union, primaire ou dérivé, à la lumière de la Charte des droits fondamentaux¹⁶⁰. La Cour de justice fait un usage fréquent de la Charte, ce qui était déjà le cas avant le 1^{er} décembre 2009 dans des domaines spécifiques tel le

est discutable dans la mesure où la Charte se réfère directement à la Convention en lui donnant ainsi une dimension suprême, au sommet du bloc de légalité communautaire. Cette discussion d'organisation juridique semble finalement importer peu, tant la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice articulent, de fait, leurs liens depuis longtemps. J.-C. BONICHOT, « Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme : vers un partenariat enregistré ? », in *Le droit dans une Europe en changement, Liber Amicorum Pranas Kūris, Mykolo Romerio Universitetas*, 2008, p. 95.

¹⁵⁷ CJCE, 14 mai 1974, *Nold Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73 ; F. LAFAY, « L'accès aux documents du Conseil de l'Union », *RTD eur.*, 1997, p. 37, n° 31.

¹⁵⁸ CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75 ; M. BLANQUET, « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire de droit européen Dalloz*, août 2008 (actualisation : avril 2015), Chapitre 2, n° 48.

¹⁵⁹ CJCE, 3^{ème} chambre, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88 ; J.-C. FOURGOUX, « Le procès équitable et le juge impartial dans le contentieux interne et communautaire de la concurrence », *RSC*, 2001, p. 591.

¹⁶⁰ P. REMY-COLAY, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et déplacement illicite d'enfant », *RTD Civ*, 2010, p. 748.

déplacement illicite d'enfants¹⁶¹. Le règlement n° 2201-2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis) en atteste. Les droits fondamentaux innervent le droit de l'Union européenne.

Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne aspirent à faire de la protection des droits fondamentaux une priorité, la Cour européenne des droits de l'homme et Cour de Justice de l'Union européenne les assistent dans cette tâche. Plus qu'une aspiration déclarée, il y a en ce domaine une coopération consommée¹⁶² et un dialogue des juridictions.

§2. Le dialogue des juridictions

42. La coopération existante entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne s'explique d'abord par la nature spécifique des droits fondamentaux, charnière entre les deux ordres normatifs (A). Elle s'explique ensuite par un tissu de décisions interconnectées qui créent une connivence entre les Cours dont les décisions sont prises en connaissance des décisions de la Cour voisine (B).

A. Un partenariat des Cours justifié par les droits fondamentaux

43. L'établissement d'une communication entre les Cours tend à renforcer la légitimité des hautes juridictions ; accorder à un droit un contenu divergent selon la juridiction, discréditerait le juge dans son rôle de gardien des droits de l'homme (1) et détériorerait la présomption d'universalité des droits fondamentaux (2).

¹⁶¹ M. FARGE, « Les déplacements illicites d'enfants et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Dr. fam.*, n°3, mars 2011, comm. 50 ; N. BAREÏT, « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants. Observation sur une jurisprudence bien éclairée », *RDT eur.*, 2011, p. 537.

¹⁶² T. AZZI, « La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 43. L'idée est développée que la Cour de Justice est à l'origine de plusieurs contradictions dues à l'augmentation du nombre de questions préjudicielles qui lui sont posées, mais également aux méthodes utilisées, qui sont très variées, historique, exégétique, comparative, systématique, téléologique.

1. L'unité d'interprétation, condition de légitimité du juge supranational

44. Légitimité. L'autorité des juges supranationaux est mise en cause par certains Etats et par la doctrine¹⁶³, qui discutent du défaut de démocratie qui caractérise le pouvoir conféré aux juges européens. Ceux-ci exercent à la fois un ascendant sur le législateur, élu par le peuple, et sur le constituant. Cette prééminence du juge supranational dans la hiérarchie de normes doit assurer sa légitimité¹⁶⁴. Un recours au droit comparé compense la faiblesse démocratique de la décision du juge. Il permet de mettre en valeur un socle de valeurs communes non négociables, inhérentes à la nature humaine et supérieures au droit positif existant. Cette méthode est également utilisée par les cours étrangères. En effet, la Cour Suprême américaine¹⁶⁵ a pu se fonder, pour illustration, sur la position européenne pour justifier la dépenalisation des relations homosexuelles en mentionnant que le mariage homosexuel est autorisé dans la plupart des États. Les juges ont donc intérêt à ne pas ignorer les positions prises par les juridictions du monde, l'unité d'interprétation faisant la force des droits reconnus. Les juges doivent faire œuvre de conviction afin d'asseoir leur position en recourant aux arguments les plus significatifs.

Il existe entre les deux Cours une connivence juridique¹⁶⁶. Les juges européens échangent à l'occasion de rencontres informelles, conférences, séminaires

¹⁶³ David Cameron, Premier ministre du Royaume-Uni, a évoqué la possibilité d'abroger l'*Human rights act* de 1998 qui prescrit aux tribunaux anglais de prendre en compte les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Il reproche à la Cour européenne des droits de l'homme d'avoir sanctionné la Grande Bretagne, qui refuse de donner le droit de vote à ses prisonniers (CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst contre Royaume-Uni*, n°74025/01). V° également M. LATINA, « La CEDH en question », *D. étudiant*, Actualités, 13 octobre 2014.

¹⁶⁴ E. DUBOUT, S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Editions A. PEDONNE, 2009, p. 17.

¹⁶⁵ Cour Suprême des États-Unis, 26 juin 2003, *Lawrence contre Texas*, 539 US 2003, n° 02-102. La Cour américaine avait déjà procédé ainsi dans un arrêt *Prints contre États unis* du 27 juin 1997 (521 US 898 (1997)), en visant des arrêts et conventions internationales non ratifiés par les États unis pour déclarer inconstitutionnelle la condamnation à mort des mineurs. Elle s'est référée notamment à la Convention des droits de l'enfant et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁶ « *Le cas du triangle* » Conseil de l'Europe-Union européenne-États membres » conduit, sur le terrain de la protection des droits de l'homme, à une multitude de comparaisons possibles sur la manière dont le droit est appliqué... Même si le juriste peut avoir le sentiment d'appliquer la même matière du droit européen des droits de l'homme, il est amené à distinguer les différents lieux de

ou visites mutuelles, afin de débattre sur des questions communes. Il existe également au sein des Cours un lien étroit entre les services de documentation et les greffes des deux juridictions. Il en résulte que les interprétations de l'une peuvent être intégrées par l'autre, verrouillant ainsi le processus d'interprétation extensive. Textes et interprétations des textes résonnent et s'entremêlent de façon inextricable et sont confirmés au plus haut niveau judiciaire. Les décisions rendues par les Cours européennes font intervenir de façon conjointe la Convention européenne et la Charte des droits fondamentaux¹⁶⁷, la Cour de Justice de l'Union européenne applique et interprète la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme utilise la Charte des droits fondamentaux. Le Professeur Laurence BURGORGUE-LARSEN souligne que « *le droit de l'Union de manière générale et la Charte des droits fondamentaux en particulier, continuent d'être présents dans le contentieux conventionnel ce qui permet à la Cour, sans le dire expressis verbis, d'en délivrer une interprétation particulière qui rejaillit inmanquablement sur l'interprétation des textes qu'elle doit elle-même appliquer* »¹⁶⁸. Les travaux des juridictions sont entremêlés de façon à assurer une unité d'évolution, gage de l'unité de construction des droits fondamentaux.

45. Concurrence. Il existe, par ailleurs, une forme de concurrence entre les juridictions. La doctrine rappelle qu'une juridiction « *ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour, un carrefour où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent* »¹⁶⁹. Les juges lisent donc les décisions rendues par leurs homologues à travers le monde, « *la littérature des jugements est le mode premier de communication des juges... À cet égard, chaque juridiction internationale et chaque ordre national sont en*

protection des droits. Il lui faut localiser son travail ». J.-S. BERGE, « Droit international privé et approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 71, n° 23.

¹⁶⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2013) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 01 juil. 2014 n° 4, p. 1077.

¹⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁶⁹ G. CANIVET, « Les influences croisées entre les juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges », *Revue de sciences criminelles*, 2005, p. 799.

compétition »¹⁷⁰. Les décisions qui auront autorité seront celles qui seront rendues par les juridictions les plus prestigieuses, mais également celles qui seront composées des arguments les plus convaincants, motivées en droit, articulés autour d'un raisonnement juridique solide, implacable et tenant compte de critères variés (culturel, ethnique, économique, sociaux, éthique). La qualité du travail des juges détermine la force de la décision rendue, mais également le propre pouvoir du juge qui s'auto justifie et dont l'émaillage du réseau peut déterminer sa plus ou moins grande audace. Celle-ci est d'autant plus grande que les juges qui composent les juridictions nationales ont eu une expérience internationale en siégeant dans une Cour supranationale¹⁷¹. Cette pratique influence l'expérience, la culture et le mode de raisonnement du juge, dont l'autorité personnelle est globalement renforcée, ce qui constitue un « *puissant facteur d'ouverture* »¹⁷². L'unité d'interprétation des droits fondamentaux par l'ouverture aux juridictions étrangères et internationales est une condition de la légitimité des juges supranationaux, mais également une condition de crédibilité du droit fondamental qui aspire à une interprétation universellement uniforme.

2. L'unité d'interprétation, condition de crédibilité du droit fondamental

46. Crédibilité. Les droits fondamentaux, socle de valeurs communes aux droits des pays membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe (partagées ou non par la doctrine et l'opinion), sont un point de rassemblement des ensembles juridiques. Les États s'accordent à faire des droits fondamentaux un point de convergence de leurs ambitions dans la mesure où « *la catégorie « droits fondamentaux », sous peine d'être illusoire, fait référence à des normes d'une nature particulière, qui les distingue des autres* »¹⁷³. Les États se placent ainsi sous l'égide

¹⁷⁰ *Loc. cit.*

¹⁷¹ J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil, La République des idées, 2005, p. 35 et s.

¹⁷² G. CANIVET, *op. cit.*, p. 799.

¹⁷³ E. DUBOUT, S. TOUZE, *op. cit.*, p. 17.

de la recherche de justice¹⁷⁴. Or, pour être véritablement fondamental, un consensus doit exister concernant la substance de ces droits. Sa crédibilité, son caractère incontestable, dépendent directement de son unité d'interprétation. Le succès des droits fondamentaux dénote avec le positivisme juridique. Le droit se détache de la morale, mais ne s'abstrait pas de la recherche du juste, que les droits fondamentaux symbolisent. Cette évolution conduirait à faire des droits fondamentaux un droit supérieur, au sommet de tous les autres et les innervant tous, une sorte de « *droit des droits* »¹⁷⁵, contrôlé par les juges. Cela constituerait un avantage notable puisque les droits fondamentaux sont un matériau malléable, à condition de ne pas passer outre la nécessaire unité d'interprétation de ceux-ci. Cette démarche est d'autant plus importante que les droits fondamentaux sont créés par la casuistique jurisprudentielle, au gré des contentieux présentés devant les juridictions, par exemple en matière de création de statuts juridiques pour les personnes transsexuelles ou homosexuelles. La comparaison et l'emprunt aux solutions extérieures par le biais de la communication systématique sont essentiels ; ils conditionnent véritablement le succès des droits fondamentaux. Cet échange ne peut qu'être encouragé par ceux qui le pratiquent puisqu'il conditionne le développement et la pérennité des droits fondamentaux et des juridictions qui les énoncent¹⁷⁶. Cette unité fait des droits fondamentaux une référence structurante du droit, notion fondatrice¹⁷⁷ des sociétés qui s'y réfèrent. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme détient d'ailleurs un pouvoir d'harmonisation dans l'interprétation des droits de l'homme qui n'est pas discuté, elle est source « *d'unité, de cohésion, de consolidation et d'autorité* » de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹⁷⁸.

Les droits fondamentaux, tant par leur nature que par leur fonction, concourent donc à encourager les juridictions à la concertation. La doctrine va même jusqu'à

¹⁷⁴ J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme, entre foi et droit », *Mélanges en l'hommage du Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, p. 1265 et s.

¹⁷⁵ E. DUBOUT, S. TOUZE, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁶ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, chapitre 2, p. 80 et s.

¹⁷⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Génèse d'une qualification », in P. LOKIEC, A. LYON-CAEN, (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, D., 2004, p. 28.

¹⁷⁸ L. WILDHABER, « La Grande Chambre et la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 701.

écrire que « *la Cour (européenne des droits de l'homme) fait feu de tous bois, ou pour le dire autrement, fait droit de toutes normes* »¹⁷⁹. L'interconnexion, dans l'interprétation, des sources supranationales, leur unité, concourt à la reconnaissance de leur importance. Une interconnexion des Cours est manifeste dans la jurisprudence.

B. Une interconnexion des Cours opérée par les droits fondamentaux

47. La Cour européenne des droits de l'homme utilise, lorsqu'elle a besoin d'établir un standard de protection, le droit de l'Union européenne (1), mais elle conserve sa supériorité sur celui-ci (2).

1. Une utilisation du droit de l'Union européenne par la Cour européenne des droits de l'homme

48. Références et renvois. La Cour européenne des droits de l'homme fait régulièrement référence au droit communautaire dans ses décisions. Avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour européenne se référait déjà à des décisions de la Cour de Justice pour interpréter la Convention à l'aune du droit communautaire. Il en a notamment été ainsi dès l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979¹⁸⁰ qui a cité l'arrêt *Defrenne* de la Cour de Justice du 8 avril 1976, qui permet de consacrer le principe de sécurité juridique comme « *nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire* » dans son

¹⁷⁹ F. SUDRE, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in C. PICHERAL, L. COUTRON, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2012, p. 51, §9.

¹⁸⁰ CEDH, Cour plénière, 13 juin 1979, *Paula Marckx contre Belgique*, n°6833/74 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « De la conformité du droit français aux exigences de l'arrêt Marckx », *RTD civ.* 1997, p. 542. Premier arrêt à énoncer que les enfants naturels ont vocation à hériter au même titre que les enfants légitimes. Il en a été ainsi également dans les arrêts *Van Raalte contre Pays-Bas* du 21 février 1997 qui se réfère à la directive du 19 décembre 1978 relative à l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale ; dans l'arrêt *Pellegrin contre France* du 8 décembre 1999 qui s'inspire de l'arrêt *Commission contre Luxembourg*, 2 juillet 1996 ; aff. C-473-93.

paragraphe 58¹⁸¹. Cela s'est poursuivi après l'adoption de la Charte des droits fondamentaux, mais dans des proportions raisonnables. Le fait de devenir du droit primaire et d'acquérir une force juridique obligatoire à partir du 1^{er} décembre 2009 n'a pas intensifié son utilisation par la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'y réfère toujours et de la même façon, lorsqu'il est question d'élever un standard de protection. L'allusion au consensus européen est faite lorsque la Cour européenne souhaite modifier la substance d'une norme conventionnelle en l'élargissant.

Le droit au mariage est une illustration de cette démarche. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf* contre Autriche¹⁸² du 22 novembre 2010, touchant à la question du mariage entre personnes de même sexe, la Cour européenne fait référence à la Charte des droits fondamentaux dans une rubrique « *II. Le droit interne et le droit comparé pertinents* ». Elle vise l'article 9 de la Charte (§60-61), le commentaire relatif à la Charte et les directives 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relatives au droit au regroupement familial et la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La Cour, saisie sur la question de savoir si l'impossibilité de se marier pour les personnes homosexuelles est une violation du droit au respect de la vie familiale et du principe de non-discrimination, va considérer que malgré une évolution notable de cette question, il n'y a pas violation de la Convention. Pourtant, la Cour précise (§93) que « *certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille » (paragraphe 26 ci-dessus)* ». Elle renvoie alors à la directive relative au droit au regroupement familial et la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du

¹⁸¹ L'arrêt *Defrenne* consacre l'effet direct du principe d'égalité des rémunérations entre homme et femme et signifie que les particuliers peuvent invoquer ce principe de droit communautaire devant les juridictions nationales.

¹⁸² CEDH, 1^{ère} section, 22 novembre 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. n° 30141/04 ; C. FLEURIOT, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *D. Actualités*, 17 décembre 2010 ; H. FULCHIRON, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160 ; « La CEDH impose de reconnaître un statut légal aux couples de même sexe – Cour européenne des droits de l'homme 21 juillet 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 615 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre - décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889.

Conseil du 29 avril 2004 sur le droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, cité plus haut. Cette décision illustre la recherche d'un consensus européen à travers le recours aux textes juridiques européens dans leur diversité : Convention, Charte et directives. Ce consensus est nécessaire à la Cour pour lui permettre de dire que « *pris isolément, les mots de l'article 12 peuvent être interprétés comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes et deux femmes* » (§55). Cette évolution ne découle pas naturellement de l'article 12 dans la mesure où le droit au mariage « classique » occupe, dans la lettre de la Convention européenne des droits de l'homme, une place prépondérante. La Charte des droits fondamentaux est un outil au service de l'élargissement de la protection des droits énoncés par la Cour européenne des droits de l'homme.

49. Exemples. Dans l'arrêt *Vallianatos et autres contre Grèce*¹⁸³, sur le droit des couples homosexuels, la Cour européenne se réfère aux articles 7 et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et aux recherches menées par le Réseau d'experts indépendants en 2006 (§31 et 32). Cet article 9 de la Charte ne fait pas de l'altérité sexuelle une condition du mariage, alors que le mariage homosexuel ne fait pas encore l'objet d'un consensus européen. En effet, seuls treize pays sur quarante-sept (dont onze sont membres de l'Union européenne) acceptent cette union. Les requérants considéraient que le « *pacte de vie commune* » instauré par la loi grecque n° 3719/2008, « *destiné uniquement aux couples formés de personnes majeures de sexe opposé, portait atteinte à leur droit à la vie privée et familiale et opérait une discrimination injustifiée entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, au détriment de ces derniers* ». La Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans cet arrêt qu'il y a bien eu violation des articles 14 et 8 de la Convention européenne, en référence au consensus européen sur la question, et

¹⁸³ CEDH, *Gr. Ch.*, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres contre Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09 ; F. LAFFAILLE, « L'arrêt *Vallianatos contre Grèce* et la protection conventionnelle des couples homosexuels », *D.*, 2013, p. 2888 ; « Pacte de vie commune » : violation par la Grèce de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention EDH – Cour européenne des droits de l'homme, 7 novembre 2013, *D.*, 2013, p. 2888 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2014, p. 147.

notamment à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle a alors pu affirmer que l'État Grec ne justifiait pas de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi critiquée en se fondant non pas uniquement sur la Convention européenne des droits de l'homme, mais sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il y a bien une alliance des institutions européennes dans cet arrêt.

La Cour européenne des droits de l'homme peut également être contrainte de se référer au droit communautaire lorsque le litige se situe dans le champ de l'ordre juridique de l'Union européenne, ce qui est le cas en matière d'immigration. Les règles du regroupement familial diffèrent selon qu'il s'agisse ou non du droit de séjour d'un ressortissant communautaire. Si c'est le cas, le droit commun du droit européen des droits de l'homme, qui ne garantit pas le droit à un titre particulier de séjour, ne va pas s'appliquer¹⁸⁴. La Cour européenne des droits de l'homme sera également contrainte de s'aligner sur le droit de l'Union européenne si la Cour de justice de l'Union s'est prononcée dans la même affaire. Dans l'arrêt *Stec contre Royaume-Uni*¹⁸⁵ du 12 avril 2006, la Cour européenne des droits de l'homme va ainsi considérer que l'âge légal de la retraite entre homme et femme peut être différent, afin de corriger une inégalité factuelle sans que cela ne soit en opposition avec

¹⁸⁴ CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim contre Belgique*, n°12313/86 ; D. TURPIN, « Expulsion des étrangers et vie familiale », *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 677. Dans cette affaire, un ressortissant marocain vivant en Belgique depuis son plus jeune âge et qui en avait été expulsé a exercé un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme pour atteinte à sa vie privée et familiale. Le §49 de la décision précise cependant que l'article 14 n'avait pas été violé en ce que le « *traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres États membres des Communautés, il a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant partie avec lesdits États d'un ordre juridique spécifique* ». Voir aussi en ce sens CEDH, 7 août 1996, *Chorfi contre Belgique* ; G. COHEN-JONATHAN, « De la Commission à la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1995, p. 723 ; CEDH, 17 janvier 2006, *Aristimuno Mendizabal contre France*, n°51431/99 ; R. TINIÈRE, « Les « *black lists* » du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 2013, p. 515 ; CEDH, 4^{ème} section, 12 avril 2006, *Stec et a. contre Royaume-Uni*, n°65900/01 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2008, p. 1929. Les États bénéficient d'une certaine latitude pour organiser leur politique économique et sociale.

¹⁸⁵ CEDH, 12 avril 2006, *Stec et autres contre Royaume-Uni*, n°65731/01 et n° 65900/01 ; J.-P. THIELLAY, « Diversité des pensions et dispersion de leur contentieux : solution par le Conseil d'Etat, juridiction suprême », *RFDA*, 2008, p. 510 ; G. RAIMONDI, « Quelques aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques et sociaux », *Dr. social*, 2017, p. 355.

l'article 14, premier alinéa, de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit la discrimination.

La Cour européenne des droits de l'homme fait donc un usage certain des sources de droit communautaire, tout en conservant l'antériorité et la supériorité de la Convention européenne des droits de l'homme sur celui-ci.

2. Une supériorité du droit européen des droits de l'homme sur le droit de l'Union européenne

50. Suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme démontre que cette dernière fait preuve d'une certaine réticence à élever la Charte des droits fondamentaux au rang de source majeure de droit européen des droits de l'homme. Si la Cour exploite les sources de droit de l'Union européenne, elle ne les distingue pas, mais au contraire les fonde parmi de nombreux textes extérieurs à la Convention. Le juge européen mobilise tous types de sources pour les besoins de la cause comme le Pacte international sur les droits civils et politiques ou la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

Dans l'arrêt *X. contre Lettonie*¹⁸⁶ sur la question de l'enlèvement d'enfant, la Cour européenne a dû articuler ses dispositions¹⁸⁷ ainsi que celles de la Convention des droits de l'enfant et celles de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Elle a également eu recours à la Charte des droits fondamentaux en ses articles 7 et 24 et au règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière d'autorité parentale. Dans cet arrêt, « *la requérante alléguait avoir été victime, en raison de la décision des juridictions lettones d'ordonner le retour de sa fille en*

¹⁸⁶ CEDH, *Gr. Ch.*, 26 novembre 2013, *X. contre Lettonie*, req. n° 27835/09 ; C. AVASILENCEI, « Enfants déplacés illicitement : précisions de la CEDH sur les obligations procédurales dans le cadre d'une demande de retour en matière d'application de la convention de La Haye de 1980 et de la convention EDH », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 420.

¹⁸⁷ Sous la rubrique « II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS » et en citant également le Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, rédigé par Elisa PEREZ-VERA et publié par la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) en 1982.

Australie en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, d'une atteinte à son droit au respect de sa vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention » (§3 de la décision). Elle obtiendra satisfaction puisque l'arrêt va reconnaître que les tribunaux nationaux ont renoncé à entreprendre un examen approfondi ou « *effectif* » de la situation de l'enfant et n'ont pas vérifié les conditions d'applicabilité de la Convention de La Haye. Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE précise dans son opinion concordante de l'arrêt que « *l'ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit à la vie familiale avec son enfant était tout bonnement dépourvue de base légale, le déplacement de l'enfant du territoire letton étant ici le seul enlèvement illicite* »¹⁸⁸. Une pluralité de textes, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, servent de fondements à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme à la recherche d'un consensus européen sur la délicate question du déplacement illicite d'enfants. Il y a encore une coopération des institutions européennes sur ce point, mais le droit de l'Union est un outil juridique parmi d'autres.

La Cour européenne des droits de l'homme peut aussi utiliser la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour consacrer une évolution que la Convention européenne des droits de l'homme ne lui permet pas. Dans l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002¹⁸⁹, la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur l'article 9 de la Charte européenne des droits fondamentaux pour modifier son interprétation de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Puisque l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux ne

¹⁸⁸ Opinion adjointe à l'arrêt de la Cour européenne à la fin de sa décision.

¹⁸⁹ CEDH, *Gr. Ch.*, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; P. REIGNE, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *D.*, 2015, p. 1875 ; L. BURGOGNE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 335 ; J.-J. LEMOULAND, « Le droit au mariage du transsexuel », *D.* 2003, p. 1935 et s. La requérante se plaignait de la non-reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle et dénonçait en particulier la manière dont elle avait été traitée dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et des pensions et l'impossibilité pour elle de se marier. Voir aussi P. HILT, *op. cit.*, p. 134, n° 275 et s..

précise pas qu'homme et femme ont le droit de se marier, l'altérité sexuelle n'est plus une condition requise au mariage, ce qui permet à la Cour de considérer *a fortiori* que les personnes transsexuelles ont droit de se marier, quel que soit leur sexe initial. La protection des droits de l'homme se déploie, comme mue par une force centrifuge qui ne cesse de se nourrir de son élan. Le Professeur RENUCCI précise dans son Traité qu'une « *interaction normative entre la Convention et la Charte n'est pas en soi condamnable dans la mesure où cela peut enrichir le système européen de protection, mais encore faut-il que cette pratique ne conduise pas, sous couvert d'interprétation, à réécrire judiciairement la Convention pour finalement amener les États à être « engagés au-delà de leurs engagements »*. Il n'y a pas de difficulté lorsque c'est le système de la Charte qui s'inspire de celui de la Convention puisque qui peut le plus peut le moins. En revanche, un souci peut apparaître en sens inverse, lorsque la Cour utilise les dispositions de la Charte »¹⁹⁰. Ce qui est condamnable, c'est d'imposer à un État défendeur un article auquel il n'a pas choisi d'être lié. Cet article ne devrait pas être utilisé pour interpréter l'une des dispositions de la Convention. La Grande Chambre va pourtant loin puisqu'elle ne se limite pas à des textes européens, mais interprète la Convention américaine des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui ne lient pourtant pas tous les États du Conseil de l'Europe. Le Professeur RENUCCI souligne encore que cela signifie que la Cour européenne des droits de l'homme peut conférer une effectivité à des instruments non contraignants et exercer indirectement le contrôle du respect d'engagements internationaux extérieurs à la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁹⁰ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 594, n° 561.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

51. Coopération active. La transformation de la notion de famille s'opère par le renouvellement des sources du droit de la famille qui laissent une large part aux droits fondamentaux, édictés et interprétés par le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et leurs juridictions. Les institutions européennes partagent l'ambition de consacrer la protection des droits fondamentaux et coopèrent en ce sens. Les juridictions européennes dialoguent, s'inspirent et se soutiennent mutuellement dans l'interprétation des textes vers la promotion de nouveaux standards juridiques européens, qui s'imposent *a minima* à tous les États européens. Le corpus normatif au soutien de cette démarche est composé d'un fonds varié de textes déclaratifs et contraignants. Il n'est par ailleurs pas exclu, même si les discussions sont suspendues, que l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme afin d'assurer une unité d'interprétation des droits de l'homme. Les juridictions coopèrent déjà en ce sens, de façon dynamique et extensive, en suscitant la critique d'un gouvernement des juges. La légitimité du juge supranational et la crédibilité des droits fondamentaux reposent sur la capacité des Cours de travailler ensemble à l'interconnexion de leurs décisions. Ces droits fondamentaux, façonnés par les ordres européens et leurs Cours, gouvernent la notion de famille et édictent des standards juridiques européens minimums de protection qui participent à la transformation accélérée de la famille.

CHAPITRE 2

L'INCIDENCE DES STANDARDS JURIDIQUES EUROPÉENS SUR LA FAMILLE

52. Renouveau des sources. Comme il l'a été énoncé précédemment, un renouvellement et une diversification des sources du droit de la famille ont été opérés. La vie familiale est protégée par les articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, et les articles 7, 9 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De nombreuses conventions bilatérales ou multilatérales régissent le statut des mineurs, les rapports familiaux sont également régis par des instruments de droit de l'Union européenne. Ces instruments internationaux de protection des droits de l'homme visent sans les distinguer *la famille, la vie familiale, la cellule familiale, les relations familiales* ou les *liens familiaux*, mais sans jamais définir la famille. Deux explications pourraient être données à cette polyphonie terminologique. D'abord, les textes ont vocation à régir la défense des intérêts des membres de la famille contre l'Etat, et non de résoudre les conflits particuliers des membres de la famille, donc la définition stricte de leurs rapports est inutile. Ensuite, la juridiction de Strasbourg a souhaité conserver une marge lui permettant de s'adapter à la variété des réalités sociales. La famille au sens classique et restrictif du terme, un couple hétérosexuel uni par le mariage et sa descendance, n'est donc pas consacrée. Le but de la Cour de Strasbourg est de pouvoir reconnaître l'existence d'une vie familiale dans des situations diverses et de promouvoir, non pas un modèle type de famille, mais des standards de protection de la vie familiale. Le but est le pluralisme des modèles familiaux et l'admission d'une certaine souplesse. Il ne s'agit pas d'imposer un idéal par le haut, mais des seuils de protection minimum des situations de fait portées devant la Cour. La circulation des décisions dans tous les pays membres du Conseil de l'Europe permet la circulation de ces standards, au-delà des traditions nationales, facilitée par la mise en concurrence des législations des différents États membres. La transformation de la notion de

famille est d'ailleurs accélérée par cette concurrence. Deux grands standards juridiques synthétisent ces transformations, l'un vise l'admission d'une pluralité de modes de conjugalité égaux pour fonder une famille (section 1), l'autre soutient l'indifférence de la capacité à procréer pour fonder la famille (section 2).

Section 1. L'admission d'une pluralité de modes de conjugalité

53. La vision de la famille comme institution fondée sur le mariage est modifiée au profit de la protection généralisée de la vie familiale et se traduit par la multiplication des modèles familiaux protégés par le droit (§1) et par l'importance accordée à la vérité biologique dans la filiation (§2).

§1. La multiplication des modèles familiaux protégés par le droit

54. L'insertion du principe d'égalité dans la sphère familiale a permis une diversification des modes de conjugalité (A) et une égalisation des filiations (B).

A. Une modélisation des familles par le principe d'égalité

55. Le principe d'égalité est introduit dans la vie familiale comme un principe actif qui a emporté deux conséquences. Les membres du couple deviennent d'abord égaux en droits et devoirs (1), les individus acquièrent ensuite le droit d'opter pour le type de couple de leur choix (2).

1. L'égalité des membres du couple

56. L'émancipation juridique de la femme, déjà amorcée dans le mariage en droit interne est vivement encouragée par le Conseil de l'Europe (a) et l'Union européenne (b).

a. La promotion de l'égalité des époux par le Conseil de l'Europe

57. Egalité des époux. Le Conseil de l'Europe a modifié les rapports intrafamiliaux en insistant sur la reconnaissance des droits de l'épouse, considérée individuellement, au sein du couple. En effet, l'article 5 du protocole additionnel n° 7 protège le principe d'égalité des époux et leurs reconnaît ainsi un statut familial unique, par rapport aux couples non mariés. Cet article énonce que « *les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États membres de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants* ». Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le Protocole n° 7 en septembre 1984, mais celui-ci n'est entré en vigueur que le 1^{er} novembre 1988. Cet article a pourtant été discuté dès 1967 après l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies du Pacte international relatif aux droits civils et politiques le 16 décembre 1966. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe chargea alors un comité d'experts en matière de droits de l'homme d'identifier les droits reconnus par le Pacte qui ne l'étaient pas par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹¹. Le rapport fût rendu en 1970, mais le protocole ne fût signé que plusieurs années plus tard suite à un certain enlisement lié au nombre de problématiques autres à traiter¹⁹². Les États doivent ainsi offrir à leurs ressortissants un cadre juridique apte à garantir l'égalité des droits et des obligations entre époux, l'arrêt *Purtonen contre Finlande* du 9 septembre 1998¹⁹³ l'a rappelé. En l'espèce, une mère qui demande le divorce, et dont le fils est resté avec son père, n'obtient pas la garde de ce dernier car les services sociaux finlandais ont considéré qu'il était toujours resté avec son père et était bien avec lui. La requérante

¹⁹¹ Explications contextuelles rapportées par Montserrat ENRICH MAS, administratrice au greffe de la Cour européenne des droits de l'homme dans son commentaire de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme rapporté à la page 437 de *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETITTI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, Economica, 2^{ème} édition, 1999.

¹⁹² J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 263, n° 233.

¹⁹³ CEDH, 1^{ère} section, 9 septembre 1998, *Purtonen contre Finlande*, req. n° 32700/96.

se plaint d'une rupture d'égalité entre ses droits civils et ceux de son mari, en référence à l'article 5 du protocole n°7. La Cour, qui procède à une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant, ne reconnaît pas une telle violation, mais souligne l'importance de l'égalité entre époux. Dans cette mouvance, un arrêt *Burghartz contre Suisse*¹⁹⁴ du 22 février 1994, précise que chaque parent a le droit de voir son nom devenir le nom de la famille. En France, la loi du 23 décembre 1985¹⁹⁵ sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et l'égalité des parents dans la gestion et l'administration des biens des mineurs est inspirée par le principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 5 du protocole additionnel n° 7 du 22 novembre 1984. Cette loi accorde aux époux la gestion commune de la communauté en régime légal et supprime toute référence au mari ou à la femme pour bien marquer l'égalité entre les époux.

L'Union européenne est dans la même démarche et fait de l'égalité des sexes l'un des piliers de sa politique.

b. La promotion de l'égalité professionnelle des membres du couple par l'Union européenne

58. L'union européenne lutte contre une vision genrée des rôles dans la famille. Homme et femme doivent être considérés égaux dans la vie professionnelle (α), et même si la femme est protégée lorsqu'elle est enceinte, elle ne bénéficie d'aucune faveur, au détriment de l'homme, du fait de sa maternité (β).

¹⁹⁴ CEDH, Cour (Chambre), 22 février 1994, *Burghartz contre Suisse*, n° 16213/90 ; « Choix du nom d'un couple bi-national : condamnation de la Suisse – Cour européenne des droits de l'homme 9 novembre 2010 », *D.*, 2011, p. 804 ; A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « La possession du nom patronymique », *D.*, 1998, chron., p. 39 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, 3823.

¹⁹⁵ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs publiée au JORF du 26 décembre 1985, p. 15111.

α. Une égalité de l'homme et de la femme face à l'emploi

59. Egalité face à l'emploi. La politique d'égalité entre les sexes est au cœur du programme de l'Union européenne depuis le Traité de Rome de 1957. Une première directive, adoptée en 1975 sur l'égalité des rémunérations¹⁹⁶, est suivie par plusieurs textes, regroupés dans la directive 2006/54/CE relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Les thèmes abordés par la directive sont multiples, de l'égalité de rémunération au traitement dans l'emploi, en passant par la formation, la promotion et les conditions de travail. Cette directive intègre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et notamment de l'arrêt *Brown* de 1998¹⁹⁷ dans lequel la Cour avait déclaré contraire au droit communautaire le licenciement d'une femme qui ne pouvait plus travailler en raison de difficultés liées à sa grossesse. Les droits fondamentaux transforment la notion de famille par le biais de l'égalité entre hommes et femmes. La construction de la famille ne doit pas empiéter sur la promotion de l'individu, la réussite professionnelle de l'individu européen ne doit pas être freinée par ses obligations familiales, d'où notamment le développement des structures d'accueil de la petite enfance.

Une Recommandation du 31 mars 1992 sur la garde des enfants encourageait déjà la conciliation entre activités professionnelles et vie familiale en permettant l'accès à des services de garde d'enfants pour les travailleurs ou les personnes en formation professionnelle. Cette recommandation, de par sa nature, n'avait pas une portée obligatoire.

Le traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 renforce l'engagement européen à l'égard de l'égalité des sexes. Il s'inscrit dans

¹⁹⁶ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

¹⁹⁷ CJCE, 30 juin 1998, *Mary Brown contre Rentokil*, aff. C-394/96 ; Centre de recherche de droit social de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, « Droit social international et européen. Evolutions jurisprudentielles en 1998, *Dalloz*, 1999. 275 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, N. GRIEF, « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *RTD eur.*, 1998, p. 613.

une démarche de lutte contre les discriminations entre les hommes et les femmes dans les politiques communautaires. Le Traité d'Amsterdam généralise la lutte contre toute discrimination, fondée sur le sexe, la religion ou les convictions, la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap ou encore l'orientation sexuelle.

La Charte européenne des droits fondamentaux réaffirme en 2000 cet objectif de réaliser l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines. Entrée en vigueur en 2009, le Traité de Lisbonne pose la non-discrimination et l'égalité en principes fondamentaux du droit européen, un pays qui ne respecterait pas cet objectif ne pourrait intégrer l'Union européenne. L'article 23 de la Charte promeut l'égalité entre l'homme et la femme, l'article 33 évoque la conciliation entre vies professionnelle et familiale en énonçant que « *toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant* ». Le thème de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes était déjà évoqué par l'article 141 du Traité CE en 2006 afin de lutter contre la répartition sexuée des rôles dans la famille. La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale implique l'égalité de traitement professionnel entre les sexes, l'aménagement du temps de travail et de la relation au travail.

La Commission européenne adopte enfin une Charte des femmes en 2010¹⁹⁸, qui inscrit davantage l'Union en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes. Par ailleurs, il existe depuis 2006 un Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes¹⁹⁹, appui technique offerts aux États membres. Le Fonds Social Européen²⁰⁰ encourage également l'égalité entre les femmes et les hommes en

¹⁹⁸ COM (2010)-78- Non publié au Journal officiel : Communication de la Commission du 5 mars 2010 intitulée « *Un engagement accru en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes - Une charte des femmes* : Déclaration de la Commission européenne à l'occasion de la journée internationale de la femme 2010, en commémoration du 15e anniversaire de l'adoption d'une déclaration et d'un programme d'action lors de la conférence mondiale sur les femmes organisée par les Nations unies à Pékin et du 30e anniversaire de la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes».

¹⁹⁹ Règlement (CE) n° 1922/ 2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, portant création d'un Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (Journal officiel L 403 du 30.12.2006).

²⁰⁰ Le Fond Social européen est un fond structurel communautaire créé avec le Traité de Rome de 1957. Ce fond vise à permettre aux États membres de l'Union européenne d'aider les travailleurs européens afin de réduire les inégalités sur le territoire européen.

favorisant la cohésion économique et sociale. Le Comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes²⁰¹ travaille quant à lui aux activités de l'Union européenne dans ce domaine avec la Commission européenne et en partenariat, en France, avec le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes²⁰², créé par François Hollande en 2013. Le *lobbying*, également important, par le réseau du *Lobby Européen des Femmes*²⁰³ (LEF) développe des actions nationales dans les domaines de l'emploi, de la vie familiale et de la parité. Sans oublier la "*clause de l'Européenne la plus favorisée*"²⁰⁴, proposée par l'Association française "*la Cause des femmes*", fondée par Simone de Beauvoir et Gisèle Halimi, dont le but est d'appliquer à toutes les Européennes un régime juridique composé des meilleures lois existant dans l'Union européenne.

Cette protection de la femme a pour but d'en faire l'égal de l'homme dans le monde professionnel. Un premier écart peut être constaté par rapport à la notion de famille traditionnelle. L'énergie de la femme ne doit plus être automatiquement consacrée à son foyer. Elle peut et elle est vivement encouragée à s'insérer dans le monde professionnel au même titre que l'homme. La mission de l'éducation des enfants est partagée par les deux membres du couple et complétée par des systèmes de garde, de crèches, avant la scolarisation. Les droits fondamentaux ont participé à construire une égalité homme-femme axée autour du travail professionnel. La liberté financière qui en découle consacre l'indépendance de la femme qui se donne les

Il existe trois Fonds européens : le Fond social européen, le Fond européen de développement régional (FEDER), le fond de cohésion (concernant uniquement les États en difficultés économiques.

²⁰¹ Décision 2008/590/CE de la Commission du 16 juin 2008 relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes (version codifiée ; JO L 190 du 18.7.2008).

²⁰² Décret n° 2013-8 du 3 janvier 2013 portant création du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n°0004 du 5 janvier 2013 page 407, texte n° 34.

²⁰³ Le *Lobby européen des femmes* est né lors d'une conférence tenue à Londres en 1987 par 120 femmes, membres de 85 organisations et représentant 50 millions de membres. Elles ont décidé de créer une structure d'influences pour exercer sur pression sur les institutions européennes en faveur des femmes. En 1990, la Commission européenne a apporté son soutien à la création du *Lobby européen des femmes*, avec un Secrétariat basé à Bruxelles où se trouvent les principales institutions de l'Union européenne.

²⁰⁴ La «*clause de l'Européenne la plus favorisée*» vise à être adoptée dans chaque Etats pour faire bénéficier chaque citoyenne européenne de la législation la plus avancée existant dans l'Union pour chaque aspect de la vie des femmes (loi espagnole sur la violence conjugale, congé parental suédois, loi belge sur la parité en politique, etc...). Cette clause n'a pas été adoptée en France du fait de l'appréciation subjective de chaque pays en matière de droit des femmes.

moyens d'exercer sa liberté et son droit à la vie familiale. Le droit de l'Union européenne porte « *une incitation à un meilleur partage des responsabilités familiales* »²⁰⁵. En France, des inégalités persistent, notamment en matière de temps consacré au travail domestique, de travail à temps partiel, ou d'égalité des salaires, mais les choses progressent en ce sens. Parallèlement, pour éviter toute stigmatisation, l'Union européenne refuse d'accorder à la femme tout avantage qui serait lié à sa maternité.

β. Une interdiction de favoriser une femme du fait de sa maternité

60. Interdiction de discrimination entre les sexes. Le principe d'interdiction de la discrimination entre les sexes initie le principe de protection de la grossesse et de la maternité et le principe de l'égalité des chances. À ce titre, après la grossesse et la période qui suit immédiatement l'accouchement, il est fait une dérogation au principe d'égalité des hommes et des femmes par la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement professionnel, et la directive 2002/73 du 23 septembre 2002.

Cependant, la Commission précise que « *le droit communautaire n'autorise pas à accorder des droits particuliers aux femmes pour des raisons qui ne leurs sont pas exclusives. Cette interdiction vise, par exemple, le versement de primes couvrant des frais de crèche ou de garde ou des congés particuliers liés à des événements marquant la vie des enfants (comme la rentrée scolaire). Il en va également ainsi d'une bonification de pension de retraite réservée aux femmes ayant élevé des enfants, car elle est fondée non pas sur le handicap professionnel résultant de la maternité, mais simplement sur le fait d'avoir élevé des enfants...La Cour de justice des communautés européennes précise qu'elle n'entend pas modifier l'organisation de la famille ni les responsabilités respectives des époux*²⁰⁶, mais qu'elle souhaite

²⁰⁵ N. MOIZARD, « Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, en droit social communautaire », *Union européenne et droit de la famille, Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 132.

²⁰⁶ CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, aff. 184/83, point 24 ; CJCE, 26 octobre 1983, *Commission contre Italie*, aff. 319/81, point 16 ; CJCE, 25 juin 1991, *Stoeckel*, aff. C-345/89, point 17 ; S.

limiter le « risque » engendré par une mesure nationale discriminatoire de « perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes »²⁰⁷. Une directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 met en œuvre l'accord-cadre sur le congé parental du 14 décembre 1995. Le congé parental vise à encourager les hommes à prendre une part égale aux responsabilités familiales. Un congé individuel parental est accordé aux travailleurs en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, sans risque de licenciement et avec l'obligation de retrouver son poste de travail ou équivalent, ainsi que ses droits à l'issue du congé parental.

Le travail à temps partiel est évoqué par la directive 97/81 du Conseil du 15 décembre 1997. L'Union considère que l'accès au travail à temps partiel doit être facilité pour concilier la vie professionnelle et la vie familiale et pour tenir compte des besoins des employeurs et des travailleurs. Pour autant, la vie familiale n'est pas un motif que le salarié peut opposer à son employeur lorsqu'il lui demande de passer à temps partiel ou à temps plein.

Ces droits consacrés appellent à trouver des mesures positives, pour concourir à la protection de la famille, protéger les femmes enceintes contre le licenciement tout en faisant la promotion des congés maternité et parental. La famille européenne est ainsi une famille composée d'individus égaux qui sont avant tout des travailleurs et doivent pouvoir concilier vies professionnelle et familiale sans recourir à une répartition genrée des rôles dans laquelle l'homme serait au travail et la femme au foyer. La notion traditionnelle de famille, quant à elle, implique une plus grande disponibilité de la femme pour sa vie familiale et notamment le travail domestique.

Ce partage des charges domestiques est le résultat d'une évolution des mentalités, il s'accompagne d'une reconnaissance d'autres modes de conjugalité que le mariage, symptomatique de l'évolution des mœurs.

ROBIN-OLIVIER, « Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *RTD eur.*, 2014, p. 530 ; K. BERTHOU, « La CJCE et l'égalité de traitement : quelles orientations ? », *Dr. soc.*, 2001, p. 879 ; A. FITTE-DUVAL, « La bonification de pension réservée aux femmes est contraire au droit communautaire », *AJFP*, 2002, p. 11.

²⁰⁷ CJCE, 19 mars 2002, *Lommers*, aff. C- 476/99, point 41.

2. La reconnaissance de modes de conjugalité alternatifs au mariage

61. Pluralisme des modes de conjugalité. La famille fondée sur le mariage a été concurrencée par des familles fondées sur d'autres modes de conjugalité, tels le concubinage ou le PACS, cela au nom du principe de non-discrimination entre les couples et du principe d'égalité. Aucun modèle n'est donc prôné, la protection de la vie familiale est étendue à toutes les situations affectives qui ressemblent à la famille au sens restreint du terme, en ce qu'elle implique parent(s) et enfant(s). Cette extension fût progressive et peut être chronologiquement retracée. La Cour européenne des droits de l'homme admet la protection des couples non mariés dans l'arrêt *S. contre Royaume-Uni*²⁰⁸ du 14 mai 1986, l'arrêt *Keegan contre Irlande*²⁰⁹ du 26 mai 1994 et l'arrêt *Kroon et autres contre Pays-Bas*²¹⁰. Les familles bénéficiant de la protection de l'article 8 peuvent être séparées²¹¹, monoparentales²¹², élargies (impliquant les beaux-parents²¹³ et les collatéraux²¹⁴) ou projetée²¹⁵. Dans l'affaire

²⁰⁸ Commission européenne des droits de l'homme, *S. contre Royaume-Uni*, 14 mai 1986, req. n° 11716/85 ; P. HILT, *op. cit.*, p. 277, n° 633 et s.

²⁰⁹ CEDH, 4^{ème} section, 26 mai 1994, *Keegan contre Royaume-Uni*, req. n° 28867/03 ; N. FRICERO (sous la dir. de S. GUINCHARD), « Droit à un Tribunal indépendant et impartial », *Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2016, n° 211.11, note 4.

²¹⁰ CEDH, Chambre, 27 octobre 1994, *Kroon et autres contre Pays-Bas*, req. n° 18535/91 ; F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1997, p. 653 ; P. GEORGIN, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 191 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, 3823.

²¹¹ CEDH, 2^{ème} section, *Cengiz Kiliç contre Turquie*, 6 déc. 2011, n° 16192/06 : L'absence de médiation familiale dans le système judiciaire révélerait que tous les moyens permettant d'assurer le droit au respect de la vie familiale n'ont pas été mis en œuvre. Ainsi, la médiation familiale deviendrait un moyen obligatoire pour garantir le droit au respect de la vie familiale ; « Les mesures relatives à l'attribution de l'autorité parentale et du droit de visite du parent séparé doivent être prises promptement – Cour européenne des droits de l'homme 6 décembre 2011 », *AJ fam.*, 2012, p. 103.

²¹² La CEDH a douté de l'existence d'une relation personnelle étroite entre un père naturel qui n'avait pas voulu reconnaître son enfant et qui avait été privé du droit de visite pour sa fille de seize mois après rupture du concubinage. La protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est alors pas accordée, car c'est un lien biologique dépourvu de tous éléments juridiques ou factuels (CEDH, 2^{ème} section, 1^{er} juin 2004, *Lebbink contre Pays-Bas*, n° 45582/99 ; « L'impossibilité pour un père naturel de demander en justice l'attribution de l'autorité parentale sur son enfant est discriminatoire – Cour européenne des droits de l'homme 3 février 2011 », *AJ fam.*, 2011, p. 208).

²¹³ Dans l'affaire *Söderback contre Suède* (CEDH, *Söderback contre Suède*, 28 oct. 1998, n° 24484/94), la CEDH a reconnu qu'entre l'enfant et le nouveau mari de la mère existait un lien

Keegan contre Irlande, le requérant Keegan avait vécu avec Mademoiselle V. pendant un an, ils s'étaient fiancés, avaient conçu un enfant, puis s'étaient séparés. Lors de l'accouchement, M. Keegan a rendu visite à sa fille, puis avait cherché à la voir au domicile des parents de Mademoiselle V, où elle résidait avec sa mère, mais on ne lui avait pas permis de les rencontrer. Mademoiselle V avait pris des dispositions pour faire adopter sa fille lors de sa grossesse et cette dernière avait été placée dans une famille agréée. Le père naturel de l'enfant voulut contester l'adoption et avoir la garde de la fillette, les juridictions irlandaises ne lui ont pas permis d'y accéder. La Cour va considérer qu'il y a une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La protection de l'article 8 est donc étendue aux familles au sens large du terme, un père non marié est autorisé à contester l'adoption de sa fille, ce qui consacre indirectement le concubinage comme option juridique possible pour un couple pour la constitution d'une famille.

62. Le couple adultérin. Le couple adultérin, formé en violation de l'obligation de fidélité du mariage, ne reçoit-il pas également une protection indirecte de la Cour européenne des droits de l'homme puisque les enfants nés d'une telle union vont être reconnus par le droit ? C'est le cas dans l'arrêt *Johnston contre Irlande*²¹⁶, lorsqu'un des membres du couple n'est pas autorisé à divorcer d'un précédent mariage par la législation de son pays. C'est également le cas lorsqu'il ne le souhaite pas²¹⁷. Dans

familial de fait construit depuis plusieurs années ; C. FLEURIOT, « Adoption et respect de la vie familiale des parents biologiques », *D. Actualités*, 13 novembre 2013.

²¹⁴ Le frère et la sœur, dont la domiciliation effective est sur le même territoire que le requérant et entretenant des relations régulières avec celui-ci, se voient reconnaître la protection de la vie familiale.

²¹⁵ CEDH, 2^{ème} section, 22 juin 2004, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi contre Roumanie*, n°78028/01 et n°78030/01 ; « Adoptions internationales et respect des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 22 juin 2004 », *D.*, 2004, p. 3026 ; « Condamnation de la Turquie qui n'a octroyé à une mère qu'après plus de cinq années de procédure l'autorité parentale à l'égard de son enfant – Cour européenne des droits de l'homme 3 novembre 2011 », *AJ Fam.*, 2011, p. 606.

²¹⁶ CEDH, *Cour plénière*, 18 décembre 1986, *Johnston et autres contre Irlande*, req. n°9697/82 ; N. LE RUDULIER, « Constitutionnalité de l'accouchement sous X », *D. Actualités*, 30 mai 2012 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Interdiction de diffuser des informations au sujet de cliniques pratiquant des interruptions volontaires de grossesse dans d'autres États membres », *RTD eur.*, 1992, p. 163 ; P. DOLLAT, « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009. 689.

²¹⁷ CEDH, 30 août 1993, *G.A.B. contre Espagne*, req. n° 21173/93 ; V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.*, 2013, p. 107.

l'arrêt *Johnston contre Irlande*, un homme séparé de fait de son épouse, en ménage avec une autre femme et père d'une fille, fruit de cette seconde union, agit en justice pour faire valoir la précarité de la situation de sa nouvelle famille et l'impossibilité pour l'enfant né de la seconde union de bénéficier de droits successoraux et de liens juridiques avec son père qui la reconnaît et l'élève. L'impossibilité de divorcer, de se remarier et de légitimer sa fille sont, selon les requérants, contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour va considérer que le droit irlandais n'est pas contraire à la Convention à l'égard de Monsieur Johnston et de sa compagne. Cependant, l'absence de régime juridique pour l'enfant va être interprétée comme un manque de respect pour sa vie familiale et constituer une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est bien la protection de l'enfant qui justifie ici la reconnaissance de la famille fondée par un couple adultérin. Cet arrêt ne constitue pas à proprement parler une reconnaissance de couple adultérin, mais il participe de l'assouplissement des contours de la famille. Dans les faits, le requérant avait fait valoir la précarité de la situation de la nouvelle famille qui ne pouvait pas bénéficier de la protection du droit du fait de l'interdiction de divorcer et de se remarier pour légitimer l'enfant du nouveau couple. Les juges précisent également dans cet arrêt (§61) que cette solution ne vient pas consacrer un droit au divorce. Plus récemment, dans un arrêt *Ivanov et Petrova contre Bulgarie* du 14 juin 2011²¹⁸, la Cour a confirmé cette absence de droit au divorce comme droit fondamental de l'individu, tout en insistant sur le fait que cette absence de droit au divorce ne devait pas être synonyme de toute absence de protection conventionnelle.

Seul un type de famille reste en dehors de la protection du droit français²¹⁹ et des droits européens. La France, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne partagent une même interdiction du droit au regroupement de la famille polygamique. Les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France. Le respect de la vie privée et familiale est reconstitué autour des normes du pays d'accueil. Cette question liée à l'immigration est traitée par la Cour européenne des droits de l'homme avec réserve, car elle touche à la souveraineté même de l'État, ses

²¹⁸ CEDH, 4^e Sect. 14 juin 2011, *Ivanov et Petrova contre Bulgarie*, Req. n° 15001/04.

²¹⁹ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France publiée au JORF n° 200 du 29 août 1993, p. 12196.

finances et son territoire. La famille retrouve alors des contours stricts²²⁰. L'égalité des types de couples ne s'étend pas aux couples de conjoints polygames. Cette modélisation de la famille par le principe d'égalité est complétée par une égalité de traitement des enfants de ces couples.

B. Une égalisation du traitement des enfants

63. Principe d'égalité des filiations. Dans divers domaines, le mariage est longtemps resté le cadre juridique le plus propice à l'accueil des enfants. Présomption de paternité, statut de la filiation légitime, droit des successions, la jurisprudence européenne a travaillé le chantier de l'égalité des filiations à de nombreuses reprises.

En matière d'établissement de la filiation en France, la loi du 3 janvier 1972 prévoyait déjà que la filiation de tout enfant naturel, même adultérin, puisse être établie²²¹. L'égalité entre les filiations était devenue le principe et la hiérarchie l'exception. L'article 344 alinéa 1^{er} du Code civil attribuait les mêmes droits et les mêmes devoirs envers ses père et mère à l'enfant légitime et à l'enfant naturel. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a permis d'uniformiser les modalités d'établissement et de preuve du lien juridique de filiation. La distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle a disparu le 1^{er} juillet 2006 en application de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation²²². L'égalité des droits attachés au lien juridique de filiation était affirmé dès 1972, toutefois la vocation successorale de l'enfant adultérin était restée inférieure à celle de l'enfant légitime, lorsque celui-ci entrait en concours avec le conjoint et les enfants légitimes du *de cujus*²²³.

²²⁰ S. BIAGINI-GIRARD, « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers : un modèle prédéterminé et imposé comme obstacle à un « droit naturel » ? », *Rev. crit. de DIP*, 2014 p. 263. Voir le chapitre 2 du titre 2.

²²¹ F. DEBOVE, R. SALOMON, Th. JANVILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, Dyna'sup droit, 7^{ème} édition, 2011, p. 279, n° 457 et 458.

²²² F. DEBOVE, R. SALOMON, Th. JANVILLE, *op. cit.*, n° 411.

²²³ Anciens articles 334 al 2 et 760 du Code civil.

64. Egalité des filiations en droit des successions La loi du 3 décembre 2001²²⁴ prise à la suite de l'arrêt *Mazurek contre France*²²⁵ vient mettre un terme à cette situation. L'article 334 alinéa 1^{er} est abrogé par la loi du 4 mars 2002²²⁶ relative à l'autorité parentale qui retire du Code civil toute référence à la filiation légitime ou naturelle²²⁷. Le requérant né d'une relation adultérine, qui voyait sa part successorale réduite de moitié par rapport à l'enfant légitime, s'est vu octroyer les mêmes droits que l'enfant issu du mariage. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans l'arrêt *Mazurek* qu'il y avait violation de l'article 1 et du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

L'affaire *Fabris contre France*²²⁸ a également donné lieu à deux arrêts, par la Chambre et la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant était un enfant adultérin dont la filiation maternelle avait été judiciairement établie à l'âge de quarante ans. Dans l'arrêt *Fabris contre France du 21 juillet 2011*²²⁹, la Cour a jugé qu'en appliquant les dispositions transitoires des lois de 1972

²²⁴ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral publiée au JORF n° 281 du 4 décembre 2001, p. 19279.

²²⁵ CEDH, 3^{ème} section, 1er février 2000, *Mazurek contre France*, n° 34406/97 ; C. PELLETIER, « Première application de la jurisprudence *Mazurek* par le juge français », *D.*, 2001, p. 1270 ; J.-P. MARGUENAUD, « La protection de la paix des familles contre les retombées rétroactives de la jurisprudence *Mazurek* », *RTD civ.*, 2009, p. 288 ; H. BOSSE-PLATIERE, « Les suites de l'arrêt *Mazurek* dans le droit interne français », *Dalloz*, 2001, p. 1068 ; J.-P. MARGUENAUD, « *Mazurek* revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD civ.*, 2013, p. 333 ; J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt *Mazurek* ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD civ.*, 2011, p. 732 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le réfrènement des ardeurs européennes des juges du fond par la première chambre civile de la Cour de cassation ou comment exposer la France à de nouvelles avanies strasbourgeoises en relançant l'affaire du tableau d'amortissement », *RTD civ.*, 2000, p. 933 ; I. GALLMEISTER, « Enfant adultérin : égalité successorale avant la loi du 3 décembre 2001 », *D. Actualités*, 9 septembre 2011.

²²⁶ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

²²⁷ Y. LEQUETTE, « Observations sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Liber amicorum*, LGDJ, 2013, p. 647 et s.

²²⁸ CEDH, Gr. Ch., 21 juillet 2011, *Fabris contre France*, req. n° 16574/08 ; I. GALLMEISTER, « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : condamnation de la France », *D. Actualités*, 15 février 2013 ; J. HAUSER, « Application dans le temps et égalité des citoyens : droit de succession et droit à la filiation », *RTD civ.* 2011, p. 753.

²²⁹ CEDH, Gr. Ch., 21 juillet 2011, *Fabris contre France*, n° 16574/08 ; I. GALLMEISTER, « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : condamnation de la France », *D. Actualités*, 15 février 2013 ; J. HAUSER, « Application dans le temps et égalité des citoyens : droit de succession et droit à la filiation », *RTD civ.* 2011, p. 753.

et 2001, les juridictions nationales ont pris en compte les droits acquis de longue date par les enfants légitimes et les intérêts pécuniaires de l'enfant adultérins. Le partage successoral était réalisé dans cette affaire, à la différence de l'affaire *Mazurek*, la Chambre a considéré que les violations étaient proportionnées à la nécessité de préserver la sécurité juridique des situations établies. L'affaire a été renvoyée devant la Grande chambre qui en a jugé autrement dans un arrêt du 7 février 2013. La Cour a considéré qu'il y avait violation des articles 14 et 1 du Protocole n°1 puisque le requérant n'avait pas pu bénéficier des dispositions de la loi du 3 décembre 2001 qui égalisent les droits successoraux des enfants légitimes et adultérins. En effet, « *dans un souci de sécurité juridique, le législateur, qui a manifestement voulu éviter la remise en cause de tous les partages ayant attribué aux enfants adultérins une part successorale inférieure à celle des enfants légitimes, a tempéré cette rétroactivité par la condition que la succession ouverte au 4 décembre 2001 n'ait pas donné lieu à partage avant cette date* »²³⁰. L'arrêt de Grande chambre interdit ces dispositions transitoires et sanctionne la France en obligeant la prise en compte de l'égalité des enfants adultérins²³¹. L'alignement du droit interne sur les normes supranationales en ce domaine est forcé²³².

Au sein du Conseil de l'Europe, l'arrêt *Paula Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979²³³ était le premier arrêt à énoncer que les enfants naturels avaient vocation

²³⁰ https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/etude_distinctions_2910/distinctions_justifiees_2918/distinctions_familiales_2919/distinctions_droit_successoral_12142.html

²³¹ J.-P. MARGUENAUD, « *Mazurek revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg* », *RTD Civ.* 2013 p. 333.

²³² « La Cour de cassation a expressément jugé, que, sous réserve d'accords amiables déjà intervenus, les nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage, sont applicables aux successions ouvertes au 4 décembre 2001 et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date (1^{re} Civ., 6 janvier 2004, Bull. 2004, I, n° 10, pourvoi n° 02-13.901 ; 1^{re} Civ., 7 juin 2006, Bull. 2006, I, n° 297, pourvoi n° 04-19.176 ; 1^{re} Civ., 14 novembre 2007, Bull. 2007, I, n° 360, pourvoi n° 06-13.806 ; 1^{re} Civ., 15 mai 2008, Bull. 2008, I, n° 139, pourvoi n° 06-19.331) », Rapport de la Cour de cassation cité en note 15, § 2.1.2.2.

²³³ CEDH, Cour plénière, 13 juin 1979, *Paula Marckx contre Belgique*, n°6833/74 ; J.-P. MARGUENAUD, « De la conformité du droit français aux exigences de l'arrêt Marckx », *RTD civ.* 1997, p. 542.

à hériter au même titre que les enfants légitimes²³⁴. Dans cet arrêt, une mère célibataire se plaignait du fait que sa fille et elle-même ne bénéficiaient pas des mêmes droits que ceux reconnus aux mères mariées et leurs enfants. Pour cette mère, seul le mariage ou l'adoption de sa propre fille aurait pu accorder à cette dernière les mêmes droits qu'un enfant légitime. Pour que sa filiation soit établie la mère pouvait reconnaître l'enfant ou engager une action en justice, mais cette procédure restreignait encore sa possibilité de léguer ses biens à son enfant et ne créait pas de lien juridique entre l'enfant et la famille de la mère. Des mesures ont par la suite été prises par la Belgique pour aligner le droit des enfants dont les parents étaient mariés et ceux dont les parents ne l'étaient pas. La Cour européenne des droits de l'homme a corrélativement travaillé à la mise en échec des clauses discriminatoires inscrites dans les actes testamentaires distinguant les enfants nés au sein ou en dehors du mariage²³⁵.

Des nouveaux standards juridiques ont ainsi vu le jour sous l'impulsion des droits fondamentaux, impliquant l'égalité des époux, des membres du couple²³⁶, et des filiations. Un autre standard juridique a également été introduit en droit de la famille, le droit à la reconnaissance de la vérité biologique, par des tests ADN.

²³⁴ La requérante énonce que les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ont été violés dans la mesure où elle avait dû, à la naissance de sa fille, en tant que mère célibataire, « reconnaître l'enfant sans que la filiation ne puisse résulter du seul fait de sa naissance ». Cette inégalité des conditions d'établissement de la filiation naturelle par rapport à la filiation légitime est condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, de même que certaines restrictions successorales qui empêchaient la mère de disposer de ses biens au profit de sa fille sans considération de sa naissance, et à la fille d'avoir une vocation successorale. La Cour précise alors que la protection de l'article 8 s'étend à la famille naturelle autant qu'à la famille légitime.

²³⁵ CEDH, 4^{ème} section, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau contre Andorre*, n° 69498/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit d'attribuer exclusivement le nom de sa mère à l'enfant », *RTD civ.*, 2014, p. 305 ; CEDH, 5^{ème} section, 28 mai 2009, *Brauer contre Allemagne*, n° 3545/04 ; J.-P. MARGUENAUD, « La désuétude des raisons objectives de maintenir une inégalité de traitement successoral entre les enfants », *RTD civ.*, 2009, p. 677.

²³⁶ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric SUDRE (dir.), Bruylant, 2002.

§2. La prééminence de la vérité biologique

65. La prééminence de la vérité biologique a été affirmée par les institutions européennes. Elle se traduit par l'affaiblissement de la présomption de paternité (A), et le développement du droit à la connaissance de ses origines (B).

A. L'affaiblissement de la présomption de paternité

66. **Effectivité du lien biologique.** La force de la famille légitime avait pour but la protection de la paix des familles. Le mariage produisait alors des effets juridiques automatiques inaltérables, dont la présomption de paternité. Les progrès scientifiques modifient cette réalité et la vérité biologique est valorisée. Elle tient compte de l'effectivité de la biologie dans l'établissement de la filiation et des liens de parenté et met à ce titre les progrès de la science "au service" d'une certaine conception de la famille. La vérité des faits prime sur les cadres institutionnels du droit. La vérité biologique retenue est « *celle qui marque la parenté par le sang (selon la nature) c'est-à-dire, pour la paternité, la paternité génétique (par la force génétique du sperme) et, pour la maternité, la maternité à la fois génitrice (génétique, ovulaire) et gestatrice (utérine, porteuse), la maternité seulement génitrice ou seulement gestatrice n'étant biologique que pro parte* »²³⁷. Ainsi, la présomption de paternité, qui est issue de l'obligation de fidélité du mariage, fait normalement du mari de la mère le père de l'enfant. La preuve scientifique peut venir combattre cette construction juridique.

L'arrêt *Kroon contre Pays-Bas* du 27 octobre 1994²³⁸ condamne, par exemple, le droit néerlandais qui oblige un père naturel qui veut faire établir sa filiation de détruire préalablement une présomption de paternité, qui est une fiction

²³⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT*, PUF, Quadriges, 11^{ème} édition, 2016, p. 1060, Vérité.

²³⁸ CEDH, *Chambre*, 27 octobre 1994, *Kroon et autres contre Pays-Bas*, req. n°18535/91 ; F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1997, p. 653 ; P. GEORGIN, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 191 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n°6, I, 3823.

selon la Cour. La vérité de sa paternité biologique doit pouvoir s'imposer au détriment de la vérité affective ou de l'ordre des familles.

Dans un arrêt du 21 décembre 2010, *Anayo contre Allemagne*²³⁹, l'intérêt de l'enfant a justifié de ménager les droits de son père biologique contre ceux de son père juridique, et d'accorder ainsi un droit de visite au père naturel de deux enfants nés d'une femme mariée.

Dans un arrêt *Schneider contre Allemagne* du 15 septembre 2011²⁴⁰, la Cour accorde à l'ancien amant de la mère un droit de visite alors que l'enfant était né légitime après la réconciliation de la mère avec son mari. Il a été jugé que la prééminence de la famille légitime ne servirait pas le meilleur intérêt de l'enfant. Dans cette affaire, le droit allemand protégeait la présomption de paternité. Les juges de première instance et d'appel n'ont pas voulu permettre à l'ancien amant de la mère de procéder à une analyse biologique puisque la présomption de paternité était corroborée par un lien d'affection réel entre le père légitime et l'enfant. La Cour de Strasbourg s'appuie sur la protection de la vie privée du père biologique présumé pour lui reconnaître un droit de visite et d'informations à l'égard de l'enfant, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La violation sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme est fondée sur le reproche fait aux juridictions allemandes de ne pas avoir cherché à ménager un juste équilibre entre l'intérêt du requérant, de l'enfant et des parents légitimes. Pour la Cour européenne, les juridictions nationales doivent déterminer si les contacts entre un père biologique et son enfant sont ou non conformes à l'intérêt de l'enfant, sans que la présomption légale générale édictée par le droit allemand ne puisse en décider.

La présomption de paternité est balayée par la recherche d'effectivité des liens et la poursuite de l'intérêt de l'enfant. La notion juridique classique de famille est concurrencée ; le droit individuel à la reconnaissance d'une relation affective et les

²³⁹ CEDH, 5^{ème} section, 21 décembre 2010, *Anayo contre Allemagne*, n° 20578/07 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.*, 2011, p. 2908.

²⁴⁰ CEDH, 15 septembre 2011, *Schneider contre Allemagne*, req. n° 17080/07 ; « De la protection du père biologique ... présumé ! », *Dr. fam.*, n° 11, 2011, alerte 90 ; « Droit de visite du père présumé : appréciation de l'intérêt de l'enfant – Cour européenne des droits de l'homme 15 septembre 2011 », *D.*, 2011, p. 2908 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.*, 2012, p. 1228 ; R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451.

faits priment sur l'organisation sociale institutionnelle. La notion d'intérêt de l'enfant, bien que floue, est un instrument actif de cette dynamique conduisant à la transformation de la famille et qui commande également le droit à la connaissance de ses origines.

B. Le développement du droit à la connaissance de ses origines

67. Le droit à la connaissance de la vérité biologique. Le droit des enfants à la connaissance de la vérité biologique de leur filiation a été posé par un arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni*²⁴¹ du 7 juillet 1989. Dans cette affaire, le requérant avait été placé très jeune dans différentes familles et se plaignait du refus des services sociaux de le laisser consulter son dossier personnel. La Cour a conclu à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par le Royaume-Uni en posant le principe selon lequel « *le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* ». Le § 49 de l'arrêt énonce l'obligation du pays de constituer un organe indépendant, chargé de prendre la décision finale de l'accès au dossier, en cas d'indisponibilité ou de refus de l'informateur.

Dans un arrêt *Mikulic contre Croatie*²⁴² du 7 février 2002, la Croatie a été condamnée pour ne pas avoir contraint un père présumé à se soumettre à des tests ADN, dans le cas où le requérant avait un intérêt vital à découvrir la vérité de ses

²⁴¹ CEDH, Cour plénière, 7 juillet 1989, *Gaskin contre Royaume-Uni*, n° 10454/83 ; F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, p. 1 ; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, p. 75 ; E. CREPEY, « Anonymat du donneur de gamètes et respect de la vie privée », *RFDA*, 2013, p. 1051 ; B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.*, 1995, p. 205 ; X. BIOY, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970.

²⁴² CEDH, 1^{ère} section, 7 février 2002, *Mikulic contre Croatie*, req. n° 53176/99 ; J. HAUSER, « Réfléchir avant de voter des lois ? », *RTD civ.*, 2007, p. 99 ; V. LEFEBVRE, « Recherche en paternité et droit au respect de la vie privée et familiale », 7 mars 2012 ; V. BONNET, « Expertises *post mortem* : la vérité ensevelie », *D.*, 2008, p. 2121 ; S. PEYROU-PISTOULEY, « L'affaire *Marper contre Royaume-Uni* : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, 2009, p. 741 ; A.-M. LEROYER, « Bioéthique - Caractéristiques génétiques - Don d'organes - Embryon - Cellules hématopoïétiques - IVG - AMP - Consentement - Anonymat », *RTD civ.*, 2011, p. 603 ; J.-P. MARGUENAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », *RTD civ.*, 2004, p. 361.

origines. Le requérant était un enfant âgé de cinq ans dont la filiation paternelle était incertaine. La Cour a mis en balance les intérêts des parties à l'affaire, et en a conclu que la découverte de la vérité de son identité personnelle par l'enfant primait sur l'intérêt du tiers à refuser de se soumettre à un examen médical.

Inversement, dans un arrêt *Paulik contre Slovaquie*²⁴³, la Slovaquie a été condamnée, car sa législation ne permettait pas à un homme qui avait découvert sa non-paternité par test ADN de la contester. L'importance de la biologie est une fois encore démontrée. Enfin, dans un arrêt *Jäggi contre Suisse*²⁴⁴ de 2006, il a été admis qu'un prélèvement d'ADN puisse être fait sur un cadavre, avec réserves²⁴⁵. Le requérant, âgé de 67 ans, s'était opposé au refus des autorités suisses de faire pratiquer des prélèvements *post mortem* sur son défunt père supposé. Les intérêts en balance, énoncés au § 39 de l'arrêt, sont confrontés. Le droit à l'intangibilité du corps du défunt, le respect des morts, la protection de la sécurité juridique et les intérêts du requérant à connaître son ascendance s'opposent. La Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en considérant supérieur l'intérêt du requérant à connaître son ascendance. Cette prééminence du biologique sur le juridique traduit une préférence de la Cour pour l'effectivité et la

²⁴³ CEDH, 4^{ème} section, 10 octobre 2006, *Paulik contre Slovaquie*, req. n°10699/05 ; H. FULCHIRON, « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.*, 2013, p. 2958 ; V. GEORGET, « Contestation de paternité », *AJ Fam.*, 2012, p. 21 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2009, p. 773 ; H. FULCHIRON, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.*, 2008, p. 3035.

²⁴⁴ CEDH, 3^{ème} section, 13 juillet 2006, *Jäggi contre Suisse*, req. n° 58757/00 ; J.-P. MARGUENAUD, « La mise en oeuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2015, p. 825 ; G. CHOISEL, « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD civ.*, 2015, p. 505 ; J. HAUSER, « Encore le droit à l'expertise biologique ; il n'est point besoin d'adminicules et le juge de la mise en état peut l'ordonner », *RTD civ.*, 2008, p. 284 ; « Une expertise biologique n'est pas attentatoire à la vie privée du défendeur – Cour européenne des droits de l'homme 25 juin 2015 », *AJ Fam.*, 2015, p. 499 ; J. HAUSER, « Réfléchir avant de voter des lois ? », *RTD civ.*, 2007, p. 99 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Droit de connaître son ascendance : demande de « grand paternité », *Constitutions*, 2010, p. 77 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Le refus d'établir la véritable filiation d'un homme est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *D. Actualités*, 5 juillet 2011 ; J.-D. SARCELET, C. BOHUON, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.*, 2009, p. 2876.

²⁴⁵ CEDH, 3^{ème} section, 5 mai 2009, *Menendez Garcia contre Espagne*, n° 21046/07 ; J.-P. MARGUENAUD, « Halte à l'exhumation aux fins d'établissement d'un lien de grand-paternité », *RTD civ.* 2009, p. 679 ; J. MARROCHELLA, « Conformité à la Constitution du dispositif d'identification *post mortem* par empreintes génétiques », *D. Actualités*, 13 octobre 2011 ; F. MODERNE, « Sous le signe du subjectivisme juridique », *RFDA*, 2004, p. 101 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Droit de connaître son ascendance : demande de « grand paternité » », *Constitutions*, 2010, p. 77.

reconnaissance du droit de chacun à la vie familiale, au-delà des structures juridiques de la famille légitime. Cette neutralisation de la spécificité du mariage comme fondement de la famille, premier grand standard juridique européen, s'accompagne de l'indifférence à la capacité à procréer pour fonder la famille.

Section 2. L'indifférence de la capacité à procréer

68. La famille n'est plus exclusivement réservée aux personnes de sexe différent pouvant créer une descendance de façon naturelle. Le critère d'hétérosexualité a été abandonné et les couples composés de personnes qui n'ont pas la capacité de procréer se sont vu reconnaître un statut juridique permettant la protection de leur relation affective (§1) et leur accession à la parenté (§2).

§1. La protection de tous les couples sans discrimination

69. La protection de la vie privée implique le droit de mener la vie sexuelle de son choix. En ce sens, la protection de la vie privée des personnes transsexuelles (A) a été suivie par la reconnaissance d'un statut juridique pour les couples de personnes de même sexe (B).

A. La protection de la vie privée des personnes transsexuelles

70. La protection des droits fondamentaux de l'individu permet à la personne transsexuelle de procéder à la transcription de son changement de sexe à l'état civil (1) et de se marier (2).

1. La transcription du changement de sexe sur les registres d'état civil

71. Transsexualisme. La reconnaissance du transsexualisme date des années 1980 et marque une étape de la transformation de la famille traditionnelle. Le terme

de transsexualisme est un néologisme construit sur le latin « *trans* » qui signifie « *au-delà* », adjoint au terme « *sexuel* »²⁴⁶. Il désigne « *le passage d'un sujet du sexe d'origine au sexe opposé* » par un traitement médico-chirurgical qui permet au sujet qui en éprouve les symptômes physiologiques et psychologiques de conformer son apparence physique au sentiment de son appartenance sexuelle. Ce passage se traduit juridiquement par une modification de l'état civil ou un changement de prénom²⁴⁷.

La Cour de cassation avait initialement rendu quatre arrêts de principe le 21 mai 1990²⁴⁸, qui rejetaient la demande des personnes transsexuelles à voir intégrer le changement de sexe en marge de l'acte de naissance, en vertu notamment du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. La Cour de cassation affirmait que « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* ». Cette solution était critiquée par la doctrine sur deux points. D'une part, l'application rigoureuse du principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne justifiait matériellement pas de ne pas pouvoir modifier une écriture sur un registre, ce qui n'est qu'une tâche administrative banale. D'autre part, cette solution obligeait la personne transsexuelle opérée à faire apparaître son ambiguïté sexuelle à chaque démarche impliquant la production d'un document officiel, ce qui portait atteinte au respect de sa vie privée.

Ce contentieux a été porté devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné cette position française au nom du droit au respect de la vie privée (article 8 alinéa 1) et du principe de non-discrimination (article 14) de la Convention

²⁴⁶ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^{ème} édition, 2016, p. 1029, *Transsexualisme*.

²⁴⁷ Cette « *disphorie du genre* » est considérée comme un symptôme qui implique un lourd suivi psychiatrique et chirurgical. En France, la conversion sexuelle est prise en charge par l'Assurance maladie, il en est de même dans la plupart des pays européens.

²⁴⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-15.858, Inédit : J. HAUSER, « L'identité sexuelle », *RTD civ.*, 1991, p. 289 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.163, Inédit ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.829, Publié au bulletin ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.250, Inédit : « *Le transsexualisme ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe et la convention européenne des droits de l'homme n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien* » ; *D.*, 1991, p. 169.

européenne des droits de l'homme²⁴⁹. Dans l'arrêt *B. contre France*²⁵⁰, du 25 mars 1992, le requérant qui a subi une transformation corporelle vers le sexe féminin demande à pouvoir épouser son compagnon en modifiant, pour cela, son état civil. Débouté par les juridictions françaises en première instance (22 novembre 1979), en appel (30 mai 1985) et en cassation (31 mars 1987), l'affaire est présentée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît dans ce refus une violation du droit au respect de la vie privée de la personne transsexuelle. La Cour de Strasbourg considère que chaque individu dispose d'un « *droit à l'épanouissement personnel* » qui justifie le changement de sexe.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, de nouveau saisie, a rendu deux arrêts le 11 décembre 1992²⁵¹. Elle s'est alors conformée à la décision rendue par la Cour européenne au visa de l'article 8 en faisant primer le principe du respect de la vie privée sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. La Cour énonçait alors que « *lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* ». Cinq conditions devaient cependant être réunies pour permettre

²⁴⁹Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit la discrimination.

²⁵⁰CEDH, Cour (plénière), 25 mars 1992, *B. contre France*, n° 13343/87 ; J.-F. RENUCCI, « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel implique la rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, il y a infraction à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, p. 325 ; J.-P. MARGUENAUD, « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 1993, p. 101 ; C. LOMBOIS, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron. 323 ; M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, p. 646 et s. ; S. EVAIN, « Le juge européen, le transsexualisme et la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071.

²⁵¹Cass. Ass. Plénière, 11 décembre 1992, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 360 du 1^{er} février 1993, Rapport de M. GELINEAU-LARRIVET et Mme CREDEVILLE, ainsi que les conclusions du Premier Avocat Général M. JOEL.

cette transcription. Il était nécessaire que le syndrome du transsexualisme fut établi par une expertise judiciaire, qu'un traitement médico-chirurgical thérapeutique -et non de convenance- ait été entrepris, qu'une ablation du sexe anatomique d'origine ait été pratiquée, qu'une apparence physique proche de l'autre sexe ait été adoptée et qu'un comportement social conforme à cette nouvelle apparence fut définitif. Ces conditions nombreuses ont été par la suite allégées.

72. Simplification de la transcription. En 2009, le Commissaire aux droits de l'homme pour le Conseil de l'Europe a recommandé de simplifier les procédures de transcription d'actes d'état civil, de documents d'identité, de diplômes et autres documents officiels. Une circulaire du ministère de la Justice du 14 mai 2010²⁵² a prévu de simplifier les demandes de changement d'état civil présentées par les transsexuels et d'y consentir sans exiger, ni expertise judiciaire, ni preuve de l'ablation des organes génitaux, tant que la réalité du transsexualisme et son irréversibilité sont démontrées. Deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 7 juin 2012²⁵³ ont prévu l'abandon définitif du caractère obligatoire de l'expertise judiciaire. Seules la réalité du syndrome transsexuel et l'irréversibilité de la transformation de l'apparence de la personne demanderesse restaient à prouver²⁵⁴. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle a introduit dans le Code civil une nouvelle section au sein du chapitre 2 du titre II du livre I^{er} consacrée

²⁵² Circulaire DACS n° CIV/07/10

²⁵³ Civ. 1, 7 juin 2012, n°11-22.490 ; F. VIALLA, « Transsexualisme : l'irréversibilité en question », *D.*, 2012, p. 1648 ; S. PARICARD, « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », *RDSS*, 2012, p. 880 ; J. HAUSER, « Transsexualisme : prouver ou simplement vouloir ? », *RTD civ.*, 2012, p. 502.

²⁵⁴ L'irréversibilité de la conversion, prévue par la Cour de cassation le 7 juin 2012 (n° 11-22.490 et 10-26.947) pose problème, car elle implique une opération chirurgicale lourde de réassignation sexuelle et une obligation de stérilisation, à démontrer la plupart du temps, selon les juridictions du fond, par une expertise médicale judiciaire, jugée humiliante par les demandeurs. La possibilité d'écarter la preuve de l'irréversibilité de la transformation est discutée. Une proposition de loi a été faite en ce sens (proposition de loi relative à la modification du sexe à l'état civil du 29 septembre 2015). Le Procureur de la République serait saisi des demandes de changement d'état civil, il ordonnera sous trois mois la modification s'il estime que les conditions requises sont remplies (deux critères sont requis : le sentiment d'appartenir à l'autre sexe et le fait d'être perçu ainsi par la société). En cas de doute sur la bonne foi du demandeur, le Président du Tribunal de grande instance serait saisi et devrait statuer dans les meilleurs délais. Voir à ce propos : C. FLEURIOT, « Les transsexuels pourront-ils changer d'état civil plus facilement ? », *D. Actualités*, 9 oct. 2015 ; F. VIALLA, « Transsexualisme : l'irréversibilité en questions », *D.*, 2012, p. 1648.

à « *la modification de la mention du sexe à l'état civil* » contenant plusieurs articles (articles 61-5 à 61-8) ouverte à « *toute personne majeure ou mineure émancipée* » (article 61-5, al. 1^{er}). Le texte, tout en maintenant le changement de sexe sous le contrôle du juge, s'affranchit des conditions posées par la jurisprudence. La loi vient expressément de retirer tout aspect médical au changement de sexe. Les éléments de faits permettant de justifier la modification de la mention du sexe ne font plus référence à aucun élément médical, mais surtout une disposition spéciale prévoit que « *le fait de ne pas subir des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* » (article 61-6 nouvel alinéa 3 du Code civil). Seule compte l'apparence sociale choisie par l'intéressé²⁵⁵. Ce changement constitue un recul du principe d'indisponibilité de l'état des personnes au profit d'un élargissement du droit au respect de la vie privée de la personne transsexuelle. La volonté peut désormais permettre de changer de sexe.

Un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme contre la Turquie²⁵⁶ le 10 mars 2015 témoigne encore de cette libéralisation. Le requérant, Y.Y., est un homme transsexuel qui ne parvenait pas à démontrer aux autorités turques son incapacité définitive à procréer. Pendant plusieurs années, les tribunaux turcs lui ont refusé l'accès aux opérations chirurgicales de conversion sexuelle, préalable à la reconnaissance officielle de son sexe tel qu'il était perçu par le requérant et la société civile. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que cette situation contrariait un aspect important de l'identité du demandeur et emportait violation de son droit au respect de sa vie privée.

La reconnaissance du transsexualisme est donc imposée comme un standard minimal de protection de la vie privée. En d'autres termes, il est interdit à un État, par la Cour de Strasbourg, d'interdire le transsexualisme²⁵⁷. L'admission de la

²⁵⁵ S. PARICARD, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ Fam.* 2016, p. 585 ; V. CALAIS, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, 2007/4 (n°4), p. 133.

²⁵⁶ CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. contre Turquie*, n° 14793/08, jurisdata n° 2015-004200, « Subordonner le changement (médical) de sexe à la stérilité méconnaît le droit au respect de la vie privée du transsexuel », *Droit de la famille*, n°5, mai 2015, p. 41.

²⁵⁷ La discrimination à l'encontre d'une personne transsexuelle est également sanctionnée par l'Union européenne. Dans un arrêt de la Cour de Justice de 1996, *P. contre S. et Cornwall Country Council* (CJCE, 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall Country Council*, aff. C-13/94, Rec., p. I-

transcription du changement de sexe à l'état civil, imposé par les institutions européennes au nom du respect de la vie privée, a alors ouvert la question du mariage des personnes transsexuelles.

2. Le droit au mariage des personnes transsexuelles

73. Mariage. La reconnaissance du droit de modifier son sexe à l'état civil a conduit à se poser la question des autres droits individuels liés à la vie privée, dont la question du mariage et plus précisément la question de l'accès au mariage des personnes n'ayant pas la capacité de procréer, alors qu'originellement, la finalité du mariage est la procréation. L'ablation du sexe d'origine et l'apparence du sexe opposé ne confèrent pas la capacité de procréer avec une personne de sexe d'origine identique. Le droit européen des droits de l'homme a progressivement dissocié, à travers ce contentieux du transsexualisme, le mariage et la possibilité de fonder une famille.

La Commission européenne des droits de l'homme²⁵⁸, ancienne Cour européenne des droits de l'homme, a d'abord dissocié dans un arrêt *Van Oosterwijck contre Belgique* de 1979²⁵⁹ le droit de se marier et de fonder une famille. Cet arrêt impliquait donc, pour la première fois, que l'accès au mariage ne puisse pas être refusé aux personnes qui n'avaient pas la capacité de procréer. Dans les arrêts *Rees*

2143, concl. G. Tesaurò : J.-P. MARGUÉNAUD, « Conv. EDH, art. 8 : Vie privée », *Répertoire Dalloz de droit européen*, avril 2014 (actualisation : avril 2015), n° 14), en matière de non-discrimination en raison du sexe, une requérante qui travaillait dans un établissement d'enseignement a subi un premier traitement nécessaire à sa conversion sexuelle. Elle reçut alors un préavis de licenciement. Elle introduisit un recours contre son employeur et l'administration responsable de son secteur d'activité au motif d'une discrimination fondée sur le sexe. L'administration répondit que le licenciement était dû au sureffectif, ce qui ne fût pas accepté par la Cour de Justice. La législation nationale pose à la Cour de justice la question préjudicielle suivante, le licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle rentre-t-il dans le champ d'application de la directive 76/207 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et la promotion professionnelles et les conditions de travail. Le licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle est condamné au regard du droit communautaire. Les articles 7 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protègent la vie privée et interdisent toute discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle.

²⁵⁸ Ancien organe du Conseil de l'Europe chargé de l'examen de la recevabilité des requêtes. Elle a été supprimée en 1998.

²⁵⁹ CEDH, Cour plénière, 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck contre Belgique*, req. n° 7654/76 : A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.*, 2003, p. 2032.

conte Royaume-Uni de 1986, *Cosey contre Royaume-Uni de 1990* et *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni de 1998*²⁶⁰, le mariage était encore considéré comme le moyen de fonder une famille, ce qui impliquait un lien naturel entre couple et filiation. L'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*²⁶¹ est venu marquer une évolution en obligeant les États à admettre le mariage des transsexuels opérés dont la conversion avait été pleinement réalisée²⁶². Ces décisions sont le socle du standard de protection minimale du droit au respect de la vie privée de la personne transsexuelle. La notion de famille en est modifiée dans la mesure où le critère d'altérité sexuelle réelle, en vue de procréer, n'est plus recherché. Si l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrait la liberté de se marier en des termes impliquant la différence des sexes en énonçant qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »²⁶³, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait évoluer la liberté matrimoniale. Il en découle que le mariage n'est plus seulement une institution solennelle, il devient un droit individuel opposable et une

²⁶⁰ CEDH, Cour plénière, 17 octobre 1986, *Rees contre Royaume-Uni*, req. n° 9532/81 : J.-P. MARGUENAUD, « Arrêt Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001 ; CEDH, 27 sept. 1990, *Cossey contre Royaume-Uni*, n°10843/84 ; CEDH, 30 juil. 1998, *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*, 22985/93 : F. GRANET, « Transsexualisme et mariage devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Fam.*, 2002, p. 413 ; analyse de P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme, analyse du droit français*, Préf. du Professeur GRANET-LAMBRECHTS, PUAM, 2004, p. 81, n° 138 et s.

²⁶¹ CEDH, *Gr. Ch.*, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; P. REIGNE, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *D.*, 2015, p. 1875 ; L. BURGOGNE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 335 ; J.-J. LEMOULAND, « Le droit au mariage du transsexuel », *D.* 2003, p. 1935 et s.

²⁶² Le sexe anatomique prévaut sur le sexe chromosomique. L'opération prévaut sur le genre sexuel initial de l'individu.

²⁶³ Cet article fait écho à l'article 16 premièrement de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Organisation des Nations Unies en 1948 et qui énonce « 1. À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage, et lors de sa dissolution. 2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a le droit à la protection de la société et de l'État ».

expression de la volonté personnelle. Ainsi le mariage n'est plus le « *seul critère de formation de la famille officiellement et expressément protégé*²⁶⁴ ».

74. Effet transversal des droits fondamentaux. La Cour de Justice va également se détacher des conditions posées par le texte de la Convention (âge nubile et altérité sexuelle) pour poser la protection du mariage des personnes ne pouvant pas procréer. Cette question du mariage des personnes transsexuelles est un exemple de l'intime connexion des deux Cours dans l'interprétation modernisatrice des droits fondamentaux²⁶⁵. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Goodwin*, s'est référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux, sous-entendant ainsi que le droit au mariage devait également être interprété à la lumière du texte européen. La Cour de Justice des Communautés européennes, a également, à son tour, fait référence au droit au mariage tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme en utilisant l'arrêt *Goodwin* du 11 juillet 2002 comme fondement de la condamnation de l'impossibilité faite aux transsexuels anglais de se marier et de bénéficier du régime de la pension de réversion. Dans l'arrêt du 7 janvier 2004²⁶⁶, rendu par la Cour de justice de la Communauté européenne, *K. B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, la requérante, K.B., est une femme qui vit avec une personne, R., née de sexe féminin, mais devenue un homme suite à une opération médicale de changement de sexe. R. n'a pas pu modifier son acte de naissance pour officialiser ce changement, et la législation britannique ne permet pas aux personnes transexuelles de se marier. En l'absence de mariage, R. ne peut pas bénéficier d'une pension de veuf au cas où K.B. décèderait. K.B. saisit le Tribunal en arguant du fait que les dispositions nationales « *en limitant les prestations aux veufs et veuves d'affiliés* » entraînent une discrimination fondée

²⁶⁴ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Collection Logiques juridiques (thèse), p. 246.

²⁶⁵ « *Cette réciprocité de l'influence des deux cours a été particulièrement nette à propos de la question du mariage des transsexuels* ». A. GOUTTENOIRE, « La double protection de la famille en Europe, à partir des textes de références », Union européenne et droit de la famille, *Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 41-42.

²⁶⁶ CJCE, 7 janvier 2004, *K. B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, Rec. P. I-541, concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER ; J. RAYNARD, « Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible », *RTD civ.*, 2004, p. 373.

sur le sexe²⁶⁷. La Cour de justice précise que la législation nationale doit, non pas modifier sa législation sur le mariage, mais accorder les mêmes droits à une pension de réversion au conjoint d'un mariage transsexuel qu'au conjoint d'un couple marié. C'est donc à l'occasion d'un contentieux sur le principe d'égalité des rémunérations que la Cour de justice intervient en matière de droit au mariage. Ce contentieux est « *une illustration de l'effet transversal des droits fondamentaux et plus particulièrement du principe de non-discrimination qui, avec le développement de la législation fondée sur l'article 13 CE paraît avoir vocation à embrasser de nombreux secteurs couverts par la législation nationale* »²⁶⁸. La protection du droit au respect de la vie privée des personnes transsexuelles a donné lieu à la protection du droit au mariage des personnes transsexuelles. La modification de l'institution matrimoniale au nom des droits fondamentaux des personnes transsexuelles participe de la transformation de la famille, qui n'est plus fondée sur la procréation naturelle par l'altérité sexuelle. La reconnaissance d'un statut juridique pour les personnes homosexuelles confirme cette évolution.

B. La reconnaissance d'un statut juridique pour les couples de personnes de même sexe

75. Reconnaissance juridique. La Cour européenne des droits de l'homme laisse aux États une marge d'appréciation souveraine concernant le mariage de personnes de même sexe (*Mata Estevez contre Espagne* du 10 mai 2001²⁶⁹, *Parry contre Royaume-Uni*²⁷⁰ et *Schalk et Kopf contre Autriche*²⁷¹). Cependant, elle impose

²⁶⁷ La Cour d'appel transmet une question à la Cour de justice pour déterminer si le refus d'accorder une pension à un partenaire transsexuel est une discrimination.

²⁶⁸ J.-P. JACQUE, O. COTTE, « *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, affaire C-117/01, arrêt de juin 2003 », *L'Europe des libertés*, http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=156&id_rubrique=8.

²⁶⁹ CEDH, 4^{ème} section, 10 mai 2001, *Antonio Mata Estevez contre Espagne*, déc., 56501/00 ; J.-P. MARGUENAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTD civ.*, 2010, p. 738.

²⁷⁰ CEDH, 3^{ème} section, 28 novembre 2006, *Parry contre Royaume-Uni*, req. n° 42971/05 ; J. HAUSER, « Mariage homosexuel : QPC et Cour EDH », *RTD civ.*, 2010, p. 765.

²⁷¹ CEDH, 1^{ère} section, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. n° 30141/04 ; C. FLEURIOT, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *D. Actualités*, 17 décembre 2010 ; H. FULCHIRON, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*,

la reconnaissance obligatoire d'un statut juridique pour ces couples, leurs assurant ainsi une protection juridique minimale. La mutation idéologique réalisée en moins d'un demi-siècle en Europe fait passer l'homosexualité de la qualification de délit pénal, sous la bannière de la protection de la vie familiale. Dans l'arrêt *Kozak contre Pologne*²⁷² du 2 mars 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement précisé qu'il « n'exist(ait) pas seulement une façon pour un individu de mener sa vie privée ou familiale » (§18). Dans cet arrêt, un homme avait demandé à la commune, après le décès de son compagnon homosexuel, la transmission à son profit du bail de l'appartement qu'ils occupaient, dont la commune était propriétaire. La commune procédait ainsi pour les couples hétérosexuels mariés ou concubins, mais l'avait refusé au concubin homosexuel. La Cour européenne a alors constaté une différence de traitement injustifiée et a condamné la Pologne.

Dans l'arrêt *Vallianatos contre Grèce*²⁷³ du 7 novembre 2013, l'État grec a été condamné pour méconnaissance des droits des requérants sur le fondement du principe de non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle et du droit à une vie privée et familiale. La loi grecque n° 3719/2008 instituait un « pacte de vie commune » réservé aux seuls couples hétérosexuels. La Cour a rappelé qu'il était interdit d'exclure les couples de même sexe lorsque la loi instituait une reconnaissance institutionnelle des couples non mariés. L'Italie a également été condamnée, dans des circonstances similaires, dans l'arrêt *Oliari et autres contre*

2015, p. 2160 ; « La CEDH impose de reconnaître un statut légal aux couples de même sexe – Cour européenne des droits de l'homme 21 juillet 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 615 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre - décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889.

²⁷² CEDH, 2 mars 2010, *Kozak contre Pologne*, n° 13102/02 ; J.-P. MARGUENAUD, « Petit guide européen de l'accession à l'homoparentalité », *RTD civ.*, 2013, p. 329 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre - décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889 ; « Transfert du bail au concubin homosexuel – Cour européenne des droits de l'homme 2 mars 2010 », *AJDI*, 2010, p. 547.

²⁷³ CEDH, *Gr. Ch.*, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres contre Grèce*, req. n° 29381/09 et 32684/09 ; F. LAFFAILLE, « L'arrêt *Vallianatos contre Grèce* et la protection conventionnelle des couples homosexuels », *D.*, 2013, p. 2888 ; « Pacte de vie commune » : violation par la Grèce de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention EDH – Cour européenne des droits de l'homme, 7 novembre 2013, *D.* 2013, p. 2888 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2014, p. 147.

Italie du 21 juillet 2015²⁷⁴. Trois couples homosexuels reprochaient alors à la législation italienne de n'avoir prévu aucun cadre juridique permettant de protéger l'union homosexuelle. La Cour européenne des droits de l'homme a prononcé la non-conformité de la législation italienne à la Convention européenne des droits de l'homme et a obligé l'État italien à la consécration juridique d'un statut pour le couple homosexuel. L'Italie a ainsi modifié sa législation par une loi du 11 mai 2016 en créant une union civile homosexuelle, distincte du mariage.

76. Homosexualité et Union européenne. En droit de l'Union européenne, la protection de la vie familiale des personnes homosexuelles n'est pas reconnue jusqu'à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En 1998 encore, la Cour de Justice ne reconnaissait pas la relation homosexuelle au même titre que la relation hétérosexuelle et rappelait que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne protégeait pas, en l'état, une telle relation sous la bannière de la vie familiale. Dans un arrêt de la Cour de Justice, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*²⁷⁵ du 17 février 1998, Madame Grant demandait à son employeur le bénéfice, pour sa compagne, de réductions normalement octroyées au conjoint et personnes à charge des employés de la compagnie ; elles lui ont été refusées. La Cour de justice fut saisie par l'*Industrial Tribunal* (juridiction anglaise du travail). Elle considéra alors qu'il n'y avait pas de discrimination dans ce refus, fondée sur l'article 119 du Traité. Le § 31 de la décision précisait que « *s'il est vrai que, comme l'a relevé Mme Grant, le Parlement européen a déclaré qu'il déplorait toute discrimination fondée sur la tendance sexuelle d'un individu, il n'en reste pas moins que la Communauté n'a pas adopté, jusqu'à présent, de normes procédant à une telle assimilation* ».

²⁷⁴ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, jurisdata n° 2015-018818 ; H. FULCHIRON, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.* 2015, p. 2160 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le partenariat civil pour tous », *RTD civ.*, 2014, p. 301.

²⁷⁵ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, Rec., p. I-621, concl. M. Elmer ; F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire » », *RTD eur.*, 1999, p. 659.

La Charte des droits fondamentaux, signée à Nice le 7 décembre 2000, va modifier notablement la situation, car « *si la plupart des libertés retenues sont celles de la Convention...la Charte va plus loin et innove par rapport au texte conventionnel* »²⁷⁶. L'article 9 de la Charte dissocie le droit de se marier et le droit de fonder une famille en énonçant que « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ». Cette formule englobe sous la bannière de la vie familiale tous les modèles familiaux (famille née du mariage ou non, monoparentale, homoparentale), la procréation n'étant plus le dénominateur commun à toutes les familles.

Par ailleurs, la Charte évoque le mariage sans préciser s'il s'agit d'une union hétérosexuelle ou homosexuelle et prend acte de la disparition de la condition d'altérité sexuelle comme condition du mariage. Mécaniquement, cette reconnaissance implique l'obligation pour les États de reconnaître un statut juridique minimum pour les couples de personnes de même sexe. Selon la Charte, et en adéquation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats n'ont pas l'obligation de consacrer le mariage des personnes homosexuelles, mais doivent leur permettre de voir leur union reconnue par le droit, avec un statut leurs reconnaissant les mêmes avantages que les personnes non mariées hétérosexuelles.

Quelle que soit son orientation sexuelle, le couple dispose d'une protection minimale assurée par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Ce standard de protection du couple s'accompagne du droit pour ses membres d'accéder à la parenté, selon leurs capacités procréatives, que la science vient compléter. La question du droit individuel à devenir parent d'un enfant se pose avec une particulière acuité.

§2. La protection de la vie familiale par l'accession à la parenté

77. Le droit à devenir parent des couples de même sexe est régi différemment selon que la parenté est biologique ou adoptive. Ce droit n'est pas unanimement reconnu comme standard de protection partagé par toutes les législations. En effet,

²⁷⁶ J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 778, n° 756.

les questions juridiques qui y sont liées sont délicates. Le géniteur potentiel et sa volonté d'engendrer peuvent entrer en conflit avec les droits fondamentaux de l'enfant. Les progrès scientifiques ont démultiplié les contentieux juridiques, en matière de filiation adoptive (A) ou biologique (B).

A. Le droit à la filiation adoptive

78. Droit acquis à l'adoption pour les personnes transsexuelles. En France, les personnes transsexuelles peuvent choisir d'adopter un enfant, seules ou avec leur conjoint. Un refus d'agrément à l'adoption, motivé par le transsexualisme, serait contraire au droit à la vie familiale et au principe de non-discrimination, protégés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. En ce sens, le droit à l'adoption plénière au profit des célibataires dans le cadre d'une adoption internationale²⁷⁷ a d'abord été admis et depuis 2010, la protection des relations entre un enfant et un de ses parents transsexuel²⁷⁸ est consacrée.

79. Adoption et homosexualité. Les institutions européennes protègent le droit à l'adoption pour les personnes souffrant d'infertilité sociale, c'est-à-dire qui ne sont pas physiquement stériles, mais dont la relation avec une personne de sexe identique,

²⁷⁷ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, n° 76240/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325.

²⁷⁸ CEDH, 3^{ème} section, 30 novembre 2010, *P.V. contre Espagne*, Req. n° 35159/09 ; I. GALLMEISTER, « Restriction du droit de visite d'une transsexuelle à son fils : pas de violation de la Conv. EDH », *D. Actualités*, 16 décembre 2010. Dans l'arrêt *P.V. contre Espagne* du 30 novembre 2010, le juge espagnol avait pris la décision de restreindre le droit de visite d'un père qui était en train de suivre un processus de conversion sexuelle, afin de laisser le temps à son enfant de s'habituer à ce changement d'identité. L'État espagnol n'a pas été condamné, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu de violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où l'intérêt de l'enfant avait guidé l'allègement du droit de visite et que les relations avec l'enfant, bien qu'allégées, avaient été maintenues. Le juge avait demandé un rapport psychologique tous les deux mois et se tenait informé de l'évolution de la situation du parent transsexuel. Il découle de cet arrêt que le transsexualisme n'est pas considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme un empêchement à mener une vie familiale et que les personnes transsexuelles sont titulaires de ce droit au même titre que les personnes ne souffrant pas de dysphorie du genre. Cette solution, qui participe activement de la transformation de la notion de famille, est en cohérence avec le régime actuel du droit à l'adoption des personnes homosexuelles.

est stérile. L'adoption homosexuelle a été longuement discutée²⁷⁹. D'abord refusée dans un arrêt *Fretté contre France*²⁸⁰, elle a été admise par un arrêt *E.B. contre France*²⁸¹. Dans l'arrêt *Fretté contre France*, la Cour a rappelé que la Convention ne garantissait pas par elle-même un droit à l'adoption. Un refus d'agrément reposant sur l'homosexualité ne manquait pas de justification objective et raisonnable. En cet arrêt, la Cour a précisé en son §32 que l'article 8 ne protégeait pas le simple désir de fonder une famille. Dans l'arrêt *E.B. contre France*, il a été considéré que le refus d'adoption par une personne homosexuelle, alors que l'adoption était ouverte aux personnes célibataires, était une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle²⁸². L'orientation sexuelle n'a donc pas d'impact sur la parenté. Le couple et la filiation deviennent deux réalités disjointes par la médecine et le droit, sous l'impulsion des droits fondamentaux. Il en est de même en matière de séparation des couples de parents, lorsque le droit fait en sorte que le couple parental survive, par le biais de la résidence alternée, au couple conjugal désuni. Ainsi, les personnes dont l'orientation sexuelle ne permet biologiquement pas la procréation ne doivent pas être tenues à l'écart de la parenté au nom des principes d'égalité et de non-discrimination. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les personnes homosexuelles étaient aussi « *aptés ou inaptés* », selon les termes de l'arrêt *E.B. contre France*, que

²⁷⁹ Sur la question de l'adoption par des personnes homosexuelles, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a publié le 28 avril 2011 une étude qui distingue les formes d'adoption. *Commissioner for Human Rights, Adoption and children : a human rights perspective*, Strasbourg, 28 avril 2011, IV, b. (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1780157&Site=CommDH&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>)

²⁸⁰ CEDH, 3^{ème} section, 26 février 2002, *Fretté contre France*, req. n° 36515/97 ; « *La garantie de l'article 8 « pré suppose l'existence d'une famille » (Marckx contre Belgique, 13 juin 1979, A.31, §31) sans exclure « toute vie familiale projetée » (Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni, 28 mai 1985, A. 94, §62) ».*

²⁸¹ CEDH, *Gr. Ch.*, 22 janv. 2008, *E. B. contre France*, req. n° 43546/02 : Une position contraire a été prise par la Cour européenne des droits de l'homme du 22 janvier 2008, *EB contre France*, a condamné le refus d'agrément comme discriminatoire comme fondé uniquement sur l'orientation sexuelle.

²⁸² En effet, le 22 janvier 2008, dans l'affaire *E.B. contre France*, la CEDH a opéré un revirement de jurisprudence en condamnant la France pour la violation des articles 14 et 8 combinés, sur le fondement de la discrimination pour une femme homosexuelle française qui s'était vue opposer le refus de pouvoir adopter un enfant (CEDH, *gr. ch.*, 22 janv. 2008, *E.B. contre France*, req. n° 43546/02, *JCP G* 2008, 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE. *V. contra* : CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté contre France*, *op. cit.*).

les personnes hétérosexuelles, à élever un enfant. L'altérité sexuelle est donc peu à peu effacée de la notion juridique de famille.

80. Adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel. L'adoption coparentale au sein d'un couple homosexuel, par laquelle un membre d'un couple adopte l'enfant de l'autre, a été également très discutée. Dans l'arrêt *X. contre Autriche*²⁸³, l'Autriche est condamnée pour discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie familiale. En l'espèce, une femme vivait en couple avec une autre femme qui était la mère de l'enfant que les deux femmes élevaient ensemble. La première femme a demandé à pouvoir adopter l'enfant de sa compagne, dont elle s'occupait, adoption coparentale possible pour les couples hétérosexuels non mariés. La notion de famille est directement visée dans cet arrêt où « *les foudres européennes sont (...) dirigées uniquement contre le choix des autorités autrichiennes de refuser l'adoption coparentale à un couple de même sexe* »²⁸⁴, alors qu'elles ouvrent cette possibilité aux autres couples non mariés. Le refus d'accès à l'adoption n'est pas sanctionné en soi, mais le sont les conditions discriminatoires de son ouverture aux couples non mariés (§153 de l'arrêt). La Grande Chambre a déployé dans cet arrêt un raisonnement qui participe de la protection conventionnelle de l'homoparentalité. Pour se défendre, l'État concerné doit démontrer que la différence de traitement est justifiée et proportionnée aux buts qu'elle poursuit. L'Autriche invoque alors la protection de la famille au sens traditionnel du terme et l'intérêt de l'enfant.

Cet argument de protection de la famille au sens traditionnel du terme n'a pas convaincu la Grande chambre qui l'a jugé « *assez abstrait* »²⁸⁵. La Cour décide de faire peser sur le Gouvernement autrichien la charge de la preuve, en lui demandant de démontrer que la préservation de la famille et la préservation de l'intérêt de l'enfant commandent d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale

²⁸³ CEDH, *Gr. Ch.*, 19 février 2013, *X. et autres contre Autriche*, req. n°19010/07 ; I. GALLMEISTER, « Adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel : condamnation de l'Autriche », *D. Actualités*, 26 février 2013.

²⁸⁴ N. HERVIEU, « Discrimination et vie familiale (art. 14 et 8 CEDH) : un long chemin vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », (PDF) in « *Actualités Droits-Libertés* », CREDOF, 26 février 2013.

²⁸⁵ § 139 de la décision *X. et autres contre Autriche*, req. n°19010/07.

ouverte aux couples hétérosexuels non mariés (§141). La Cour constate que « *le Gouvernement autrichien n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant* (§142) ». La Cour en conclut donc que les couples homosexuels sont aussi aptes à l'adoption que les couples hétérosexuels, et bat ainsi en brèche l'interdiction de l'adoption coparentale. Tant que la preuve n'est pas rapportée que la préservation de la famille traditionnelle interdit d'étendre l'adoption aux couples de même sexe, les contours de la famille peuvent être modifiés. La position de la Cour sur cette question ne repose pas sur un argumentaire juridique, la Cour modèle arbitrairement son standard de protection de la famille homosexuelle en ne se fondant pas plus sur des arguments ou études scientifiques que le Gouvernement autrichien. La notion de famille est transformée par un raisonnement par défaut.

Dans l'arrêt *Shalk et Kopf contre Autriche*²⁸⁶ où les conditions sont similaires, la Cour reconnaît que « *la relation qui unit les trois requérants relève de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention* », dès lors que les deux femmes forment un couple homosexuel stable menant une vie commune depuis de nombreuses années (...) et s'occupent toutes deux de l'enfant qui vit avec elles » (§96). Les liens homoparentaux et les liens hétéroparentaux sont placés sur le même plan. Comme la Cour l'a énoncé au 100^{ème} paragraphe de l'arrêt *Schneider contre Allemagne*²⁸⁷, elle s'attache à tenir compte des « *réalités de la vie familiale au XXI^{ème} siècle* ». Elle avait déjà souligné dans l'arrêt *Burden contre Royaume-Uni* du 29 avril 2008²⁸⁸ que les liens unissant les membres d'un couple homosexuel ne sont pas

²⁸⁶ CEDH, 1^{ère} section, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. n° 30141/04 ; C. FLEURIOT, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *D. Actualités*, 17 décembre 2010 ; H. FULCHIRON, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160 ; « La CEDH impose de reconnaître un statut légal aux couples de même sexe – Cour européenne des droits de l'homme 21 juillet 2015 », *AJ Fam.*, 2015, p. 615 ; L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 889.

²⁸⁷ CEDH, 5^{ème} section, 19 juillet 2012, *Schneider contre Allemagne*, n°497/09 ; N. NALEPA, « CEDH et adoption : ne vous fiez pas aux simples déclarations d'intention », *D. Actualités*, 4 juillet 2014.

²⁸⁸ CEDH, Grande Chambre, 29 avril 2008, *Burden contre Royaume-Uni*, n°13378/05 ; « Le droit aux prestations familiales implique le respect des règles du regroupement familial – Cour européenne des droits de l'homme », 1 octobre 2015, *AJDA* 2015, p. 1833, n° 42.

identiques à ceux unissant deux sœurs partageant le même toit. Le « *label familial* »²⁸⁹ devait, selon la Cour, être conféré à ces relations amoureuses²⁹⁰.

81. Situation en droit français. Dans l'arrêt *Gas et Dubois contre France* du 15 mars 2012²⁹¹, Mesdames Gas et Dubois sont deux femmes qui vivent en concubinage. La première donne naissance à une petite fille, conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. Les deux femmes concluent un PACS et Madame Dubois demande, avec l'accord de la partenaire, à adopter l'enfant de sa compagne. Les juridictions françaises refusent une telle requête en adoption simple, car elle transférerait l'autorité parentale à l'adoptante, en dépit de la mère biologique de l'enfant, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant. L'article 365 du Code civil réserve ce partage de l'autorité parentale après adoption aux couples mariés. Les deux femmes exercent un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention, en soutenant qu'elles subissaient un traitement discriminatoire, fondé sur leur orientation sexuelle et portant atteinte au respect de leur vie privée et familiale. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le fait de refuser à une femme homosexuelle la faculté d'adopter l'enfant de sa partenaire et de refuser le recours à la procréation médicale avec tiers donneur aux couples homosexuels ne viole par la Convention. Elle souligne par ailleurs que la Convention n'implique pas d'imposer aux États d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Le statut d'époux est un statut spécifique qui justifie une différence de traitement entre personnes mariées et pacsés. La France n'est certes pas condamnée dans cet arrêt, mais trois juges expriment leur point de vue par opinion concordante, en faisant part de leur

²⁸⁹ N. HERVIEU, « Discrimination et vie familiale (art. 14 et 8 CEDH) : un long chemin vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », (PDF) in « *Actualités Droits-Libertés* », CREDOF, 26 février 2013.

²⁹⁰ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2010, n° 35, p. 859 ; P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.*, 2012, p. 2947.

²⁹¹ CEDH, 5^{ème} section, 15 mars 2012, *Gas et Dubois contre France*, req. n° 25951/07 ; I. GALLMEISTER, « Adoption au sein du couple homosexuel : CEDH v. Conseil constitutionnel », *D. Actualités*, 8 octobre 2010 ; D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.*, 2012, p. 1992 ; « Adoption au sein du couple homosexuel : pas de condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme 15 mars 2012 », *D.*, 2012, p. 1241.

interrogation quant à la cohérence du dispositif français. Ils lancent un appel à la France afin qu'elle modifie sa législation. Ce refus apparent de condamner la France n'est motivé que par des raisons institutionnelles, de crainte de la critique d'un gouvernement des juges. La Cour renvoie fermement le législateur national à sa responsabilité en ce domaine qui concerne la notion de famille, mais les opinions séparées des juges COSTA, SPIELMANN et BERRO-LEFEVRE rendent la position de la Cour européenne des droits de l'homme limpide. En effet, le juge COSTA invite le législateur français à « *ne pas se contenter de la non-violation à laquelle nous avons conclu* » et à décider de revoir la question en adaptant le texte de l'article 365 du Code civil aux réalités sociales contemporaines. Cette jurisprudence était propice à la réforme de 2013 instituant le mariage et l'adoption pour les couples de personnes de même sexe. Sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, la législation française a été modifiée pour permettre l'adoption par un couple homosexuel marié. Une distinction entre couples marié et non marié demeure cependant admissible. La notion de famille évolue donc profondément, notamment par la consécration du droit à l'adoption pour les personnes de même sexe²⁹², même si l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pour le moment pas à proprement parler le droit d'adopter²⁹³. Elle est encore accélérée par les évolutions en matière de procréation médicalement assistée et de gestation pour autrui.

B. Le droit à la filiation biologique aidée

82. Les droits fondamentaux participent à l'extension du recours à l'assistance médicale à la procréation (1) et encouragent les États à reconnaître les gestations pour autrui réalisées à l'étranger, dans l'intérêt de l'enfant (2).

²⁹² Ainsi que l'adoption de l'enfant conçu par PMA avec tiers donneurs étudié au chapitre suivant.

²⁹³ CEDH, 5^{ème} section, 4 octobre 2012, *Harroudj contre France*, req. n°43631/09, § 135 ; M. KEBIR, « *Kafala* : le refus d'adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale », *D. actualités*, 17 octobre 2012 ; N. MARCHAL ESCALONA, « Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 89.

1. L'accès à la procréation médicalement assistée

83. Droit de devenir parent génétique par PMA. Le recours à la procréation médicalement assistée n'est pas un droit, mais certaines décisions traduisent une affirmation du droit à l'enfant par ce biais²⁹⁴. Dans l'arrêt *Dickson* contre Royaume-Uni, du 4 décembre 2007²⁹⁵, les juges ont admis que le refus d'autoriser le requérant détenu et son épouse à recourir à l'insémination artificielle, alors que la sortie de prison de celui-ci était prévue à une date à laquelle il ne serait probablement plus possible pour le couple d'avoir un enfant, constituait une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale. La Cour a considéré que « l'article 8 est applicable aux griefs des requérants en ce que le refus de l'insémination artificielle concerne leur vie privée et familiale, ces notions incluant le droit au respect de devenir parents génétiques » (§ 66). La Cour a admis dans cet arrêt la légitimité du désir d'enfant et l'obligation de l'État de le protéger.

Dans l'affaire *Evans contre Royaume-Uni* du 10 avril 2007²⁹⁶, relatif au refus de consentement à l'implantation d'embryon après séparation d'un couple (hétérosexuel), la Cour européenne des droits de l'homme a refusé de condamner le Royaume-Uni, estimant que la décision d'un père potentiel d'être ou de ne pas être parent génétique devait être respectée. La Cour précise ici que le droit d'un individu à vouloir devenir parent ne doit pas conduire à forcer l'autre membre du couple à le devenir, par procréation médicale, contre son gré. L'enfant n'est donc pas un droit individuel. Cet arrêt de Grande chambre précise néanmoins que la parentalité peut prendre différentes formes (sociale, juridique, physique et génétique voire affective),

²⁹⁴ D. FENOUILLET, « Propos introductifs », *La mutation de la famille*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, p. 269.

²⁹⁵ CEDH, Gr. Ch., 4 déc. 2007, *Dickson contre Royaume-Uni*, n° 44362/04 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n° 4, doct. 110 ; CEDH, 4^e section, 18 avril 2006, *Dickson contre Royaume-Uni*, req. 2007/38 ; C. PICHERAL, « Les prudentes avancées de la Cour EDH en matière d'accès au diagnostic préimplantatoire », *JCP G.*, n° 43, p. 1148.

²⁹⁶ CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans contre Royaume-Uni*, n° 6339/05 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n° 4, doct. 110 ; J.-P. MARGUENAUD, « La triste fin des embryons in vitro du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du Mâle », *RTD civ.*, 2007, p. 295.

toutes rattachées à l'article 8 de la Convention (§ 62), ce qui accrédite l'idée de la consécration possible d'un droit à devenir parent²⁹⁷.

La question se pose alors de savoir si ces décisions peuvent laisser présager d'une évolution vers la création d'un droit général à l'enfant par le biais de l'assistance médicale à la procréation, spécialement pour les personnes transsexuelles ou de même sexe.

84. PMA et transsexualisme. Dans l'arrêt *X., Y., Z. contre Royaume-Uni*²⁹⁸, les requérants se plaignent du fait que la personne transsexuelle, X., (une femme devenue homme) ne peut pas être inscrite à l'état civil comme père de l'enfant né par procréation médicalement assistée de sa compagne Y. La Cour n'a pas condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais a reconnu l'existence d'un lien familial dans les rapports entre un transsexuel né de sexe féminin, sa compagne et l'enfant de cette dernière né d'une insémination artificielle avec donneur. La Cour reste réservée dans la mesure où le transsexualisme et la procréation médicalement assistée suscitent des questions de divers ordres, notamment éthique²⁹⁹. L'article 8 concernant la protection de la vie familiale s'applique, mais le texte n'est pas violé, étant donné l'absence de consensus à ce sujet. La notion de famille est somme toute étendue aux familles dont l'un des membres est transsexuel et l'autre a participé à une opération de procréation médicalement assistée. Cette décision représente, d'une part, un cran supplémentaire

²⁹⁷ Voir D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », *La mutation de la famille*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, p. 95.

²⁹⁸ CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z contre Royaume-Uni*, req. n° 21830/93 ; J.-P. MARGUENAUD, « Arrêt Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001 ; S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071 ; N. FRICERO, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 1997, sommaires commentés, p. 363 ; J. MASSIP, « Où l'on retrouve des transsexuels », *LPA*, 25 mai 1998, p. 17 ; F. SUDRE et autres, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *RUDH*, 1998, p. 81.

²⁹⁹ § 52 de l'arrêt *X, Y, Z contre Royaume-Uni* : « étant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants, la Cour estime que l'article 8 (art. 8) ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. Dans ces conditions, le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation unissant X et Z ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition (art. 8) ».

dans l'élaboration du standard de protection de la personne transsexuelle et de son droit à la vie familiale et participe, d'autre part, à la transformation accélérée de la notion de famille.

85. PMA et homosexualité. La procréation médicalement assistée ne fait pas encore l'objet d'un consensus pour les personnes de même sexe, elle est interdite en France. Cette technique médicale tend pourtant à s'imposer dans la mesure où le « tourisme procréatif », engendré par la concurrence des différentes législations, permet de recourir à ces techniques à l'étranger. La marge d'appréciation des États membres pourrait donc être prochainement restreinte en matière d'aide médicale à la procréation, compte tenu de la nécessité d'une harmonisation des solutions. Ainsi, la libéralisation de la procréation médicalement assistée dans plusieurs États européens est susceptible de conduire la juridiction européenne à « *imposer aux États membres la mise en œuvre de certaines garanties pour rendre effectif un droit à l'assistance médicale à la procréation sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale* »³⁰⁰. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme le laisse supposer, mais ne donne encore aucune solution tranchée concernant le droit d'accès à la procréation médicalement assistée pour les personnes homosexuelles. La France pourrait faire évoluer les choses puisque le Comité consultatif national d'éthique s'est prononcé par un avis du 15 juin 2017 en faveur de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires³⁰¹. L'accès à la procréation médicalement assistée pourrait donc devenir un droit pour les couples de femmes.

Les décisions relatives à la gestation pour autrui, qui marquent une étape de plus dans la transformation de la famille, précisent encore la position de la Cour sur les contours du droit à l'enfant. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme oblige désormais à la prise en compte de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger au nom du respect de la vie privée de l'enfant.

³⁰⁰N. BETTIO, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 20 octobre 2010, n° 2, p. 473.

³⁰¹ Avis du CCNE n° 126 du 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation.

2. L'obligation de retranscrire à l'état civil la filiation des enfants nés par gestation pour autrui

86. Interdiction en France. En droit positif, la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a interdit en France la gestation pour autrui. Elle a introduit dans le Code civil l'article 16-1 qui interdit toute patrimonialité du corps humain. Une décision n° 94-343 DC du 27 juillet 1994 du Conseil Constitutionnel a considéré que les principes du Code civil, « *au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine* » assurent le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Ce principe induit donc la nullité d'une convention de gestation pour autrui. L'article 16-7 du même Code le confirme que « *toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », de nullité d'ordre public. Cette loi est conforme à l'arrêt d'Assemblée plénière du 31 mai 1991³⁰² de la Cour de cassation qui énonce que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain* ». L'arrêt *Mennesson* de la première chambre civile du 17 décembre 2008³⁰³, rappelle que la convention de gestation passée à l'étranger n'a aucun effet juridique en France.

A cette prohibition s'ajoutent des sanctions pénales. L'article 227-12 du Code pénal sanctionne la provocation à l'abandon d'une peine de six mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende. Le texte énonce que « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une*

³⁰² AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105, X. DOMINO, « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française. La circulaire du garde des Sceaux du 25 janvier 2013 », *RFDA*, 2015, p. 163.

³⁰³ Civ. 1, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 ; P. LAGARDE, « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 320 ; J.-D. SARCELET, « Convention de mère porteuse et ordre public : le droit d'agir du Ministère public », *D.*, 2009, p. 332 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2009, p. 773 ; P. COURBE, « Droit international privé », *D.*, 2009, p. 1557.

femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le remettre » est interdit par la loi. L'article 227-13 du Code pénal punit le délit de substitution d'enfant de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Le texte énonce ainsi que « *la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant* » est interdite. L'intermédiaire est passible de sanctions pénales, et la mère porteuse et le couple intentionnel sont traités comme des co-auteurs. Le droit français interdit donc clairement la gestation pour autrui.

87. Reconnaissance de la GPA par la Cour européenne des droits de l'homme en cas de vérité biologique. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme à deux reprises dans les arrêts *Menesson* et *Labassée* du 26 juin 2014³⁰⁴, sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Dans ces deux affaires la France a refusé la retranscription d'actes d'état civil pour des enfants nés par gestation pour autrui, portant atteinte selon la Cour à l'identité des enfants venus au monde par ce mode de conception. La situation des enfants nés de ce procédé était comparée à celles des enfants adultérins avant qu'ils ne soient légitimés³⁰⁵. En effet, les parents français de ces enfants, résidant en France depuis toujours, pouvaient élever leurs enfants en France, mais ces enfants ne pouvaient pas avoir la même nationalité que leurs parents.

Après avoir refusé de reconnaître la filiation de la mère d'intention au nom du principe d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes, dans un arrêt de la

³⁰⁴ CEDH, 5^{ème} section, 26 juillet 2014, *Menesson contre France*, req. n° 65192/11 ; CEDH, 5^{ème} section, 26 septembre 2014, *Labassée contre France*, req. n° 65941/11 ; T. COUSTET « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. Actualités*, 30 juin 2014 ; « Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 26 juin 2014 », *AJ Fam.*, 2014, p. 499 ; « Gestation pour autrui (transcription de la filiation) : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme » 26 juin 2014, *D.*, 2014, p. 1797 ; F. CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 1797 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 1.

³⁰⁵ T. COUSTET, « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. actualité*, 30 juin 2014.

Cour de cassation du 6 avril 2011³⁰⁶ et la filiation du père biologique en raison de la fraude à la loi française constituée par le recours à une convention de mère porteuse, dans un arrêt du 19 mars 2014³⁰⁷, la France est condamnée pour non-respect du droit à l'identité de l'enfant. Ainsi, les États ont une marge d'appréciation dans l'autorisation ou l'interdiction en droit interne de la gestation des enfants conçus, ils n'ont pas la même marge d'appréciation en ce qui concerne la filiation.

Ces arrêts européens imposent à la France de reconnaître les effets de la gestation pour autrui pour le parent biologique, tout en interdisant le recours au procédé. Ces arrêts rendent donc efficaces les effets d'une pratique interdite. Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* du 26 juin 2014³⁰⁸ illustrent ce mécanisme d'intégration forcée du droit européen.

Les États n'ont plus, en matière de filiation, de marge d'appréciation dans la transcription en droit interne de la gestation pour autrui. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme l'emporte donc sur la législation interne, mais il faut préciser que la France n'a pas décidé de faire appel de cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme, d'ailleurs suivie par la Cour de cassation.

88. Limite de la reconnaissance en cas de GPA en l'absence de vérité biologique. La discussion a été poursuivie par deux arrêts *Paradiso contre Italie* du 29 janvier 2015³⁰⁹ et du 24 janvier 2017³¹⁰. La Cour européenne des droits de

³⁰⁶ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *D. actualité*, 14 avril 2011, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.*, 2012, p. 308.

³⁰⁷ Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 qui rappelle qu'en France la gestation pour autrui est nulle d'une nullité d'ordre public ; R. MESA, « Gestation pour autrui : confirmation du refus de transcription d'un acte de naissance étranger », *D. Actualité*, 2 avril 2014.

³⁰⁸ J. HAUSER, « Procréation médicalement assistées et adoptions : petits pas et faux pas sur un champ de ruines ! », *RTD Civ.*, 2014, p. 637.

³⁰⁹ CEDH, 2^{ème} section, 29 janvier 2015, *Paradiso contre Italie*, n°25358/12 ; V. LEFEBVRE, « Gestation pour autrui : la CEDH persiste et signe », *D. Actualité*, 20 février 2015 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1819 ; I. PRETELLI, « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 559 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude... », *D.*, 2014, p. 905.

³¹⁰ CEDH, gr.ch., 24 janvier 2017, *Paradiso contre Italie*, n° 25538/12 ; M. DOUCHY-LOUDOT, « Contentieux familial janvier 2016-décembre 2016 », *D.*, 2017, p. 470 ; F. GRANET-

l'homme a d'abord réitéré sa position dans l'arrêt de 2015. En l'espèce, les époux Paradiso Campanelli ont recouru à la gestation pour autrui en Russie. Au mois d'avril 2011, les requérants emmenèrent l'enfant conçu en Italie, grâce aux documents délivrés par le consulat d'Italie à Moscou et conformément à la loi russe. À leur arrivée en Italie, la municipalité italienne, auprès de laquelle ils se présentèrent, refusa l'enregistrement du certificat de naissance. Les parents d'intention furent mis en examen et un test ADN révéla que Monsieur Campanelli n'était pas le père biologique de l'enfant, ce qu'ils ignoraient tous deux. Le tribunal pour mineur décida d'éloigner l'enfant et de le mettre sous tutelle après avoir passé six mois avec ses parents d'intention. L'enfant fut placé dans une famille d'accueil et le refus de transcription du certificat russe fut confirmé comme étant contraire à l'ordre public. L'enfant reçut une nouvelle identité et fut considéré comme fils de parents inconnus.

Les parents ont alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui a considéré que l'État italien avait violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'intérêt de l'enfant et de l'ordre public devant être protégé, la Cour a considéré que les autorités italiennes n'avaient pas ménagé un juste équilibre des intérêts en jeu, que l'enfant avait été laissé sans citoyenneté ni identité pendant deux ans, puis avait été séparé de ses parents d'intention avec qui il avait créé des liens d'affection pendant six mois. L'Italie avait dû verser dix mille euros de dommages et intérêts aux requérants en remboursement des frais de procédure auxquels ils avaient été exposés.

La Cour italienne a alors fait appel de cette première décision et la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en grande chambre, a modifié sa solution. La Cour européenne des droits de l'homme a finalement constaté qu'en l'absence de tout lien biologique avec l'enfant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le fait de séparer l'enfant de ses parents adoptifs est dû à la précarité juridique de la situation créée par les parents qui ont adopté une conduite contraire au droit national en venant s'installer en Italie avec

LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2017, p. 729 ; V. LEFEBVRE, « Gestation pour autrui : la CEDH revoit sa copie », *D. Actualité*, 10 février 2017 ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels, février 2016-février 2017 », *D.*, 2017, p. 781 ; F. CHÉNÉDÉ, « Petite leçon de réalisme juridique », *D.*, 2017, p. 763.

l'enfant. Les autorités italiennes ont dû demander la suspension de l'autorité parentale et ouvrir une procédure d'adoptabilité, conformément à la loi en vigueur. La Cour européenne des droits de l'homme considère que laisser l'enfant avec les requérants serait revenu à légaliser la situation créée par ceux-ci en violation de règles du droit italien.

La Cour admet alors que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, en respectant la marge d'appréciation dont elles disposaient. La Cour estime donc en l'espèce que « *l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant* » (§ 215 de l'arrêt). Tout en prenant cette décision, la Cour n'ignore pas « *la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait* » (§ 215), mais fait primer l'intérêt général sur le désir individuel.

En effet, la majorité des juges composant la grande chambre ont estimé que l'équilibre était maintenu entre la défense de l'intérêt public et la lésion de l'intérêt privé. La généralisation de la gestation pour autrui semble donc ralentie par la recherche de la véracité d'un lien de filiation biologique entre l'enfant conçu et les parents commanditaires. Le Conseil de l'Europe a par ailleurs antérieurement écarté la gestation pour autrui dite altruiste par un vote du 15 mars 2016 suite à un rapport intitulé « *les droits humains et les questions éthiques liées à la gestation pour autrui* ». Le Conseil de l'Europe avait déjà condamné cette pratique par une résolution du 17 décembre 2015³¹¹.

Il existe néanmoins un mouvement progressif d'indifférence à la capacité de procréer pour fonder la famille. Le couple et la famille deviennent un groupement volontariste détaché de ses fondements naturels. La famille ainsi transformée reposerait sur la seule volonté de faire famille. De la consécration d'un statut juridique pour les couples de même sexe, à la reconnaissance d'un droit à l'adoption et potentiellement à l'enfant par des moyens médicaux, la limite est tenue. La

³¹¹ PE, résolution, 17 décembre 2015, § 115.

question du droit à l'enfant est en perpétuelle évolution et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aiguille ce grand chantier de la famille avec parfois une certaine versatilité comme le prouvent ces dernières décisions. Cette capacité de discussion et de recul de la Cour par elle-même mérite néanmoins d'être soulignée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

89. Adaptation de la famille aux individus. Les institutions européennes ne protègent plus la famille, mais la vie familiale, par la consécration de standards minimums de protection de certaines situations de fait. Il n'y a donc plus de modèle unique de famille, mais des types de familles, protégées par le droit au nom de la vie familiale. La neutralisation de la spécificité du mariage pour fonder la famille permet cette pluralité de types de familles. Les droits fondamentaux impliquent avant tout la protection minimale des personnes, et ce ne sont plus les personnes qui se conforment à l'institution familiale, mais l'institution familiale qui se conforme aux individus, en respectant leurs désirs, leur liberté et sans les discriminer, notamment sur des critères fondés sur l'orientation sexuelle. Les standards juridiques familiaux affirment deux directions, un assouplissement du cadre institutionnel de la famille et une ouverture de la famille aux personnes homosexuelles et transsexuelles. Ces standards impliquent le droit de se marier ou de ne pas se marier, en choisissant de vivre en concubinage ou de conclure un contrat de partenariat. Les circonstances de la naissance des enfants sont indifférentes, ils ont tous les mêmes droits, indifféremment des choix des parents. Ces couples peuvent se séparer et fonder autant de "familles" qu'ils le souhaitent. Couples et enfants doivent se former et se faire librement, en assurant à tous les couples et à tous les enfants un statut juridique. Les standards juridiques de protection de la famille sont les outils du pluralisme familial.

Les droits fondamentaux incitent aussi à rendre inopérants le critère d'altérité sexuelle et la capacité de procréation pour fonder la famille. L'infertilité de la relation homosexuelle est niée par les progrès scientifiques qui la compensent, séparant ainsi le couple juridique de sa réalité charnelle. Le droit à l'enfant progresse et le tourisme procréatif, ainsi que la concurrence des législations, accentuent ce phénomène. La question de la consécration d'un droit à l'enfant au nom des droits de l'homme est en suspens. La substance même de la famille est transformée par la

modification de la filiation. La famille est donc gouvernée par les droits fondamentaux, modulée par ces standards, qui imposent le pluralisme familial et la protection minimale de relations interindividuelles familiales. Il n'existe plus désormais en droit que des modalités de vie familiale. Les relations interindividuelles priment sur la famille au sens de groupe. Le droit à la protection de la vie familiale fait de la famille une notion ajustable.

CONCLUSION DU TITRE 1

90. La famille, des liens interpersonnels révocables. Les mutations opérées ne sont pas le fait d'un Code européen de la famille, mais de normes progressivement élaborées, sans vision générale, au gré des nécessités sociales, par les juridictions européennes. La jurisprudence joue un rôle capital, ce qui témoigne de l'importance donnée au cas par cas, aux situations affectives concrètes des individus³¹², à la protection des situations individuelles au détriment d'une vision globale de la famille. Des standards minimaux de protection des situations se sont affirmés à travers des normes supranationales hétérogènes. La famille ne fait pas l'objet d'une théorie globale, mais s'articule progressivement autour de grands principes de liberté, d'égalité et de non-discrimination. L'individu, titulaire de droit est au cœur du dispositif familial. La définition de la famille comme institution perpétuant l'espèce humaine par la succession stable et ordonnée des générations, au sein d'un cadre juridique unique, n'est plus qu'une option. La famille est laissée à l'appréciation des individus qui la composent. Les droits fondamentaux ont conduit à renforcer les prérogatives de l'individu, affaiblissant corrélativement la famille en tant que groupe. L'originalité des normes supranationales est à souligner. Elles ne sont pas déterminées, le texte étant « *vivant* », les droits de l'homme sont sans cesse interprétés de façon dynamique, adaptés aux réalités factuelles.

La famille est en perpétuelle évolution du fait des droits fondamentaux qui la gouvernent et modèlent les standards de protection qui lui sont imposés. Le terme de la transformation n'est pas fixé dans la mesure où le dynamisme est le fait des Cours,

³¹² Les « *relations familiales ne sont pas construites à partir de statuts prédéfinis ou de cadres juridiques préalables (le mariage, la filiation), mais à partir des droits et libertés de l'individu ... Un constat s'impose donc : moins encore qu'hier, il n'existe de modèle familial européen. En revanche, les droits nationaux tendent à se rapprocher de plus en plus, en raison des évolutions convergentes des mœurs et des mentalités. Surtout, les principes et les valeurs affirmés sont de plus en plus prégnants. Emerge ainsi peu à peu une sorte de droit modèle de la famille construit sur trois grands piliers : liberté, égalité, pluralisme* ». H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen », *Vers un statut européen de la famille, D.*, 2014.

de la mise en concurrence des législations nationales à laquelle elles procèdent et à leur interconnexion. Si la méthode est cernée, la notion de famille elle-même pourra évoluer au gré des standards juridiques consacrés. Par défaut, si la famille n'est pas définie positivement, il est possible de déterminer ce qu'elle ne peut pas être, c'est-à-dire une institution structurée fondée sur un modèle unique, qui discrimine les couples selon leur lien, les enfants selon leur naissance et qui refuse aux personnes homosexuelles de fonder une famille. La famille est la liberté de mettre en œuvre des liens interpersonnels révocables. La notion de famille qui en découle est bien plurale, protéiforme et polymorphe. Les liens du sang et du couple continuent de produire des liens spécifiques, mais le droit n'oblige plus leur pérennité dans le temps. La famille renvoie donc désormais davantage, par la protection de la vie familiale par les droits fondamentaux, à la protection des relations interpersonnelles, et non à la protection du groupe. La famille implique une permanence dans le temps que la vie familiale au sens des institutions européennes ne semble ni traduire, ni promouvoir, ni protéger. Ces règles de droit, à l'heure de la postmodernité, font toute sa place à la volonté et la notion de famille s'est ainsi adaptée aux droits fondamentaux.

TITRE 2

LA FAMILLE ADAPTÉE AUX DROITS FONDAMENTAUX

91. Le primat de la volonté individuelle. Le droit de la famille se conforme progressivement aux standards juridiques européens, plaçant la volonté au cœur du dispositif législatif. La primauté de l'individu s'affirme au détriment d'une vision collective de la famille. Devenue affaire de volonté, la famille doit tenir compte des droits individuels de chacun des membres du groupe. Elle est ainsi soumise à davantage d'instabilité et l'attribution de droits individuels variés à tous les membres potentiels du groupe familial³¹³ lance à la notion de famille des défis inédits. Corrélativement, la notion de famille perd en cohérence ce qu'elle gagne en souplesse. La contractualisation permet aux individus de disposer de leur droit à la vie familiale, avec la liberté de moduler les obligations auxquelles ils s'engagent. Ce recul du caractère institutionnel de la famille génère des incertitudes tant sur les contours de la famille, d'une matière juridique à l'autre, que sur les objectifs que l'État se fixe dans la politique familiale à mener. Adaptée aux droits fondamentaux, la famille présenterait un double visage, une face positive traduite par sa contractualisation (Chapitre 1), et une face plus négative, traduite par sa fragilisation (Chapitre 2).

³¹³ La femme, l'époux, l'épouse, les ex-époux, les parents, les maîtresse et amant, les personnes homosexuelles, les personnes transsexuelles, les couples qui refusent de se marier, les enfants nés en dehors du mariage, les enfants nés en violation du mariage, *etc...*

CHAPITRE 1

LA CONTRACTUALISATION CONTINUE DE LA FAMILLE

92. Nouveaux défis du droit. La contractualisation de la notion de famille signifie le passage de la famille en tant qu'institution à la famille-contrat. La famille institution offrait le cadre d'une structure rigide, régissant les rapports des personnes la composant, de façon stricte et hiérarchisée. La famille contrat se rapproche davantage de la définition du contrat proposée par l'article 1101 du Code civil, « *un accord de volonté* ». Les obligations familiales contemporaines garantissent la liberté des individus, dans la mesure où il n'existe pas d'engagement perpétuel, et l'égalité des individus, entre eux ou vis-à-vis de leurs enfants, unis ou séparés. Le degré d'engagement diffère entre les membres du couple selon le mode de conjugalité choisi, mais les droits-fonctions liés à l'exercice de l'autorité parentale sont identiques dès qu'il y a établissement d'une filiation. La contractualisation de la famille vise, par la transformation du droit interne, à permettre aux individus de disposer de leur droit à la vie familiale en l'ajustant à leurs attentes, avec la liberté de faire ce qu'ils désirent et avec la possibilité de décider de l'étendue de leurs obligations. Cette évolution a été rendue possible par la reconstruction des rapports de couple, notamment du mariage, et par la libéralisation des techniques d'aide médicale à la procréation. En effet, l'alliance n'est plus le seul mode de conjugalité et elle n'est plus indissoluble. Les couples homosexuels sont également reconnus et peuvent se marier et adopter des enfants. Les techniques médicales changent les moyens de procréation, la nature est relayée par la médecine, l'infertilité, médicale comme sociale, peut être traitée. Cette démultiplication des droits individuels au sein de la famille (Section 1) lance un défi au droit, appelé à répondre à de nombreuses questions dans le respect des droits fondamentaux de tous les membres de la famille, et particulièrement de l'enfant (Section 2).

Section 1. La démultiplication des droits individuels au sein de la famille

93. Les droits individuels consacrés sous l'impulsion des droits fondamentaux au nom du respect de la vie privée et familiale se sont multipliés. Un droit commun du couple³¹⁴, impliquant un régime juridique général d'organisation de la vie du couple, est en construction. Concubins, partenaires ou époux seraient ainsi soumis au même régime de droit commun. La place faite à la volonté par le biais du droit des contrats a modifié les rapports au sein du couple (§1) et a étendu, conjointement avec les progrès de la médecine, les techniques d'aide à la procréation (§2).

§ 1. La contractualisation des modes de conjugalité par l'affirmation de droits individuels

94. Cette contractualisation apparaît dans la diversification des modes de conjugalité (A) et dans le mariage (B).

A. L'apparition de nouveaux modes de conjugalités

95. Le mariage n'est plus le seul mode de conjugalité, le concubinage et le PACS constituent de nouveaux modes de conjugalité à part entière, dans lesquels la volonté a toute sa place. L'union libre (1) et le PACS (2) présentent des degrés différents de contractualisation.

1. La contractualisation *a minima* de l'union libre

96. **Evolution et reconnaissance du concubinage.** La famille peut aujourd'hui être fondée par un couple de concubins, ceux-ci optent alors pour une organisation juridique minimale de leurs rapports. Ils peuvent former un couple reconnu par le

³¹⁴ Expression consacrée par la doctrine et notamment X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2^{ème} édition, 2012. Voir également F. GRANET, « La liberté de s'aimer et de fonder une famille en France et à l'étranger », *RDC*, 66, 2016, p. 275-291.

droit tout en jouissant du droit de ne pas se marier, conformément à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. La reconnaissance du concubinage est le fait d'une évolution rendue possible par la progression du principe d'égalité des filiations et des modes de conjugalité. La loi du 3 janvier 1972³¹⁵, qui prévoyait l'égalité des enfants naturels et légitimes et interdisait la discrimination entre les filiations, avait préalablement admis le concubinage, de façon détournée. En 1982³¹⁶, le législateur a également permis d'apporter la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état. Enfin, la loi « *Malhuret* » du 22 juillet 1987³¹⁷ a permis aux parents naturels d'exercer ensemble l'autorité parentale sur simple déclaration conjointe non contrôlable. Cette loi n'oblige alors plus les parents à se marier pour faire entrer leurs enfants dans la légitimité, ce qui consacre la reconnaissance du droit pour les familles nées en dehors du mariage. Enfin, la loi du 15 novembre 1999³¹⁸ consacre le concubinage dans le Code civil. L'union libre est ainsi définie par l'article 515-8 comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Elle constitue un fait juridique et non un contrat comme l'est le PACS.

Chronologiquement, le concubinage est le premier mode de vie accessible à ces couples désireux de liberté préférant opter pour une alternative au mariage. Le peu d'obligations réciproques imposées par la loi aux concubins s'explique par le désintéret initial du législateur pour ceux-ci qui, selon la formule attribuée à Napoléon, ignorent volontairement la loi³¹⁹. Il y a ainsi un assouplissement du cadre

³¹⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, JORF n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145. Loi qui en réduisant le domaine de la présomption de paternité et en ouvrant à la mère une action en contestation de paternité légitime à des fins de légitimation, a facilité l'établissement volontaire de la filiation naturelle par le véritable père de l'enfant.

³¹⁶ Loi n° 82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle.

³¹⁷ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, JORF du 24 juillet 1987, p. 8253.

³¹⁸ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n°265 du 16 novembre 1999 page 16959, texte n° 1.

³¹⁹ A. BENABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014, p. 313, n° 701. Selon le mot prêté à Napoléon Ier lorsqu'il était Premier Consul, puisque « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* ». Auparavant, l'union libre n'avait pas de définition légale précise puisqu'elle était condamnée par le droit canonique pour immoralité et qu'elle était un délit pénal lorsqu'elle était vécu de façon adultère. Les Tribunaux ont tenté de cerner la notion de concubinage, en retenant des

strict de la famille fondée sur le mariage et un respect de la volonté des individus dans l'organisation de leur vie familiale, sans engagement public. L'organisation de la vie commune peut cependant être précisée par contrat par le biais de contrats de concubinage, d'indivision conventionnelle, ou de disposition(s) à cause de mort dont la validité est désormais admise.

97. Contractualisation du concubinage. Les concubins peuvent aménager contractuellement les effets de leur union. La convention de concubinage est un contrat au contenu libre qui permet au couple d'organiser sa vie commune. Elle permet également l'inventaire des biens meubles ou immeubles, les modalités de

conditions différentes selon les effets en découlant. Deux grands arrêts marquent la reconnaissance du concubinage en droit positif, les affaires *Dangereux* (C. Cass., Ch. mixte, 27 février 1970, *Veuve Gaudras contre Dangereux*, n° 68-10.276 ; C. BLOCH, A. GIUDICELLI, Œuvre collective sous la direction de Philippe LE TOURNEAU, « Chapitre 1, Préjudice », *Dalloz Action droit de la responsabilité civile et des contrats*, n° 1392, 2014) et *Torros* (C. Cass., Ch. crim. 19 juin 1975, *Dame Toros contre Berigaud* ; E. BURGAUD, « Le sort du conjoint du contumax au 19^e siècle », *RTD civ.*, 2012, p. 55). Dans le premier arrêt du 27 février 1970, rendu en Chambre Mixte, la Cour de cassation prend en compte le préjudice matériel et moral d'une concubine suite au décès accidentel de son compagnon. Dans l'arrêt *Torros* du 19 juin 1975, la Cour de cassation tient compte du préjudice subi par la concubine et l'épouse de la personne accidentellement décédée. Le concubinage adultérin est ensuite dépénalisé par une loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. Dans un arrêt du 3 février 1999 (Civ. 1., 3 février 1999, n° 96-11.946, commentaires : L. ANTONINI-COCHIN, Ch. COURTIN, *L'essentiel de la jurisprudence civile Famille*, Lextenso édition, Gualino, 2^{ème} édition 2010, p. 12-13 ; J. PATARIN, « Validité, comme n'ayant pas une cause contraire aux bonnes moeurs, de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire (art. 1131 et 1133 c. civ.) », *RTD civ.*, 1999, p. 892 ; J. HAUSER, « L'obligation de fidélité et les libéralités : une nouvelle mise en cause du mariage ? », *RTD civ.*, 1999, p. 364), la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a considéré licite une donation faite par l'époux défunt à sa concubine adultère. Cet arrêt marque l'abandon par la Cour de sa position sur la nullité des libéralités entre concubins. La jurisprudence distinguait selon le mobile qui avait animé le disposant à l'origine de la donation. La donation était nulle si elle avait une cause immorale comme le maintien de la relation adultérine. Par cet arrêt la Cour rend licites et irrévocables les libéralités entre concubins, en retenant que « *n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* » (Soc., 11 juillet 1989, Bull. n° 518 et 519 ; MALAURIE, *D.*, 1990, p. 582 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Des éléments constitutifs du concubinage », *RTD civ.*, 1990, p. 53 ; J. HAUSER, « Concubinage : constatation non contentieuse », *RTD civ.*, 1991, p. 306 ; J. RAYNARD, « Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes », *RTD civ.*, 1998, p. 529 ; J.-L. AUBERT, « Il n'y a pas de concubinage homosexuel. Homosexualité, bail d'habitation et contrat d'union civile », *D.*, 1998, p. 111 ; H. MOUTOUH, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », *D.*, 1998, p. 369 ; « Le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme – Cour de cassation, 3^e civ. 17 décembre 1997 », *D.*, 1998, p. 111. Civ. 3, 17 décembre 1997, mais aussi CE, 4 mai 2001, SNCF (carte couple), *D.*, 2002, p. 537 ; C. MECARY, « Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? », *AJ Fam.*, 2004, p. 261).

partage en cas de rupture et la façon dont chacun participera aux dépenses de la vie commune. L'indivision conventionnelle permet par ailleurs aux concubins, par contrat signé devant notaire puis déposé au bureau des hypothèques, d'aménager les règles de l'indivision légale dans la cadre de l'achat d'un bien constituant le logement de la famille. La clause de tontine ou pacte tontinier est aussi fréquemment utilisée pour la protection du concubin survivant en cas de décès. Cette convention, insérée à l'acte d'acquisition d'un bien immobilier, ajoute une clause d'accroissement, prenant effet le jour du décès, faisant du concubin survivant le propriétaire de l'intégralité du bien avec effet rétroactif au jour de la vente, excluant ainsi les héritiers du *de cuius*. Le concubinage peut ainsi être aménagé par contrat³²⁰.

Le concubinage peut être subi (mariage non dissout) ou désiré (rejet du mariage), transitoire ou provisoire, voulu ou non par les deux membres du couple. L'absence d'engagement des membres du couple peut traduire un choix délibéré ou le refus de s'inscrire dans la durée, ou la mise à l'essai du couple. Les unions libres sont statistiquement plus fugaces que les mariages (l'augmentation des divorces laisse encore deux tiers des époux ensemble), le caractère durable du mariage freine peut-être la nuptialité et explique le choix du concubinage³²¹. Les unions libres conduisent aussi souvent au mariage. La famille est transformée par la reconnaissance du concubinage et son organisation juridique, même minimale. Une étape supplémentaire est encore franchie avec le PACS.

2. La contractualisation *a maxima* du couple par le pacte civil de solidarité

98. Création du PACS. Deux projets de lois, déposés à l'Assemblée nationale et au Sénat, proposent dès 1992, à côté du mariage, un second type d'union, le partenariat. Les conditions de fond sont, comme le dit le Doyen Carbonnier en 1996,

³²⁰ Pour une analyse approfondie du phénomène, D. FENOUILLET, « Couple hors mariage et contrat », *La contractualisation de la famille, op. cit.*, p. 81 et s.

³²¹ M. SEGALÉN, A. MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2013, p. 159.

« *décalquées du mariage* »³²², exception faite de la condition de différence des sexes et de la présomption de paternité.

La loi du 15 novembre 1999 a permis la reconnaissance légale du PACS en même temps que celle du concubinage, insérés dans le Code civil aux articles 515-1 et suivants. Il existe dès lors un troisième type de couple permettant de « *vivre ensemble et d'entretenir des relations sexuelles* »³²³. L'article 515-1 définit le pacte comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». La nature contractuelle du lien juridique crée entre les partenaires est soulignée. Le Conseil constitutionnel l'a précisé dans sa décision interprétative, considérant « *que les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi* »³²⁴. Comme dans tout contrat, la liberté contractuelle est limitée par les dispositions légales d'ordre public. Ce contrat est un « *mécanisme de nature familiale* »³²⁵, dont l'objet est l'organisation de la vie commune, le contrat étend donc son emprise aux liens personnels. Les partenaires disposent d'une liberté contractuelle ordinaire, ils ne peuvent ajouter d'obligation contraire au principe de liberté individuelle ou prévoir un mode de rupture moins aisé que celui prévu par le PACS. Le PACS nécessite par ailleurs la rédaction d'une convention écrite, acte notarié ou simple acte sous seing privé, qui précise les engagements des partenaires et le régime choisi pour leurs biens³²⁶.

³²² J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p. 209.

³²³ M. DOUCHY-OUUDOT, *La réforme du mariage, approche critique sur les mutations familiales*, DMM, 2013, p. 17

³²⁴ Cons. Const. déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999. Considérant 28 ; N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP*, 2000.I, p. 210 ; Ph. BLACHER et J.-B. SEUBE, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », *RD publ.*, 2000, p. 204.

³²⁵ A. BÉNABENT, *op. cit.*, p. 283, n° 614.

³²⁶ Si le PACS ne crée pas de lien d'alliance, sa proximité avec le mariage pose la question de son utilité depuis l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Tous les pays ayant légalisé le mariage homosexuel se posent la question de la fusion du mariage et du partenariat (H. FULCHIRON, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RIDC*, volume 56, n° 2, 2006, p. 409) qui ne se distinguent qu'à la disparition du pacte par rupture ou par décès. La confusion des statuts ouvre la réflexion sur l'éventualité d'un statut de vie commune général ou d'une union civile (X. LABBÉE, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G.*, 2012, n° 37, p. 1642). Certains pays comme l'Allemagne ou les pays scandinaves, qui réservaient le partenariat aux couples de même sexe, ont supprimé ce statut lorsqu'ils ont ouvert le mariage à tous les couples. Le PACS français a été conçu pour offrir un cadre juridique aux couples homosexuels et

Epoux, partenaires et concubins sont sujets à des législations communes, notamment en matière de violence conjugale³²⁷ ou de crédit à la consommation³²⁸. Ce mouvement d'assimilation est renforcé par la contractualisation ininterrompue du mariage.

B. La contractualisation du mariage

99. La contractualisation du mariage se traduit principalement par l'assouplissement de l'obligation de fidélité (1) et la facilitation de la rupture du mariage par le droit des contrats (2).

1. L'assouplissement de l'obligation de fidélité

100. **Affaiblissement de l'obligation de fidélité.** L'obligation de fidélité, énoncée à l'article 212 du Code civil, est constitutive du mariage³²⁹. Son origine étymologique, *fides (foi)*, « consiste à donner sa foi à l'autre époux »³³⁰. Elle est fondée sur l'obligation de communauté de vie et sur la présomption de paternité du mari de la mère³³¹. Avant la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce³³²,

hétérosexuels afin d'éviter toute discrimination. La « *défamiliarisation du mariage* » et la « *matrimonialisation du PACS* » travaillent le droit et les deux modes de conjugalité se confondent.

³²⁷ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JOFR n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

³²⁸ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JOFR n° 0151 du 2 juillet 2010, p.12001.

³²⁹ L'arrêt de la deuxième chambre civile du 15 avril 1970 (n° 69-12.576, Bull. civ. II, n° 120) en est une illustration, fondée sur l'ancien article 1388 du Code civil qui disposait que « *les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle* ».

³³⁰ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, « Mariage », Répertoire de droit civil, avril 2014, n° 61 et s. ; ANTONINI-COCHIN, « Le paradoxe de la fidélité », *D.*, 2005, Chronique 23 ; A. MIGNON-COLOMBET, « Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA*, 31 janvier 2005, p. 6. ; C. EDON-LAMBALLE, « La situation juridique de ceux par qui le scandale arrive : réflexions sur l'adultère », *RRJ*, 2002-1.

³³¹ Y. BUFFELAN-LANORE, « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 113.

³³² Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975 p. 7171.

l'adultère de l'épouse était sanctionné plus sévèrement que celui du mari, elle encourait une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans. Le mari n'encourait qu'une peine d'amende si l'adultère avait eu lieu au domicile conjugal. Traditionnellement, la violation de l'obligation de fidélité ne pouvait donc être directement sanctionnée que par un divorce pour faute ou une condamnation à des dommages et intérêts. Or, l'adultère n'est plus, ni un délit pénal, ni une cause péremptoire de divorce liant le juge civil. C'est une faute civile, cause facultative de divorce laissée à la libre appréciation des juges du fond. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce laisse ce point inchangé³³³.

Parallèlement à cela, le complice de l'adultère peut se voir consentir des donations³³⁴, obtenir des dommages et intérêts en cas de disparition accidentelle de l'époux infidèle³³⁵, et ne peut pas être tenu responsable d'une faute engageant sa responsabilité civile. Plus encore, la Cour de cassation a récemment considéré que l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permet plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale est à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération³³⁶. Moins sanctionnée, l'obligation de fidélité a donc perdu de sa force contraignante.

101. Contractualisation de l'infidélité. L'obligation de fidélité peut également être atténuée par contrat, couramment dénommé "pacte de liberté". Le juge aux

³³³ Article 242 du Code civil : « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ».

³³⁴ Civ. 1, 3 février 1999, *D.*, 1999, Jur. p. 267 ; AP, 29 octobre 2004, *D.*, 2004, Jur. p. 3175, note D. VIGNEAU ; J. PATARIN, « Validité, comme n'ayant pas une cause contraire aux bonnes mœurs, de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire (art. 1131 et 1133 c. civ.) », *RTD civ.*, 1999, p. 892 ; E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455.

³³⁵ Crim. 19 juin 1975, *D.*, 1975, Jur. p. 679, note A. TUNC ; G. ANDREO, « Bigamie et double ménage », *RTD civ.*, 1991, p. 263 ; B. VAREILLE, « Etude critique de l'article 760 du code civil », *RTD civ.*, 1991, p. 475 ; J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage », *RTD civ.*, 2000, p. 735 ; J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.*, 2002, p. 228.

³³⁶ Civ. 1, 17 décembre 2015, n° 14-29.545, J. HAUSER, « L'adultère ne paie plus ! », *RTD civ.* 2016. 81 ; E. RASCHEL, « La révélation d'une infidélité est-elle encore une atteinte à l'honneur ou à la considération ? », *D.*, 2016, p. 724.

affaires familiales de Lille³³⁷ a ainsi homologué une convention temporaire de suspension de l'obligation de fidélité pendant l'instance de divorce, dans un divorce sur requête conjointe³³⁸. Une Cour d'appel a également pu retenir que le divorce pour faute ne pouvait être demandé dès lors que les violations que chaque époux reproche à son adversaire ne sont pas imputables à l'un ou à l'autre des époux, mais procèdent de leur mode de vie dans deux domiciles distincts. Les fautes ne peuvent être considérées comme rendant intolérables le maintien de la vie commune puisque l'organisation conjugale a été réciproquement consentie³³⁹. Une Cour d'appel a également jugé que des époux libertins pratiquant l'échangisme ne pouvaient invoquer l'adultère comme cause de divorce. Les magistrats donnent donc à certains types d'accord - comme celui d'avoir une sexualité échangiste- des effets sur le devoir de fidélité. Il y a bien une contractualisation de l'infidélité³⁴⁰.

De la même façon, la Cour de cassation a également considéré que le contrat de courtage matrimonial conclu par un homme marié avec une agence n'est pas nul comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ce qui sous-tend de tolérer l'infidélité dans le mariage, que les époux soient ou non en instance de divorce³⁴¹. Il semblerait donc que les époux puissent décider de renoncer à l'obligation de fidélité qui leurs incombe.

Le contexte judiciaire paraît propice à l'infidélité qui fait figure de « *composante de droit au bonheur* »³⁴². Des affiches publicitaires pour des sites de rencontres extraconjugales³⁴³ font d'ailleurs l'éloge de l'infidélité avec des slogans

³³⁷ JAF du TGI Lille, 26 novembre 1999, *D.*, 2000, Jur. p. 254, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2000, p. 296, note J. HAUSER ; X. LABBÉE, « PACS : quelle finalité ? Quelle réforme ? », *AJ Fam.*, 2004, p. 256 ; G. SERRA, L. WILLIATTE-PELLITTERI, « Droit du divorce », *D.*, 2007, p. 608.

³³⁸ Parallèlement, la Cour d'appel de Grenoble a retenu l'adultère commis par un époux, séparé de fait, pour prononcer le divorce à ses torts exclusifs considérant que la convention de séparation amiable conclue entre les époux ne comprenait aucune stipulation les dispensant de leur obligation de fidélité. Il peut y avoir une certaine instabilité de la matière. CA Grenoble, 3 mai 2000, *Dr. fam.*, mars 2001, n° 28 ; C. LIENHARD, « Divorce et fautes : paradoxes, incertitudes et stratégies », *AJ Fam.*, 2006, p. 14.

³³⁹ CA Bordeaux, 19 nov. 1996, *D.* 1997.523, note T. GARE ; *RTD civ.* 1997. 402, obs. J. HAUSER.

³⁴⁰ D. CHAUVET, « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ Fam.*, mars 2016, p. 150.

³⁴¹ Civ. 1, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *D.*, 2012, p. 59, note R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2012, p. 93, obs. J. HAUSER.

³⁴² D. CHAUVET, « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ Fam.*, mars 2016, p. 150.

³⁴³ Pour le site *Gleeden*, dans les gares ou le métro, voir notamment : A. CHEYNET DE BEAUPRE,

tels que « *Restez fidèles...à vos désirs* » ou « *C'est parfois en restant fidèle que l'on se trompe le plus* ». L'article R. 624-2 du Code pénal énonce pourtant que « *le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe* ». Le droit civil semble se désintéresser du devoir de fidélité dans le mariage, au même titre que le droit pénal l'a fait avant lui. La fidélité s'apparente davantage à un devoir moral, dont le choix du respect est propre à la volonté de chacun. Plus encore, dans un arrêt du 17 décembre 2015³⁴⁴, la Cour de cassation a pu considérer que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettait plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* », ce qui entérine une contractualisation du mariage, au nom des principes de liberté et de protection de la vie privée. Le devoir de fidélité devient une option à laquelle les époux peuvent souscrire. Cette désacralisation de l'obligation de fidélité du mariage traduit la désacralisation de la famille classique fondée sur l'engagement réciproque de deux membres du couple à respecter certains devoirs dans l'intérêt de leur famille. Le contrat s'introduit dans les obligations matrimoniales, ce phénomène est confirmé par la facilité de la rupture du mariage.

2. La facilitation de la rupture du mariage par le droit des contrats

102. Evolution du divorce. La réponse à la « *dégradation de l'union conjugale* »³⁴⁵ a été la contractualisation de la rupture³⁴⁶. Dans l'Ancien droit, le

« Infidélité : la pomme de discorde », *RJPF*, 2015, n° 4, p.7. A rapprocher de l'affaire *Ashley Madison*, site canadien de rencontre extraconjugale qui a été piraté et dont les *hackers* ont menacé de dévoiler les identités et informations confidentielles des utilisateurs pour obtenir la fermeture du site. Les responsables n'ont pas cédé au chantage et les informations ont toutes été révélées.

³⁴⁴ Civ. 1, 17 décembre 2015, n° 14-29.549, *D. Actualités*, 4 janv. 2016, obs. LAVRIC.

³⁴⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 173, n°422.

³⁴⁶ C. NEIRINCK, « Le couple et la contractualisation de la rupture », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 4, 2008, p. 571-588 ; A. BENABENT, *op. cit.*, p. 173 et suivantes. Encadrer le divorce plus strictement aurait aussi pu être envisagé. Voir A. BENABENT, *op. cit.*, n° 422, premier point : en « *considérant l'utilité et la fonction sociale de la cellule familiale (pour) interdire sa dégradation, tant par souci de l'ordre public que par souci du bien des enfants éventuellement issus du mariage* ».

mariage était indissoluble. La Révolution française a fait prévaloir la liberté individuelle en admettant très largement le divorce. Dès 1804, avec le Code Napoléon, les cas de divorce sont limités au divorce pour faute et par consentement mutuel de façon très encadrée. La séparation de corps est également admise. La Restauration supprime le divorce et cette interdiction perdure lors de la seconde République, du Second Empire et de la troisième République jusqu'à la loi Naquet de 1884 qui rétablit la possibilité du divorce sanction. La loi du 11 juillet 1975³⁴⁷ modifie le régime juridique du divorce. Cette loi met l'accent sur la nature contractuelle du mariage et du divorce. Elle organise une refonte du divorce autour de trois axes fondamentaux qui sont la pluralité des cas de divorce, la dédramatisation du divorce par un assouplissement de la procédure dans les mains d'un juge aux affaires matrimoniales et la réduction des effets du divorce dans le temps. La loi du 26 mai 2004³⁴⁸ s'inscrit dans le prolongement de la loi de 1975 en prévoyant quatre formes de divorce différentes, d'ordre public, puisqu'il est impossible de renoncer par contrat à la possibilité de divorcer. Le rôle du juge aux affaires familiales est adapté au type de procédure, conventionnelle ou contentieuse. La faveur est donnée aux accords conventionnels globaux ou partiels. La loi du 26 mai 2004 simplifie la procédure de divorce par consentement mutuel et institue le divorce pour altération définitive du lien conjugal, aux articles 237, 238 et 246 du Code civil, en cas de cessation de vie entre les époux depuis au moins deux ans. Cette modification fait une place au « *droit au divorce* »³⁴⁹. Un époux peut sortir du mariage si c'est sa volonté et alors même que l'autre époux n'y consent pas. Le démariage progresse vers un « *droit de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée, conformément au principe civiliste traditionnel* »³⁵⁰. Cette multiplication des causes de divorce traduit une précarisation du mariage et de la famille. C'est la fin de l'idée de l'engagement perpétuel, au nom de la liberté

³⁴⁷ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975 p. 7171.

³⁴⁸ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JOFR n° 122 du 27 mai 2004, p. 9319.

³⁴⁹ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 197, n°460.

³⁵⁰ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, t. 16, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », Paris, LGDJ, 2007, p. 167, à la page 169.

individuelle et du droit au bonheur³⁵¹.

103. Contractualisation du divorce. La Cour européenne facilite ces évolutions, mais n'en est pas la cause, elle « *paraît plus créer un statut minimum que nourrir de véritables revendications individuelles en général déjà satisfaites* »³⁵². Le droit au divorce n'est d'ailleurs pas consacré en tant que droit de l'homme par la Convention. La liberté de divorcer sera protégée par l'arrêt *Johnston*³⁵³, mais le droit au divorce comme droit fondamental de l'individu n'est pas reconnu. Les juges européens rappellent ainsi dans l'arrêt *Johnston* que ces articles 8 et 12 « *ne peuvent être interprétés de manière à garantir le droit au divorce* » notamment parce que « *les travaux préparatoires de la Convention indiquent clairement la volonté des Hautes Parties contractantes d'exclure délibérément ce droit du champ d'application de la Convention* » (§ 60). La contractualisation générale du droit de la famille fait néanmoins progresser l'idée d'un divorce entièrement contractuel³⁵⁴, avec pour corollaire l'allègement des relations, ainsi que la dédramatisation des choix de vie, n'impliquant ni engagement perpétuel, ni culpabilisation à la rupture.

Cette dynamique de contractualisation semble pourtant entrer en contradiction avec la « *vérité psychologique* »³⁵⁵ du divorce, souvent comparée au travail de deuil. Dès 1999, la Commission présidée par Irène Théry s'était prononcée en faveur d'une telle innovation lorsque « *les époux divorçant n'ont aucun conflit, ni sur le principe du divorce ni sur ses effets, qu'ils se sont organisés par eux-mêmes et ne ressentent pas le besoin de faire homologuer par le juge une convention réglant les conséquences de leur séparation* »³⁵⁶. Cette contractualisation est d'autant plus

³⁵¹ H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu, réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Le monde du droit*, Mélanges Jacques Foyer, Economica, 2007, p. 395.

³⁵² J. HAUSER, « L'intégration par le législateur français des normes supranationales en droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1996, p. 126.

³⁵³ CEDH, Cour plénière, 18 décembre 1986, *Johnston et autres contre Irlande*, n° 9697/82.

³⁵⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Divorce et contrat », in D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La Contractualisation de la famille*, Chapitre 2, Economica, 2001, p. 67 et s ; B. BEIGNIER, « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? Du droit civil au droit privé de la famille », *Dr. fam.* n° 4, Avril 2017, repère 4.

³⁵⁵ B. WEISS-GOUT, « Trois questions à B. Weiss-Gout, avocat au Barreau de Paris, Déjudiciarisation du divorce », *AJ Fam.*, 2013, p.413.

³⁵⁶ I. THÉRY, *Couple, filiation, parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de*

étonnante que les régimes du PACS et du concubinage ont été peu à peu institutionnalisés afin d'éviter l'augmentation du contentieux de l'après-rupture. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce avait déjà instauré une comparution unique devant le juge aux affaires familiales, en supprimant l'une des deux anciennes comparutions personnelles obligatoires des époux, dans le souci d'accélérer le règlement de ce divorce. Le projet précisait que le juge pouvait ordonner la comparution des époux « *s'il l'estim(ait) nécessaire* », et même qu'elle était « *de droit à la demande de l'un ou l'autre des époux* », et que « *le refus d'homologation ne (pouvait) intervenir qu'après comparution des époux* ».

Cette contractualisation du droit du divorce a finalement été entérinée par l'article 50 de la loi du 18 novembre 2016 « *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* » qui introduit dans le Code civil un nouveau cas de divorce, par consentement mutuel et sans juge³⁵⁷. Cette loi a été adoptée au terme d'une procédure accélérée, dont le Conseil constitutionnel a jugé le 17 novembre 2016 qu'elle n'était pas contraire à la Constitution³⁵⁸. Le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 et l'arrêté du même jour apportent les précisions procédurales nécessaires à l'application de ce nouveau divorce³⁵⁹, qui est aussi accompagné d'une circulaire et de fiches techniques³⁶⁰. Ce divorce est possible depuis le 1^{er} janvier 2017.

la vie privée, Odile Jacob, La documentation française, 1998, p. 188. Il faut souligner que groupe de travail animé par le professeur DEKEUWER-DÉFOSSEZ avait jugé préférable de remettre la question à plus tard, pour des raisons techniques et de principe (Renover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, La documentation française, 1999, p. 120 s.

³⁵⁷ D. FENOUILLET, « Le divorce sans juge », *D.*, 2016, p. 1424 ; J.-R. BINET, « Divorce sans juge : après la loi, un décret et un arrêté », *Dr. Fam.*, fév. 2017, com. 26.

³⁵⁸ Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, § 9, JO 19 nov. 2016 ; J. HAUSER, « Divorce par consentement mutuel : le droit de la Comtesse de Ségur ou les malheurs du sophisme », *RTD civ.*, janvier-mars 2017, n° 1, p. 107-108 ; Ph. BACHSCHMIDT, « Nouvelles interrogations sur la "règle de l'entonnoir" devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, octobre-décembre 2016, n° 2016-4, p. 591 ; G. BERGOUGNOUS, « Les enseignements de la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 sur le droit d'amendement en première lecture », *Constitutions*, octobre-décembre 2016, n° 2016-4, p. 589-591.

³⁵⁹ Un nouveau chapitre du Code de procédure civile (CPC) est intitulé « *Le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* » (*chapitre V bis du Titre Ier du III. Ce chapitre traite de l'audition de l'enfant mineur, du contenu de la convention et des formalités postérieures à sa signature, des articles 1144 à 1148-2.*

³⁶⁰ Le garde de Sceaux a publié, le 26 janvier 2017, une circulaire d'information relative au nouveau divorce par consentement mutuel sans juge (Circ. 26 janv. 2017, n° CIV/02/17, NOR : JUSC1638274C) ; J.-R. BINET, « Après la loi, le décret et l'arrêté : une circulaire et des fiches

104. Le divorce sans juge. L'article 229 du Code civil prévoit désormais, dans son alinéa 1er, que « *les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ». L'article 229-1 dispose ensuite que « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire* ». Cette nouvelle forme de divorce est toutefois interdite, selon l'article 229-2 du Code civil, lorsque le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge (dans les conditions prévues à l'article 388-1), demande son audition par le juge ou lorsque l'un des époux se trouve placé sous un régime de protection. Ce nouveau divorce sort alors des prétoires en relevant exclusivement du droit des contrats³⁶¹, il constitue une véritable révolution culturelle³⁶². Il présente des avantages et des défauts, mais certains de ses avantages ont des aspects négatifs à ne pas négliger. Tout d'abord, la nouvelle procédure de divorce est simple, souple, rapide et moins traumatisante pour les époux. En effet, le contrôle social exercé par le juge sur la dissolution du mariage est évité, les époux peuvent décider par leur volonté commune de divorcer. Le divorce peut ainsi devenir une affaire privée, entendue et arrangée, ne donnant pas lieu à une décision de justice. C'est une façon de respecter la vie privée des personnes, leur droit de divorcer et leur liberté de jouir de leur vie familiale. Ce divorce ferait également faire des économies

techniques », *Dr. Fam.*, n° 3, Mars 2017, comm. 57.

³⁶¹ S. THOURET, « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge », *AJ Fam.* 2016, p. 568.

³⁶² C. LIENHARD, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *D.*, 2017, p. 307 ; X. LABBEE, « Jean-Jacques Urvoas face à François I^{er} et au divorce par consentement mutuel en langue étrangère », *D.*, 2017, p. 358 ; F. CHÉNÉDÉ, « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJ fam.*, 2017, p. 26, « *les époux pourront désormais sceller la fin de leur union sous seing privé-notarié (que l'on veuille bien nous excuser ce néologisme aux allures de chimère)* ».

à la collectivité puisque les juges sont déchargés d'une masse de travail et que la déjudiciarisation de la procédure implique une remise en cause de l'aide juridictionnelle³⁶³. Le divorce par consentement mutuel sans juge est à la charge des époux qui doivent rémunérer leurs deux avocats et le notaire.

105. Inconvénients du divorce sans juge. Cette souplesse présente cependant plusieurs défauts. Elle fait tout d'abord reculer la protection offerte par le juge, à la fois sur la personne des époux, mais également par rapport aux tiers intéressés à la rupture du mariage (membres de la famille ou créanciers³⁶⁴). Elle diminue ensuite la charge symbolique du mariage dont le sort est livré à la libre volonté des époux, comme le PACS ou le concubinage. Cette souplesse apparente risque de générer un important contentieux après-divorce. La réduction du temps de procédure y joue également un rôle non négligeable alors qu'il est « *un outil majeur de dialogue ou de restauration d'un dialogue rompu* »³⁶⁵. Les époux ayant fait les choses rapidement et sans réelle contrainte de temps de réflexion peuvent souhaiter agir en justice après divorce pour revoir les effets du divorce. Il semblerait que le risque de contentieux après-divorce ait été pris en compte par la loi qui compte sur la collaboration des professions du droit, l'intervention successive des avocats puis du notaire, pour aplanir au maximum les difficultés³⁶⁶. Cette précaution apparaît assez faible puisque le rôle du notaire n'est pas de juger du contenu de la convention qu'il doit déposer au rang de ses minutes. Le texte ne lui commande de contrôler que des points précis de la convention, c'est-à-dire d'une part les points 1 à 6 de l'article 229-3 du Code

³⁶³ En effet, l'Etat veut faire des économies, car « *comme chacun sait et comme l'un ou l'autre ministre a pu le dire ou le laisser entendre, les caisses sont vides, l'aide juridictionnelle est un gouffre financier...et le divorce n'y est pas pour rien* » (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Un divorce par consentement mutuel sans juge », *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p. 358).

³⁶⁴ « *La suppression de tout contrôle judiciaire risque de laisser libre cours aux manoeuvres des époux qui, lors du partage notamment, tenteraient de frauder les intérêts de leurs créanciers. Certes, il existe des moyens pour les créanciers d'attaquer le partage fait en fraude de leurs droits. Et en toute hypothèse, le fisc veille. Mais on voit bien l'inconvénient qu'il y aurait à contraindre les tiers à agir en justice sur le fondement du droit commun afin de forcer des époux peu scrupuleux à respecter leurs droits* ». H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial ») », *D.* 2008, p. 365.

³⁶⁵ F. GRANET-LAMBRECHTS, *op. cit.*, p. 358.

³⁶⁶ J. CASEY, « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ fam.*, 2017, p. 14.

civil³⁶⁷ et, d'autre part, que la convention n'a pas été signée avant l'expiration du délai de réflexion de quinze jours de l'article 229-4, alinéa premier³⁶⁸. Il faut souligner qu'il « *est assez inédit de voir un notaire donner force exécutoire à un acte qu'il n'aura pas reçu. Il serait très étonnant qu'un notaire puisse prêter son ministère pour créer un titre exécutoire qu'il saurait être basé sur une convention qui violerait ouvertement une disposition légale* »³⁶⁹. Cela serait contraire à la réglementation de la profession³⁷⁰. De plus, ce divorce occulte l'importance de la présence symbolique du juge qui, même s'il ne procède qu'à un contrôle léger, encourage par le simple fait de sa présence les époux à s'autolimiter ou à respecter des limites pour éviter la censure judiciaire. Le notaire n'a pas le même pouvoir d'injonction que le juge. Il lui est donc impossible d'enjoindre les époux de recourir à un médiateur familial et ne peut pas lui-même être cette tierce personne apte à nouer le dialogue puisqu'il n'est pas un tiers neutre.

Dans le divorce par consentement mutuel judiciaire, le juge aux affaires familiales intervient, certes de façon réduite, mais son intervention protège à la fois la famille en tant qu'entité sociale et chacun de ses membres individuellement. S'abstenir de faire intervenir le juge c'est réduire la famille à une agglomération d'individus, en niant son existence en tant qu'entité sociale. L'intervention du juge aux affaires familiales empêche le caractère purement discrétionnaire de la rupture du mariage, ce qui différenciait jusque-là le mariage des autres modes de conjugalité. Cette réforme présente donc des défauts notables et donne même l'impression, au regard du droit international privé, de ne pas avoir été globalement réfléchi³⁷¹.

³⁶⁷ Identité des époux, des avocats, accord des époux sur la rupture du mariage et ses effets, modalités de règlement, état liquidatif du régime matrimonial, mention que les mineurs ont été informés par leurs parents de leur droit d'être entendu.

³⁶⁸ B. BEIGNIER, « le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Dr. Fam.*, n° 4, Avril 2008, étude 12 ; S. DAVID, R. BRUNET, « le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Fam.* 2017, p. 31 ; C. LIENHARD, « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », *AJ fam.*, 2017, p. 40.

³⁶⁹ J. CASEY, « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », *AJ fam.*, 2017, p. 14.

³⁷⁰ Prévues aux dispositions de l'article 3.2.3 du Règlement national des notaires

³⁷¹ A. BOICHÉ, « Divorce 229-1 : aspects de droit international privé et européen, la France, le nouveau Las Vegas du divorce ? », *AJ Fam.*, 2017, p. 57. « *Aucune règle de compétence territoriale n'est définie par ce texte, tant en ce qui concerne les conseils, que le notaire qui recevra l'acte* ». « *Ce divorce conventionnel tel qu'il a été introduit en droit interne par la loi du 18 nov. 2016 l'a été*

106. Inconvénients du divorce sans juge par rapport au mineur.

L'impression est similaire du côté du mineur. L'article 229-2 du Code civil prévoit une information du ou des mineurs par les parents, avec l'obligation de leurs faire remplir un formulaire type mentionnant, entre autres, leur identité et la mention « *je suis informé(e) que j'ai le droit d'être entendu(e), par le juge ou par une personne désignée par lui, pour que mes sentiments soient pris en compte pour l'organisation de mes relations avec mes parents qui souhaitent divorcer* », ainsi que « *je suis informé(e) que je peux être entendu(e) seul(e), avec un avocat ou une personne de mon choix et qu'il sera rendu compte de cette audition à mes parents. J'ai compris que, suite à ma demande, un juge sera saisi du divorce de mes parents* ». Ainsi, l'enfant, jusque-là tenu à l'écart du divorce de ses parents, y participe activement³⁷². Il est vraisemblable que cette implication ne soit pas profitable d'un point de vue psychologique. Ce nouveau divorce effraie donc la doctrine qui s'inquiète de voir « *apparaître sur le marché un nouveau créneau de « divorce business »* »³⁷³, c'est la contrepartie de la contractualisation. Il semblerait même que du point de vue des droits fondamentaux, le nouveau divorce rompe le principe d'égalité de traitement des couples en conditionnant le divorce sans juge à la possibilité d'avoir les moyens de régler ses avocats. Les apports réels de cette contractualisation du divorce sont donc contrastés et cette impression est renforcée par la relecture du Rapport Guinchard remis au Garde des Sceaux le 30 juin 2008 et qui énonçait ne pas retenir la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel³⁷⁴, la présence du juge ne pouvant être éludée et la médiation familiale devant être encouragée. La famille est

en violation aussi bien des exigences du règlement « Bruxelles II bis » que du règlement « obligations alimentaires », mais également du règlement « régimes matrimoniaux » qui entrera en application le 29 janv. 2019, alors pourtant que ces règlements jouissent d'une primauté sur le droit interne ».

³⁷² Ph. BURATTI, « Réflexion sur l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Fam.*, 2017, p. 30.

³⁷³ F. GRANET-LAMBRECHTS, « Un divorce par consentement mutuel sans juge », *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR, D.*, 2009, p. 358.

³⁷⁴ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Collection des rapports officiels, p. 20, proposition n° 25 : « *Maintien de la procédure de divorce par consentement mutuel devant un juge, mais selon une procédure allégée et au coût régulé ou tarifé* ».

désacralisée par la contractualisation du divorce, de plus en plus soumis à la volonté parfois changeante des époux. La contractualisation est à l'œuvre dans tous les domaines de la famille, la libéralisation des techniques de procréation en atteste.

§2. La libéralisation des techniques d'aide médicale à la procréation

107. Par souci d'égalité et de non-discrimination, le désir d'enfant des couples infertiles est entendu par le droit, même en cas d'infertilité sociale. L'infertilité sociale désigne l'infertilité des personnes de même sexe dont la relation n'est naturellement pas féconde, alors que les deux membres du couple ne souffrent individuellement pas de stérilité. La place accordée à la volonté et au désir d'enfant est croissante pour tous les couples. Bien qu'encadrée par le droit, il y a une réelle contractualisation de la procréation médicalement assistée (A) et de la gestation pour autrui (B).

A. La procréation médicalement assistée encadrée

108. Ce droit à l'enfant « de sa chair » est progressivement soutenu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁵ et la Cour de justice de l'Union européenne, alors que l'harmonisation des législations est loin d'être entérinée sur ce point. La procréation devient un marché³⁷⁶, ce qui favorise la

³⁷⁵ CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans contre Royaume-Uni*, n°6339/05 : *RDSS* 2007/5, p. 810, note D. ROMAN ; *RTD civ.* 2007, p. 295, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, Gr. Ch., 4 décembre 2007, *Dickson contre Royaume-Uni*, n°44362/04 : *JCP G* 2008, I, 110, n° 8, obs. F. SUDRE ; *RLDC*, 2007/38, n° 2548, note S. LAMBERT ; CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. et autres contre Autriche*, n° 57813/00 ; CEDH, 5^{ème} section, 15 mars 2012, *Gas et Dubois contre France*, n° 25951/07 : I. GALLMEISTER, « Adoption au sein du couple homosexuel: *CEDH v. Conseil constitutionnel* », *D. Actualités*, 8 octobre 2010 ; D. VIGNEAU, Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir !, *D.*, 2012, p. 1992 ; « Adoption au sein du couple homosexuel : pas de condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme 15 mars 2012 », *D.*, 2012, p. 1241 ; CEDH, 5^{ème} section, 4 octobre 2012, *Harroudj contre France*, req. n°43631/09, § 135 : M. KEBIR, « *Kafala* : le refus d'adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale », *D. actualités*, 17 octobre 2012 ; N. MARCHAL ESCALONA, « Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 89 ; CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, *E.B. contre France*, n° 43546/02 ; *JCP G* 2008, 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

³⁷⁶ A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Le Seuil, 2010.

contractualisation des rapports familiaux. L'accès à la procréation médicalement assistée est officiellement restreint en France (1), mais elle est officieusement largement pratiquée à l'étranger (2).

1. Une pratique à l'accès restreint en France

109. Couples hétérosexuels à l'infertilité diagnostiquée. La procréation artificielle consiste à permettre la création d'un enfant sans passer par la relation charnelle d'un homme et d'une femme, ou en suppléant à l'infécondité de celle-ci. « *Insémination artificielle, fécondation in vitro (bébé-éprouvette), conservation par congélation de « paillettes » ou d'embryons susceptibles d'être ensuite implantés chez une femme, voire clonage* »³⁷⁷, les procédés sont nombreux³⁷⁸. Ils sont encadrés par les lois dites de bioéthique, du 29 juillet 1994 relative au corps humain et à l'assistance médicale à la procréation³⁷⁹, révisées le 6 août 2004³⁸⁰ et le 7 juillet 2011³⁸¹. La procréation artificielle peut être endogène ou exogène, c'est-à-dire « *pratiquée avec le matériel génétique du couple demandeur* » ou en ayant recours à « *des gamètes fournis par des tiers* »³⁸². En France, les conditions posées à ce procédé sont strictes³⁸³ et les bénéficiaires restreints. Il doit s'agir d'un couple, hétérosexuel, en âge de procréer et vivant. En cas d'insémination avec donneur, le père d'intention s'engage à assumer sa paternité³⁸⁴ conformément aux articles 311-19 et 311-20 du Code civil et l'enfant ainsi conçu ne peut pas rechercher son père biologique, « *l'indifférence ici manifestée à la vérité biologique contraste*

³⁷⁷ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 377, n° 950.

³⁷⁸ C. NEIRINCK, « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA*, 1994, n° 149, p. 23 dossier GPA

³⁷⁹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, JORF n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

³⁸⁰ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JORF n° 182 du 7 août 2004, p. 14040.

³⁸¹ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JORF n° 0157 du 8 juillet 2011 p. 11826.

³⁸² A. BENABENT, *op. cit.*, p. 379, n° 955.

³⁸³ Articles 16 et suivant du Code civil, article 311-19 et 311-20 du Code civil et article L 2141-1 et suivant du Code de la Santé publique.

³⁸⁴ D. HUET-WEILLER, « Responsabilité du concubin ayant reconnu mensongèrement l'enfant de sa compagne conçu grâce à une IAD à laquelle il avait consenti », *D.*, 1990 p. 517 ; C. NEIRINCK, « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA*, 14 décembre 1994, n° 149.

singulièrement avec l'importance qu'on lui reconnaît en droit commun »³⁸⁵. Les articles 16-1 alinéa 3, 16-5 et 16-6 du Code civil énoncent que le don est gratuit et altruiste, seul le remboursement des frais engagés par les donneurs est prévu par la loi. Le don d'ovule occasionne davantage de frais puisqu'il implique un acte chirurgical³⁸⁶. Ces dons sont encouragés par les centres d'assistance médicale à la procréation, mais les problèmes d'infertilité ne sont pas vaincus pour autant puisque les techniques médicales élaborées ne soignent pas les personnes infertiles, les progrès médicaux étant « *sans effet sur l'absence d'ovocytes comme sur l'azoospermie* »³⁸⁷. La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, qui a eu pour effet de permettre l'adoption de l'enfant de l'un des deux conjoints par l'autre conjoint de même sexe, n'a pas été accompagnée d'une modification de la législation relative à l'assistance médicale à la procréation (AMP). Ainsi, l'AMP reste ouverte aux couples hétérosexuels qui souffrent d'une infertilité diagnostiquée médicalement ou pour lesquels le risque de transmission d'une maladie grave existe. Elle est également ouverte aux personnes transsexuelles. Le Comité consultatif national d'éthique a cependant rendu un avis le 15 juin 2017 en faveur de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires³⁸⁸. La législation pourrait donc évoluer sur ce point.

110. Personnes transsexuelles. La personne transsexuelle, dans le prolongement de son droit au mariage, a le droit de fonder une famille. En application de l'article 311-19 du Code civil³⁸⁹, les techniques de procréations médicalement assistées

³⁸⁵ Y. FLOUR, « Le droit de la famille au début du XXIème siècle : évolution et perspectives », *La famille, un atout pour la société*, Editions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 90, 2°); C. BERNARD-XEMARD, « Naître sans mère... Et le père ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 29.

³⁸⁶ En Angleterre, les hommes perçoivent 15 £ par don de sperme et sont remboursés des frais raisonnables occasionnés. Les femmes peuvent quant à elles bénéficier d'avantages en nature (accès facilité pour un traitement contre la stérilité, admission prioritaire à l'hôpital pour subir une stérilisation), mais pas de rémunération directe.

³⁸⁷ C. NEIRINCK, « Question civile ou enjeu médical ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, D., 2014, p. 302, §2.

³⁸⁸ Avis n° 126 (15 juin 2017) du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation.

³⁸⁹ « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur* ».

(PMA) sont ouvertes aux transsexuels masculins et l'action en contestation de la filiation de l'enfant né d'une PMA est interdite. L'existence d'un lien familial a, par ailleurs, été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans les rapports entre un transsexuel né de sexe féminin, sa compagne et l'enfant de cette dernière né d'une insémination artificielle avec donneur³⁹⁰.

Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 18 mai 2005³⁹¹, une femme avait mis au monde un enfant, conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme, sans filiation paternelle établie. L'enfant avait par la suite été reconnu par la compagne homosexuelle de la mère, devenue de sexe masculin par l'effet du transsexualisme³⁹². Cette reconnaissance était contestée par la mère de l'enfant à la séparation du couple, et les juges l'ont déclarée nulle, comme contraire à la vérité biologique. La reconnaissance, bien que contestée à la rupture du couple, avait donc préalablement été admise au profit d'une personne atteinte de transsexualisme. L'accès à la procréation médicalement assistée est strictement réglementé en droit interne car l'enfant est l'objet de toutes les convoitises³⁹³, pourtant les restrictions légales sont détournées, faute de sanction.

³⁹⁰ CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z contre Royaume-Uni*, req. n° 21830/93 ; J.-P. MARGUENAUD, « Arrêt Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001 ; S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071 ; N. FRICERO, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 1997, sommaires commentés, p. 363 ; J. MASSIP, « Où l'on retrouve des transsexuels », *LPA*, 25 mai 1998, p. 17 ; F. SUDRE et autres, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *RUDH*, 1998, p. 81.

³⁹¹ Civ. 1, 18 mai 2005, n°02-16.336 ; J. HAUSER, « Contestation d'état : 322 et 322-1 », *RTD civ.*, 2005, p. 582 ; M. DOUCHY-OU DOT, « Contentieux familial », *D.*, 2013, p. 798 ; J. HAUSER, « La bataille autour des enfants est ouverte dans les couples homosexuels ! », *RTD civ.*, 2011, p. 118 ; « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel : nouveau refus de la Cour de cassation – Cour de cassation, 1re civ. 19 décembre 2007 », *AJ fam.*, 2008, p. 75.

³⁹² J. HAUSER, Contestation de reconnaissance : transsexualisme, parenté et Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE), *RTD Civ.*, 2005, p. 583 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700.

³⁹³ La Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique, confère le statut d'autorité indépendante au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (Journal officiel de la République française, n°182, 7 août 2004) ; Conseil d'Etat, *La révision des lois bioéthiques*, La Documentation française, 2009. Les progrès de la science favorisent la multiplication des problématiques éthiques concernant la sélection des individus par les gènes et de son corollaire, l'eugénisme, déjà en partie pratiqué avec le recours au diagnostic prénatal.

2. Une restriction ineffective

111. PMA à l'étranger pour les couples de femmes. La loi du 17 mai 2013 ouvre le mariage et l'adoption aux personnes de même sexe, mais pas la procréation médicalement assistée aux couples de femmes. Elle a pourtant des effets indirects sur cette pratique. L'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels est une révolution en ce qu'elle permet l'inscription à l'état civil d'une filiation monosexuée³⁹⁴, les couples homosexuels peuvent dès lors être ensemble candidats à l'adoption. Néanmoins, dans les faits, les enfants à l'adoption sont rares. Ces pupilles de l'État ou enfants étrangers, souvent trop âgés, n'intéressent la plupart du temps pas les couples en mal d'enfants. Il arrive également que les pays étrangers refusent l'adoption de leurs ressortissants par des couples homosexuels. La seule adoption possible est celle de l'enfant du conjoint. Il est rare que les membres d'un couple homosexuel aient eu des enfants antérieurement, que ceux-ci soient en bas âge et n'aient pas de filiation établie. L'accès à la parenté n'est possible que par la transgression de la loi française et le recours à l'insémination artificielle avec donneurs à l'étranger. Ainsi, l'adoption de l'enfant du conjoint vient parfaire la volonté frauduleuse des couples lesbiens de concevoir un enfant sans père.

La Cour de cassation a été saisie pour avis par les Tribunaux de Grande Instance d'Avignon et Poitiers sur le point de savoir si l'aide médicale à la procréation par insémination artificielle avec tiers donneur anonyme, pratiquée à l'étranger, par une femme en couple avec une autre femme constituait une fraude à la loi, interdisant l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère. Elle a considéré, le 22 septembre 2014³⁹⁵, que le recours à l'AMP avec tiers donneur à l'étranger « *ne fait*

³⁹⁴ Même si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas consacré le droit à l'adoption ; CEDH, 5^{ème} section, 4 octobre 2012, *Harroudj contre France*, req. n°43631/09, § 135 ; M. KEBIR, « *Kafala* : le refus d'adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale », *D. actualité*, 17 octobre 2012 ; N. MARCHAL ESCALONA, « Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 89.

³⁹⁵ Avis n° 15010 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470007) et n° 15011 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470006), comm. : L. BRUNET, « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger, Note sous Cour de cassation (avis), 22 septembre 2014, n° 15010 et n° 15011 », *RDSS*, 2014, p.1145 ; A.-M. LEROYER, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, 2014, p. 2031.

pas obstacle à ce que l'épouse de la mère puisse adopter l'enfant ainsi conçu »³⁹⁶. La Cour décide de tirer toutes les conséquences de la loi du 17 mai 2013 autorisant par l'adoption l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et des personnes de même sexe, sans restriction par rapport au mode de conception de l'enfant. La Cour ignore volontairement le mode de conception et consacre un droit à l'enfant. La compagne de la mère qui ne peut pas bénéficier de la présomption de paternité classique³⁹⁷ va avoir recours à la technique de l'adoption de l'enfant du conjoint, conçu en fraude à la loi. Cette jurisprudence qui remet en cause le modèle de l'engendrement naturel³⁹⁸ jusque-là préservé par les lois bioéthiques, est encouragée par les législations des Etats voisins qui concurrencent la loi française.

112. Forum shopping législatif. La Belgique³⁹⁹, l'Espagne, les États-Unis ou l'Angleterre⁴⁰⁰ sont très permissifs en matière d'aide médicale à la procréation⁴⁰¹. Les sanctions françaises ne dissuadent pas de profiter de ce tourisme procréatif.

La Belgique n'a connu aucun encadrement législatif dans le domaine de la procréation médicalement assistée jusqu'à la loi du 18 mai 2006. Les médecins spécialistes du domaine étaient donc les seules personnes à décider ce qu'il était possible de faire. Les décisions se prenaient en délibération collective des hôpitaux belges agréés. Les pratiques variaient d'un centre hospitalier à l'autre, selon les sensibilités philosophiques sur la question. La première insémination d'une femme d'un couple lesbien fût réalisée en 1981, à Bruxelles. Lorsque les Tribunaux belges

³⁹⁶ https://www.courdecassation.fr/IMG/Communique_avis_AMP_140923.pdf, Communiqué de la Cour.

³⁹⁷ Articles 345-1, 1° du Code civil pour l'adoption plénière et 348 applicable par renvoi, articles 361 et 365 du Code civil pour l'adoption simple.

³⁹⁸ S. GERRY-VERNIERES, « Continuité ou rupture ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 315.

³⁹⁹ J.-L. RENCHON, « Le droit belge », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 379 ; S. LAZARD, « L'adoption par des couples homosexuels, réalités d'un travail de terrain en Belgique », in H. FULCHRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 309 et s.

⁴⁰⁰ L. DE SAINT-PERN, « Le droit anglais », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 413.

⁴⁰¹ Rapport du Conseil de l'Europe, Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain, Etude comparative sur la situation dans 39 pays, 2 juin 1998, CDBI/INF (98), (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113eb>)

furent confrontés aux premières ruptures de couples lesbiens, ils hésitèrent sur le statut de l'ex-compagne de la mère, entre délégation d'autorité parentale et accord sur l'exercice commun de l'autorité parentale⁴⁰².

En droit anglais, la procréation médicalement assistée est autorisée depuis 1985⁴⁰³ pour les couples hétérosexuels et depuis 2008⁴⁰⁴ pour les couples homosexuels. Depuis la loi *Same-Sex Marriage Act 2013*, les couples de même sexe peuvent accéder à la procréation médicalement assistée en tant qu'époux. La procréation médicalement assistée *post mortem* est également possible depuis 2003⁴⁰⁵, il en est de même pour les femmes célibataires. Le droit anglais n'a donc aucune limite en matière de procréation, son but est de répondre au désir d'enfant et non de pallier l'infertilité. L'individu est tout puissant en ce domaine. Le projet de conception est validé à la seule condition qu'un médecin y souscrive. Les actes ainsi pratiqués conduisent à une « *sélection par l'argent* »⁴⁰⁶ des bénéficiaires et les clients sélectionnent les gamètes selon « *les grilles tarifaires des cliniques* »⁴⁰⁷. La contractualisation de la procréation médicalement assistée est totale.

En Espagne, la législation en matière de procréation médicalement assistée est également très souple et de nombreux couples français y recourent. Les couples de femmes et les femmes célibataires peuvent y accéder ainsi sans limites d'âge⁴⁰⁸. Des

⁴⁰² Une question préjudicielle fût posée à la Cour constitutionnelle belge par jugement du 3 octobre 2002 (Base de données belge, R.W., 2002-2003, p. 1188, note M.T. ROBERT). Celle-ci se prononça le 8 octobre 2003 en énonçant qu'il appartenait au législateur de déterminer les conditions et la procédure permettant d'accorder l'autorité parentale à des personnes sans lien de filiation avec l'enfant. La loi belge du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe fut adoptée dans le but d'assurer une égalité de traitement entre les couples homosexuels et hétérosexuels et de permettre aux enfants élevés par un couple homosexuel de bénéficier d'un lien juridique stable à l'égard des deux personnes qui l'élèvent. La loi du 6 juillet 2007 est venue formaliser les options retenues par la Belgique en matière de procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes. La technique est donc accessible, selon l'article 2 de la loi (Article 2 de la loi belge du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes), à toute personne qui est l'« *auteur d'un projet parental* », avec ses propres gamètes ou par don.

⁴⁰³ *Surrogacy Arrangements Act 1985*.

⁴⁰⁴ *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

⁴⁰⁵ *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*.

⁴⁰⁶ A. MIRKOVIC, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : Quelles modalités ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz 2014, p. 452, n° 24.

⁴⁰⁷ A. MIRKOVIC, *op. cit.*, p. 452, n° 25.

⁴⁰⁸ Loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>).

sanctions françaises à ce *forum shopping* existent. L'article 511-24 du Code pénal énonce que « *le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». L'article 511-9 du code pénal dispose que « *le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons* ». Enfin, l'article 511-26 du code pénal ajoute que la tentative d'entremise est également punissable.

Ces sanctions ne sont pas dissuasives. En France, la procréation médicalement assistée n'est pas prévue par la loi pour les femmes célibataires ou les couples de femmes. En principe, selon l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal, la loi pénale française ne s'applique qu'aux seules infractions commises sur le territoire de la République, selon le principe de la territorialité de la loi pénale. Une infraction a lieu en France si ses faits constitutifs ont lieu sur le territoire national, ce que la Cour de cassation interprète souplesment. Ainsi, les faits qui participent au processus infractionnel sont pris en compte telle l'émission d'un virement bancaire en France. De ce fait, pénalement, les femmes procédant à une insémination artificielle avec donneur à l'étranger ne risquent pas de poursuite pénale. C'est au moment de la demande d'adoption de l'enfant par la deuxième mère que le problème de la fraude à la loi se pose. En effet, la demande révèle la façon dont l'enfant est venu à la vie. Tant que la mère, membre d'un couple homosexuel, va à l'étranger pour procéder à une procréation médicalement assistée, l'origine de l'enfant ne pose problème à aucun moment. Lorsqu'il naît en France, il est déclaré à l'état civil comme né de sa mère, mais sans reconnaissance paternelle. La mère est une femme célibataire aux yeux de la loi, elle fonde une famille monoparentale. Le recours à la procréation médicalement assistée à l'étranger en fraude à la loi française n'a pas à être

invoquée⁴⁰⁹. Cette évolution de la jurisprudence pourrait potentiellement remettre en cause l'interdiction du recours à la gestation pour autrui.

B. La gestation pour autrui interdite

113. Interdiction de la GPA. La loi française est claire, mais la jurisprudence européenne a créé un assouplissement forcé de cette interdiction⁴¹⁰. La gestation pour autrui est une technique de procréation artificielle qui se décline en deux modalités : la gestation pour autrui et la maternité de substitution. Dans le premier cas, une femme, fécondée *in vitro*, porte un enfant qui n'est pas génétiquement le sien ; dans le second cas, une femme est inséminée artificiellement par les gamètes d'un homme, mais c'est le matériel génétique de la femme gestatrice qui sert à la fécondation. Dans les deux cas, une femme met son corps à la disposition de parents d'intention, le temps de la gestation d'un enfant et s'engage à abandonner l'enfant à la naissance. Cette technique peut faire l'objet d'un contrat prévoyant une rémunération, selon la législation du pays dans lequel elle est pratiquée.

La Cour européenne des droits de l'homme est venue tempérer cette interdiction, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au nom de droit de l'enfant au respect de son identité et de sa vie privée. Elle a condamné la France à deux reprises dans les arrêts *Menesson* et *Labassée* du 26 juin 2014⁴¹¹, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, pour atteinte à

⁴⁰⁹ J. HAUSER, « La délocalisation de la fabrication des enfants : avis...de tempête ! », *RTD Civ.* 2014 p.872 ; M. EOLAS, « Considérations sur un avis », in *Le journal d'un avocat* (<http://www.maitre-eolas.fr/post/2014/09/23/Considération-sur-un-avis>). L'enfant est reconnu et les aides sociales qui accompagnent la gestation et la naissance d'un enfant suivent, avec parfois même l'allocation pour parent isolé.

⁴¹⁰ Développements p. 98 sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴¹¹ CEDH, 5^{ème} section, 26 juillet 2014, *Menesson contre France*, req. n° 65192/11 ; CEDH, 5^{ème} section, 26 septembre 2014, *Labassée contre France*, req. n° 65941/11 ; T. COUSTET « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. Actualités*, 30 juin 2014 ; « Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 26 juin 2014 », *AJ fam.*, 2014, p. 499 ; « Gestation pour autrui (transcription de la filiation) : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme » 26 juin 2014, *D.*, 2014, p. 1797 ; F. CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 1797 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions

l'identité de l'enfant né par gestation pour autrui. Après avoir refusé de reconnaître la filiation de la mère d'intention au nom du principe d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 2011⁴¹² et la filiation du père biologique en raison de la fraude à la loi française constituée par le recours à une convention de mère porteuse dans un arrêt du 19 mars 2014⁴¹³, la France est condamnée pour non-respect du droit à l'identité de l'enfant. Ces arrêts *Mennesson* et *Labassee* imposent à la France de reconnaître les effets de la gestation pour autrui à l'égard du père biologique, tout en interdisant le recours au procédé. La prohibition française traditionnelle de la gestation pour autrui, liée à l'article 16-7 du Code civil est ainsi réduite. Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* du 26 juin 2014⁴¹⁴ illustrent ce mécanisme d'intégration forcée du droit européen. Les États ont donc une marge d'appréciation dans l'autorisation ou l'interdiction en droit interne de la gestation pour autrui, mais n'ont pas la même marge d'appréciation en ce qui concerne la filiation⁴¹⁵. Les États n'ont plus, en matière de filiation, de marge d'appréciation dans la transcription en droit interne de la gestation pour autrui.

114. Inflexion de la Cour de cassation. La Cour de cassation suit l'inflexion de la Cour européenne des droits de l'homme par deux décisions rendues en Assemblée plénière le 3 juillet 2015⁴¹⁶ et énonce qu'« *une GPA ne justifie pas, à elle seule, le*

étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2014, p.1 ; J. HAUSER, « Procréation médicalement assistées et adoptions : petits pas et faux pas sur un champ de ruines ! », *RTD Civ.*, 2014, p. 637.

⁴¹² Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; C. SIFFREIN-BLANC, *D. actualité*, 14 avril 2011 ; M. DOUCHY-LOUDOT, « Contentieux familial », *D.*, 2012, p. 1033.

⁴¹³ Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 qui rappelle qu'en France la gestation pour autrui est nulle d'une nullité d'ordre public : S. BOLLEE, « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 619 ; J. HAUSER, « Des éléments essentiels du droit français (pour l'instant !) et de l'abrogation par désuétude », *RTD civ.*, 2014, p. 330.

⁴¹⁴ J. HAUSER, « Procréation médicalement assistées et adoptions : petits pas et faux pas sur un champ de ruines ! », *RTD Civ.*, 2014, p. 637.

⁴¹⁵ TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00168, *D. actualité*, 9 mai 2014, obs. T. COUSTET ; F. CHENEDE, « Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA », *D. actualités*, 22 octobre 2014 ; *AJ Fam.*, 2015, p. 555.

⁴¹⁶ C. Cass., Assemblée Plénière, 3 juillet 2015, n° 619 (14-21.323) et n° 620 (15-50.002), J. HAUSER, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez-y-a rien à voir ! », *RTD civ.* 2015. 581 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *D.*, 2015, p. 1919 ; R. MESA, « Revirement relatif à la transcription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA », *D. Actualités*, 7 juillet 2015 ; H.

refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français ». En effet, par trois arrêts du Tribunal de Grande instance de Nantes du 14 mai 2015⁴¹⁷, le Procureur a été enjoint par le Tribunal à la retranscription sur les registres d'état civil de cinq enfants nés par gestation pour autrui (en Ukraine, en Inde et aux États-Unis), conformément aux arrêts Mennesson et Labassée. Le Procureur a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel de Rennes a décidé que le motif selon lequel les actes d'état civil étrangers résultaient d'une convention de GPA n'était pas pertinent pour leur refuser toute conséquence juridique dans l'ordre interne⁴¹⁸ puisque la filiation paternelle était conforme à la vérité biologique. L'intérêt de l'enfant prime au nom du respect de sa vie privée, des limites sont cependant posées par rapport à la mère d'intention.

Techniquement, l'absence de transcription ne privait pas les enfants de leurs droits, mais la transcription désormais autorisée facilite les démarches administratives des parents et leur permet d'obtenir « *la caution symbolique du droit* »⁴¹⁹. Si la maternité de la mère d'intention n'est pas établie par cet acte de transcription, c'est un pas vers la légalisation de la pratique de la gestation pour autrui. Pour certains, « *cette décision est très préoccupante pour notre démocratie puisque les lois applicables ne sont plus respectées par les juges qui créent*

FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1819.

⁴¹⁷ TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497, n° 14/074503, n° 14/07499. La situation des enfants n'est pas si précaire du fait de leur nationalité française, CE, 12 décembre 2014, n° 367324 ; TA Paris, 22 avril 2015, n° 1504960) et de leurs droits successoraux. La Cour de cassation s'était opposée à la reconnaissance de la filiation de la mère d'intention (civ. 1, 6 avril 2011, n° 10-10.053) et à celle du père biologique (civ. 1, 13 septembre 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138) au nom respectivement d'une violation de l'ordre public international et de la fraude à la loi, neuf mois plus tard, la CEDH condamne la France le 26 juin 2014. La CEDH condamne la France qui ne peut porter atteinte à l'identité des enfants nés de mères porteuses à l'étranger en refusant de reconnaître la filiation paternelle dès lors que le père d'intention est également le géniteur de l'enfant. Voir V. AVENAROBARDET, « GPA : à Nantes, le Parquet résiste ! », *AJ Fam.*, juin 2015, p. 307 ; H. FULCHIRON, C. GUILARTE MARTIN-CALERO, « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille, À propos de la décision du *Tribunal supremo* espagnol du 6 février 2014 », *Rev. Crit. DIP*, 2014, p. 531.

⁴¹⁸ CA Rennes, 28 septembre 2015, n° 14/05537 et n° 14/07321.

⁴¹⁹ A. MIRKOVIC, « GPA à l'étranger : quand les juges valident une pratique interdite par la loi », *Le Figaro.fr*, 3 juillet 2015, <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/07/03/31003-20150703ARTFIG00292-gpa-a-l-etranger-quand-les-juges-valident-une-pratique-interdite-par-la-loi.php#>.

désormais eux-mêmes de nouvelles normes »⁴²⁰. Cette décision banalise ce nouveau processus médical de procréation.

La famille subit une transformation consécutivement à la modification du droit de la filiation. Les schémas globaux de parenté et de filiation perdurent, mais leur contenu change en se contractualisant. La gestation pour autrui étant de nature contractuelle et le corps de la femme porteuse devenant disponible, les contours de la filiation et de la famille en sont modifiés. L'évolution est confirmée par quatre arrêts rendus par la Cour de cassation le 5 juillet 2017⁴²¹. La Cour précise dans ces affaires qu'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne fait pas obstacle, à elle seule, à l'adoption de l'enfant par l'époux du père. Ainsi, la Cour de cassation tire toutes les conséquences de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe qui permet par l'adoption l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans considération pour le mode de procréation. La Cour se conforme également à ses arrêts du 3 juillet 2015 précisant que la gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne constitue pas en elle-même un obstacle à l'établissement de la filiation paternelle. La Cour vérifie cependant que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Cette solution confirme l'érosion de l'interdiction de la gestation pour autrui en France.

115. Position de la Cour de justice de l'Union européenne sur la GPA. La Cour de justice de l'Union européenne soutient cette évolution par deux arrêts rendus le 18 mars 2014⁴²². Elle a été amenée à se prononcer sur la question de l'octroi d'un congé de maternité à la mère commanditaire d'une gestation pour autrui réalisée aux Royaume-Uni. Sans se prononcer sur la question de la gestation pour autrui elle-même, elle analyse les différentes directives européennes en cause. Elle conclut que

⁴²⁰ *Loc. cit.*

⁴²¹ Civ. 1, 5 juillet 2017, n°16-16.455, n° 16-16.901, n° 16-16.495 ; F. CHÉNÉDÉ, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p. 375 ; T. COUSTET, « Mère porteuse : vers la fin d'un imbroglio ? », *D. actualité*, 6 juillet 2017 ; « Gestation pour autrui : adoption simple par le conjoint du père biologique », *D.*, 2017, p. 1423. Etablissement d'un lien de filiation possible avec le parent biologique et adoption simple possible par le parent d'intention.

⁴²² CJUE, 18 mars 2014, *C.D. contre S.T.*, aff. C-167/12 et *Z. contre A. Gouvernement Département, The Board of Management of Community School*, aff. C-363/12 ; K. BERTHOU, A. MASSELOT, « La CJCE et les couples homosexuels », *Dr. soc.*, 1998, p. 1034.

les États n'ont pas l'obligation d'accorder un congé maternité aux mères commanditaires, mais que les directives n'excluent pas l'application de mesures plus favorables aux mères en question. Elle reconnaît ainsi la liberté des États membres de valider la maternité pour autrui, mais réserve le congé maternité obligatoire aux travailleuses qui ont été enceintes et ont accouché de l'enfant.

116. Question de la légalisation de la GPA. La question de la légalisation en France de la gestation pour autrui est étudiée. Lorsqu'il s'agit de modifier les fondements anthropologiques de la société, les juristes s'opposent⁴²³, le caractère illusoire de ces dispositions doit être souligné. Des problèmes très concrets, tels l'autorisation de commercialisation des ovocytes ou le droit à l'avortement de la mère porteuse, ne sont pas suffisamment abordés. Les ouvrages, les articles de presse, les pétitions expriment des arguments psychanalytiques, juridiques, philosophiques, sociologiques, anthropologiques et médicaux discordants. Les opinions divergentes s'affichent entre les disciplines et à l'intérieur d'une même discipline ou d'une même profession. Le rapport sur *la gestation pour autrui* de l'Académie de médecine estime par exemple « *qu'au titre de sa mission médicale [l'Académie de médecine] ne peut être favorable à la GPA* ». Le débat ne s'est pas apaisé depuis 1991 et l'interdiction par la Cour de cassation⁴²⁴ de l'association « *Alma*

⁴²³ J. HAUSER, « Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui, rapport d'information n° 421 : des conditions, à quoi bon ? », *RTD Civ.*, 2008, p. 468 ; A. MIRKOVIC, « Mère porteuse : maternité indéterminée », *Dr. fam.* 2009, étude n°24 ; X. LABBEE, « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *D.*, 2007, p.1251 ; J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n°62, p. 24. Certains soulignent que les penseurs qui ont été consultés ne sont pas en charge « *de penser l'organisation concrète de la société sous la forme de la loi* », d'autres qualifient le refus de légalisation par la France de « *ghetto d'injustice* » : M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL, V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007) », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 434 ; J. MERCHANT, « Une gestation pour autrui éthique est possible, *in Travail, genre et société*, 2012/2, n° 28, nov. 2012, p. 188, accessible sur Cairn.info.

⁴²⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15.655 : E. ALFANDARI, « Associations d'encouragement aux mères porteuses. Illicéité de l'activité », *RDSS*, 1990, 733 ; J. MESTRE, « Formation (ou contenu) des contrats et Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTD civ.* 1992, p. 88 ; J. MASSIP, « L'illicéité des associations tendant à favoriser les maternités de substitution », *D.*, 1990, p. 273 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.* 1990, p. 254 ; Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, comm. : D. HUET-WEILLER, « Détournement de l'adoption », *RTD Civ.*, 1991, p. 517 ; C. LABRUSSE-RIOU, « De l'illicéité de la maternité de substitution », *Rev. Cri. DIP*, 1991, 711 ; Y. CHARTIER, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une

Mater » dont l'objet était « *de faciliter la solution des problèmes qui se posent aux couples dont la femme est stérile, désireux d'accueillir un enfant à leur foyer et aux mères porteuses* ». Cette « *course à la reproduction abstraite de la nature* »⁴²⁵ suscite des désaccords sur des points cruciaux, tels la rémunération⁴²⁶, le handicap de l'enfant à la naissance⁴²⁷, la renonciation de la mère porteuse⁴²⁸, ou l'accès des couples homosexuels à cette pratique⁴²⁹. Le contournement de l'infertilité sociale renforce le caractère commercial et contractuel de la procréation. La généralisation de la gestation pour autrui risque par ailleurs d'entraîner « *l'obsolescence programmée de l'adoption* »⁴³⁰, les parents d'intention préférant un jeune enfant qui leurs ressemble biologiquement. Cette contractualisation est la traduction de l'affirmation croissante de la volonté au sein de la famille. Elle lance un défi au droit, appelé à répondre à de nombreuses questions, conformément aux principes de liberté et d'égalité de tous les membres de la famille, et notamment de l'enfant.

« père porteuse », *D.*, 1991, p. 417.

⁴²⁵ J. HAUSER, « Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui, rapport d'information n° 421 : des conditions, à quoi bon ? », *RTD Civ.*, 2008, p. 468.

⁴²⁶ Si la gestation pour autrui est autorisée comme un acte de charité, les bénéficiaires de ce geste devraient être sélectionnés. La gestation d'une mère pour sa fille ou son fils, ou entre frère et sœur, devrait être interdite au nom de l'inceste. Rares sont les femmes extérieures au cercle familial qui, par charité, vont mettre à disposition leur corps pendant neuf mois et assumer toutes les conséquences négatives qui sont liées à une grossesse (vieillesse, fatigue, baisse de mobilité, surpoids, vergetures, accouchement, suites de l'accouchement), sans pouvoir le faire pour leur propre famille. Interdire la rémunération de la gestation, c'est considérer que disposer du corps d'une femme est contraire à sa dignité. Si l'opération se fait malgré son indignité, exclure la rémunération au nom de la dignité serait une hypocrisie ou même une dévaluation des activités féminines de maternité.

⁴²⁷ En cas de handicap, qui de la mère porteuse ou des parents d'intention auraient le dernier mot quant à un éventuel avortement ? La mère porteuse qui ne souhaiterait pas avorter, comme c'est son droit, pourrait-elle imposer aux parents d'intention de devenir parent d'un enfant handicapé ? Si les commanditaires et la gestatrice refusent leur rôle, l'enfant ainsi conçu par manipulation génétique serait placé dans un centre d'accueil national, abandonné ?

⁴²⁸ Si la gestatrice ne souhaitait pas se séparer, comme convenu, de l'enfant à sa naissance, elle pourrait revenir sur sa décision, conformément à un droit au regret, proposé par Elisabeth BADINTER. Qu'en serait-il si l'ovocyte fécondé était celui d'une donneuse ou pire, de la mère d'intention, devenue peut-être stérile après la fécondation (âge limite pour procréer, traitement entraînant la stérilité, manque d'argent pour réimplantation) ?

⁴²⁹ Enfin, à l'heure de la légalisation du mariage homosexuel, autoriser la procréation de substitution aux couples hétérosexuels et l'interdire aux couples homosexuels semble impossible. L'argument du principe d'égalité mettrait à mal cette position. Si la gestation pour autrui était autorisée pour les couples composés d'un homme et d'une femme, elle le serait également pour les couples homosexuels. Si la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel n'accréditaient pas cette position, la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnerait sans doute la France pour la non-conventionnalité de sa législation.

⁴³⁰ C. NEIRINCK, « La maternité vue à travers la presse », *Droit de la famille*, n°6, juin 2015, p. 1.

Section 2. Les interrogations liées à la contractualisation

117. La contractualisation permet l'expansion de droits individuels, ce qui modifie le rapport des forces au sein du groupe familial⁴³¹. L'enfant est au centre des interrogations liées au renouvellement des relations familiales (§1), tandis que d'autres questions juridiques restent encore en suspens (§2).

§1. La protection de l'enfant

118. La transformation et la contractualisation de la famille ne doivent pas affecter l'enfant. En cas de séparation de ses parents, le respect des droits de l'enfant est normalement assuré par le principe de coparentalité (A). En revanche, la question du respect des droits de l'enfant, spécialement du droit d'accès à ses origines, est plus délicate (B).

A. L'égalité des parents assurée par le principe de coparentalité

119. **Coparentalité.** La séparation des couples génère la dissolution des familles. Or, si les parents doivent pouvoir exercer leur liberté de se séparer, l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant énonce que l'enfant a le droit d'être élevé par ses deux parents. L'article 9 de la Convention dispose que les États parties doivent respecter « *le droit de l'enfant séparé de ses deux parents, ou de l'un d'entre eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». L'article 18 énonce que les États doivent « *assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement* ». Les père et mère ont « *l'obligation de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et doivent respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ». Lorsque l'autorité parentale est exercée en commun avant la

⁴³¹ « *A chacun sa famille, à chacun son droit* », J. CARBONNIER, *La Nef*, Editions Tallandier, n° 67, novembre 1978, p. 41 et s.

séparation, elle doit rester conjointe une fois les parents séparés⁴³². Le législateur français a consacré le principe de la coparentalité pour répondre au mieux à ce conflit de droits individuels. Quel que soit le mode de conjugalité, la coparentalité est le principe et l'exercice unilatéral de l'autorité parentale l'exception⁴³³.

La loi du 4 mars 2002 a donc élaboré un droit commun de l'autorité parentale, énoncé au chapitre 1^{er} du titre IX du livre 1^{er} du Code civil. Le principe de coparentalité impose « *une stricte parité entre les parents en matière d'autorité sur la personne et les biens de l'enfant et rejette par conséquent toute concentration de l'autorité à l'égard de ce dernier entre les mains d'un seul des parents* »⁴³⁴. L'égalité des parents quelle que soit leur situation conjugale est de principe, ce qui implique une égale considération des deux parents, mais également une responsabilisation égale de ceux-ci. La nouvelle définition de l'autorité parentale de l'article 371-1 du Code civil ne se réfère plus aux notions de « garde » ou de « surveillance » de l'enfant. Les deux parents doivent assumer l'obligation énoncée à l'article 371-2 du Code civil de contribuer à l'entretien et à l'éducation de leur enfant « *à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* » quel que soit le mode de conjugalité et le degré de contractualisation du couple. La séparation ne doit rien changer au fait que les parents exercent en commun l'autorité parentale et doivent donc prendre ensemble les décisions relatives à la personne et au patrimoine de l'enfant. L'article 373-2 du Code civil énonce que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale et celles-

⁴³² V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Autorité parentale », *Répertoire de procédure civile*, n° 153.

⁴³³ La loi du 22 juillet 1987 dite « loi Malhuret » offrait au juge deux possibilités parmi lesquelles il devait choisir en fonction de l'intérêt de l'enfant : soit l'exercice en commun, soit l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. En pratique, une loi du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales a affirmé le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, tant dans la famille légitime désunie que dans la famille naturelle. Pour éviter que la règle de la parité parentale s'apparente à un mythe en cas de désunion de la famille, le législateur a décidé de promouvoir le principe de coparentalité par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 (publiée au JORF du 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3).

⁴³⁴ C. BRIERE, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS*, 2002, p. 567. Voir également : I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ Fam.*, 2009, p. 155 ; L. GEBLER, « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », *AJ Fam.*, 2009, p. 150 ; « La coparentalité ou le respect par un parent de l'autre parent – Cour d'appel de Paris 29 novembre 2001 », *AJ Fam.*, 2002, p. 64.

ci s'appliquent à tous les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance⁴³⁵.

120. Résidence alternée. La forme d'application du principe de coparentalité est la résidence alternée. Il revient au juge aux affaires familiales, s'il n'y a pas d'accords parentaux, de trancher sur l'opportunité et les modalités de la résidence alternée. Elle sera envisagée en fonction de l'entente des parents, de leur capacité à jouer le jeu de la coparentalité pour rendre l'alternance possible, notamment par l'aménagement de leurs horaires professionnels. Ce modèle de la « *survie du couple parental malgré la dissolution du couple conjugal* » initialement proposé dans un rapport d'Irène Théry⁴³⁶ constitue, selon la doctrine, « *une réaction de la société pour nier ou au moins exorciser le désordre conjugal dans ses effets les plus nocifs qui sont ceux à l'égard des enfants* »⁴³⁷. Pour une part de la doctrine, l'idéologie de la coparentalité est un déni de la réalité⁴³⁸ et les enfants dont la famille se sépare subissent un préjudice moral, que la séparation soit conflictuelle ou non⁴³⁹. La résidence alternée de l'enfant chez ses deux parents est jugée la plus apte à servir la coparentalité et le principe d'égalité entre les parents de l'enfant.

Le sort de l'enfant est donc ainsi protégé par les droits fondamentaux qui encadrent cette contractualisation de la famille. Celui-ci est officiellement au centre des préoccupations du droit en cas de séparation et le principe d'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale assure à l'enfant qu'il entretiendra des contacts directs et personnels avec ses deux parents. La recherche de l'équilibre entre les intérêts des parents et des enfants est visée, même si le principe de la résidence alternée et de ses effets sur les enfants peuvent être discutés. La protection effective

⁴³⁵ F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 59.

⁴³⁶ I. THERY, *Couple filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux ministre de la Justice*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998 ; G. NEYRAND, « Évolution de la famille et rapport à l'enfant », *Enfances & Psy* 2007/1, n° 34, p. 144-156.

⁴³⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249.

⁴³⁸ G. CORNU, *Droit civil, La Famille*, 9^{ème} édition, 2006, n° 59, p. 135 et n° 64, p. 141-142.

⁴³⁹ I. THERY, *Le démariage*, Odile Jacob, 1993.

des droits fondamentaux des enfants est en revanche beaucoup plus délicate en matière de procréation médicale.

B. Le secret de la filiation des enfants nés par procréation médicalement assistée

121. Accès aux origines. Le développement des techniques de procréation médicalement assistée pose la question du droit de l'enfant à connaître ses origines⁴⁴⁰. Le droit comparé permet de constater qu'il existe une correspondance entre l'accès aux procréations médicalement assistées et la restriction de l'accès aux origines⁴⁴¹. Dans les pays les plus permissifs en la matière, l'accès aux origines est plus difficile⁴⁴². Cela porte à croire que les parents d'intention s'accommodent difficilement de la concurrence du tiers, parent biologique de l'enfant. L'intérêt du donneur, du parent biologique et du parent d'intention primerait sur l'intérêt de

⁴⁴⁰ I. BERRO-LEFÈVRE, « Adoption et filiation, droit à l'enfant, droits de l'enfant », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 34.

⁴⁴¹ CEDH, 7 juil. 1989, *Gaskin contre Royaume-Uni* : série A, vol. 160 : F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, p. 1 ; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, p. 75 ; E. CREPEY, « Anonymat du donneur de gamètes et respect de la vie privée », *RFDA*, 2013, p. 1051 ; B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.*, 1995, p. 205 ; X. BIOY, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970. ; CEDH, 13 fév. 2003, *Odièvre contre France*, n° 42326/98. Voir N. BETTIO, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 20 octobre 2010, n° 2, p. 473 : En France, cette évolution a été engagée en matière d'adoption par la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État qui a donné lieu à la création du Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP). Cet organisme est chargé de recueillir l'identité de la mère qui a accouché dans l'anonymat, ainsi que celle des parents qui demandent le secret en remettant leur enfant en vue de l'adoption aux services d'aide sociale à l'enfance. Cette législation qui a visé notamment à organiser la réversibilité du secret de l'identité demandé par la mère lors de l'accouchement sous X ne garantit cependant pas véritablement le droit de l'enfant de connaître ses origines puisque les parents biologiques ne sont pas tenus de révéler leur identité, et lorsqu'ils y ont consenti, ils peuvent toujours refuser qu'elle soit communiquée à leur enfant majeur qui en aura fait la demande. En matière d'assistance médicale à la procréation la plupart des rapports et avis français, malgré des approches différentes, s'accordent sur une remise en cause du principe absolu d'anonymat du donneur à l'égard du couple infertile et de l'enfant sans que cela n'est pour autant de conséquence sur la filiation de l'enfant issu du don (CCNE, Avis n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 nov. 2005 ; Agence de la Biomédecine, *Rapport de l'Agence de la Biomédecine*, 20 juin 2008) (note 37 de l'article de N. BETTIO).

⁴⁴² R. ANDORNO, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne », *RID Comp.* 1994, p. 141.

l'enfant à connaître ses origines⁴⁴³. Cette primauté, sans aucune mention de devoir et de réciprocité envers la communauté, marquerait une dérive vers un individualisme radical⁴⁴⁴. L'enfant, bien que sacralisé⁴⁴⁵, n'est pas titulaire du droit à l'identification de ses père et mère génétiques⁴⁴⁶. Les textes internationaux sont pourtant clairs sur la question des droits de l'enfant. La Convention Internationale des droits de l'enfant accorde la primauté au droit à la biparentalité et au droit de l'enfant à connaître ses origines. L'article 7 de la Convention dispose que « *1. L'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». L'article 9 de la Déclaration de l'assemblée générale des Nations-Unies du 3 décembre 1986 sur les principes sociaux et juridiques relatifs à la protection et au bien-être des enfants, prévoit que « *le besoin de l'adopté de connaître ses origines sera reconnu, à moins qu'il ne s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant* ».

Pour la recommandation 1443 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁴⁴⁷ « *l'adopté a le droit de connaître ses origines, au plus tard à sa majorité* » et les États doivent « *éliminer de leurs législations nationales toute disposition contraire* ».

La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 27 novembre 2008, mais

⁴⁴³ *Loc. cit.* Il n'en est pas ainsi en Angleterre, en Suisse, en Allemagne, en Suède et aux Pays-Bas.

⁴⁴⁴ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée et droits de l'homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, 2005, pp. 328-329.

⁴⁴⁵ « *L'enfant est infiniment désirable, il est cette vie qui nous fait enjamber l'existence pour voir plus loin, il est un recommencement, un regard neuf, la possibilité de donner de soi-même sans réserve* ». S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Flammarion 2009, coll. *Café Voltaire*, p. 9.

⁴⁴⁶ I. LAMMERAND, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruylant LGDJ, 2001, p. 592, § 626.

⁴⁴⁷ Recommandation 1443 (2000) Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale, Assemblée parlementaire. Texte utilisé par exemple dans le décision CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, n° 76240/01 sur le thème de la discrimination de l'enfant qui ne se voit pas reconnaître les liens familiaux créés par un jugement étranger d'adoption ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2007, p. 1918 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, p. 2700 ; P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807.

qui n'est pas encore entrée en vigueur faute de ratifications, précise, en son article 22 que « *l'enfant a accès aux informations détenues par les autorités compétentes concernant ses origines* », la Convention fixe également les modalités de communication des informations.

122. Déni de filiation. La PMA avec donneur anonyme, et *a fortiori* la GPA avec tiers donneur, organisent le secret de la filiation biologique⁴⁴⁸ alors que ce principe d'anonymat des donneurs s'oppose à l'article 7 de la Convention de New York, qui accorde la primauté au droit de l'enfant de connaître ses origines⁴⁴⁹ et au droit à la biparentalité. Le seul consentement des donneurs et des receveurs suffit à créer un état factice pour l'enfant, ce qui s'oppose au « *droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » et alors même que le droit français de la filiation est fondé sur la vérité biologique⁴⁵⁰. En droit commun de la filiation, le père naturel ne peut plus échapper aux actions en recherche de paternité, pourtant, la loi bioéthique du 29 juillet 1994⁴⁵¹ interdit à l'enfant d'établir tout lien de filiation avec l'homme qui a fait don de ses gamètes. Ainsi, d'un côté, la « *génétisation* »⁴⁵² de la société progresse avec le droit à l'expertise biologique, et plus précisément à l'établissement judiciaire de sa filiation biologique, consacré par l'article 310-3 alinéa 2 du Code civil, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 ; de l'autre côté, l'insémination artificielle avec

⁴⁴⁸ Voir à ce sujet l'analyse de G. HILGER, *L'enfant victime de sa famille*, thèse, Lille, soutenue le 11 décembre 2014 sous la direction de X. LABBÉE et F. ARCHER. Également P. VERDIER, G. DELAISI DE PARSEVAL, *Enfant de personne*, Editions Odile Jacob, 1994, p. 312. La théorie de l'enfant-prothèse est dénoncée depuis les années 1990.

⁴⁴⁹ Convention internationale des droits de l'enfant « Art. 7. — 1. *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.* 2. *Les États parties veillent à mettre ces droits en oeuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride* ».

⁴⁵⁰ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ*, 1995, p. 249.

⁴⁵¹ Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JOFR* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

⁴⁵² Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal ; V. LASSERRE, « La refondation de la famille et de la société par les gènes », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 32 ; A. ROUVROY, « Génétisation et responsabilité : les habits neufs de la gouvernance néolobérale », in *Génétisation et responsabilités*, D., 2008, p. 111.

donneur consacre une « *indifférence...à la vérité biologique* »⁴⁵³. Par ailleurs, aucune action en responsabilité à l'encontre du donneur ne peut être envisagée conformément à l'article 311-19 alinéa 2 du Code civil. Seule une action serait possible à l'encontre du donneur qui aurait sciemment donné de mauvais gènes⁴⁵⁴. Il en est de même pour la femme qui ferait don de ses ovocytes.

Un déni de filiation semble exister, en contradiction avec les droits fondamentaux de l'enfant, pourtant protégés par les textes internationaux. En effet, si dans une série d'arrêts⁴⁵⁵ sur l'invocabilité de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant devant les tribunaux français, la Cour de cassation française avait d'abord considéré que la Convention « *n'imposait d'obligations qu'aux États, qu'elle n'avait pas créé de véritables droits subjectifs invocables par les particuliers devant les tribunaux français* »⁴⁵⁶, elle a opéré un revirement extraordinaire dans deux arrêts du 18 mai 2005⁴⁵⁷. L'application directe de deux dispositions contenues dans la Convention de New York est alors consacrée, mais l'anonymat du donneur de gamètes reste malgré tout préservé⁴⁵⁸.

Un avis contentieux du Conseil d'État à ce sujet, rendu le 13 juin 2013⁴⁵⁹, confirme cette position, alors que les premiers enfants conçus par procréation médicalement assistée avec don de sperme multiplient les actions contentieuses pour

⁴⁵³ Y. FLOUR, « Le droit de la famille au début du XXIème siècle : évolution et perspectives », *La famille, un atout pour la société*, Editions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 90, 2°.

⁴⁵⁴ En Angleterre, la responsabilité du donneur d'ovule ou de sperme pourrait être engagée si l'enfant naissait avec un handicap imputable à l'abstention du donneur de faire état d'une maladie transmissible. Les responsabilités du donneur, du médecin et du centre de traitement peuvent être engagées (J. FLAUSS-DIEM, « Filiation et accès à l'aide médicale à la procréation : points de vue des droit français et anglais », *LPA*, 16 octobre 1996 n° 125, P. 16).

⁴⁵⁵ Cass., Civ. 1, 10 mars 1993, n° 91-11.310 ; Cass., Civ. 1, 2 juin 1993, 91-17.487 ; Cass., Civ. 1, 15 juillet 1993, 91-18.735 ; Cass., Civ. 1, 13 juillet 1994, 93-10.891.

⁴⁵⁶ J. MASSIP, « L'application par la jurisprudence française des normes supra-nationales de droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1996, p. 135.

⁴⁵⁷ Cass., Civ. 1, 18 mai 2005, n° 02-20.613 et 02-16.336 ; J. HAUSER, « Contestation de reconnaissance : transsexualisme, parenté et Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) », *RTD civ.*, 2005, p. 583 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droits de l'enfant », *D.*, 2010, p. 1904 ; J. HAUSER, « La référence à la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) fait recette à la Cour de cassation mais est-elle nécessaire ? », *RTD civ.*, 2006, p. 101.

⁴⁵⁸ A. PORTMANN, « Une méconnaissance persistante de la Convention internationale des droits de l'enfant », *D. actualité*, 10 juin 2015.

⁴⁵⁹ Conseil d'Etat, Avis contentieux, 13 juin 2013, M. M., Req. n°362981 ; R. GRAND, « L'anonymat du donneur de gamètes est compatible avec la Conv. EDH – Conseil d'État 13 juin 2013 », *AJDA* 2013, p. 1246.

accéder à leurs origines. Le Conseil d'État conclut que l'impératif de sauvegarde de l'équilibre des familles implique de ne pas pouvoir mettre en cause la garantie du principe de l'anonymat⁴⁶⁰. L'enfant devrait avoir le droit de voir établie sa filiation, quel que soit le statut de sa naissance. Il est de la responsabilité de ses parents de ne pas nier son origine biologique⁴⁶¹.

123. Dérives du droit à l'enfant. L'enfant reste, rationnellement, fils ou fille d'un homme et d'une femme, de façon irréversible (sous réserve de son abandon par ses parents biologiques)⁴⁶². La vérité de la filiation peut être un régulateur efficace du droit à l'enfant, dont les dérives ne doivent pas être minimisées. Les conflits d'intérêts peuvent être résolus « *en réintroduisant l'intérêt général* »⁴⁶³. La généralisation aux États-Unis du droit à l'enfant s'accompagne du phénomène, encore discret, de la « *readoption* ». Les agences d'adoption américaines se spécialisent en effet dans le « *rehoming* ». Leur rôle est de permettre aux parents qui auraient adopté des enfants à la hâte de s'en débarrasser en les confiant à des

⁴⁶⁰ L. BRUNET, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », *Andrologie*, 2010, Vol. 10, n°1, p. 93 ; S. LISE-BADA, « Le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes passe le cap du Conseil d'Etat » [PDF] in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 juillet 2013. Parallèlement, l'enfant se voit aussi interdire de rechercher sa parenté biologique si sa mère a accouché sous anonymat, par la loi du 8 janvier 1993 aux articles 341 et 341-1 du Code civil. L'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par une loi du 6 janvier 2009 (Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation), rend possible une action en recherche de maternité, mais la mère conserve le droit de maintenir le secret de son accouchement. CEDH, 2^{ème} section, 25 septembre 2012, *Godelli contre Italie*, n° 33785/09 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2013, p. 1436 ; G. CHOISEL, « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD civ.*, 2015, p. 505 ; X. BIOY, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970 ; H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.*, 2014, p. 153 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'Etat », *AJDA*, 2012, p. 2115 ; « Secret des origines : condamnation de l'Italie – Cour européenne des droits de l'homme 25 septembre 2012 », *D.*, 2012, p. 2309 ; A.-M. LEROYER, « Pupille de l'Etat », *RTD civ.*, 2013, p. 898.

⁴⁶¹ Cl. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire », *RTD civ.*, 2004, p. 589.

⁴⁶² « *Or la reconnaissance d'un hypothétique droit à l'enfant conduirait à faire de la responsabilité parentale du fait de la procréation une obligation limitée par le droit dont les parents disposent sur l'enfant réduit à l'état d'objet. Un tel régime serait source de complexité et entraînerait une véritable dérive de la filiation* ». N. BETTIO, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 20 octobre 2010, n° 2, p. 473

⁴⁶³ J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXème siècle, *Mélanges en l'honneur du Professeur HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 242.

agences, chargées de leurs retrouver des parents adoptifs, moyennant finances⁴⁶⁴. L'enfant est considéré comme un produit qui se vend et s'achète, ce qui conduit au *rehoming*.

Dans un tel contexte de transformation de la famille, la protection de l'enfant doit plus que jamais être assurée. La contractualisation du droit de la famille ne doit pas être associée à la précarisation du droit ou de la protection de la personne. L'interdiction de la marchandisation de l'enfant doit être véritablement assurée. L'analyse du droit positif laisse craindre une possible dérive, d'autant plus que l'outil contractuel semble encore inapte à sécuriser certaines questions.

§2. Les questions juridiques non résolues de la contractualisation de la famille

124. La libéralisation de la rupture du couple favorise la constitution de familles recomposées. Cette évolution de la famille pose la question du statut à donner au beau-parent dans une famille recomposée (A). De la même façon, le recours à la gestation pour autrui pose véritablement la question de la précarité des mères porteuses et du respect de leur dignité (B).

A. Le statut intermédiaire du beau-parent

125. Mandat d'éducation ponctuel. La recomposition familiale a fait l'objet de

⁴⁶⁴ Ces enfants sont donc placés plusieurs fois, au gré des désirs des « parents » adoptifs. Il s'agit souvent d'enfants présentant des troubles non décelés à la naissance tels que l'hyperactivité ou l'hyperémotivité. Jugés trop difficiles, ces enfants sont replacés. Aux États-Unis, le marché de la procréation n'est pas strictement réglementé. La régulation est celle de la loi du marché, l'offre répond à la demande. L'adoption y est très fréquente, organisée par des entreprises privées, qui placent des enfants en famille sans considération de leur personnalité et de la capacité de la famille d'accueil à les recevoir correctement. Il n'existe pas aux États-Unis de structure sociale d'aide aux familles pour accompagner les parents dans une démarche d'adoption et d'éducation raisonnées. La loi américaine en matière d'adoption est beaucoup plus souple qu'en France, la procédure est allégée. En France, depuis l'ordonnance du 23 décembre 1958, la création de la filiation adoptive par adoption ne découle plus d'une convention mais d'une décision judiciaire. S'il est très rare qu'un enfant placé en France soit replacé par la suite dans une autre famille d'accueil, cela est très fréquent Outre-Atlantique.

nombreux travaux de la part de la doctrine⁴⁶⁵ et des pouvoirs publics⁴⁶⁶. La question se pose de savoir s'il est nécessaire d'officialiser le rôle du beau-parent afin d'associer ce tiers, très impliqué dans la vie de l'enfant, à l'exercice de l'autorité parentale et de donner une assise juridique au lien affectif qui l'unit à l'enfant. Les propositions de réformes visent à donner au beau-parent des prérogatives conventionnelles en matière d'autorité parentale. Cette contractualisation du droit serait lourde de conséquences pour l'enfant. Les propositions faites en ce sens instituent le contrat comme outil d'officialisation d'une telle relation, ce contrat pourrait être passé sous signature privée, devant notaire ou, encore, par contrat enregistré au greffe du tribunal d'instance. Cela a été proposé par la Défenseure des enfants sous la forme d'un « *mandat d'éducation ponctuel* » au profit d'un tiers, qui « *se ferait par simple convention qui pourrait, si l'une des parties le souhaite, être enregistrée au greffe du tribunal d'instance* »⁴⁶⁷. Le but d'un tel partage de l'autorité parentale par l'octroi d'un statut au beau-parent est motivé à la fois par la gestion de la vie quotidienne, la possibilité d'instaurer un droit de succession, une obligation alimentaire entre enfant et beau-parent, et d'un droit de visite en cas de rupture du

⁴⁶⁵ I. THERY, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993 ; I. THERY, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, LGDJ, Droit et sociétés, 1995 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.*, 1992, chron. p 136 ; F. FULCHIRON, *L'enfant des recompositions familiales*, thèse, Lille II, 1994 ; F. FULCHIRON, « Autorité parentales et familles recomposées », *Mélanges en l'honneur du Professeur Danièle HUET-WEILLER*, 1994, p. 141 ; A. MIRKOVIC, « Un statut pour le beau-parent ? », *D.*, 2008, p. 1709 ; V. AVENA-ROBARDET, « En route pour un statut du beau-parents », *AJ Fam.*, 2007, p. 447 ; V. AVENA-ROBARDET, « Statut du beau-parent », *AJ Fam.*, 2009, p. 187 ; V. AVENA-ROBARDET, « Les beaux-parents aux oubliettes ? », *AJ Fam.*, 2009, p. 415 ; M. BRUGGEMAN, « Les familles recomposées : le(s) tiers et l'enfant », *AJ Fam.*, 2007, p. 294 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *Droit de la famille*, avril 2010, Etude 7.

⁴⁶⁶ Rapport 2006 de la Défenseure des enfants, « L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », *La Documentation française*, novembre 2006, 84 p. ; Rapport de J.-J. HYEST, sur les nouvelles formes de parentalité et le droit, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, *Doc. Sénat*, n° 392, 14 juin 2006 ; Rapport d'activité 2005-2006 de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes et compte rendu des travaux sur les familles monoparentales et les familles recomposées, *Doc. Sénat*, n° 388, 13 juin 2006, p. 147 ; M. ALTUG, *Rapport sur le statut des familles reconstituées par mariage*, par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 13 mai 1991, doc. 6442 ; P. BLOQUE, V. PECRESSE, *Rapport à l'Assemblée nationale fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, janvier 2006.

⁴⁶⁷ Rapport 2006 de la Défenseure des enfants, *op. cit.*, p. 61

parent et du tiers. Une proposition de loi⁴⁶⁸ avait évoqué la possibilité d'un « *mandat d'éducation quotidienne* » permettant au beau-parent d'accomplir les actes de la vie quotidienne pendant la durée de la vie commune de la famille recomposée. Ce mandat n'a finalement pas vu le jour car la reconnaissance d'un statut au beau-parent pose de réelles difficultés pratiques.

126. Difficultés pratiques. La première difficulté consiste à établir qui peut être considéré comme beau-parent (partenaire, concubin ou époux du parent de l'enfant) et quel est le contenu de cette fonction. L'enfant et le tiers doivent-ils avoir des liens affectifs et financiers spécifiques ? En cas de pluralité de beaux-parents successifs, l'enfant changera-t-il de beau-parent à mesure que les couples se formeront ? Ces éléments sont complexes dans la mesure où « *la stabilité est un élément déterminant pour l'épanouissement de l'enfant et la construction de sa personnalité* »⁴⁶⁹. Les rôles des parents doivent être clairement identifiés, les adultes n'étant pas interchangeables dans l'esprit de l'enfant.

Ensuite, l'officialisation du rôle du beau-parent compliquerait l'application du principe de coparentalité, qui vise à atténuer la séparation du couple parental en cas de rupture du couple conjugal, en maintenant les liens entre un enfant et ses parents. La reconnaissance des pouvoirs du beau-parent pourrait conduire à exclure le deuxième parent qui ne vit pas avec l'enfant et qui est le plus souvent le père. La contractualisation de la famille en ce domaine viserait donc davantage à favoriser les relations des adultes qu'à préserver l'intérêt de l'enfant.

L'octroi d'un statut au beau-parent pourrait conduire à rendre encore plus conflictuelle la séparation des parents en ajoutant un ou deux adultes à la prise de décisions concernant l'enfant. L'intérêt de l'enfant implique de pacifier au mieux les

⁴⁶⁸ Proposition de loi APIE (autorité parentale et intérêt de l'enfant) adoptée par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, article 10 sur le mandat d'éducation quotidienne.

⁴⁶⁹ A. MIRKOVIC, « Un statut pour le beau-parent ? », *D.*, 2008, p. 1709. Voir également M.-L. CICLE-DELFOSE, « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 189 ; M. REBOURG, « Les familles recomposées : La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ fam.*, 2007, p. 290 ; J. HAUSER, « Les déclinaisons du « beau-parent » et l'enfant en indivision ! », *RTD civ.*, 2014, p. 640 ; S. LAVRIC, « Rapport Leonetti sur le statut du beau-parent », *D. actualité*, 27 octobre 2009 ; L. DARGENT, « Vers un renforcement des droits du beau-parent », *D. actualité*, 14 avril 2008.

relations de ses deux parents, de maintenir ses relations avec les deux parents sans tendre à effacer l'un des parents au profit d'un beau-parent. Sans oublier que la création d'un statut pour le beau-parent pourrait conduire à déresponsabiliser un parent, alors que l'autorité parentale est un devoir dont un parent ne doit pas pouvoir se soustraire.

127. Pertinence du statut ? Enfin, le beau-parent a déjà la possibilité d'intervenir dans la vie quotidienne de l'enfant sur simple autorisation des parents de celui-ci. Il peut venir le chercher à l'école et participer aux actes de la vie quotidienne. Une délégation-partage d'autorité parentale est également possible en cas de défaillance et d'accord des parents. L'article 371-1 du Code civil dispose que « *l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* », qui appartient aux parents, qui ne peuvent, selon l'article 376 du Code civil, ni en disposer, ni y renoncer, ni la céder, sauf décision du juge aux affaires familiales.

Parallèlement, le juge aux affaires familiales a déjà la possibilité de maintenir la relation entre un enfant et son beau-parent en cas de rupture du couple, si c'est dans l'intérêt de l'enfant. En dehors de cette possibilité, serait-il dans l'intérêt de l'enfant de rendre obligatoire le maintien de relations avec un ou plusieurs beaux-parents jusqu'à sa majorité ? En dehors de l'article 371-4 du Code civil, il semble normal de ne pas imposer à l'enfant d'entretenir des relations avec ses ex-beaux-parents.

Un profond lien d'affection entre enfant et beau-parent peut s'exprimer indifféremment et au-delà de l'existence d'un statut juridique. Si un beau-parent avait le souhait de voir ses beaux-enfants lui succéder, il pourrait faire un testament en ce sens. Une diminution des frais de succession, sur le plan du droit fiscal, pourrait être encouragée, sans rendre nécessaire la consécration d'un statut spécifique pour le beau-parent.

Si cette question de l'opportunité d'un mandat d'éducation pour le beau-parent est importante au regard de la contractualisation de la famille, les effets du contrat de gestation pour autrui conclu illégalement en France le sont également et doivent être

analysés sous l'angle de la mère porteuse et de son droit fondamental à la dignité.

B. Le droit à la dignité de la mère porteuse

128. Parmi les conséquences négatives de la libéralisation de la procréation, la gestation pour autrui est une opération qui nécessite une attention spécifique. Elle est en effet particulièrement difficile à qualifier juridiquement (1), notamment au regard de la situation de grande précarité des gestatrices (2).

1. La qualification juridique impossible de la gestation pour autrui

129. Réification du corps de la femme. La gestation pour autrui implique une mise à disposition du corps de la femme, l'abandon de l'enfant conçu, puis le don ou la vente de celui-ci à ses commanditaires. La traduction juridique de cette prestation est discutée⁴⁷⁰. Contrat de travail, louage de services ou contrat de vente ? La gestation pour autrui relève de plusieurs contrats. La femme cède un droit d'usage de son utérus pendant une durée déterminée, met à disposition ses capacités reproductives et s'engage à céder la propriété du produit de son corps. Le contrat de vente est insuffisant à recouvrir toute l'opération ; le contrat de louage de services est également insuffisant étant donné que la remise du bébé, produit du corps de la femme à la naissance, opère un transfert de droit « réel » plus proche du contrat de vente que de location ou de services. Enfin, le contrat de travail est également insuffisant. Le commanditaire comme l'employeur ont un pouvoir de direction sur la mère porteuse qui est soumise à des contraintes (activités réduites, alimentation contrôlée, soins médicaux obligatoires, fatigue, accouchement). Si la qualification de contrat de travail devait l'emporter, une protection liée à ce type de rapport devrait être retenue et impliquer un encadrement extrêmement strict (congés payés, RTT, indemnités de déplacement, ...) allié à une rémunération minimale, liée au « 6480

⁴⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, « L'impossibilité d'une gestation pour autrui éthique ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 468.

heures de travail ininterrompu jour et nuit »⁴⁷¹. La femme, entièrement impliquée dans le processus gestationnel pendant neuf mois, modifie son emploi du temps pour réaliser cette mission spécifique et ressort de la grossesse en ayant souffert dans sa chair.

130. Mise à disposition du corps d'autrui. Contrat *sui generis*. Cette réification du corps de la femme fait par ailleurs l'apologie d'une lecture dualiste du corps humain⁴⁷², qui considère que le projet psychique de la gestatrice⁴⁷³ peut être distinct de celui d'une mère. Cette mise à disposition du corps d'autrui n'a actuellement d'équivalent en droit que l'esclavage ou la prostitution. L'article 224-1 A du Code pénal définit bien l'esclavage⁴⁷⁴ comme « *le fait d'exercer à l'encontre d'une personne l'un des attributs du droit de propriété* ». Les commanditaires exercent effectivement les trois attributs de la propriété sur la mère porteuse, que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Les commanditaires ont un droit d'usage sur l'utérus de la femme, ils profitent non pas du fruit, mais du produit⁴⁷⁵ de son corps et peuvent disposer de l'enfant et de la mère (examens ou hospitalisations). Contrairement au prélèvement d'organes (rein, poumon, ovaire ...), la gestation pour autrui implique le prélèvement d'un fruit, mais non d'un produit de la femme⁴⁷⁶. La remise de l'enfant peut, dans certaines législations, consister en une exécution forcée à sa naissance. En Inde⁴⁷⁷ ou au Nigéria, les femmes n'ont pas le droit de s'opposer à la remise de

⁴⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013, p. 106.

⁴⁷² R. DESCARTES, *Le discours de la Méthode*, 1637 ; R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, 1641. Le philosophe pose les bases d'une réflexion philosophique moderne sur l'opposition entre le corps et l'esprit. Réflexion poursuivie par de nombreux auteurs dont la psychanalyste F. DOLTO dans *L'image inconsciente du corps*, Le Seuil, 1984.

⁴⁷³ Définition du terme de gestatrice par S. AGACINSKY, *Corps en miettes*, Flammarion, 2^{ème} édition, 2013, p. 8 : « *On dit maintenant « gestatrice » : cela sonne bien. Ce nom fait entrer dans nos cerveaux le principe de ce nouveau métier, praticable à temps partiel et en restant chez soi. Une aubaine pour les chômeuses en somme. Mais rien à faire, le mot n'arrive pas à faire passer la chose, à effacer l'image de la femme traitée comme un four à pain* ».

⁴⁷⁴ J. CARBONNIER, « *Scolie sur le non-sujet de droit : l'esclavage sous le régime du Code civil* », in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} édition, 2001, p. 247.

⁴⁷⁵ Le fruit laisse intact, ce qui n'est pas le cas du produit, la grossesse altérant nécessairement le corps de la femme.

⁴⁷⁶ F. CHALTIEL, « *La gestation pour autrui : Réflexions avant la révision des lois bioéthiques* », *LPA*, 01 septembre 2010 n° 174, P. 3

⁴⁷⁷ A. MIRKOVIC, « *Gestatrice indienne : transcription sur les registres d'état civil* », obs. sous CA Rennes, 6^{ème} chambre A, 21 févr. 2012, n° 11/02758, *Recueil Dalloz 2012*, p. 878.

l'enfant⁴⁷⁸. Des agences américaines ont même prévu de recourir à des mères de couleur différente des enfants conçus, afin de faciliter la distanciation de la mère et de l'enfant.

Enfin, la remise de l'enfant est un don ou une prestation rémunérée, selon les législations. Le don est rare et lorsqu'il est possible, il est critiqué, car il peut donner lieu à des configurations proches de l'inceste⁴⁷⁹. Une mère peut porter l'enfant de son fils homosexuel ou dont la femme est stérile ou une sœur l'enfant de son frère, *etc...* La gestation pour autrui non rémunérée emporte la critique de la dévalorisation du rôle de la femme dans sa fonction gestatrice, ou de l'instabilité psychique de la femme en manque de reconnaissance sociale. La rémunération est également contestée. Les contrats régissent le cas où l'enfant ne répond pas aux attentes de ses commanditaires et que ni les commanditaires ni la gestatrice ne désirent le prendre en charge. Généralement, plusieurs responsabilités sont invocables, celle de la mère porteuse si une malformation est due à son comportement (consommation de drogue ou d'alcool) ou celle des médecins qui n'ont pas détecté l'anomalie. Certains contrats prévoient que la mère porteuse peut avoir à payer des pénalités au couple commanditaire si une malformation lui est imputable. En tout état de cause, la gestation pour autrui est un contrat *sui generis* qui fait de l'enfant un produit dont le sort est parfois incertain.

131. L'enfant produit. Dans un arrêt de la Cour Suprême Indienne⁴⁸⁰ de 2008, un couple de japonais, ayant conclu un contrat de mère porteuse avec une Indienne

⁴⁷⁸ « *Un trafic de bébés roms démantelés* », Le Figaro, 30 août 2013 : un nourrisson rom avait été cédé pour 10000€ (<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/08/30/01016-20130830ARTFIG00345-un-traffic-de-bebes-demantele-entre-marseille-et-la-corse.php>). Les auteurs risquent 20 ans de prison pour « trafic d'humain commis par ascendant ou personne ayant autorité » ; des peines allant de 18 mois à 5 ans de prison par le Tribunal correctionnel de Marseille le 8 avril 2015 (http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/04/08/traffic-de-bebes-roms-jusqu-a-cinq-ans-de-prison-pour-les-vendeurs_4611998_3224.html). Quelle différence avec la gestation pour autrui ?

⁴⁷⁹ A.C. PAPACHRISTOS, « Le don d'utérus et le droit hellénique », in *Gestation pour autrui : surrogate Motherhood*, F. MONEGER (Dir.) Collection colloque volume 14, p. 171 ; E. STEINER, « Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui : surrogate Motherhood*, F. MONEGER (Dir.) Collection colloque volume 14, p. 43 (12000€, paiement ou don ?) ; K. PARIZER-KRIEF, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RID comp.* 2011, n°3, p. 645.

⁴⁸⁰ « *Baby Manji Yamada vs Union Of India & Anr.* » du 29 Septembre 2008, §9.

d'Ahmedabad, se sépare avant la fin de la gestation et abandonne toute prétention sur l'enfant. Le père tente de reconnaître l'enfant, mais le droit japonais empêche la reconnaissance d'un enfant né de mère porteuse. Mère d'intention et mère porteuse ne veulent pas de l'enfant. Le visa du couple japonais ayant expiré en Inde, l'enfant se retrouve apatride et c'est sa grand-mère qui part en Inde pour s'occuper du bébé et saisir le juge. Devant une telle situation, la Cour Suprême indienne a dû statuer sans base légale, les autorités indiennes étant dans l'impossibilité de créer une législation protectrice de la mère et de l'enfant du fait des discussions que ce sujet provoque. L'Inde a essayé, de 2008 à 2010 de réglementer plus strictement le contrat de mère porteuse en rédigeant un projet de loi⁴⁸¹, le *Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill*⁴⁸². Ce texte a suscité des débats importants qui ont empêché la poursuite du travail de rédaction. Le sujet est d'autant plus passionné que le Ministre de la santé indien a décidé en janvier 2013 d'empêcher les homosexuels et les étrangers célibataires de procéder à une GPA⁴⁸³. En octobre 2016, le Gouvernement indien aurait approuvé un projet de loi mettant définitivement fin à ce commerce international. La gestation pour autrui ne deviendrait possible en Inde que pour les couples indiens mariés. Cette mesure, qui n'est pas encore définitivement adoptée, deviendrait effective dix mois après le vote du texte pour permettre aux contrats signés d'être menés à terme.

Malgré ces efforts, force est de constater que l'enfant est encore considéré comme un produit, lucratif pour les médecins, les cabinets juridiques rédacteurs de contrats et leurs assurances⁴⁸⁴. Les malversations sont nombreuses⁴⁸⁵ et la gestatrice est la plupart du temps en situation d'extrême précarité.

⁴⁸¹ P. ATTOUBOU, M. BERDAGUER, P. SEITZ, « Les contrats de mère porteuse en Inde », Centre de droit privé fondamental de l'Université de Strasbourg (<http://cdpf.unistra.fr/travaux/obligations-biens/les-contrats-de-mere-porteuse/inde/>).

⁴⁸² icmr.nic.in/guide/ART%20REGULATION%20Draft%20Bill1.pdf.

⁴⁸³ « *India's draft surrogacy bill bars homosexuals, live-in couples* », V. KRISHNAN, « *Live Mint and Wall Street Journal* », mercredi 7 août 2013.

⁴⁸⁴ La responsabilité médicale est renforcée à tous les stades de l'opération : sélection des gamètes, implantation, surveillance de la grossesse et accouchement.

⁴⁸⁵ « En Italie, une femme enceinte par erreur des enfants d'une autre », 14 avril 2014, http://www.lepoint.fr/monde/rome-inspection-dans-un-hopital-apres-un-echange-d-embryons-13-04-2014-1812647_24.php ; C. LABRUSSE-RIOU, « Responsabilité, droit des personnes et sciences de la vie », in *Ecrits de bioéthiques*, PUF, Quadrige, 2007, p. 287 ; B. GIRARD, « Responsabilité civile

2. La précarité insoluble de la gestatrice

132. Consentement altéré. La précarité des femmes candidates à la gestation pour autrui permet de douter de la véracité de leur consentement à l'opération⁴⁸⁶ et marque les limites de la contractualisation en ce domaine. Le consentement de la mère porteuse à ce « *prolétariat reproductif* »⁴⁸⁷ est le plus souvent motivé par une raison économique. La mise à disposition de son utérus par la femme ne se fait pas par solidarité à l'égard des couples infertiles, mais par intérêt ; « *les nouveaux prolétaires seront...ceux qui n'auront plus comme seule richesse que leur capacité à mettre au monde des enfants* »⁴⁸⁸. La gratuité de l'opération et son caractère solidaire sont des arguments développés pour le grand public, mais qui se vérifient statistiquement très peu à l'international. Dans certains pays, ces prestations peuvent être moins onéreuses que dans d'autres pays, mais c'est le fait du marché et l'effet de la délocalisation. La gestation pour autrui est un marché qui offre, comme l'automobile, des prestations pour toutes les bourses. La prestation de luxe est offerte par les cliniques californiennes, la prestation d'entrée de gamme est offerte par la main d'œuvre indienne. Plus la précarité économique est grande dans un pays et plus le coût de l'opération est faible, ce ratio est toujours vérifiable.

Pour illustration, le *Center for Social Research*⁴⁸⁹ indien dénonce le lien entre la pauvreté et l'augmentation du nombre de ces contrats. Selon un rapport de 2012, « *les mères porteuses indiennes paient le prix fort de la mondialisation* »⁴⁹⁰ puisqu'elles sont payées 4 500 à 5 000 \$, soit la moitié du prix payé par les clients étrangers aux cliniques qui les emploient. La même opération coûte 100 000 dollars

extracontractuelle et droits fondamentaux, thèse Paris 1, Bibliothèque de droit privé, paru à la LGDJ en 2014 ; 600 enfants inséminés avec le sperme du même chirurgien pratiquant les opérations.

⁴⁸⁶ M. FABRE-MAGNAN, « Totems et tabous en matière de discrimination », *Débat*, RDC, n° 2010/4, p. 1433 et s. ; D. ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911.

⁴⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013, p. 97.

⁴⁸⁸ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁸⁹ *Surrogacy Report*, Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial, Centre for Social Research, 01.III.2012, www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf fetsrindia.org/blog/2012/03/01/surrogacy/.

⁴⁹⁰ A. VOGT, « The Rent-a-Womb Boom », *The Daily Beast*, 01.III.2014.

aux États-Unis, mais cette somme représente déjà plusieurs années de salaires et offre l'occasion d'acheter une maison ou un commerce. La gestatrice indienne n'a aucune protection juridique⁴⁹¹. Elle ne peut pas refuser de donner son enfant et sa famille n'est pas couverte en cas de décès en couche ou de préjudice lors de la gestation⁴⁹². La Cour d'appel de Rennes a d'ailleurs énoncé dans une décision du 13 septembre 2013⁴⁹³ qu'« *en l'absence de projet commun tant de vie de couple (entre le père et la mère porteuse) que de suivi de l'enfant, la seule justification qui vaille est la somme versée par le père qui ne doit pas être appréciée en fonction de la situation de celui-ci, mais de celle de la mère d'origine extrêmement modeste pour qui 1500 euros représentent trois ans de salaires. Cette somme étant manifestement sans relation avec les frais même « confortables » de sa grossesse. Ainsi il ne s'agit pas seulement en l'espèce d'un contrat de mère porteuse prohibé par la loi française, mais encore d'un achat d'enfant, évidemment contraire à l'ordre public* ». La gestation pour autrui reste pour l'instant régie par un Code de bonne conduite publié par Le Conseil indien de recherche médicale (*the Indian Council of Medical Research*), mais le contrat n'a pas de forme stricte. Le consentement du mari de la mère porteuse doit être donné, en son absence, un divorce ou une séparation judiciaire peuvent être entrepris par l'époux, dans ce pays où l'adultère commis par la femme est un crime prévu par l'article 497 du Code pénal indien. Les parents commanditaires sont les seuls parents à l'égard desquels la filiation de l'enfant peut être légalement établie (Recommandation 3.10.1 de l'*Indian Council of Medical Research*). La mère porteuse ne doit pas être la mère légale et le certificat de naissance doit seulement mentionner le nom des parents génétiques (Recommandation 3.5.4 de l'*Indian*

⁴⁹¹ *Code of practice, Ethical considerations and légal issues (Indian Center for Medical Research)* : http://icmr.nic.in/art/Chapter_3.pdf

⁴⁹² S. EPELBOIN, « Gestation pour autrui : une assistance médicale à la procréation comme les autres ? », *Cairn.info, L'information psychiatrique*, 2011/7 Volume 87, p. 573 ; M.-X. CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, URL : <http://revdh.revues.org/201>.

⁴⁹³ CA Rennes, 10 janvier 2012, n° 11/01846 ; Civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-18.315, comm. : A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ Fam.*, 2013, p. 532 ; P. HAMMJE, « Annulation de la transcription d'un acte de naissance indien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 909 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « Contentieux familial », *D.*, 2013, p. 689 ; H. FULCHIRON, « Dans les limbes du droit », *D.*, 2013, p. 2349 ; Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *D.*, 2014, p. 1787 ; REGINE, « Droit et genre », *D.*, 2014, p. 954 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.*, 2013, p. 2384.

Council of Medical Research), la mère porteuse doit renoncer par écrit à tous les droits sur l'enfant.

Certes, la gestation pour autrui n'est pas autorisée en France, mais puisque ses effets sont désormais reconnus, le mode de conception des enfants ne peut pas ne pas être pris en compte dans l'analyse des éléments participant à la contractualisation de la famille. Si ce mouvement continue de contractualisation peut représenter un progrès, il ne doit pas occulter les questions décisives qui restent encore sans réponse.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

133. Élargissement de la famille. La contractualisation de la famille sous l'impulsion des droits fondamentaux pose des questions inédites au droit de la famille, dont les enjeux philosophiques, éthiques et juridiques sont majeurs. Les enfants sont inégalement protégés par le droit selon les domaines. La poursuite de leur intérêt supérieur est un objectif constant, mais qui peut être mis à mal par la logique de marché qui anime la procréation médicale et la gestation pour autrui. Les règles comptent moins que la réalité affective du lien familial pour définir la notion de famille. La technique juridique adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, et suivie par le droit français est pourtant simple : est protégé tout ce qui ressemble à un lien interpersonnel de nature familiale, en faisant primer le fait sur le droit. Rien ne résiste de l'ordre ancien, si ce n'est l'interdiction de la polygamie et de l'inceste. Cette souplesse pourrait avoir l'apparence de la simplicité, comme évitant la qualification juridique, mais il n'en est rien, la famille est affaiblie dans sa fonction juridique et génère des conséquences négatives, qui pèsent sur la cohérence générale du droit.

CHAPITRE 2

L'AFFAIBLISSEMENT JURIDIQUE DE LA FAMILLE

134. La famille, gouvernée et assouplie par les droits fondamentaux, apparaît affaiblie en droit interne. Le terme même de famille est équivoque. Tout d'abord, les contours de la famille changent en fonction de la matière abordée, ce qui en fait une notion mouvante. En droit de l'immigration, la famille désigne un cercle restreint de membres de la famille, excluant le regroupement des personnes liées par d'autres modes de conjugalité que le mariage, ou les enfants non issus du mariage. Ces différences entre droit de la famille et droit de l'immigration, si elles s'expliquent sur le plan pratique, posent le problème de la cohérence générale du droit. Le droit pénal retient aussi des contours mouvants pour la famille. Selon les infractions, le couple est composé de personnes mariées ou non. Par ailleurs, la mention du terme de famille dans l'infraction de l'inceste a posé de graves problèmes juridiques (Section 1).

Ensuite, la libéralisation du droit de la famille implique un relâchement des contours des solidarités familiales, ce qui se traduit à la fois en droit social et en droit des successions. En droit social, en matière de politique familiale, l'instabilité des familles précarise les individus et doit être compensée par une aide individuelle, ponctionnée sur le budget alloué à la politique familiale, restreignant proportionnellement le soutien au développement des familles. En droit des successions, l'étude des solidarités familiales en matière de transmission successorale traduit un moindre encadrement de la liberté du *de cuius* dans l'ordre de succession. L'ordre public successoral permettant d'identifier les membres de la famille appelées à la succession est assoupli. Cette modification de l'ordre de transmission successoral a des effets négatifs sur la cohésion du groupe familial (Section 2).

Section 1. Un terme incertain affectant la cohérence du droit

135. La notion de famille manque désormais d'unité. La notion retenue par le droit de l'immigration ne s'accommode pas du pluralisme inspiré par les droits fondamentaux ; la définition de la famille retenue en cette matière se distingue singulièrement de celle retenue aujourd'hui en droit civil (§1). Les contours de la famille sont également incertains en droit pénal (§2).

§1. La définition étroite de la famille retenue en droit de l'immigration

136. Le droit au regroupement familial est une procédure verrouillée (A) dont les bénéficiaires sont limités (B).

A. La procédure de regroupement familial verrouillée

137. **La procédure du regroupement familial.** Le regroupement familial est régi par le quatrième livre du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), aux articles 411-1 et suivants. Il « *demeure une source importante d'immigration en France en permettant à un étranger demeurant régulièrement en France d'exercer son droit d'être rejoint par un conjoint et ses enfants mineurs* »⁴⁹⁴. La possibilité pour un étranger de se voir rejoindre par sa famille légitime est un droit fondamental consacré sur le plan constitutionnel et conventionnel. Le Conseil constitutionnel en a fait une expression du droit de mener une vie familiale normale dans sa décision du 13 août 1993⁴⁹⁵. Dans la décision de 1993, le Conseil constitutionnel énonce que « *si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits*

⁴⁹⁴ O. LECUCQ, « Etranger » (II- Contentieux de l'entrée et du séjour), *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n° 232, 2014.

⁴⁹⁵ Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC ; B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871 ; J.-J. DUPEYROUX, X. PRETOT, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.*, 1994, p. 69 ; D. TURPIN, « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1.

fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; (...) figurent parmi ces droits et libertés (...) le droit de mener une vie familiale normale ». Ce droit pour les étrangers de mener une vie familiale normale « *comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique, lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle* ». Cette liberté est strictement interprétée dans la mesure où, par sa décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006⁴⁹⁶, le Conseil constitutionnel a rejeté les recours dont l'avaient saisi les parlementaires à l'encontre de la loi relative à l'immigration et à l'intégration. Elle a été définitivement adoptée le 30 juin précédent et a fixé les conditions du regroupement familial⁴⁹⁷.

Concernant les dispositions relatives au regroupement familial, cette loi part du principe que le droit au regroupement familial suppose la stabilité du séjour du demandeur, fixée par le législateur à dix-huit mois par l'article 44 de la loi déferée. Par ailleurs, des conditions de logement sont prises en compte. L'article 45 de la loi prévoit que le logement du demandeur sera comparé au logement moyen d'une « *famille comparable dans la même région géographique* ». Le regroupement familial pourra être refusé lorsque le demandeur ne respecte pas les « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », tels que la monogamie, l'égalité de l'homme et la femme, le respect de l'intégrité physique des enfants et adolescents, le respect de la liberté du mariage, l'assiduité scolaire, le respect des différences ethniques et religieuses, l'acceptation de la règle selon laquelle la France est une République laïque, *etc...* Enfin, l'autorisation de séjour délivrée au conjoint au titre du regroupement familial pourra lui être retirée en cas de rupture de la vie commune dans les trois ans suivant sa délivrance.

⁴⁹⁶ Cons. const. 20 juill. 2006, n° 2006-539 DC ; S. BIAGINI-GIRARD, « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers : un modèle prédéterminé et imposé comme obstacle à un « droit naturel » ? », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 263 ; K. MICHELET, « Ordre public, pauvreté et étrangers », *RDSS*, 2008, p. 163 ; H. LABAYLE, « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, 2007, p. 101.

⁴⁹⁷ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006 p. 11047.

138. Protection de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme protège également ce droit au nom du respect de la vie privée et familiale, mais à des conditions strictes. La protection de la vie privée et familiale, sous la bannière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au titre du regroupement familial, implique la préexistence de la réalité de la vie familiale. La Cour européenne a affirmé que le refoulement ou l'éloignement d'un étranger d'un pays où vivent les membres proches de sa famille peut porter atteinte à son droit à la vie familiale et constituer une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette garantie concerne le droit au respect de la vie familiale existante et ne donne pas aux étrangers le droit de choisir l'implantation géographique de cette vie familiale⁴⁹⁸. Ainsi, puisque l'article 8 protège la vie familiale existante, il ne peut pas garantir un droit au regroupement familial, ce qui a été énoncé par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Gül contre Suisse*⁴⁹⁹ et *Ahmut contre Pays-Bas*⁵⁰⁰ du 19 février 1996 et 28 novembre 1996. Dans l'arrêt *Gül contre Suisse*, la Cour a considéré que le refus de regroupement par la Suisse était une ingérence légitime au droit à la vie familiale des requérants. Le droit suisse prévoit le regroupement familial, mais la famille Gül ne rentrait pas dans le cadre prévu, essentiellement pour des raisons de revenus. Par ailleurs, cette famille pouvait avoir une vie familiale effective en Turquie. En l'espèce, les revenus des requérants étaient constitués par une pension versée par le Gouvernement d'accueil à qui il aurait été excessif de faire supporter en plus le coût des enfants. Il n'y avait pas non plus de danger politique réel en cas de retour en Turquie.

⁴⁹⁸ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 709, n° 372 et s.

⁴⁹⁹ CEDH, 19 février 1996, *Gül contre Suisse*, n° 23218/94 ; C. COURNIL, « Aux « confins des droits » des mineurs étrangers non accompagnés détenus et refoulés », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 35 ; F. MONEGER, « Le Conseil d'Etat met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *RDSS*, 1998, p. 174 ; P. DOLLAT, « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009, p. 689 ; C. COURNIL, M. REICO, « Le regroupement familial : cadre général et bénéficiaires », *AJ fam.*, 2009, p. 241.

⁵⁰⁰ CEDH, 28 novembre 1996, *Ahmut contre Pays-Bas*, n° 21702/93 ; J.-P. MARGUENAUD, « Amplification du reflux du droit au respect de la vie familiale des étrangers », *RTD civ.*, 1997, p. 540 ; H. LABAYLE, « L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1997, p. 977.

Ces mesures sont bien évidemment compréhensibles en droit des étrangers, mais montrent que la souplesse d'interprétation retenue en droit interne pour la famille ne s'applique pas dans tous les domaines. Cette définition marque une volonté politique de n'autoriser l'entrée sur le territoire national que d'une certaine catégorie de famille, la famille légitime. En effet, dans l'arrêt *Slivenko*⁵⁰¹, « les juges ont précisé qu'en matière de droit des étrangers, la notion de vie familiale se limite normalement au noyau familial »⁵⁰². L'étude des contours de cette famille autorisée à immigrer dénote avec la souplesse des contours de la famille au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette discordance, ainsi que la liste limitée des bénéficiaires du regroupement familial, montrent le caractère mouvant des contours de la famille selon la matière abordée.

B. La liste limitée des bénéficiaires du regroupement familial

139. Le conjoint, bénéficiaire du regroupement familial. Outre les conditions de ressources et de logement, les bénéficiaires de ce droit au regroupement familial sont limitativement énoncés. La famille est entendue strictement. Au titre de l'article L. 411-1 du CESEDA, le droit au regroupement familial ne saurait bénéficier qu'au conjoint, à condition qu'il soit âgé d'au moins dix-huit ans, et aux enfants mineurs du couple, l'âge des enfants étant apprécié à la date du dépôt du dossier de regroupement. Les ascendants de l'étranger sont exclus de la liste des bénéficiaires, ainsi que les collatéraux⁵⁰³. Le bénéfice du regroupement familial est également refusé aux concubins⁵⁰⁴ et aux partenaires pacsés et la famille polygamique en est

⁵⁰¹ CEDH, Gr. Ch., 9 octobre 2003, *Slivenko contre Lettonie*, n° 48321/99 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2003, p. 603 ; « Non-respect de la protection des mineurs étrangers isolés – Cour européenne des droits de l'homme 12 octobre 2006 », *D.*, 2007, p. 771.

⁵⁰² J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2017, p. 209, n°235.

⁵⁰³ Pour les neveux : CE 17 oct. 1994, *Mme Martium*, n° 128423 ; le beau-frère : CE 22 janv. 1996, *M. Ali Y.*, n° 146112 ; les petits-enfants : CE 18 oct. 1996, *M. Ahmed X.*, n° 153669 ; O. LECUCQ, « Étranger », *Répertoire de contentieux administratif*, (II - Contentieux de l'entrée et du séjour), septembre 2013 (actualisation : octobre 2014).

⁵⁰⁴ CE 2 févr. 1990, *Benouisse*, req. n° 96336 ; H. LABAYLE, « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », *RFDA*, 1993, p. 511 ; N.

exclue⁵⁰⁵.

Selon l'article L. 431-2 du CESEDA, s'il y a rupture de la vie commune dans les trois années suivant l'autorisation de séjourner, le titre de séjour du conjoint peut faire l'objet d'un retrait ou d'un refus de renouvellement, et en fait l'objet lorsque la rupture est antérieure à la demande de titre. Des exceptions sont prévues, en particulier si la rupture de la communauté de vie est due aux violences conjugales subies par le conjoint rejoignant. Dans ce cas, l'administration ne peut procéder au retrait du titre de séjour de l'étranger admis au séjour au titre du regroupement familial. La loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes précise, dans l'article L. 313-12 du CESEDA, que le renouvellement de la carte de séjour d'un étranger victime de violences conjugales, quelle que soit la cause de la rupture de la vie commune, sera facilité⁵⁰⁶.

140. Les enfants, bénéficiaires du regroupement familial. Pour les enfants, le lien de filiation doit être établi pour pouvoir bénéficier du regroupement et la simple autorité parentale conférée par délégation, par exemple par *kafala*⁵⁰⁷, ne saurait à cet égard, suffire. La filiation peut être légitime, naturelle ou adoptive, tant qu'elle est établie. Il a été jugé que refuser le bénéfice des allocations familiales pour des enfants étrangers entrés hors regroupement familial n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁰⁸.

GUIMEZANES, « Immigration », *Répertoire de droit international*, août 2009, (actualisation : octobre 2015).

⁵⁰⁵ CEDH, 29 juin 1992, *Rabia Bibi contre Royaume-Uni*, n° 19628/92 ; F. MONEGER, « Familles et prestations sociales dans les relations franco-algériennes », *RDSS*, 2003, p. 673.

⁵⁰⁶ Par souci de coordination, elle modifie également l'article L. 431-2 du CESEDA, qui concerne les étrangers bénéficiaires d'une carte de séjour au titre du regroupement familial (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014, art. 47, JORF 5 août).

⁵⁰⁷ J. HAUSER, « Préliminaire : définition de la famille », *RTD civ.*, 2004, p. 722 ; P. DOLLAT, « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009, p. 689 ; A.-M. TOURNEPICHE, « Extension de possibilités du regroupement familial », *AJDA*, 2004, p. 1425 ; A. BAUX, « Légalité du refus de délivrer un document de circulation et *kafala* », *AJDA*, 2009, 1497 ; sur l'importance de la question en DIp : P. Lagarde, F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, « *Droit de la nationalité et des étrangers* », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 506.

⁵⁰⁸ CEDH, 1 octobre 2015, *Okitaloshima Okonda Osungu et a. contre France*, n° 51354/13 ; « Refuser le bénéfice des allocations familiales pour des enfants étrangers entrés hors regroupement familial n'est pas contraire à la Conv. EDH, CEDH, 1 octobre 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 689 ; voir le

En présence d'époux polygames, l'article L. 411-7 du CESEDA dispose que lorsqu'un étranger polygame réside en France avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint, et sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Les contrevenants encourrent un refus d'entrée ou le retrait de leur titre de séjour. La situation polygamique justifie également un refus de délivrance de visa quand bien même le regroupement familial a été autorisé. Cette situation de vie en état de polygamie est au nombre des motifs d'ordre public susceptibles d'être pris en considération pour fonder un refus de visa, alors même que le regroupement familial aurait été autorisé. Ces règles sont en accord avec la Convention européenne des droits de l'homme. En matière de droit de l'immigration, les États conservent une marge d'appréciation importante. Cette différence de traitement de la notion de famille entre droits des personnes et de la famille et droit de l'immigration souligne la limite de l'universalité d'interprétation des droits de l'homme. Une opposition entre vision européenne des droits de l'homme et vision étrangère apparaît, montrant les limites de la notion de famille européenne, fragilisée et mise à mal par le phénomène de franchissement de frontières. La Cour européenne des droits de l'homme intervient cependant dans le domaine procédural.

141. Garanties de souplesse, célérité et effectivité. Une fois les limites posées au regroupement familial, la France a l'obligation de respecter l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de traiter les demandes de regroupement familial avec « *souplesse, célérité et effectivité* ». La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France dans trois arrêts rendus le 10 juillet 2014⁵⁰⁹ pour avoir traité les demandes de regroupement familial dans des délais trop longs. Cinq ans, quatre ans et trois ans et demi avaient été nécessaires pour établir la véracité du lien de filiation soutenu par les demandeurs au regroupement. La Cour a considéré que la France aurait dû tenir compte « *de la vulnérabilité et du parcours*

Communiqué de presse de la Cour : http://www.gisti.org/IMG/pdf/communiqu%C3%A9_cedh_1er_octobre_2015_okitaloshima.pdf

⁵⁰⁹ CEDH, 10 juillet 2014, *Mugenzi, Tanda-Muzinga, Senigo Longue contre France*, n° 19113/09 ; R. MESA, « Regroupement familial et article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D. actualité*, 4 septembre 2014.

particulièrement difficile du requérant, qu'elles prêtent une grande attention à ses arguments pertinents pour l'issue du litige, qu'elles lui fassent connaître les raisons qui s'opposaient à la mise en oeuvre du regroupement familial, et enfin qu'elles statuent à bref délai sur les demandes de visa »⁵¹⁰. La Cour de Strasbourg propose des lignes directrices en matière procédurale, mais ne se prononce pas sur l'interprétation à donner à la notion de famille en matière d'immigration.

142. Un modèle imposé de famille. La notion de famille entendue en matière migratoire est donc plus restreinte⁵¹¹ que la notion retenue en droit européen des droits de l'homme classique. Il s'agit en quelque sorte de sélectionner, en droit de l'immigration, les familles qui correspondent à un archétype familial, pourtant jugé démodé lorsqu'il s'applique à des nationaux. Une part de la doctrine dénonce à ce titre une entrave à un droit générique à la famille au bénéfice des étrangers⁵¹². Dans les faits, la famille qui peut accéder au bénéfice du regroupement familial est la famille monogame, hétérosexuelle, dont les enfants sont bien ceux du couple (sauf décès ou déchéance de l'autorité parentale pour les conjoints surnuméraires), uni par les liens du mariage. La famille nucléaire est le modèle ici mis en valeur. Ces critères modélisent un idéal social familial promu par la République française, or de tels critères ne correspondent pas à la famille telle que façonnée par la Cour européenne des droits de l'homme en droit européen. Ce modèle insiste tout particulièrement sur le rôle du couple parental qui devra s'ancrer dans la culture de la société française. Ce cadre pose les jalons d'un fond commun identitaire auquel l'étranger doit se soumettre. Il lui est, à cet égard, proposé de signer un contrat d'accueil et d'intégration (CAI) et de suivre des formations à la culture française⁵¹³. Si le couple

⁵¹⁰ D. POUPEAU, « La CEDH exige de la France « souplesse et célérité » pour le regroupement familial – Cour européenne des droits de l'homme 10 juillet 2014 », *AJDA*, 2014, p. 1463.

⁵¹¹ T. KENNEYBREW, « La défense des droits familiaux de l'étranger en France par la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'étranger et le droit de la famille*, sous la direction de Ph. KAHN, La Documentation française, Mission de recherche droit et justice, 2001, p. 263.

⁵¹² S. BIAGINI-GIRARD, « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers : un modèle prédéterminé et imposé comme obstacle à un « droit naturel » ? », *RCDIP*, 2014 p. 263 ; P. LAGARDE, préface de l'ouvrage de F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, t. 265, 1996, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ, p. 4.

⁵¹³ CESEDA art. L. 311-9, L. 314-2, L. 411-8, R. 311-22. Les bases nécessaires concernent le niveau linguistique et l'instruction civique. Les formations impliquent donc une présentation des institutions

accueilli a des enfants, les deux parents doivent signer le contrat d'accueil et d'intégration pour la famille (CAIF). Ces contrats, régis par les articles L. 311-9-1, R. 311-20-12, R. 311-25, R. 311-30-12 à 30-15 du CESEDA, décrivent les valeurs de la République et des services publics permettant notamment une aide matérielle à la famille. Les devoirs parentaux sont précisément décrits ainsi que les services publics concernant la petite enfance, les modes de garde et l'orientation scolaire. Ces principes essentiels promus par les lois de la République semblent tracer les contours de ce qui serait une « *bonne famille* », encadrée par de « *bons parents* ». Des pratiques telles que l'excision ou le mariage forcé sont donc interdites⁵¹⁴. Le but de régulation des flux migratoires justifie cette restriction interprétative alors que ce modèle de famille n'est plus le seul prôné par le droit civil interne. Effectivement, le droit est réticent à promouvoir un modèle unique de famille, par respect du droit à l'égalité et à la liberté des ressortissants nationaux. La famille a des contours à géométrie variable selon la matière abordée, ce qui met en cause la cohérence du droit en ce domaine et démontre les limites de la diffusion des droits fondamentaux en matière familiale. La comparaison entre droit de l'immigration et droit civil n'est d'ailleurs pas le seul révélateur des contours mouvants de la famille, la matière pénale connaît également des incertitudes.

§2. Les contours flous de la famille en droit pénal

143. Les contours de la famille en droit pénal diffèrent selon les infractions abordées. La conception retenue de la famille est en effet plus étroite en matière d'atteintes aux biens et plus large en matière d'atteintes aux personnes (A). L'incertitude du terme famille a également posé des difficultés exemplaires en matière de répression de l'inceste (B).

françaises et des valeurs de la République, égalité hommes/femmes, laïcité, État de droit, libertés fondamentales, sûreté des personnes et des biens, exercice de la citoyenneté permettant l'accès obligatoire et gratuit à l'instruction.

⁵¹⁴ CNCDH 20 sept. 2007, Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration, et à l'asile, http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/07.09.20_Avis-immigration-asile.pdf.

A. Des contours variables de la famille selon les infractions

144. Interprétation large. L'indétermination des contours de la famille intéresse le droit pénal, qui est régulièrement confronté aux frontières incertaines de la famille. Les occasions y sont nombreuses de « *donner une définition moderne, renouvelée et radicalement nominaliste du lien familial et de ce qu'est une famille* »⁵¹⁵ puisque la matière doit s'adapter aux évolutions de la société dans des domaines centraux, notamment les violences au sein du couple. Un bref survol des principales infractions impliquant des rapports de famille laisse entrevoir que le droit pénal s'est en grande partie adapté aux changements conjugaux et familiaux, mais que certains textes restent réservés aux époux, aux alliés en ligne directe et aux collatéraux, à l'exclusion des concubins et partenaires pacsés. Ces différences ne sont pas dépourvues de sens et doivent être analysées.

145. Violences. Le dispositif de droit pénal sanctionne au titre de circonstances aggravantes les violences exercées au sein du couple. Le couple visé est composé du conjoint, du concubin ou du partenaire pacsé depuis la loi du 4 avril 2006⁵¹⁶, le droit pénal est un précurseur en matière de couple par rapport au droit civil. En effet, l'article 222-7 du Code pénal prévoit que « *les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle* » et l'article 222-8 du Code pénal précise que « *l'infraction définie à l'article 222-7 est punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : 6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* ». Il en est de même pour les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (articles 222-9 et 222-10 du Code pénal), les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours (article 222-11 et 222-12 du Code pénal), et pour les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail (article 222-13 du Code pénal).

⁵¹⁵ M. DOUCHY-OU DOT, « Contentieux familial », *D.*, 2012, p. 1033.

⁵¹⁶ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097.

Le Code pénal fait également du harcèlement moral exercé sur son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin une circonstance aggravante du harcèlement moral. L'article 222-33-2-1 dispose que « *le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (...) Les mêmes peines sont encourues lorsque cette infraction est commise par un ancien conjoint ou un ancien concubin de la victime, ou un ancien partenaire lié à cette dernière par un pacte civil de solidarité* ». La loi du 4 avril 2006⁵¹⁷ permet donc des avancées très significatives en matière de lutte contre les violences au sein du couple en prévoyant une égalité parfaite entre les différents modes de conjugalité. Le droit pénal est un précurseur puisque le dispositif civil de prévention des violences au sein du couple, visant tous les modes de conjugalité, date des lois du 9 juillet 2010⁵¹⁸ et du 4 août 2014⁵¹⁹. L'article 515-9 du Code civil énonce à ce titre que « *lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection* ». Le législateur précise quels sont ces membres du couple pour éviter que le texte ne soit discuté pour imprécision ; droit pénal et droit civil se complètent. La loi civile ainsi formulée emporte plusieurs conséquences. L'ancien article 220-1, alinéa 3 du Code civil autorisait la séparation des époux dans un contexte de violence conjugale. Dans la nouvelle formulation du texte, « *le statut de victime prime désormais le statut de la relation* »⁵²⁰, la loi du 9 juillet 2010 supprime la primauté de la relation fondée sur le mariage dans la protection des victimes de violence. Le statut de victime prime sur le

⁵¹⁷ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

⁵¹⁸ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JORF n° 0158 du 10 juillet 2010 p. 12762.

⁵¹⁹ 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 p. 12949.

⁵²⁰ É. BAZIN, « Violences familiales », *Répertoire de droit civil*, juin 2015.

statut civil, ce qui caractérise une nécessaire « *intrusion du droit pénal dans le droit civil de la famille* »⁵²¹ et participe activement de la construction d'un droit commun du couple⁵²². Une difficulté persiste en pratique, pour les victimes de violences exercées par un ancien concubin, qui devront prouver l'existence d'un concubinage pour bénéficier de l'application de l'article 515-9 et suivants du Code civil. Ainsi, le statut de victime prime sur les hésitations du droit afin de rendre la protection effective. Droit civil et droit pénal sont harmonisés en la matière : cette évolution est évidemment positive et reflète un souci d'efficacité et de cohérence générale.

146. Viol. En matière de viol, l'article 222-22 du Code pénal énonce que « *constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage* ». La loi du 4 avril 2006⁵²³ a prévu, au sein de l'article 222-24, 11° du Code pénal que le viol soit puni de vingt ans de réclusion criminelle, lorsqu'il est commis « *par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* ». La jurisprudence avait admis le viol entre époux lors d'un arrêt en date du 11 juin 1992⁵²⁴. La loi va plus loin et consacre à la fois le viol entre époux, mais également le viol entre concubins et partenaires pacsés. La loi pénale intègre ainsi les évolutions sociales des modes de conjugalité. L'article 132-80, alinéa 2, du Code pénal précise même que la circonstance aggravante est également applicable lorsque le viol est commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié

⁵²¹ MULON, CASEY, « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. Pal.*, 10-11 nov. 2010, p. 6.

⁵²² *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple ?*, colloque Institut de l'éthique de Lille, LPA 20 déc. 2007 ; J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-conjugalité*, 2009, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 33 ; SAGAUT, « Couple au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », LPA 21 mai 2010, p. 11 ; X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, 2^e édition, 2012, Presses Universitaires du Septentrion, p. 166 s.

⁵²³ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JORF n°81 du 5 avril 2006 p. 5097.

⁵²⁴ A. DARSONVILLE, « Viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juin 2011 (actualisation : juin 2012).

par un pacte civil de solidarité. Ainsi, la relation préexistante entre l'auteur du viol et la victime (la qualité d'« ex ») aggrave la peine encourue⁵²⁵. Ici encore, le droit pénal tient compte de l'évolution du droit civil du couple, ce qui est justifié par l'impératif de protection des victimes.

147. Immunités familiales. Le cas de la non-dénonciation de crime précise également les contours de la famille retenus en droit pénal. Il existe une immunité familiale, prévue par l'article 434-1 du Code pénal, à l'égard des personnes qui avait des liens familiaux avec l'auteur de l'infraction. Ce texte énonce que « *le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. Sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13* ». Le texte pénal désigne précisément les bénéficiaires de l'immunité familiale en y incluant les ascendants et leurs conjoints, les frères et sœurs et leurs conjoints, le conjoint et « *la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'auteur du crime* ». Ce texte intègre encore tous les modes de conjugalité, ce qui est adapté à l'évolution du droit civil et à la réalité des mœurs. La formule « *qui vit notoirement en situation maritale avec l'auteur du crime* » inclut le PACS et le concubinage sans les distinguer.

Il en est de même en matière de recel de criminel où l'article 434-6 du Code pénal prévoit une exception pour les « *parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou complice du crime* » ou

⁵²⁵ VIEVILLE-MIRAVETE, « La circonstance aggravante « d'ex » en matière de violences au sein du couple », *Droit pénal*, 2009. Étude 4.

de l'acte de terrorisme » ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du « ou de l'acte de terrorisme », ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ». Comme en matière de non-dénonciation de crime, le texte est adapté aux évolutions du droit civil en matière de couple. Tout le Code pénal n'est pourtant pas adapté aux évolutions des modes de conjugalité, certaines infractions connaissent une interprétation plus étroite de la famille. Le droit pénal n'est alors pas adapté aux évolutions du droit civil, ce qui atteste d'un problème de cohérence générale du droit en matière familiale.

148. Interprétation étroite. D'autres infractions, comme les atteintes aux biens, connaissent une interprétation plus étroite des contours de la famille. L'immunité familiale en matière de vol ne s'applique qu'entre époux et excluent les concubins et les partenaires pacsés, selon 311-12 du Code pénal qui énonce que *« ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant ; 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément »*. Le délit d'extorsion prévu par l'article 312-9 alinéa 2 du Code pénal renvoie à l'immunité prévue pour le vol à l'article 311-12 du Code pénal. L'article 312-12 alinéa 2 du Code pénal précise que la même immunité est applicable en matière de chantage, l'article 313-3 alinéa 2 du Code pénal le précise aussi en matière d'escroquerie, et l'article 314-4 du Code pénal en cas d'abus de confiance. Enfin, il en est également ainsi pour l'aide au séjour irrégulier d'un étranger prévu à l'article L. 622-4 du CESEDA. Dans ce cas, le conjoint, entendu comme l'époux, ne peut être inquiété des infractions citées. Le lien du mariage paralyse l'application du droit pénal, ce qui n'est pas le cas du PACS et du concubinage. L'intensité de l'engagement de ces couples ne semble pas justifier une atténuation de la répression. Il n'y a donc pas d'uniformisation des modes de conjugalité, ce qui distingue les infractions relatives aux personnes des infractions relatives aux biens. Le droit pénal continue de distinguer les modes de conjugalité lorsque l'urgence ne justifie pas de les mettre sur le même plan. La cohérence générale du droit en est affectée.

Enfin, en matière d'abandon de famille, l'article 227-3 du Code

pénal énonce que « *le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dus en raison de l'une des obligations familiales prévues par le Code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». L'abandon de famille est aussi notable par son vocabulaire. La famille en droit pénal dans ce texte englobe le conjoint, un descendant, un ascendant ou un enfant mineur. Les beaux-enfants, les partenaires ou les concubins ne sont pas membres de la famille et ne font pas naître d'obligation familiale dont la non-exécution peut donner lieu à une condamnation pour abandon de famille. D'une certaine façon, le droit pénal, de par la gravité des conséquences de son application (condamnation, emprisonnement, casier judiciaire, sanctions pécuniaires) est plus strict que le droit civil et distingue là où il y a lieu de distinguer, quand bien même il établirait des distinctions entre les choix de vie des individus. En matière d'abandon de famille, mariage, PACS et concubinage ne sont pas égaux puisque l'intensité des liens créés n'est pas la même. Ce survol des différentes infractions permet de constater qu'une fois encore, la famille ne fait pas l'objet d'une interprétation unique, ce qui met en cause la cohérence du droit.

La question de la répression de l'inceste a été particulièrement révélatrice de cette difficulté. Le problème est réglé aujourd'hui, mais la question ne perd pas de sa pertinence.

B. Le problème de la répression de l'inceste

149. Référence malvenue à la famille. Avant la loi du 14 mars 2016, l'inceste avait été inséré dans le Code pénal par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010. L'article 222-31-1 du Code pénal disposait en 2010 que « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la*

victime une autorité de droit ou de fait ». L'article 227-27-2 du Code pénal énonçait également que « *les infractions définies aux articles 227-25, 227-26 et 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». Ces articles ont donné lieu à deux décisions QPC du 16 septembre 2011⁵²⁶ et du 17 février 2012⁵²⁷ dans lesquelles il était précisé « *qu'en ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des atteintes sexuelles soient qualifiées d'incestueuses, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines* ». L'analyse juridique est « *imparable* »⁵²⁸, le Conseil constitutionnel rappelle que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* ». La loi n° 2010-121 du 8 février 2010, qui visait à inscrire l'inceste dans le Code pénal afin d'améliorer « *la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux* »⁵²⁹, avait raté son objectif. L'utilité de cette loi était déjà discutée lors de sa rédaction puisque trois incriminations (viol, agressions sexuelles et atteintes sexuelles) permettaient de réprimer l'inceste. En effet, la qualité d'ascendant ou celle de

⁵²⁶ Cons. Const. déc. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, M. Claude N. (définition des crimes et délits incestueux), *Revue française de droit constitutionnel*, avril 2012, n°90 : en l'espèce, la question était de savoir si la relation sexuelle non consentie entraînait dans le champ de l'infraction incestueuse lorsqu'elle impliquait le fils du mari et la fille de l'épouse dans une famille recomposée. Il faut noter que le législateur de 2010 avait choisi, en rédigeant cette loi définissant les délits et crimes incestueux, une écriture large de l'infraction. Commentaires : G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, S. MIRABAIL, T. POTASZKIN, « *Droit pénal* », *D.*, 2011, p. 2823 ; C. PORTERON, « *Le respect du principe de la légalité : un rappel évident... mais nécessaire*, Conseil constitutionnel 16 septembre 2011 », *AJ pénal*, 2011, p. 588 ; P. DE COMBLES DE NAYVES, « *Loi sur l'inceste : peut mieux faire* », *Constitutions*, 2012, p.91 ; Y. MAYAUD, « *L'inceste dans... l'illégalité* », *RSC*, 2011, p. 830 ; J. DANET, « *Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse « inscription » de l'inceste dans le code pénal* », *RSC*, 2012, p. 183 ; J. HAUSER « *Préliminaires : définir la famille par l'inceste* », *RTD civ.*, 2011, p. 752.

⁵²⁷ Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC ; M. TINEL, « *La famille en droits pénal* », *Droits*, 2012, n° 56, p. 155 ; J.-C. PLANQUE, « *Infractions incestueuses : objets pénaux non identifiés et conséquences identifiables* », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 109-110, p. 13.

⁵²⁸ M. DOUCHY-OUDOT, « *Contentieux familial* », *D.*, 2012, p. 1033.

⁵²⁹ Voir sur cette loi E. FORTIS, « *La définition des incriminations* », *RSC*, 2012, p. 131

personne ayant autorité sur le mineur, ou l'âge de la victime, étaient prévues comme des éléments constitutifs de l'infraction elle-même (article 227-25 du Code pénal) ou des circonstances aggravantes (article 222-24 du Code pénal)⁵³⁰. Les parlementaires⁵³¹, en 2010, ont pensé que la mention de l'expression « *au sein de la famille* » devrait permettre aux juges « *de s'adapter à l'ensemble des configurations familiales auxquelles ils pourraient être confrontés* ». Le Conseil constitutionnel a rappelé que la notion d'inceste ne pouvait pas être diluée dans une famille « *aux contours indéterminés* »⁵³². Le couple et la famille nécessitent impérativement en droit pénal des cadres pour être pris en compte, celui-ci ne pouvant échapper à l'exigence d'un « *minimum de solennisation* »⁵³³. Le droit civil aurait pu servir le droit pénal en lui offrant une définition de l'inceste dans les articles 161, 162, 163 du Code civil⁵³⁴ qui prohibent le mariage entre proches parents, et l'article 515-2 du Code civil qui reprend à peu près les mêmes interdits pour le PACS. Cependant, la référence à l'article 515-8 qui définit le concubinage n'aurait pas pu être utilisée, la preuve du concubinage étant dans certains cas difficile à rapporter.

150. Abrogation immédiate des dispositions inconstitutionnelles. Les deux décisions QPC du 16 septembre 2011⁵³⁵ et du 17 février 2012⁵³⁶ qui ont déclaré les

⁵³⁰ O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le droit pénal : pour quoi faire ? », *Dr. Pénal*, 2010. Étude 7 ; A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le droit pénal », *JCP*, 2010, p. 335 ; D. GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2011, p. 599 s.

⁵³¹ Rapport de l'Assemblée nationale n° 1840.

⁵³² E. FORTIS, « La définition des incriminations », *RSC*, 2012, p. 131. Ce point concernant le danger de l'indétermination de la notion de famille dans un tel contexte avait été pressenti par l'Assemblée nationale qui avait, dans la proposition de loi initiale, listé les personnes qui pouvaient se rendre coupables de relations incestueuses. Celle-ci visait les ascendants, oncles ou tantes, frères ou soeurs, nièces ou neveux, ou le conjoint ou le concubin d'une de ces personnes ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une de ces personnes. La Commission des lois du Sénat s'était attachée à la formulation d'une des circonstances aggravantes des infractions d'agression sexuelle et avait retenu les actes commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. C'est un amendement du Gouvernement qui a orienté la rédaction définitive de l'article 222-31-1 du Code pénal, en visant le « *un membre de la famille* ».

⁵³³ J. HAUSER « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD civ.*, 2011, p. 752.

⁵³⁴ Article 161 du Code civil : « *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* ». Article 162 : « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la soeur, entre frères et entre sœurs* ». Article 163 : « *Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce* ».

⁵³⁵ Cons. Const. déc. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, M. Claude N. (définition des crimes et délits incestueux), *Revue française de droit constitutionnel*, avril 2012, n° 90 : en l'espèce, la question était

dispositions de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 sur l'inceste inconstitutionnelles comme non conforme à l'article 34 de la Constitution et au principe de légalité des délits et des peines, ont eu des répercussions immédiates sur les affaires en cours. Dans les arrêts rendus le 12 octobre 2011⁵³⁷ au visa des articles 61-1 et 62 de la Constitution, la Cour de cassation a annulé plusieurs arrêts rendus par des Cours d'assises faisant référence à l'article 222-31-1 du Code pénal avant son abrogation. La Cour a alors énoncé que « *ces dispositions ont été déclarées contraires à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 16 septembre 2011, prenant effet à la date de sa publication au Journal officiel de la République française le 17 septembre 2011 et que, selon cette décision, à compter de cette date, aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit "incestueux" prévue par ce texte abrogé* ». La neutralité de la loi devait être un avantage du texte, mais son manque de normativité devient la raison de son abrogation. En somme, « *le législateur pour avoir fait le choix de ne pas définir la famille tout en visant de manière spécifique l'inceste s'est affranchi du respect du principe de légalité* »⁵³⁸. Le but de la loi était de pouvoir prendre statistiquement en compte⁵³⁹ les actes incestueux des procédures en cours et de répondre à l'insistance des associations de

de savoir si la relation sexuelle non consentie entrainait dans le champ de l'infraction incestueuse lorsqu'elle impliquait le fils du mari et la fille de l'épouse dans une famille recomposée. Il faut noter que le législateur de 2010 avait choisi, en rédigeant cette loi définissant les délits et crimes incestueux, une écriture large de l'infraction. Commentaires : G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, S. MIRABAIL, T. POTASZKIN, « Droit pénal », *D.*, 2011, p. 2823 ; C. PORTERON, « Le respect du principe de la légalité : un rappel évident... mais nécessaire, Conseil constitutionnel 16 septembre 2011 », *AJ pénal*, 2011, p. 588 ; P. DE COMBLES DE NAYVES, « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions*, 2012, p.91 ; Y. MAYAUD, « L'inceste dans... l'illégalité », *RSC*, 2011, p. 830 ; J. DANET, « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse « inscription » de l'inceste dans le code pénal », *RSC*, 2012, p. 183 ; J. HAUSER « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD civ.*, 2011, p. 752.

⁵³⁶ Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC ; M. TINEL, « La famille en droits pénal », *Droits*, 2012, n° 56, p. 155 ; J.-C. PLANQUE, « Infractions incestueuses : objets pénaux non identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 109-110, p. 13.

⁵³⁷ Crim., 12 octobre 2011, n° 10-88.885, 10-84.992, n° 10-82.842.

⁵³⁸ J. DANET, « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse « inscription » de l'inceste dans le code pénal », *RSC*, 2012, p. 183 : « *Fatale erreur au plan juridique comme d'ailleurs au plan anthropologique ...Le législateur néglige parfois à tort l'apport des sciences humaines* ».

⁵³⁹ « *Les actes en cause, même commis avant l'entrée en vigueur de la présente proposition de loi, pourront donc être qualifiés d'inceste, ce qui permettra, de fait, d'en assurer le suivi statistique* » Rapport n° 1840, M-L Fort, 15 juill. 2009, Assemblée Nationale ; Circ. n° CRIM10-3/E8 du 9 février 2010, p. 6.

victimes. Pourtant, en application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, cette incrimination ne devait pas, pour être prise en compte, aggraver la répression. Une liste précise de membres de la famille aurait élargi le nombre d'auteurs potentiels, donc aggravé la répression. Une référence imprécise à la famille visait à passer à travers ce principe fondamental. Aucune condamnation ne peut donc intervenir sur ce fondement. Cela implique que les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation en première instance⁵⁴⁰, en application de la circulaire n° CRIM10-3/E8 du 9 février 2010⁵⁴¹, n'ont pas été condamnées sur ce fondement. Ainsi, tous les casiers judiciaires portant cette condamnation ont été rectifiés. Les auteurs n'ont pu être condamnés que sur le fondement des atteintes sexuelles commises, sans aggravation du fait de l'inceste⁵⁴².

La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁵⁴³ rétablit l'inceste dans le Code pénal et met un terme à cette difficulté. Le texte de l'article L. 222-31-1 mentionne désormais que « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait* ». Ce texte est plus précis que le précédent et ne fait pas référence à la famille⁵⁴⁴. L'incertitude du terme famille a donc eu des conséquences concrètes. Le terme famille n'est pas seulement affaibli,

⁵⁴⁰ Caen, 23 juin 2010, n° 09/00923, 10/524 ; Caen, 12 juillet 2010, n°09/00525.

⁵⁴¹ Ph. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC*, 2010, p. 462.

⁵⁴² Crim., 12 octobre 2011, n° 10-88.885. Par un arrêt du 12 octobre 2011, la Cour de cassation a précisé qu'une « *disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 précité est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* ». Suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 222-31-1 du Code pénal, aucune condamnation ne peut retenir la qualification de crime ou de délit incestueux prévue par le texte abrogé. Ph. BONFILS, « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ Pénal*, 2014, p. 10.

⁵⁴³ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, JORF n°0063 du 15 mars 2016.

⁵⁴⁴ « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

il est même parfois inutilisable en droit pénal tant il est imprécis. Le droit social et le droit des successions permettent également de mesurer l'incertitude des contours de la famille.

Section 2. Une notion diluée par la prééminence de la dimension individuelle

151. La politique familiale illustre l'affaiblissement de la notion de famille. Puisque de nos jours les individus isolés sont plus nombreux que les familles, la politique dite familiale ne vise plus expressément la promotion du groupe familial durable, mais la protection de l'individu en difficulté (§1). La famille est aussi remise en cause en droit des successions où l'ordre public successoral est moins directif et plus électif. En effet, l'affection d'un défunt pour un ou des individus peut modifier l'ordre de succession traditionnel, modifiant la cohérence du groupe familial (§2).

§1. Une politique familiale orientée vers la protection de l'individu

152. La fragilisation de la structure familiale entraîne une diminution des mesures de promotion de la famille en tant que groupe (A), les aides se recentrent sur l'individu (B).

A. Une diminution des mesures de promotion de la famille

153. La politique familiale voit ses objectifs modifiés par la transformation de la famille (1), ce qui génère une diminution des mesures prises en faveur du groupe familial (2).

1. Des objectifs modifiés

154. Une politique familiale composite. La France accorde traditionnellement une place importante à la famille. Les politiques familiales recourent à la fois les

dispositifs d'assistance et les assurances sociales institutionnalisées au XX^{ème} siècle avec la Sécurité sociale. Les politiques publiques à l'intention des familles sont aussi nombreuses que les familles identifiées comme cibles, le terme *politique familiale* masque pourtant une importante diversité, à l'image du mot famille. La politique familiale recouvre à la fois les actions visant à aider les familles, mais plus encore, celles visant à aider les individus. La multiplication des politiques familiales correspond à l'évolution des structures familiales. La politique familiale française est très consistante, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays européens. Originellement, la politique familiale avait vocation à promouvoir la famille, au sens le plus restrictif du terme, comprenant un couple hétérosexuel marié et leur descendance. Le but de la politique familiale était strictement d'apporter une contrepartie aux services rendus par les familles à la société. Le coût de l'enfant entraîne une baisse du niveau de vie qui était prise en compte, la politique familiale avait pour but de compenser ce coût de l'enfant.

C'est à partir des années 1970 que le système de protection sociale sous format universel est complété par des politiques ciblées, avec des prestations spécifiques sous condition de ressources (handicap, veuvage, mères isolées, personnes âgées). Il y a alors un tournant vers une politique sociale de la famille. Dès 1981, le but n'est plus de promouvoir un modèle familial, mais d'aider les ménages et les individus défavorisés. La politique familiale devient plus proche d'une politique des revenus. Les allocations familiales et l'allocation logement augmentent, le quotient familial est plafonné et l'aide aux familles nombreuses est réduite. En 1985, la famille est encore substantiellement protégée. Une allocation parentale d'éducation est créée pour le parent qui renonce totalement ou partiellement à l'exercice d'une activité professionnelle. L'objectif est d'encourager la natalité et de compenser les inégalités. La politique familiale se mue progressivement en politique sociale.

Politique sociale et politique familiale diffèrent dans leurs buts et dans leurs effets, « *la politique sociale cherche à réduire les inégalités de revenus en octroyant des aides à des familles appartenant à des catégories défavorisées. La politique familiale, elle, vise à corriger, dans toutes les catégories sociales, les inégalités*

existant entre foyers sans enfants et foyers avec enfants, ces derniers ayant à supporter des charges qui varient selon le nombre et l'âge des enfants »⁵⁴⁵. La promotion de la famille en tant que modèle social n'est plus l'objectif des politiques familiales. À partir des années 1990, la politique familiale ressemble davantage à une politique de l'enfance qu'à une politique de groupe familial. Les préoccupations majeures concernent l'aide à la petite enfance, l'aide à la parentalité et un souci d'économie. La garde des enfants est devenue une question cruciale dans une société où les femmes sont aussi actives que les hommes. Crèches, assistance maternelle et aide fiscale pour les parents employeurs de garde d'enfants augmentent. L'aide ciblée à la personne est développée au détriment de l'aide au groupe familial.

2. Des mesures moins encourageantes pour le groupe familial

155. Congé parental. Les besoins individuels sont tels que les aides à la famille diminuent, faute de budget. Ainsi, la durée du congé parental est diminuée, le quotient familial abaissé et les allocations familiales sont modulées en fonction des revenus des ménages, ce qui illustre une rupture avec le principe d'universalité du système français de protection sociale. La famille, d'une définition première comme ensemble de personnes dotées de droits et de devoirs collectifs, devient davantage un environnement pour la promotion des droits individuels et de l'autonomie personnelle. Le rétrécissement des politiques proprement familiales atteste du moindre intérêt porté au soutien de la famille au sens collectif du terme.

Le congé parental, prévu par l'article L. 128-1 Code du travail est un congé dit parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu ou le temps de travail réduit. Ce congé prend fin au plus tard au troisième anniversaire de l'enfant ou, en cas d'adoption d'un enfant de moins de trois ans, à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant. Le congé parental et la période d'activité à temps partiel ont une durée initiale d'un an au plus ; ils peuvent être prolongés deux fois pour prendre fin au plus tard au terme des périodes définies ci-

⁵⁴⁵ M. GODET, E. SULLEROT, *La famille : une affaire publique*, La Documentation française, 2009, p. 8-9.

dessus, quelle que soit la date de leur début. Cette possibilité est ouverte au père et à la mère, ainsi qu'aux adoptants. Des congés d'éducation des enfants sont spécifiquement prévus par le Code du travail. Ces mesures visent à encourager la conciliation de la vie professionnelle et familiale. Ces mesures ont un coût, mais elles donnent aux parents la possibilité de se consacrer à leurs enfants en suspendant ou en allégeant leur activité professionnelle. Une modification récente a conduit depuis le 1^{er} janvier 2015 à répartir la durée du congé parental entre les deux parents. Cette mesure est inégalement accueillie, dans la mesure où la plupart du temps, les mères prennent ce congé parental. Les pères prennent rarement le relais dans la mesure où l'absence de leur salaire, souvent le plus élevé du ménage, rendrait difficile l'équilibre financier du foyer. Ainsi, les détracteurs de la réforme considèrent que cette mesure tend à limiter le retrait des mères de la vie professionnelle qui retournent plus vite au travail, représentant une économie de près de deux cent quatre-vingt-dix millions d'euros pour l'État. Cette mesure est officiellement destinée à promouvoir l'égalité entre homme et femme dans leur rôle de parent. L'intérêt de cette mesure pour la famille en tant que groupe reste pourtant à démontrer. L'intérêt pour la famille de la baisse du quotient familial est également discuté.

156. Quotient familial. Le quotient familial est une mesure créée après la Seconde Guerre mondiale pour moduler l'impôt en fonction du nombre d'enfants à charge et encourager la natalité. Ce quotient est un « *système français de personnalisation de l'impôt sur le revenu à raison des charges de la famille qui consiste à diviser le revenu en un certain nombre de parts (nombre variable en fonction de la famille) et à appliquer séparément le barème progressif de l'impôt à chaque part* »⁵⁴⁶. Une baisse du quotient familial intervenue en 2014 alourdit l'impôt de nombreuses familles. Cette baisse contribue nettement à l'effort de redressement des finances publiques, pour un montant d'un milliard d'euros. Si les comptes publics s'en retrouvent allégés, les familles dont les revenus sont moyens se voient davantage imposées. Ce qui est d'autant plus mal accueilli que les allocations familiales sont en même temps modulées en fonction des revenus des familles. Depuis, 2014, elles sont

⁵⁴⁶ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, 2016, « Quotient familial ».

divisées par deux pour les familles dont les revenus sont supérieurs à 6000 euros nets, et par quatre pour les familles dont le revenu est supérieur à 8000 euros nets mensuels. Ces réformes récentes ont vocation à favoriser les foyers à faibles ressources. Elles transforment par ailleurs la politique familiale, qui ne vise plus à aider les familles de façon universelle, mais seulement les familles les plus défavorisées. Cette évolution s'inscrit dans une tendance plus générale de déploiement de l'aide ciblée en direction des personnes en difficultés. La politique familiale n'est plus en réalité une politique de promotion de la famille, mais une politique d'assistance aux personnes les plus fragiles. La perception de l'importance de la famille en est modifiée puisque la protection du groupe familial est atténuée au profit de l'individu.

B. Le déploiement de l'aide à la personne par la politique sociale

157. Aide sociale. L'aide sociale est redirigée vers les personnes en état de précarité, indifféremment de leur situation familiale. Il est constaté, depuis plusieurs années, un déplacement des pôles de dépense. La famille est moins protégée et la vie familiale moins encouragée. Les aides visent davantage les individus en situation précaire que la politique familiale, dont le but spécifique, compenser la baisse du niveau de vie provoquée par l'arrivée des enfants, est éludé. De plus, le budget de la branche famille est utilisé à des fins autres que des fins familiales, par exemple pour le financement des retraites. Plus de deux tiers des prestations sociales légales de la branche famille sont aujourd'hui versés aux allocataires sous conditions de ressources. La branche famille concentre une partie des dépenses familiales, mais 60% des dépenses sont liées à la politique de logement et la politique du handicap. Les bénéficiaires sont certes des couples avec enfant (45% environ), des familles monoparentales (15%), mais aussi des allocataires qui ne sont pas des familles (40%).

La politique familiale ne protège plus un modèle familial, mais le libre choix de sa famille et de son mode de garde. Pour certains, la politique familiale s'est « engagée dans une course, extrêmement coûteuse et certainement sans fin,

d'adaptation aux mœurs et aux attitudes»⁵⁴⁷. Depuis 1977, la CAF (Centre d'Allocations familiales) gère l'aide personnalisée au logement et depuis 1988, les CAF versent, pour le compte de l'État, et depuis 2004 avec la décentralisation pour le compte des départements, le RMI (revenu minimal d'insertion), devenu RSA (revenu de solidarité active). Cette prestation assigne une nouvelle fonction aux organismes débiteurs de prestations sociales et familiales. Le RSA est destiné à garantir un revenu minimum à ses bénéficiaires, en complément d'une rémunération pour un emploi ou en contrepartie de la recherche d'un emploi ou de la poursuite d'un projet professionnel visant à améliorer sa situation financière. Les aides au logement, les allocations aux adultes handicapés ou aux parents d'enfants handicapés font également partie des mesures de lutte contre les exclusions⁵⁴⁸. Cette aide sociale individualisée vient renforcer la protection des personnes, devenue nécessaire dans une société où les solidarités familiales sont fragilisées par les ruptures.

158. Le coût élevé des séparations. La rupture du couple implique différents frais, dont le double logement est le plus important⁵⁴⁹. Ce logement doit répondre à des critères stricts pour permettre au parent de bénéficier du droit de visite et d'hébergement. La rupture peut aussi générer une augmentation de la demande de crédit pour assumer les frais d'entretien des enfants (pensions alimentaires), des frais médicaux (psychologiques), des arrêts de travail et des placements d'enfants. Cette charge est lourde pour les deux parents, mais également pour l'État. Un ménage divisé en deux foyers consomme également davantage, car la rupture est souvent entourée d'une compensation matérielle pour les enfants. Il en résulte une importante précarité. Selon une étude sur les mauvais payeurs de pensions alimentaires, parmi les sans domicile fixe, de nombreux hommes sont des pères séparés⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ J. DAMON, *Les politiques familiales*, PUF, p. 42.

⁵⁴⁸ J. DAMON, « Protection sociale et lutte contre l'exclusion. Regards critiques sur le « partenariat » », *Horizons stratégiques* 1/2007 (n° 3), p. 82.

⁵⁴⁹ M. GODET, E. SULLEROT, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁵⁰ D. BERTAUX, C. DELCROIX, *La Fragilisation du rapport père-enfant. Une enquête sociologique*, rapport à la Caisse Nationale des Allocations Familiales (CNAF), 1990. Une enquête portant sur une catégorie de situation, les pères divorcés (ou séparés). Question traitée : pourquoi sont-ils si nombreux à perdre contact avec leur(s) enfant(s) ? ; M.-C. SAINT-JACQUES (dir.),

La multiplication des ruptures a également donné lieu au développement d'une aide à la parentalité par la création de la médiation familiale, du soutien scolaire, d'un réseau d'écoute des parents et de lieux d'accueil parents/enfants dans des « points informations familles ». Le but étant d'aider les parents ou futurs parents à l'exercice de leur responsabilité éducative. Ces instruments visent à entourer les parents en cas d'isolement, de séparation ou de désorientation par rapport aux comportements des enfants. « *Dans le milieu des années 80, la délinquance des mineurs a été rapprochée de la « défaillance » ou de la « démission » des parents* »⁵⁵¹. Le coût de la séparation est donc très élevé. L'importance des moyens déployés pour compenser la défaillance familiale et la diversification des types de famille est notable⁵⁵², le coût de la famille monoparentale pour la collectivité nationale en est une illustration⁵⁵³. Les retraites représentent plus de la moitié des dépenses de Sécurité sociale, les dépenses de politique familiale moins de 10 % et subissent ainsi les conséquences de la crise et de l'endettement public. Les priorités de protection sociale ont glissé de la famille vers l'enfant et les personnes plus âgées. La famille est moins protégée, le droit s'adapte aux évolutions sociales. Le terme de politique familiale est devenu obsolète et renvoie en réalité à la politique sociale, la famille est bien moins protégée par le droit que ne l'est l'individu. Un phénomène

Séparation monoparentalité et recomposition familiale : bilan d'une réalité complexe et pistes d'action, Les presses de l'Université de Laval, 2004.

⁵⁵¹ J. DAMON, *Les politiques familiales*, PUF, p. 36. Par ailleurs, le budget de la justice et des affaires sociales liées aux divorces, séparations, révisions de jugements intervenus, procédures intentées pour non-représentations d'enfants, placement d'enfants en famille d'accueil représentent environ un tiers du budget de la justice.

⁵⁵² L. ROUSSEL, « La famille et ses incertitudes ». *Revue Quart Monde*, 1991, n°139. La postmodernité, société de *zapping*, de communication, l'immédiateté, n'offre pas « *de récits de légitimité* » capable d'unifier ou de donner un sens à l'ensemble de la vie. « *Il n'est même pas très sûr de partager une idée commune du bonheur. Et même si c'est le cas, il sait que cette image, aujourd'hui commune, se modifiera pour chacun des conjoints au cours de la longue histoire qu'ils vivront ensemble* ». La famille contemporaine est fragile, car elle est le lieu de la quête du bonheur. Le projet familial dépend du bonheur ressenti par les individus au cours de leur évolution, il est donc précaire, car le couple n'est jamais sûr d'être durablement heureux. Or, c'est au cœur de ce projet familial incertain que l'enfant est introduit. Sa naissance tend même parfois à redoubler l'incertitude des conjoints dans la façon d'agencer leurs relations au lieu de le renforcer. L'enfant saisit bien la fragilité du couple parental et de la famille, qui peut se dissoudre à tout moment. La famille avait, à d'autres époques, à affronter d'autres maux (famines, épidémies, mortalité notamment infantile et chômage), mais sa structure monolithique résistait davantage aux difficultés.

⁵⁵³ L'article L. 262-9 du Code de l'action sociale et des familles prévoit la protection des "parent isolé", c'est-à-dire l'individu qui élève un ou plusieurs enfants sans partager de vie maritale avec quelqu'un, sans partage de ressources ni de logement commun.

similaire est observable en droit des successions. En cette matière, la solidarité élective progresse avec la possibilité de faire une famille « *à sa main* »⁵⁵⁴.

§2. Un affaiblissement de l'ordre public successoral

159. L'ordre de succession défini par le Code civil identifie le cercle des personnes qui constituent la famille. Ce cercle a évolué. Le *de cuius* peut désormais disposer plus largement de sa succession au profit des personnes de son choix sous réserve, si nécessaire, d'indemniser en valeur les héritiers ayant droit de réserve. La réserve héréditaire, traduction de l'obligation alimentaire après le décès s'atténue. Cet affaiblissement de l'ordre public successoral traduit une transformation de la famille dans le sens une nouvelle fois de la contractualisation. Ce mouvement s'affirme par le développement des solidarités électives (A). La réserve héréditaire présente pourtant de nombreux avantages permettant d'assurer la solidarité entre les générations (B).

A. Le développement d'une solidarité élective

160. Le relâchement des contours des solidarités familiales. La succession, qui définit les personnes appelées à succéder, est un facteur d'identification du groupe familial, mais également de cohésion du groupe familial, puisqu'il définit la place respective de chacun des membres de la famille, et de la place accordée à la loi et à la volonté du défunt⁵⁵⁵. La liberté du *de cuius* est encadrée par un ordre public

⁵⁵⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », *La Famille en mutation, Archives de philosophie du droit*, tome 57, 2014, p. 249.

⁵⁵⁵ Voir Ph. ARIÈS, *Essais sur l'histoire de la mort en Occident, du Moyen-âge à nos jours*, Point Seuil, Histoire, première édition 1975 ; Ph. ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Point Seuil, Histoire, première édition 1960. L'essai sur l'histoire de la mort mentionne un article intitulé « *Du sentiment moderne de la famille dans les testaments et les tombeaux* », de 1969. Le travail de cet historien établit une corrélation entre la façon de concevoir la vie et donc la mort et façon de concevoir la famille. La mort est mise à distance et la famille est désacralisée, ce que traduit l'évolution du droit des successions. Une chose reste certaine « *la mort est le seul événement biologique auquel le vivant ne s'adapte jamais* », V. JANKÉLÉVITC, *La mort*, Flammarion, première édition 1966.

successoral, adapté aux contours de la famille définis par la loi⁵⁵⁶. Cet ordre public successoral fixe l'ordre des successeurs et la répartition entre eux de l'hérédité. L'article 912 alinéa 1 du Code civil précise que « *la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* ». Le cercle des successibles se resserre actuellement autour de la famille nucléaire composée du couple et des enfants. La famille contemporaine est centrée sur les individus à qui l'on transmet, objets de l'affection présumée du défunt, plus que sur le patrimoine. La notion de famille évolue de telle sorte que les solidarités familiales vont se déterminer en fonction des relations, des liens et des préférences de chacun ; « *elles se définissent par les attentes des uns et la capacité des autres à satisfaire ces attentes...les membres de la famille se font juge du mérite des uns et des autres* »⁵⁵⁷. L'existence d'une relation familiale ne suffit plus, il faut qu'elle apporte des satisfactions et ce phénomène est encore accentué par le développement des familles recomposées. L'entraide découle davantage des affinités et du mérite que du statut dans la famille.

161. Disparition de la réserve héréditaire des ascendants et libéralités. À ce titre, le législateur a privilégié les successions descendantes par rapport aux successions ascendantes. La loi du 23 juin 2006⁵⁵⁸ a même permis d'étendre la succession aux petits-enfants. Ce saut de génération a vocation à tenir compte des données démographiques et sociales et de l'allongement de la durée de vie. Les enfants sont, *a priori*, déjà installés lorsque leurs parents envisagent leur succession et ceux-ci souhaitent souvent davantage aider leurs petits-enfants. Les mécanismes de la représentation du renonçant et de la donation-partage transgénérationnelle permettent ce saut de génération.

⁵⁵⁶ « *C'est dans la famille, en effet, que l'héritage trouve l'une de ses principales justifications* ». M. GRIMALDI, « Succession et contrat », *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), Economica, 2001, p. 197.

⁵⁵⁷ Ch. BLANCHARD, « Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2016, dossier 18.

⁵⁵⁸ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006 p. 9513.

Parallèlement, les ascendants ont perdu la qualité d'héritiers réservataires dans toute succession ouverte depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, le 1^{er} janvier 2007. La réserve héréditaire des ascendants a disparu au bénéfice du conjoint survivant. Le *de cuius* peut donc désormais écarter les successions ascendantes. La loi de 2006 a également augmenté les pouvoirs du *de cuius*. Il peut disposer sur deux générations au profit de sa propre famille (c'était le cas des substitutions fidéicommissaires), mais aussi au profit des tiers, ce qui étend le domaine des libéralités. Cette modification montre que le droit des successions transforme également les contours de la famille. Cette libéralité peut être confortée par la renonciation anticipée à l'action en réduction par les héritiers présomptifs.

162. Renonciation anticipée à l'action en réduction par les héritiers présomptifs. Les héritiers présomptifs du *de cuius* peuvent conforter la libéralité consentie par leur auteur en renonçant, du vivant de celui-ci, à agir en réduction contre le ou les bénéficiaires déterminés⁵⁵⁹. L'article 929 du Code civil, entré en vigueur depuis la loi de 2006, dispose que « *tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter* ». En ce domaine, le *de cuius* n'est donc pas seul à décider, mais il donne une impulsion en choisissant de disposer à titre gratuit.

Ce mécanisme porte atteinte au caractère d'ordre public de la réserve⁵⁶⁰. En apparence, l'héritier présomptif ne renonce pas à sa réserve, mais seulement à une action en réduction pour atteinte à sa réserve. Cette action vaut pourtant renonciation directe à la réserve si, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 929 du Code civil, elle vise « *une atteinte portant sur la totalité de la réserve* ». Ces mesures ont vocation à s'adapter aux évolutions des familles recomposées et sont effectivement efficaces dans les familles qui s'entendent bien. Le *de cuius* a dès lors tout le loisir d'opter

⁵⁵⁹ Cette action, abrégée en RAAR par les praticiens, consiste en une « action en réduction pour atteinte à la réserve ».

⁵⁶⁰ Seul un majeur incapable ne peut jamais renoncer à sa réserve, tel qu'en dispose l'article 930-1 du Code civil.

pour les solidarités familiales qui correspondent à la configuration spécifique de sa vie familiale. Cette tendance est encore renforcée par la généralisation de la réduction en valeur.

163. Généralisation de la réduction en valeur. Le *de cuius* peut également aménager les termes de la solidarité. En effet, dans le cadre de la généralisation de la réduction en valeur, le *de cuius* est libre de déterminer la façon dont il entend voir s'exécuter la solidarité familiale à laquelle il est tenu. Il pourrait ainsi léguer tous ses biens à un tiers, qui s'acquittera seulement de l'indemnité de réduction en argent, la réserve en nature n'est plus un droit pour l'héritier⁵⁶¹. Un bien peut sortir de la réserve si le *de cuius* le souhaite, à condition de dédommager en valeur l'héritier réservataire. La réserve héréditaire a été transformée en simple droit de créance pour son bénéficiaire par la loi du 23 juin 2006. L'attachement au patrimoine immobilier, à la maison de famille, est moins important qu'autrefois. La fonction de conservation des biens est davantage assurée par les droits de retour que par la réserve. Ensuite, l'égalité entre les héritiers a évolué vers une égalité en valeur et non plus en nature. Chaque partie doit avoir des droits équivalents et non des parts identiques. Le principe de la réduction en nature des libéralités est ainsi remplacé par le principe de réduction en valeur, porté par l'article 924 du Code civil qui dispose que « *lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent* ». Cette modification de la nature profonde de la réserve héréditaire participe de la transformation de la notion de famille qui étend le champ des libéralités et assouplit le statut des personnes successibles. La solidarité statutaire peut encore également être contournée par le recours à l'assurance-vie et au pacte tontinier.

164. Techniques de contournement à la solidarité statutaire. L'assurance vie permet de transmettre un capital hors succession sans être tributaire des contraintes

⁵⁶¹ S. FERRÉ-ANDRÉ, S. BERRE, *Succession et libéralités*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2016, p. 238, n° 409.

de la réserve⁵⁶², ces contrats sont bien qualifiés de placements et non de libéralités indirectes par la Cour de cassation⁵⁶³, à moins que les primes d'assurance ne soient manifestement exagérées. La clause d'accroissement ou pacte tontinier permet quant à elle également de contourner la réserve héréditaire⁵⁶⁴. Au prédécès de l'un des acquéreurs d'un bien immeuble, le survivant bénéficiaire d'une clause de tontine devient propriétaire de la totalité du bien ; la partie financée par l'acquéreur prédécédé est soustraite à sa succession et échappe aux héritiers réservataires⁵⁶⁵.

Le droit français apparaît clairement en faveur de la solidarité élective au point que la solidarité statutaire semble réduite à sa plus stricte expression. Cette évolution est conforme à la transformation de la famille, lieu d'expression privilégié de la liberté individuelle, de l'autonomie de la volonté et de l'individualisme. La réserve héréditaire et l'ordre public successoral apparaissent comme des freins à la modernisation de la famille, ce qui alimente le débat sur la question de la disparition de la réserve héréditaire. Cette question s'est imposée avec le Règlement « successions » et la loi du 23 juin 2006 qui « *a sonné le déclin de la réserve héréditaire et le crépuscule de la solidarité statutaire* »⁵⁶⁶. Le droit comparé oblige même le législateur français à se demander si le système de la réserve héréditaire n'est pas aujourd'hui daté.

165. Droit comparé. L'absence de réserve héréditaire en droit anglo-saxon laisse entendre qu'il faut « *briser les entraves à la libre disposition des biens en supprimant la réserve héréditaire* »⁵⁶⁷. Pourtant, la place donnée à la solidarité

⁵⁶² M. GRIMALDI, « L'attribution du bénéfice d'une assurance-vie peut constituer une donation indirecte passible, comme telle, des droits de mutation à titre gratuit », *RTD civ.*, 2008, p. 137.

⁵⁶³ Cass. ch. mixte, 23 nov. 2004 (4 arrêts) : Bull. civ. 2004, ch. mixte, n° 4 ; JCP G 2005, I, 111, note J. GHESTIN ; Dr. famille 2005, Etude 6, H. LECUYER ; D. 2005, p. 1905, note B. BEIGNIER ; Defr. 2005, art. 38142, p. 604, note J.- L. AUBERT.

⁵⁶⁴ J. PATARIN, « L'application d'une clause de tontine ne peut être restreinte par les règles de la réserve héréditaire », *RTD civ.*, 1992, p. 619 ; « Distinction entre tontine et donation déguisée », Cour de cassation, 1re civ. 14 décembre 2004, D. 2005, p. 2263.

⁵⁶⁵ Ce qui pose un réel problème en cas de reconstitution familiale et d'enfants d'une première union : CA Versailles, 11 mai 2006, n° 05/02455 : JurisData n° 2006-311112. A la différence des enfants du même lit, ils ne retrouveront pas le bien dans la succession de l'acquéreur survivant.

⁵⁶⁶ Ch. BLANCHARD, « Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2016, dossier 18.

⁵⁶⁷ O. ROY, « Réserve héréditaire et solidarité familiale », in *Les solidarités entre générations*, (dir.) H. FULCHIRON, Bruylant, 2013, p. 641 et s., spéc. p. 661.

élective en droit anglo-saxon n'est pas sans limites. En droit anglais, la liberté de disposer n'est pas absolue, puisque les proches du défunt qui se trouvent dans un état de dépendance économique sont favorisés. Le conjoint survivant, le concubin, l'ex-conjoint non remarié, les enfants du défunt, une personne autre qu'un enfant, mais qui fut traité comme tel par le défunt, ou une personne entretenue par le défunt immédiatement avant son décès et qui n'entre dans aucune des catégories précitées peuvent bénéficier de cette réserve. L'état de dépendance et les responsabilités du défunt à l'égard de ces personnes sont appréciés⁵⁶⁸. La réserve est soumise à l'appréciation des juges du fond, elle n'est donc pas issue d'une disposition légale, mais n'en existe pas moins.

La liberté de disposer connaît également des tempéraments en droit américain, par le biais de l'interdiction de l'abus d'influence⁵⁶⁹. L'altération du consentement du disposant peut être démontrée lorsque des manœuvres dites captatoires sont caractérisées. La solidarité élective reste encadrée par le droit anglo-saxon qui connaît « *moins une différence de nature que de degré* »⁵⁷⁰. Il en est de même en droit de l'Union européenne.

166. Droit de l'Union européenne. Le règlement « Successions » du 4 juillet 2012⁵⁷¹ offre lui aussi une place importante à la liberté individuelle, qui semble mettre en cause la réserve héréditaire⁵⁷². Le Règlement offre au *de cuius* la possibilité de choisir sa loi nationale pour régir sa succession. Il accroît ainsi le champ de l'anticipation successorale en permettant de déterminer par avance la loi applicable à

⁵⁶⁸ L. NEVILLE BROWN, C.A. WESTON, *JCl. Droit comparé*, V° Grande-Bretagne, fasc. 2, n° 34 et s.

⁵⁶⁹ Si les descendants sont exclus du bénéfice du testament par la relation entre le testateur et le gratifié, la question de pose devant les tribunaux de l'absence de consentement du testateur. Voir à ce sujet : M. GORÉ, « *Estate planning*, Quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Etudes offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, p. 382, n° 18.

⁵⁷⁰ Ch. BLANCHARD, « Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2016, dossier 18.

⁵⁷¹ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁵⁷² M. AZAVANT, « L'ordre public successoral », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2013, dossier 38.

la succession. La question se pose de savoir si la réserve héréditaire est comprise dans l'exception d'ordre public, faisant obstacle à l'applicabilité de la loi de la résidence habituelle du défunt. Pour certains auteurs, la réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public⁵⁷³, mais cette question est discutée⁵⁷⁴. La réserve héréditaire, traditionnelle en droit français, reflète une vision du droit qui garantit la solidarité familiale, l'égalité des héritiers et la protection de leurs libertés individuelles, en faisant échapper la part successorale réservée aux aléas de la volonté du parent défunt. Le but est de protéger l'héritier des dispositions du *de cuius* qui pourrait régler ses comptes avec une descendance qu'il juge indigne, pour des raisons subjectives (race, religion, sexe, orientation sexuelle, choix de vie) qui seraient attentatoires à l'ordre public international. La réserve héréditaire contrarie ainsi la possibilité pour le défunt de choisir la loi applicable à sa succession. Quand bien même le règlement devrait permettre aux citoyens d'organiser leur succession à l'avance, il précise que le choix de la loi applicable doit correspondre à la loi d'un Etat dont le citoyen possède la nationalité pour « éviter que le choix d'une loi ne soit effectué avec l'intention « de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires »⁵⁷⁵. Ainsi la réserve héréditaire semble coïncider avec cette attente légitime, puisque ceux-ci sont sensés ne pas pouvoir en être privés⁵⁷⁶. Cette

⁵⁷³ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « La mise en application du règlement européen sur les successions : cauchemar à l'office notarial ? », *D.*, 2015, p. 1651 ; C. NOURISSAT, M. REVILLARD, « Le notaire français et le règlement successions », *Defr.*, 2015, p. 985 ; M. REVILLARD, « Successions internationales : le Règlement du Parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », *Defr.*, 2012, art. 40564 ; P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 691, n° 19 ; E. FONGARO, « L'anticipation successorale à l'épreuve du « règlement successions » », *JDI*, 2014, doct. 5, p. 477.

⁵⁷⁴ M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defr.*, 2012, p. 755, n° 8.

⁵⁷⁵ *PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, consid. 38 : JOUE 27 juill. 2012, n° L 201, p. 107.*

⁵⁷⁶ *PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, consid. 50 : JOUE 27 juill. 2012, n° L 201, p. 107.* La réserve héréditaire fait donc l'objet d'un statut particulier, encore confirmé par l'article 50 du Règlement, qui dispose que « la loi qui, en vertu du présent règlement, régira la recevabilité et la validité au fond d'une disposition à cause de mort ainsi que, en ce qui concerne les pactes successoraux, les effets contraignants d'un tel pacte entre les parties, devrait être sans préjudice des droits de toute personne qui, en vertu de la loi applicable à la succession, peut prétendre à une réserve héréditaire ou jouit d'un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée ». Cette réserve est une limite à la loi désignée par le règlement, en tant qu'elle est une composante de l'ordre public. Il y a éviction de la loi qui ignore la réserve héréditaire. Le processus d'évolution vers la solidarité élective existe bien, mais doit être tempéré par les spécificités nationales.

interprétation semble appréciable au vu de la vertu pacificatrice de la réserve héréditaire.

B. Les avantages irremplaçables de la réserve héréditaire

167. Le relâchement des contours de la notion de famille. La réserve héréditaire ne semble parfois plus adaptée à la réalité contemporaine de la famille. Pourtant, elle a de nombreux avantages pour assurer la solidarité entre les générations. Ainsi, solidarités statutaire et élective peuvent être complémentaires. En effet, le principal mérite de la solidarité statutaire est de préserver les héritiers des excès de la volonté du parent qui peuvent être attentatoires aux libertés de l'héritier. Ainsi, la réserve « *protège l'héritier contre le joug de la tyrannie domestique* »⁵⁷⁷ et les motifs d'éviction infondés comme la pratique ou la non-pratique de la religion, un mariage, un choix de vie, une opinion politique, une absence aux réunions familiales, *etc...* La solidarité élective semble à maints égards accorder trop de place à la relation personnelle et aux récompenses qui y sont liées, la transmission devenant une rétribution. Le recours à la réserve héréditaire permet de ne pas juger les héritiers ni les classer selon leurs mérites puisqu'elle transmet une partie du patrimoine à égalité en fonction du lien de parenté ou d'alliance. La réserve est donc fondée sur la solidarité. De plus, au-delà de cette réserve, il reste toujours une partie de la succession non réservée qui permet d'avantager tel ou tel enfant, en adéquation avec ses besoins, la volonté du défunt est donc elle aussi prise en compte. Ces questions traduisent un relâchement de la dimension collective de la notion de famille. Cette question du caractère statutaire ou électif de la solidarité est symptomatique. En effet, « *passer des solidarités du Code Napoléon aux solidarités contemporaines, c'est mesurer combien la succession reflète la conception que l'on se fait de la famille à une époque et en un lieu donnés* »⁵⁷⁸. Il s'y joue quelque chose de déterminant par

⁵⁷⁷ Ch. BLANCHARD, *op. cit.*

⁵⁷⁸ S. GAUDEMET, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2016, dossier 16.

rapport à la notion de famille contemporaine, opposant famille et droit de mener la vie familiale de son choix.

La solidarité statutaire renvoie à la vie en famille telle qu'elle implique des devoirs déterminés par la place que l'on occupe précisément dans la famille. Il est coutume de considérer que les parents doivent éduquer les enfants et pourvoir à leurs besoins et que réciproquement les enfants prennent soin de leurs parents, de même que les époux prennent soin l'un de l'autre. Ces devoirs de famille se prolongent même au-delà de la mort, par la solidarité statutaire et cette continuité inscrit définitivement l'être humain dans une famille, car même la mort ne peut effacer le lien de filiation ou d'alliance, les devoirs générés par ces liens et la place occupée au sein de la famille. Ce maintien des obligations est même institué contre la liberté individuelle de celui qui, bien qu'engagé dans des liens de famille, voudrait s'y soustraire.

Le droit semble dire que la recherche de l'épanouissement personnel et de l'autonomie au sein de la famille est légitime, mais que cette liberté ne peut pas être identique à celle d'une personne célibataire. L'appartenance à une famille limite l'autonomie, soumise à l'intérêt et au bien de la famille. Le droit des successions met en valeur l'idée selon laquelle soumettre la famille à la seule autonomie de la volonté risquerait de briser l'équilibre des relations entre les personnes et de détruire le groupe. La question de la disparition de la réserve héréditaire pose la question des risques de l'individualisation à l'extrême de la famille⁵⁷⁹ pour la cohésion générale du groupe. La famille est affaiblie si les membres qui la constituent deviennent interchangeable ou peuvent être exclus de la succession d'un défunt.

⁵⁷⁹ Proposition de loi n° 760, Ass. Nat. Présentée par M. Didier JULIA, le 27 mars 2008, « visant à garantir l'égalité entre les enfants au regard de la succession et à aménager la réserve héréditaire ». Une proposition de loi présentée à l'Assemblée nationale en 2008 proposait un article 912-1 proposant de supprimer la réserve héréditaire pour les enfants ayant abandonné leurs parents, afin de répondre aux « dérives de l'individualisme consumériste de notre société contemporaine » (S. FERRÉ-ANDRÉ, S. BERRE, *op. cit.*, p. 10, n° 23).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

168. Affaiblissement. La famille est, par certains aspects, affaiblie par la libéralisation du droit de la famille. D’abord, elle ne renvoie pas à la même définition selon les branches du droit interne, créant des distinctions entre le droit de la famille, le droit pénal et le droit de l’immigration. La cohérence générale du droit est mise en cause par ce flottement.

Ensuite, la politique familiale est composée d’actions ciblées, qui ne visent pas à soutenir les familles en général comme c’était le cas aux origines de la politique familiale, mais l’individu. Cette protection à l’égard des plus défavorisés est utile, mais se distingue du soutien au groupe familial, en accordant une aide individualisée à la personne. La famille, diluée par l’aide à la personne et la prise en compte des relations interindividuelles (parent-enfant), n’est plus véritablement saisie par le droit. La politique familiale est en réalité une politique sociale ; l’Etat ne soutient pas réellement la famille en tant que groupe, mais l’individu.

Enfin, le droit des successions traduit le changement des contours de la famille à travers la problématique de l’ordre public successoral qui désigne les individus appelés à succéder au *de cuius*. La part grandissante de la solidarité élective pose des problèmes de cohésion du groupe familial. Il semblerait que la solidité et l’unité du groupe familial intéressent moins les pouvoirs publics. Le groupe familial implique des devoirs et des contraintes dont la philosophie n’est pas en accord avec l’individualisme actuel qui préfère satisfaire les désirs individuels. La cohérence générale du droit en est affectée.

CONCLUSION DU TITRE 2

169. Transformation en question. La notion de famille est le fruit de l'assimilation des normes supranationales qui la gouvernent. Elle est façonnée par les standards juridiques, créés par le droit européen des droits de l'homme et de l'Union européenne, et insérés en droit français. Cette transformation se traduit juridiquement par une contractualisation des rapports familiaux, le contrat étant l'outil juridique de l'expression de la volonté individuelle. La primauté donnée à la volonté individuelle, à la reconnaissance de la personne, modifie l'ordonnement de la famille.

L'ordre public a reculé en matière familiale, au profit de la volonté et les interdits se sont effacés au profit de la liberté. Cette démultiplication de droits individuels a donné lieu à une démultiplication de conflits de droits individuels, les désirs des individus entrant en contradiction. L'individu domine le collectif, et les relations interpersonnelles ont remplacé la famille. Cette transformation ne se déroule pas seulement sur le plan philosophique dans ce passage de groupe spécifiquement protégé à individus entretenant des relations interpersonnelles. Cette transformation de la notion de famille pose des questions très concrètes sur le plan de la cohérence du droit.

La précarisation de la structure familiale opère un double mouvement négatif. D'une part, la notion, trop floue, ne peut plus être utilisée en droit. En droit pénal, elle n'est pas assez précise et ne désigne pas assez clairement les individus appartenant au groupe famille⁵⁸⁰. En droit de l'immigration, sa définition est très stricte, sans comparaison avec la notion de famille telle qu'interprétée en droit national. D'autre part, la fragilité des familles génère un coût substantiel pour l'État. Les individus les plus isolés captent le budget qui devait revenir au groupe familial et la prise en charge par l'État de la famille défaillante démontre les carences de la mission normalement remplie par la famille.

Le droit à la liberté s'oppose à la cohésion du groupe familial, la famille est moins solide et ses membres sont moins protégés. L'évolution du droit des successions montre également une adaptation de l'ordre public successoral à la réalité

⁵⁸⁰ Par exemple, quel statut pour le concubin de la mère.

actuelle des familles. La notion de famille est donc indéniablement adaptée aux droits fondamentaux, mais les conséquences de cette transformation génèrent des difficultés.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

170. Dimension collective de la famille ? La transformation de la notion de famille a été accélérée par une prééminence des droits fondamentaux dans les normes supranationales. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne coopèrent dans l'interprétation à donner aux standards juridiques de protection de la famille, quitte à faire entrer les législations en concurrence pour amplifier le mouvement de transformation. Cette adaptation de la notion de famille aux droits fondamentaux pose des questions clés, la démultiplication des droits individuels déploie les conflits de droits individuels et oblige le droit à se positionner face à des questions nouvelles, telle que la gestation pour autrui. L'internationalisation du marché de l'enfant pousse le système des droits de l'homme dans ses retranchements individualistes les plus profonds, mettant en valeur le résultat d'un abatement des frontières de l'ordre public familial.

Les plus grands changements ont été initiés au nom des droits de l'homme. L'adaptation aux droits fondamentaux a permis des avancées, mais a ouvert de nouveaux chantiers dont la question de l'opposition irréductible des droits individuels entre eux. La notion de famille et les droits de l'homme doivent tous deux réaffirmer leur spécificité. Tous deux semblent partager la même faille : l'oubli de la dimension collective. La multiplication des droits-créances, des reconnaissances de statuts juridiques, posent le problème des excès de l'individualisme et plus précisément de l'individualisme juridique. L'affaiblissement de la notion de famille conduit à se demander si la notion de famille n'est pas dépassée par sa transformation.

PARTIE 2

LA FAMILLE DÉPASSÉE PAR SA TRANSFORMATION

171. Une structure à réinvestir. La famille n'est pas définie par les droits fondamentaux. Elle se caractérise même par son absence des textes de droits fondamentaux. La famille fondée sur le mariage n'est non seulement plus la seule forme familiale protégée, mais elle est aussi progressivement gommée des textes, et n'est pas remplacée. Étant donné l'importance de celle-ci pour la société, il est à espérer que cette étape ne soit que transitoire dans la construction des droits fondamentaux. La protection de l'individu ne peut suffire à remplacer la définition de la notion de famille. Le droit, science de la qualification, dénote en recoupant toutes les situations sous la bannière de la vie familiale, sans proposer de qualification plus précise ni encourager de modélisation du groupe familial.

La rénovation de la notion de famille est insuffisante sous plusieurs aspects. D'abord en termes de fidélité à la réalité empirique, car la famille reste une structure naturelle incontournable pour les individus, qui ne peut pas être ignorée par le droit ; ensuite sur le plan philosophique, car les droits de l'homme ne peuvent pas éluder cette composante de la nature humaine ; enfin sur le plan juridique, l'absence de notion de famille est une aporie du système européen des droits de l'homme, dans son organisation interne et sur la scène internationale. Ne pas définir la famille, s'abstenir de réaliser une réflexion juridique d'ensemble sur cette institution, conduit à en perdre la substance directionnelle, ce qui génère des conflits de culture, visibles en droit international privé. Le choix européen d'assimiler droit au bonheur et protection de la vie familiale au nom des droits fondamentaux est un raccourci juridique discutable pour de nombreux États, majoritaires, en termes de nombre et de population. Cette dérive individualiste est dénoncée et ne manque pas de creuser les antagonismes entre les pays, ce qui suggère que la notion de famille est dépassée par sa transformation. L'harmonisation conflictuelle de la notion de famille en droit

international privé démontre ainsi les limites de la dilution de la notion de famille (titre1).

Le choix idéologique réalisé en Europe diminue également l'aura des droits de l'homme. Les droits et libertés font l'objet d'une interprétation hégémonique par les Cours européennes. En effet, celles-ci, dans l'énergie de la construction européenne, ont donné une importance égale à des droits de nature différente, civils, politiques et familiaux. Ainsi l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne s'impose, sur des thèmes hétéroclites, mêlant sans réserve droits de l'homme inaliénables (droit à la vie, à la dignité, à la sécurité, à l'interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé, droit au procès équitable, principe de légalité des délits et des peines) et libertés individuelles. Cette liberté interprétative est allée parfois très loin, jetant le discrédit sur une part du travail des Cours européennes. Cet état d'inachèvement ouvre une réflexion sur la nécessité de redéfinir la famille et la possibilité d'y procéder en se fondant, justement, sur les droits fondamentaux (Titre 2).

TITRE 1. L'HARMONISATION CONFLICTUELLE DE LA FAMILLE

TITRE 2. LA REDÉFINITION NÉCESSAIRE DE LA FAMILLE

TITRE 1

L'HARMONISATION CONFLICTUELLE DE LA FAMILLE

172. Deux logiques distinctes. La notion de famille, modernisée par les droits fondamentaux, est dépassée par sa transformation. Ce phénomène est particulièrement perceptible en droit international privé. L'introduction des droits fondamentaux en droit international privé de la famille a donné lieu à de profondes évolutions de la matière. Les logiques des deux domaines peuvent entrer en conflit, les droits fondamentaux ayant vocation à s'imposer de façon universelle, le droit international privé cherchant à concilier ordre du for et système étranger par la « *coordination des systèmes, (...l') acceptation d'institutions plus ou moins exotiques et parfois peu respectueuses des droits de l'homme* »⁵⁸¹. Originellement, le droit international privé est « *la branche du droit ayant pour objet le règlement des relations internationales de droit privé, notamment par le procédé du conflit de lois* »⁵⁸², c'est-à-dire la conciliation de la « *vocation concurrente de lois de pays différents à régir un même type de situations* »⁵⁸³. Le but du droit international privé est de permettre la cohabitation d'intérêts divergents : celui des parties, de l'État dont la personne est ressortissante et de la société internationale dans laquelle la relation juridique est insérée. Les droits fondamentaux sont, dans ce contexte, un « *irritant juridique* »⁵⁸⁴ pour le droit international privé classique⁵⁸⁵, qui régit les litiges

⁵⁸¹ H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dir. F. SUDRE, Bruylant, 2002, p. 353.

⁵⁸² G. CORNU, Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 563, « *Droit international privé* ».

⁵⁸³ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2015, p. XXVI.

⁵⁸⁴ H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », in *Le droit entre Tradition et modernité, Mélanges à la mémoire du professeur Patrick COURBE*, Dalloz, 2012, p. 459.

⁵⁸⁵ « *Le droit international privé et le droit européen des droits de l'homme se rencontrent de plus en plus souvent, mais ils ne s'aiment pas beaucoup. Il est vrai que de fortes raisons se conjuguent pour les empêcher de se faire les yeux doux. Comment une discipline aussi majestueuse que droit*

transfrontières depuis le XIII^{ème} siècle en Europe occidentale⁵⁸⁶. Ce droit savant a toujours opéré en favorisant un équilibre des intérêts en présence. Le droit international privé a vocation à proposer des solutions aux problématiques familiales internationales, dans le respect des différences culturelles et le souci d'un équilibre entre ouverture et cloisonnement, accueil et refoulement, de la loi étrangère.

Un droit international privé de la famille spécifique à l'Union européenne, encore incomplet, s'est progressivement construit. Depuis 2000, puis 2003, les règlements Bruxelles II, puis II bis⁵⁸⁷, ont précisé les règles relatives à la juridiction compétente et la reconnaissance des décisions en matière de désunion et de responsabilité parentale. D'autres textes complètent ce dispositif et forment peu à peu un statut européen de la famille⁵⁸⁸. Ce statut accorde une place majeure aux droits fondamentaux, tels qu'interprétés par les Cours de justice européennes. La notion de famille portée par ce nouveau dispositif juridique est encore floue, mais se singularise par l'importance qu'elle confère à l'individu qui est le centre du dispositif. Ce dernier voyage, mais surtout travaille au sein de l'Union européenne et son statut personnel doit jouir d'une stabilité qui dépasse la frontière du pays dont il est ressortissant, au nom de sa citoyenneté européenne. Un statut européen de la famille est en construction (Chapitre 1).

international privé, portée par une technique admirable, ciselée depuis plus de 400 ans par les plus orfèvres des juristes, pourrait-elle s'entendre avec ce chien fou de droit européen des droits de l'homme qui, depuis à peine plus de 40 ans, jette le trouble partout en expérimentant des mécanismes toujours plus approximatifs ? » J.-P. MARGUENAUD, Préface de la thèse de F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse sous la direction de J.-P. MARGUÉNAUD, Bruylant, 2007.

⁵⁸⁶A. MEZGHANI, « L'Etat, l'économie marchande et le droit international privé. Quelques enseignements de l'histoire », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 547 ; B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, Université Paris II Assas, 2008, pdf en ligne (www.u-paris2.fr).

⁵⁸⁷ Avant ces règlements et le Traité d'Amsterdam, et sur la base de l'article K.3 du Traité de Maastricht, c'est la Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, dite Convention de Bruxelles II (*JOCE* C-221/1, 16 sept. 1998) qui régissait cette matière.

⁵⁸⁸ Le terme « statut européen de la famille » peut étonner, il renvoie aux différents textes qui composent le droit international privé européen de la famille. Comme l'explique le Professeur GAUDEMET-TALLON, « *ce droit est encore incomplet, il n'est pas parfait, mais il existe* ». H. GAUDEMET-TALLON, « Avant-propos », in H. FULCHRON, Ch. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, p. 1.

La notion de famille ainsi délimitée reste toutefois dissonante à plusieurs égards. Des difficultés techniques persistent lorsqu'il s'agit de faire interagir l'espace judiciaire européen et le reste du monde, où les droits dits fondamentaux font l'objet d'une interprétation dissidente. Les objectifs classiques de coordination du droit international privé sont modifiés pour imposer le statut familial européen pluraliste en construction. L'altération des mécanismes de coordination classiques du droit international privé démontre l'absence d'harmonisation des contours de la notion de famille. Plus encore, elle traduit une opposition entre des modèles familiaux antinomiques. Les valeurs prônées par le statut familial de l'Union européenne (liberté, égalité, non-discrimination et indirectement "droit à l'enfant") ne sont pas universellement partagées et se heurtent à des oppositions culturelles internationales. Certaines affirmations, comme la reconnaissance du couple homosexuel, de la famille homoparentale, l'affirmation d'un individualisme exacerbé ou du droit à l'autodétermination, conduisent à renforcer l'opposition entre des modèles familiaux antinomiques, particulièrement avec le monde musulman. Chaque système juridique finit par chercher à imposer sa propre vision du monde. Ordre public, règles de conflit de lois, méthodes du renvoi ou de la reconnaissance sont altérés. Ces oppositions juridiques et culturelles conduisent à une radicalisation des positions entre ces systèmes juridiques divergents. Aucun consensus n'est possible sur cette notion de famille européenne et la coordination est difficile en droit international privé de la famille (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UN STATUT EUROPÉEN DE LA FAMILLE EN CONSTRUCTION

173. La question de l'existence même d'un statut européen de la famille. La question de l'existence d'un statut européen de la famille est aussi délicate que l'intervention de l'Union européenne en ce domaine est inattendue⁵⁸⁹. Initialement, l'Union européenne avait une vocation économique, mais la multiplication des échanges et des liens créés entre les ressortissants européens a justifié une coopération européenne en ce domaine. Le droit européen a dû se préoccuper du droit de la famille tant il existe « *un grand nombre de familles composées d'individus rattachés à des États membres différents, et/ou résidant dans un État membre encore différent* »⁵⁹⁰. Par exemple, le couple franco-espagnol résidant en Allemagne où il travaille, qui a des enfants et qui veut se séparer, doit savoir quel tribunal saisir, quelle loi appliquer et comment régler les problèmes de résidence des enfants, de droit de visite et de pensions alimentaires⁵⁹¹. L'Union européenne a été incitée à créer des règles de conflits de juridictions et de lois unifiées afin de faciliter la vie des citoyens européens et d'assurer à la fois la liberté de circulation, la sécurité juridique, la reconnaissance des décisions et la permanence du statut personnel.

À première vue, ces règles d'harmonisation ne créent pas du droit primaire, susceptible de permettre de dégager une notion de famille européenne, d'autant plus que les différents États ont le droit de conserver leur identité nationale et la spécificité de leur droit de la famille. Pourtant, la construction européenne conduit à

⁵⁸⁹ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit de la famille », *op. cit.*, p. 120.

⁵⁹⁰ H. GAUDEMET-TALLON, « Avant-propos », in H. FULCHRON, Ch. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, p. 1.

⁵⁹¹ Ou encore, qui et comment liquider la succession d'un retraité français marié résidant avec sa femme au Portugal dans une maison dont ils sont propriétaires, avec un studio à Nice et des biens mobiliers à Paris ?

une communication entre les législations familiales nationales et parfois à une mise en concurrence de celles-ci. Tel État plus permissif dans un domaine va donner lieu à réflexion dans un autre État membre, *etc.* Si chaque État reste bien libre d'admettre ou de refuser telle forme de famille (mariage homosexuel, adoption par un célibataire, nom de famille, mère d'intention), comment concilier cela avec le principe européen de libre circulation des personnes et de reconnaissance des situations ? Si le droit de l'Union européenne conserve une certaine neutralité par rapport au droit matériel de la famille, la volonté de l'Union européenne de promouvoir les droits fondamentaux influence la notion de famille qu'il renferme et sa neutralité n'est pas totale. De plus, au-delà du droit matériel, l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme agit sur la notion de famille portée par l'Union européenne. Le statut familial européen qui est en cours d'élaboration est donc bien novateur (section 1), notamment parce qu'il favorise l'harmonisation des législations des pays membres de l'Union européenne (section 2).

Section 1. Un statut familial européen novateur

174. Le statut familial européen en cours d'élaboration est novateur, tout d'abord, dans la mesure où son existence même est inattendue (§1). Il l'est ensuite dans son objectif, qui est de s'adapter aux besoins de mobilité des familles transfrontières (§2).

§1. L'avènement inattendu d'un statut européen de la famille

175. La vocation de l'Union européenne à traiter de la matière familiale est inattendu voire encore discutée (A), alors même que de nombreux instruments de droit international privé de la famille sont d'ores et déjà entrés en vigueur (B).

A. La vocation discutée de l'Union européenne à traiter de la matière familiale

176. Existence discutée d'un droit de la famille européen. L'Union européenne n'édicte pas directement de règles de droit primaire au sens institutionnel du terme, mais elle influence la matière familiale, qui « *fait l'objet d'un statut dérogatoire dans l'espace judiciaire européen* »⁵⁹². En ce domaine, une procédure législative spéciale est prévue par l'article 81-3⁵⁹³ du Traité de Lisbonne (adopté en 2009) qui précise que le Conseil européen ne peut adopter de dispositions en matière familiale qu'à l'unanimité⁵⁹⁴. Les États disposent d'un droit de veto afin de faire valoir la primeur de leurs traditions nationales, telles qu'interprétées par les Parlements nationaux. L'existence d'un droit européen de la famille est critiquée puisque la vocation initiale de l'Union européenne est économique⁵⁹⁵. Ainsi, « *la référence même au droit européen est infiniment complexe* »⁵⁹⁶.

S'il existe un droit européen de la famille, la question doit se poser de savoir quel est le modèle prôné par celui-ci. Il a pu être écrit qu'il n'y avait pas de « *modèle familial européen, ni au singulier, ni au pluriel, mais des droits et libertés reconnus*

⁵⁹² M.-C. LASSERRE, *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, Thèse sous la direction du Professeur Laurence Caroline HENRY, Université de Nice Sophia Antipolis, octobre, 2013, p. 419, n° 553.

⁵⁹³ Article 81-3 du Traité de Lisbonne : « *Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen* ».

⁵⁹⁴ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européenisation du droit international privé de la famille », *JCP G.*, n° 5, 3 fév. 2014, p. 120.

⁵⁹⁵ Le premier Traité européen institue le 18 avril 1951 la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), signé par les pays du Benelux (Belgique, Pays-Bas, Luxembourg), la France et l'Allemagne. Il est entré en vigueur le 23 juillet 1952.

⁵⁹⁶ J. HAUSER, « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Union européenne et droit de la famille, Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 58 : « *On sait qu'il y a au fond deux droits européens dont la concurrence est maintenant connue : celui de l'Union européenne via les traités européens, et celui du Conseil de l'Europe via la Convention européenne des droits de l'homme... La compétence officielle pour assurer l'exécution mutuelle des décisions de justice, l'idée même d'une citoyenneté européenne qui postule un minimum commun de droit suffisent à fonder l'ingérence du droit communautaire dans la sphère du droit familial. On peut difficilement statuer sur le droit familial sans s'interroger sur la définition du couple, ni assurer l'exécution des décisions de justice concernant les enfants sans s'interroger sur la structure familiale qui les accueille* ».

aux individus »⁵⁹⁷ qui forment un « *droit modèle de la famille* »⁵⁹⁸, à défaut de promouvoir un modèle de famille. Ce terme famille n'apparaît qu'une seule fois dans le Traité de Lisbonne, à l'article 81, qui régit la coopération judiciaire⁵⁹⁹. Pourtant, le divorce, le nom patronymique, les successions, les pensions alimentaires ou les régimes matrimoniaux « *sont autant de chantiers désormais abordés par les institutions européennes* »⁶⁰⁰. S'il n'existe pas de règles de droit matériel ou de modèle familial européen, l'importance des modes de résolution judiciaires régis par les règlements européens pour les personnes et la famille a été démontrée par la doctrine. D'autant plus que les règlements s'appliquent directement en droit interne et priment sur celui-ci, certains sont même universels. Le droit européen a donc une incidence notable sur l'évolution de la législation⁶⁰¹. Il est très attaché au respect des droits fondamentaux tels qu'interprétés par les Cours européennes et prend le parti de la modernité en matière familiale. Il n'en demeure pas moins que la compétence de l'Union européenne en ce domaine, bien que justifiée par la multiplication des familles transfrontières et la nécessité d'assurer à ces familles une garantie de sécurité juridique dans l'exercice de leur liberté de circulation, est discutée.

⁵⁹⁷ H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defr.*, 15 octobre 2005, n° 19, p. 1461 et s. Problématique traitée à deux reprises par le Professeur FULCHIRON, dans la chronique citée plus haut et lors d'un colloque publié chez Dalloz en 2014, « Un modèle familial européen ? », *Vers un statut européen de la famille*.

⁵⁹⁸ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 172.

⁵⁹⁹ L'Union européenne partage avec les États membres une compétence pour édicter des règles en matière familiale depuis le Traité de Maastricht (1992) qui avait introduit la citoyenneté de l'Union et fait évoluer l'Europe d'une union économique à une union de citoyens. L'article 61 du Traité CE d'Amsterdam (1997) rend la Communauté européenne compétente pour édicter des règles de conflits de lois et de juridictions dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice puisque l'Union est chargée, au titre des Traités de développer une coopération judiciaire dans les matières civiles transfrontalières. Le traité de Nice (2001) prévoyait cette compétence en matière familiale, avec la règle de l'unanimité reprise par le Traité de Lisbonne.

⁶⁰⁰ C. NOURISSAT, « Présentation synthétique des institutions européennes en lien avec le droit communautaire de la famille », *Union européenne et droit de la famille*, Inf. soc., n° 129, janvier 2006

⁶⁰¹ Leur influence est d'autant plus importante que les règlements définissent des notions autonomes afin de permettre une application harmonieuse des règles de droit de l'Union dans l'espace judiciaire européen. C'est le cas du terme de résidence habituelle, critère central de désignation de la compétence juridictionnelle, forgé par le règlement Bruxelles II bis et de son interprétation par les juridictions. Ces instruments ont un caractère bien spécifique en ce qu'ils favorisent la volonté et la liberté dans le domaine familial. E. GALLANT, « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 241).

L'effectivité des instruments de droit international privé européen de la famille semble clore le débat de sa légitimité.

B. Les instruments de droit international privé européen de la famille

177. Les instruments européens de droit international privé de la famille couvrent les domaines les plus importants de la matière. Une brève présentation de chaque règlement (1) permettra de revenir sur l'impact de ce corpus sur la notion de famille (2).

1. Un statut familial façonné de divers règlements européens

178. Séparation. Le droit de l'Union européenne régit d'abord le domaine de la séparation⁶⁰². Le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale consacre la création d'un espace judiciaire européen du contentieux familial du divorce, de la séparation de corps, de l'annulation de mariage et de la responsabilité parentale. Il facilite la séparation des familles transfrontières et l'administration des conséquences qui en résultent en permettant une circulation facilitée des décisions de justice au sein des États membres de l'Union européenne et un large choix d'options entre des tribunaux différents⁶⁰³.

Le règlement n° 1259/2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps a ensuite été adopté le 20 décembre 2010. Il permet aux couples transnationaux de choisir la loi applicable à leur divorce⁶⁰⁴, tant que cette loi est celle

⁶⁰² V. LEFEBVRE, « Séparation des couples internationaux : vers un renforcement de la sécurité juridique », *D. Actualité*, 29 mars 2016.

⁶⁰³ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « La révision du règlement Bruxelles « II bis », perspectives communautaires sur les désunions internationales », *D.*, 2008, p. 625.

⁶⁰⁴ Il ressort de la coopération renforcée et n'est pas applicable à l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Seuls la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie ont présenté à la Commission une demande indiquant qu'ils avaient l'intention d'instaurer entre eux une coopération renforcée. Ce mécanisme de la coopération renforcée est utilisé pour la première fois

d'un pays avec lequel ils ont un lien particulier⁶⁰⁵. La liberté contractuelle et le consentement sont privilégiés par la logique européenne, au détriment des dispositions de l'article 309 du Code civil⁶⁰⁶. Le règlement a une lecture pragmatique du mariage en prévoyant à l'avance les conséquences du divorce. Le but est d'éviter une situation dans laquelle un époux chercherait à tout prix à introduire l'instance en divorce avant l'autre, afin de bénéficier d'une loi qui lui serait plus favorable.

Le règlement aliments n° 4/2009⁶⁰⁷ relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires est entré en vigueur le 18 juin 2011. Ce règlement participe au renforcement de la coopération judiciaire européenne puisqu'il supprime la procédure d'exequatur des décisions de justice entre les États membres de l'Union européenne (article 17 du Règlement⁶⁰⁸). Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire à tout moment⁶⁰⁹.

179. Successions et régimes matrimoniaux. Les règlements européens régissent également les successions⁶¹⁰, les régimes matrimoniaux⁶¹¹ et les effets

pour passer outre le refus des autres membres de l'Union, qui conservent le droit de rejoindre les premiers quand ils le souhaitent. Le Conseil a adopté le 12 juillet 2010 la décision no 2010/405/UE autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

⁶⁰⁵ L'article 13 du Règlement Rome III prévoit cependant qu'« aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ».

⁶⁰⁶ L'article 309 dispose que « le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française : - lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ; - lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ; - lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

⁶⁰⁷ A. BOICHE, « La séparation (Bilan Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliments et le protocole de la Haye), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 29.

⁶⁰⁸ Cet article 17 prévoit un double régime de l'exequatur : 1. Une décision rendue dans un Etat membre liée par le Protocole de La Haye de 2007 est reconnue dans un autre Etat membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance. 2. Une décision rendue dans un Etat membre lié par le protocole de La Haye de 2007 qui est exécutoire dans cet Etat jouit de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire.

⁶⁰⁹ M. REBOURG, « Recouvrer une pension alimentaire au sein de l'Union européenne. Le Livre vert sur les obligations alimentaires », *Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 94.

⁶¹⁰ Règlement UE n° 650/2012 ; voir : C. PERES, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz

patrimoniaux des partenariats enregistrés⁶¹². L'article 22 du Règlement Successions permet notamment au défunt de soumettre sa succession, non pas à sa dernière résidence habituelle, mais à sa loi nationale. Ce n'est qu'en cas d'absence de clause d'élection du for que la règle de conflit retrouve à s'appliquer. En matière de divorce et de successions, les règlements européens contiennent des clauses d'élection du droit applicable⁶¹³. Le choix de l'individu, hier interdit en matière de divorce par le Code civil et par la règle de conflit en matière de succession est aujourd'hui le principe. Ces instruments visent à offrir aux justiciables européens la garantie de la prévisibilité juridique de leur situation familiale et d'assurer l'effectivité des décisions de justice dans tout l'espace judiciaire européen. Le but est de simplifier et d'encourager la mobilité et la sécurité des familles transfrontières.

Une exception d'ordre public est prévue au nom des droits fondamentaux. Elle serait invocable si l'individu choisissait une loi qui ne serait pas conforme aux droits fondamentaux. Ainsi, si l'individu est ressortissant d'un Etat qui commet des discriminations sexistes ou religieuses (répudiation réservée aux hommes, exclusion d'un non-musulman ou d'un non-hindouiste de sa succession, demie part successorale pour les femmes...), sa loi nationale serait écartée, conformément à l'article 30 du Règlement Rome III, au considérant n° 81 du Règlement Successions, ou à la Charte des droits fondamentaux et à la Convention européenne des droits de l'homme. Cet intérêt pour les droits fondamentaux ne minimise par l'importance donnée à la dimension patrimoniale de la famille.

2. Une patrimonialisation de la famille

180. La famille, une question d'argent. Cette efficacité juridique donne lieu à une contractualisation de la vie familiale dans la possibilité même, bien que non illimitée, de choisir la loi applicable à sa situation personnelle et patrimoniale. Certes,

2014 ; E. FONGARO, « Les principales innovations du règlement Successions », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 65.

⁶¹¹ Règlement UE n° 2016/1103 du 24 juin 2016 : JOUE n° L 183, 8 juill. 2016

⁶¹² *Loc. cit.*

⁶¹³ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « La mise en application du règlement européen sur les successions : cauchemar à l'office notarial », *D.*, 2015, p. 1651.

la loi choisie doit être celle qui entretient les liens les plus étroits avec sa situation juridique, mais les parties peuvent décider des droits liés à leur couple. Ainsi, le couple, pilier de la famille, est devenu une forme de société à contenu variable à aménager. Ce phénomène n'est pas propre au droit de l'Union européenne, car les Conventions de La Haye offraient déjà en partie ces possibilités de choix de lois applicables, mais il est nettement renforcé par le droit européen. Incidemment, la mise en concurrence des droits internes est favorisée par ce système, qui modifie la nature du lien du couple et de la famille. Comme en droit interne, la famille se rapproche du régime de la société, sans s'appesantir sur la spécificité de la nature des relations qui y sont tissées, centrées sur les personnes et non sur les biens. Les opérateurs juridiques peuvent choisir ce qui convient le mieux à leur mode de vie. Le statut qui l'emporte est celui qui arrange le mieux les personnes par rapport à leur lieu de vie et leur patrimoine. Le statut européen ainsi créé permet de disposer de sa vie familiale conformément à ses intérêts pécuniaires.

Le statut familial européen n'impose pas de règles matérielles, mais la protection de la liberté de circulation conduit à une mise à disposition des législations avec un droit d'option pour celle qui est la moins contraignante et la plus favorable à ses intérêts patrimoniaux. Ce phénomène est vérifié dans les règlements les plus récents, sur les régimes matrimoniaux notamment, puisqu'elle a introduit « *un très large espace à la volonté dans le choix du régime matrimonial* »⁶¹⁴. La question de la notion de famille servie par ces règlements semble finalement annexe. L'agencement des biens et la mise en concurrence des statuts juridiques est au cœur du statut familial européen qui doit permettre une grande liberté de choix à l'individu. Cette caractéristique est sans doute justifiée par le fait que le droit de l'Union européenne ne peut outrepasser les compétences qui lui sont attribuées. Puisqu'il ne peut définir la famille à la place des États, il se contente de définir les conséquences personnelles de la famille transfrontière. Le choix est celui du plus grand libéralisme. Le statut familial européen porté par le droit de l'Union européenne semble ainsi par endroit

⁶¹⁴ J. HAUSER, « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Union européenne et droit de la famille, Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 62. Voir également : A. DEVERS, « Les propositions de règlements régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 19.

réduire la famille à une question d'argent, ce qui est inattendu, mais qui pourrait être justifié par la moindre stabilité statistique du couple et la plus grande mobilité des familles transfrontières. En effet, la plus grande mobilité des familles au sein de l'Union européenne incite le droit international privé européen de la famille à innover.

§2. Un statut ajusté aux besoins de mobilité des familles transfrontières

181. Le citoyen européen est avant tout un travailleur européen, *homo oeconomicus*⁶¹⁵, qui noue des relations de nature affectives et familiales. Il doit pouvoir circuler dans l'espace européen (A) et affirmer son droit à la vie familiale de son choix grâce au principe d'autonomie de la volonté (B).

A. Un statut lié à la citoyenneté européenne

182. Citoyenneté. Les frontières nationales des États doivent s'effacer derrière la citoyenneté européenne du travailleur européen dont la situation doit être stable et uniforme dans toute l'Union européenne. Par le statut de citoyen européen, le ressortissant d'un État membre de l'Union européenne bénéficie d'un statut fondamental, qui n'implique pas un régime familial donné, puisque l'Union n'édicte pas de règles matérielles, mais « *la garantie de la stabilité d'un régime déjà formé* »⁶¹⁶. La citoyenneté permet de garantir à un ressortissant d'un État membre de l'Union qu'il pourra circuler librement sur le territoire européen, et voir le respect de son statut familial garanti. Cette garantie est particulièrement novatrice pour les familles homoparentales ou les parents par transcription d'une gestation pour autrui. Ainsi, s'« *il est clair qu'une unification des règles matérielles de la famille est*

⁶¹⁵ Expression utilisée par H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation », *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, n° 45, 2001, p 275, n° 6 ; ou encore H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, p. 87, dernier paragraphe.

⁶¹⁶ E. PATAUT, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 99.

impossible pour le moment et qu'un code de la famille européenne n'est pas viable »⁶¹⁷, un mouvement de singularisation du droit européen de la famille est sensible. Cette citoyenneté européenne caractérise la construction européenne. En effet, elle est un « *processus, un mouvement vers un achèvement, mais non pas l'achèvement, exactement comme le concept de marché intérieur a permis, et permet toujours, une évolution permanente, précisément parce qu'il n'est pas un achèvement, mais un cheminement* »⁶¹⁸. Ce statut a vocation garantir la stabilité d'un régime déjà formé.

183. Citoyenneté et droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette unification du statut des personnes prend ses racines dans les droits fondamentaux consacrés par plusieurs textes fondateurs de l'Union européenne, mais le terme de citoyenneté européenne est d'abord évoqué à l'article 20 du TFUE qui énonce qu'il « *est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* ». L'article 20 deuxièmement du même Traité dispose que « *2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres : a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* ».

L'article 2 du TUE énonce également que « *l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

Le paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux énonce quant à lui que « *consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ;*

⁶¹⁷ A. BORRAS, « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », *Vers un statut européen de la famille*, dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, Dalloz, 2014, p. 10.

⁶¹⁸ J. WEISBEIN, « Pour une éthique de la citoyenneté européenne », in L. CLEMENT WILZ et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Construire la citoyenneté européenne*, Peter Lang, 2013.

elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ». La liberté de choix de l'individu est renforcée.

La citoyenneté européenne a été invoquée par la Cour de justice de l'Union européenne au nom du principe de libre circulation dans l'arrêt *Grzelczyk* du 20 septembre 2001⁶¹⁹. Un « *statut fondamental des ressortissants des États membres* » a été élaboré par la Cour comme standard jurisprudentiel de la citoyenneté. La Cour, ainsi, « *contribue à la construction de ce corps unique, qui est aussi un corps politique : celui de la citoyenneté de l'Union* »⁶²⁰. Ce statut de citoyenneté participe à la circulation d'un modèle de famille libéralisée, travaillé par les droits fondamentaux tels qu'interprétés par les Cours de justice européenne, en contradiction parfois avec la législation familiale des États membres. Une famille homoparentale devrait donc être autorisée à séjourner dans un État qui interdit le mariage homosexuel et l'adoption au nom du statut de citoyen européen.

Ainsi, le citoyen européen qui noue des relations affectives et familiales doit pouvoir circuler dans l'espace européen et affirmer son droit à la vie familiale de son choix, et jouir du principe d'autonomie de la volonté qui occupe une place exponentielle en droit international privé européen de la famille.

B. La promotion de l'autonomie de la volonté

184. Libéralisme nouveau. Ces instruments européens consacrent, en matière de statut personnel, le principe d'autonomie de la volonté, qui consiste à permettre aux parties de choisir la loi applicable à leur relation⁶²¹. Les solutions récentes de conflits de lois en matière de statut personnel « *ont fait place, grande nouveauté, à la*

⁶¹⁹ CJCE, 20 Sept 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. 184/99 ; F. DAVID, « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des États membres », *RTD eur.*, 2003, p. 553.

⁶²⁰ E. PATAUT, *op. cit.*, p. 99.

⁶²¹ P. WAUTELET, « Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 131.

volonté des individus »⁶²². C'est un renouvellement, au moins en France, de la façon de penser le droit des personnes et de la famille, qui n'est plus indisponible.

L'autonomie de la volonté s'applique traditionnellement en droit international privé dans le domaine du droit des contrats où « *la liberté de choix de la loi applicable a reçu dans la Convention de Rome une consécration éclatante* »⁶²³, reprise par le Règlement Rome I. Le système classique de prééminence de la loi du for à l'égard des individus sera remplacé par le choix, par les individus, acteurs du marché, de la loi à laquelle ils souhaitent se soumettre⁶²⁴. La philosophie des Lumières, qui consacre le droit à l'autodétermination de la personne, influence cette orientation. Elle est également portée par l'analyse économique du droit⁶²⁵, qui consiste à considérer que le monde est d'une telle complexité qu'il est inutile d'essayer de recourir à une quelconque planification générale par l'État⁶²⁶. Les choix spontanés des individus seraient ainsi les meilleurs régulateurs des comportements humains, diminuant le poids de toute contrainte.

Cette évolution inquiète une partie de la doctrine qui s'interroge sur les modèles familiaux véhiculés. « *Vers quel modèle juridique de couple serons-nous conduits s'agissant du droit européen ? La suppression de toute contrainte, ligne dominante des réformes récentes relativement à la reconnaissance du couple, au divorce et à la filiation conduira-t-elle à remplacer le mariage par un contrat de société ou d'association entre deux personnes ?... La protection du couple et ses*

⁶²² B. BOURDELOIS, « *Relations familiales internationales et professio juris* », In *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 139.

⁶²³ P. LAGARDE, « L'Européanisation du Droit international privé- conflits de lois, *European judicial training network* (ejtn.eu), p. 3. (http://www.ejtn.eu/PageFiles/6333/Rapport_Vienne_Lagarde.pdf) : Le Professeur LAGARDE évoque à ce propos un « *contrat de choix de la loi applicable* » au contrat. Ce principe d'autonomie est également prévu dans le Règlement Rome II, en matière d'obligations contractuelles, lorsque les droits sont disponibles.

⁶²⁴ Voir P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 380 ; M.-L. NIBOYET, « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 629. L'auteur évoque l'idée d'un « *pacte familial international sur mesure* » fondé sur l'idée de rendre plus attrayante une situation civile internationale de manière légale, sans contourner la loi.

⁶²⁵ F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2^{ème} édition, 2013.

⁶²⁶ Image de la Tour de Babel façonné par la Doctrine en référence à l'épisode biblique ; M.-C. LASSERRE, *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, *op. cit.*, p. 11.

finalités ne commandent-elles pas qu'il demeure d'une nature différente ? »⁶²⁷. Cette autonomie de la volonté est la marque de la culture européenne⁶²⁸. Le droit international privé classique prévoyant l'indisponibilité des solutions de droit de la famille est remplacé par le droit international privé de l'Union européenne, dont la spécificité est de rendre disponible ce statut personnel.

Les principes de liberté de circulation des modèles familiaux et d'autonomie de la volonté caractérisent ce statut familial en cours d'élaboration qui est d'autant plus novateur qu'il favorise l'harmonisation des législations familiales des États membres.

Section 2. Un statut européen favorisant l'harmonisation des législations familiales des États membres

185. Le statut familial européen s'est construit progressivement. La coordination des pratiques juridiques des États a été nécessaire pour garantir l'effectivité des règlements européens. Cette pratique intensive du droit comparé a donné lieu de façon inattendue à une harmonisation des droits internes, à l'origine des premiers contours d'un statut européen de la famille (§1). Ce phénomène est accru par la progression d'une méthode européenne de reconnaissance (§2).

§1. L'évolution de la coordination vers l'harmonisation

186. La coordination des droits internes visait d'abord simplement à garantir l'effectivité des règlements européens (A). De façon inattendue, cette coordination a donné lieu à une certaine forme d'harmonisation des solutions (B).

⁶²⁷ J. HAUSER, « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Union européenne et droit de la famille*, Inf. soc., janvier 2006, n° 129, p. 58.

⁶²⁸ S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'autorégulation dans le droit européen : l'autonomie comme méthode alternative de création normative », in C. KESSEDJIAN (dir.), *Autonomie en droit européen stratégie des citoyens, des entreprises et des Etats*, éd. Panthéon Assas, 2013.

A. La coopération interétatique au service de l'effectivité des règlements européens

187. Communication entre États. Les règlements de l'Union européenne ne visent pas à unifier le droit matériel des différents États membres, mais à mettre en place des règles de conflit de juridictions, de lois et de reconnaissance identiques. Ces règlements visent donc bien à unifier les règles de droit international privé des États membres de l'Union européenne et à garantir, au-delà et en premier lieu, la libre circulation des décisions, mais aussi des statuts individuels et familiaux. Les objectifs poursuivis par les règlements européens sont aussi clairs que délimités. Pourtant, ce qui est clair n'en est pas moins complexe. En effet, il est délicat de déterminer le contenu de la loi étrangère désignée applicable par la règle de conflit de loi prévue par le règlement, de faire circuler les décisions et les actes rédigés dans des langues différentes, ou d'interroger ses homologues étrangers et de communiquer avec eux afin de rendre les objectifs théoriques effectifs. Les règlements précisent heureusement les circuits qui permettent leur mise en œuvre pratique et cette coopération interétatique constitue la première étape de l'harmonisation progressive des solutions des droits internes. La communication entre États est la base de la coopération interétatique.

La communication entre États peut être directe ou passer par une autorité centrale désignée pour chaque État. La communication directe consiste à établir une possibilité pour les magistrats de chaque État de se parler directement et de se demander des renseignements d'ordre général ou plus spécifiquement liés à une affaire qui les concernent conjointement. Cette technique est fréquemment requise dans les affaires familiales les plus sensibles, comme en cas de déplacement illicite d'enfants⁶²⁹. Cette technique de communication directe est notamment visée dans le Règlement Bruxelles II bis pour les questions liées à la responsabilité parentale, au

⁶²⁹ C. NOURISSAT, C. BIDAUD-GARON, « Comment favoriser la coopération internationale ? », in *Conflit familial, déplacement d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe*, rapport de recherche réalisé avec le soutien des Communautés européennes et du GIP Mission de recherche droit et justice, déc. 2002.

retour de l'enfant et à son placement. La communication passe également par des autorités centrales, elle est alors dite indirecte. L'autorité centrale nationale sera saisie par le juge de son État et transmettra la demande, générale ou particulière, à l'autorité centrale étrangère. Cette procédure, bien que plus lente, facilite pour les magistrats l'identification de l'autorité étrangère compétente. Cette communication directe ou indirecte participe de l'interconnexion des juges. Des bases de données sont également mises à disposition des praticiens.

188. Bases de données. Le droit interne des États membres est répertorié dans des bases de données, car les autorités des États membres ont besoin d'accéder au droit interne des autres États membres, dans une langue qu'ils comprennent, et d'autant plus lorsque l'application d'une règle de conflit conduit à l'application du droit d'un autre État membre ou à la vérification du respect du droit d'un autre État membre. Les Règlements européens énoncent ainsi les informations que les États membres doivent mettre à la disposition de la Commission européenne et le délai imparti pour ce partage d'informations. En plus de la transmission des informations par les États, ceux-ci s'engagent à les mettre à jour, ce qui implique la mise en place d'un service juridique compétent. La Commission est quant à elle tenue de tenir ces informations à la disposition du public. Le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale est connu à cet égard puisqu'il permet l'accès à différentes informations sur les thèmes traités par les Règlements européens. L'idée consiste à rendre accessible un maximum d'informations, consultables sur Internet, à destination du plus large public possible. Toutes les informations nécessaires à l'application des règlements doivent être tenues à la disposition du public. La tenue de ce réseau judiciaire européen est difficile. Une simple connexion sur le site permet de constater la mise en garde des internautes sur le défaut d'actualisation de certaines données. Les États ne tiennent pas nécessairement à jour les données mises en ligne sur le Réseau, mais les notaires européens accomplissent parallèlement un gros travail de mise à jour. Le problème le plus sensible est celui de la traduction des données mises en ligne, qui sont souvent accessibles dans la langue du pays. Par ailleurs, les données sont parfois lacunaires et transmises sans fondement

juridique⁶³⁰. Cette coopération est donc un chantier de très grande envergure, mais qui ne cesse de progresser vers une harmonisation des législations, dont les certificats européens sont un prototype de l'efficacité.

189. Les certificats européens. Les certificats peuvent être un extrait d'une décision étrangère relative à une créance d'aliments, à une désunion, un droit de visite, un retour d'enfant et peut-être prochainement à un certificat successoral ou un certificat relatif aux éléments d'état civil. Ces certificats sont prévus par les Règlements européens pour faciliter la circulation des décisions, des statuts et des actes non juridictionnels. Ces certificats, établis par le pays d'origine, doivent pouvoir produire effet sans formalité dans les autres États membres. Ils comportent les éléments d'identification et de localisation de l'intéressé, tous les éléments relatifs à la décision ou la qualité constatée. Le certificat doit simplement être traduit par un traducteur habilité selon la loi du pays d'origine.

Dans le Règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003, le certificat européen ne suffit pas en lui-même à rendre exécutoire la décision rendue par un État membre sur le territoire des autres États membres lorsqu'elle est relative à un divorce, une séparation de corps ou une annulation de mariage. Pour devenir exécutoires, elles doivent être déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée par une autorité de l'État d'exécution, c'est ce qui est prévu par l'article 28 du Règlement (sauf certaines décisions qui sont exécutoires grâce au certificat établi par l'autorité ayant rendu la décision⁶³¹). La reconnaissance ou l'exécution des décisions peut être contestée et à défaut de contestation, les décisions deviennent exécutoires. Le certificat européen n'a donc pas, dans le Règlement Bruxelles II bis, la force de contraindre un État membre à reconnaître sur son territoire une décision qui ne serait pas conforme avec ses règles de droit primaire, ce qui va changer avec le

⁶³⁰ Ch. BIDAUD-GARON, « Le rôle des instruments et des techniques de coordination : garanties d'application effective des règlements ou facteurs d'harmonisation des droits internes ? », in H. FULCHIRON, Ch. BIDAUD-GARON, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 205. L'auteur précise que les données relatives aux couples et au droit des successions, traitées par le Conseil des Notaires de l'Union européenne se distingue par sa qualité et la traduction des informations communiquées dans les vingt-huit langues des États de l'Union européenne.

⁶³¹ Articles 41.1 et 42.1 du Règlement en matière de droit de visite et de retour de l'enfant.

Règlement Aliment du 18 décembre 2008. Dès lors, ils facilitent les déplacements des citoyens européens en garantissant une pérennité du statut personnel et participent de la coopération, voire même de l'harmonisation progressive des solutions de droit interne au sein de l'ordre judiciaire européen⁶³².

B. L'harmonisation progressive des solutions des droits internes

190. Le principe de l'harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun est exprimé dès l'origine par le Traité de Rome à l'article 3h) par lequel les États membres s'engagent au « *rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun* ». L'harmonisation n'est pas une fin en soi, mais un moyen pour réaliser le Marché commun. Elle est concrétisée par quatre libertés fondamentales : la libre circulation des personnes, la libre circulation des capitaux, la libre circulation des marchandises et la libre circulation des prestations de service⁶³³. Le processus d'harmonisation des législations entre les États conduit à un phénomène d'acculturation juridique (1) parfois contraint (2).

⁶³² Le nouveau divorce sans juge prévu par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle pose un réel problème en matière de reconnaissance et d'exécution en droit international privé. Cette procédure n'illustre pas la coopération étatique au service de l'effectivité des règlements européens puisqu'elle ignore les règlements « Bruxelles II bis » (règlement (CE) n° 2201/2003), « obligations alimentaires » (règlement (CE) n° 4/2009), « Rome III » (règlement (UE) n° 1259/2010) et « Régimes matrimoniaux » (règlement (CE) n° 2016/1103). Voir notamment la *Plainte déposée auprès de la Commission européenne pour non-respect du droit de l'Union européenne - Violation par la France du droit de l'Union européenne suite à la réforme du divorce entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017*, mais également A. BOICHÉ, « Divorce 229-1 : aspects de droit international privé et européen, la France, nouveau Las Vegas du divorce ? », *AJ Fam.*, 2017, p. 57 ; M.-L. NIBOYET, « La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel », *Gaz. Pal.*, 04/04/2017, n° 14, p. 74 ; A. DEVERS, « Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, le divorce sans juge en droit international privé », *Dr. Fam.*, n° 1, janv. 2017, doss. 5.

⁶³³ A. LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *RIDC*, 1967, vol. 19, n°3, p. 621.

1. L'harmonisation découlant d'un phénomène d'acculturation juridique

191. Acculturation juridique. Les règlements conduisent les autorités des États à prendre connaissance du droit et des règles de procédure des autres États membres de l'Union européenne. Plus encore, la communautarisation a développé le réflexe du recours au droit comparé et a contribué à un phénomène d'« *acculturation juridique* »⁶³⁴, induit par les changements de mentalités dus aux contacts directs et continus entretenus par les États. Ainsi, en droit de la famille, les réformes récentes ont donné lieu à une analyse comparée des législations des autres États européens et cette comparaison est encouragée par la citoyenneté européenne et le principe de reconnaissance qui consiste à reconnaître une continuité du statut familial d'un individu qui circule dans l'Union européenne. Le droit comparé est devenu une discipline essentielle dans un contexte d'internationalisation croissante. Ses techniques reposent sur la comparaison des systèmes juridiques, sur l'évaluation et l'emprunt de mécanismes étrangers éprouvés. Par exemple, si un État enclenche une refonte législative en matière de dévolution du nom de famille ou d'état civil, cette évolution peut connaître un écho dans d'autres États membres, par souci de coordination des règles juridiques ou sous l'influence de la liberté de circulation.

Le terme d'acculturation sous-entend qu'un pays qui emprunterait des mécanismes juridiques à un autre système législatif augmenterait sa culture ou son degré de civilisation, dans un rapport de force, plus cultivé, moins cultivé. Ce terme pourrait renfermer le danger d'une course en avant, comme si l'adhésion à un mécanisme juridique nouveau impliquait nécessairement une progression. La coopération entre États induit donc un dialogue des cultures juridiques des États membres de l'Union européenne. Les différences sont soulignées par la comparaison. Ce phénomène induit une course en avant vers la reconnaissance de nouveaux statuts juridiques. Le système est dynamique, dès lors la reconnaissance d'un droit par un État aura des répercussions bien plus larges. Si l'harmonisation n'est pas immédiate, le jeu de la concurrence opère et le désir d'attractivité juridique d'un État accélère le

⁶³⁴ Ch. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 207.

phénomène d'acculturation. Ainsi, l'Union européenne favorise les évolutions législatives en créant une comparaison des systèmes juridiques. Ce type d'harmonisation opère de façon progressive, elle peut aussi être plus directive.

2. L'harmonisation contrainte par la reconnaissance et l'exécution d'une décision de justice

192. Harmonisation en matière d'aliments. Toute procédure d'*exequatur* a été supprimée du Règlement Aliment du 18 décembre 2008 dès lors que les Etats sont liés par le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Depuis la ratification du protocole par l'Union européenne le 8 avril 2010, l'*exequatur* est supprimée pour tous les États membres, sauf le Royaume-Uni et le Danemark. C'est donc le certificat rendu par l'autorité du pays d'origine qui rend la décision exécutoire dans les autres pays membres, au nom du principe de confiance mutuelle. Si un État membre a pris une décision en matière d'aliments, les autres États doivent lui faire confiance et ne pas remettre en cause sa décision.

Ce principe de confiance mutuelle pose toutefois de vrais problèmes. Qu'en est-il lorsqu'un État membre ne reconnaît pas une situation, mais doit faire exécuter une décision la reconnaissant sur son territoire ? Si le lien familial n'est pas reconnu dans le pays d'exécution, l'État membre doit-il malgré tout exécuter la décision ? La réponse est positive. L'article 22 du Règlement Aliment précise que « *la reconnaissance et l'exécution d'une décision en matière d'obligations alimentaires en vertu du présent Règlement n'impliquent en aucune manière la reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision* », mais la reconnaissance et l'exécution de la décision n'est pas négociable. Le Règlement Aliment ne contraint pas à reconnaître une situation, mais il oblige bien un État à lui faire produire des effets. Les certificats prévus par le Règlement Aliments sont bien les instruments d'une harmonisation forcée. À titre d'illustration, un certificat français condamnant un ex-époux homosexuel à verser une prestation compensatoire à son ex-conjoint de

même sexe, installé en Pologne, doit être exécuté en Pologne et l'État polonais doit prêter le concours de sa force publique. En matière de gestation pour autrui, si un certificat de filiation est établi entre une mère d'intention et l'enfant né de gestation pour autrui, une décision de versement de pension alimentaire serait également directement exécutoire sur le territoire français.

193. Harmonisation en matière de succession. Le Règlement Successions du 4 juillet 2012 établit le même principe avec encore plus d'acuité avec le certificat successoral. L'article 63 énonce que le certificat permet aux héritiers et aux légataires d'invoquer leur qualité et d'exercer leurs droits dans tous les États membres (sauf Danemark et Royaume-Uni), sans aucune procédure de contrôle du certificat, conformément à l'article 69 du règlement. Les possibilités de contestation du certificat ne peuvent être diligentées que dans le pays émetteur. Ainsi, si un notaire français établit un certificat mentionnant les droits d'un conjoint survivant d'un couple de même sexe, celui-ci pourrait permettre au conjoint survivant d'entrer en possession des biens du défunt situé dans un État qui ne reconnaît pas le mariage des couples de même sexe. Les États ne sont donc pas forcés de reconnaître la création d'un statut familial, mais sont forcés de reconnaître les effets produits par une telle situation. Un État peut donc interdire le mariage de personnes de même sexe, mais pas la qualité d'héritier aux enfants issus de cette union. L'incohérence qui en découle est une forme d'incitation, contraignant les États à harmoniser la législation interne sur les modes de conjugalité et de parenté. Elle crée en plus des inégalités sur le même territoire entre les nationaux et les étrangers. Les certificats conduisent donc dans un certain sens à forcer les États à reconnaître des modèles familiaux qu'ils excluent. Le pluralisme des modèles familiaux est indirectement forcé.

194. Harmonisation en matière d'état civil. Le Règlement sur l'état civil⁶³⁵ vient renforcer ce phénomène d'harmonisation forcée. La Commission s'est donné pour mission, depuis 2010, de simplifier la situation administrative des citoyens.

⁶³⁵ Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

Cette mission a donné lieu à un Livre vert « *Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil* »⁶³⁶. Ce livre vert a donné lieu à la « *Proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'UE* » du 24 avril 2013⁶³⁷. Cette proposition concerne l'acceptation des actes d'état civil, non la reconnaissance de leurs effets, mais une seconde proposition a été faite en ce sens. Reconnaître les mêmes effets aux documents d'état civil établis par les autorités d'un État membre dans tous les États membres pourrait permettre la reconnaissance de l'état des personnes contenu par ces actes. Les effets dont il est question dans la seconde proposition englobent bien la reconnaissance de l'état des personnes. Ainsi, un certificat de mariage, en plus d'être valable et doté de force probante (effet de la première proposition) sera aussi reconnu et les États membres seront obligés de considérer valable et opposable sur leur territoire des mariages entre personnes de même sexe, des doubles liens de filiation monosexuée ou des filiations d'intention par gestation pour autrui⁶³⁸. En l'état, le règlement ne permet encore que la circulation des documents tels que les actes d'état civil, sans impliquer de reconnaître les situations juridiques elles-mêmes⁶³⁹.

Ce statut européen de la famille conduit donc à une harmonisation, indirecte d'une certaine façon, des droits internes sur la question familiale. La famille prônée par l'Union européenne, celle du citoyen européen, est une famille privilégiant la liberté, l'égalité et le pluralisme. Cette tendance ne doit pas cacher un phénomène plus profond qui est celui de l'individualisation de la famille. Le terme même de famille sous-entend une dimension collective qui est progressivement appauvrie puisque la liberté de relation interindividuelle prime sur le groupe famille. Le statut familial européen contribue donc à l'évolution de la famille, en participant de la banalisation de la famille homoparentale et de la progressive reconnaissance de la

⁶³⁶ COM (2010) 603 final.

⁶³⁷ COM (2013) 228 final.

⁶³⁸ Voir à ce propos : Ch. BIDAUD-GARON, *op. cit.*, p. 211 ; E. PATAUT, « Vers un état civil européen ? », *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vrellis, Nomiki Bibliothiki S.A*, pp.635, 2013.

⁶³⁹ E. BONIFAY, « La circulation des citoyens européens entre Etats membres au lendemain de l'adoption du règlement « documents publics » », *JDI*, n°2, avril 2017, doct. 7.

gestation pour autrui. L'Union européenne, en légiférant sur la famille du travailleur européen, modifie les contours de la notion européenne de famille et cela est accéléré par la progression de la méthode de la reconnaissance.

§2. La progression d'une méthode de reconnaissance européenne

195. La permanence du statut personnel, grâce à la reconnaissance, est une condition de l'effectivité de la liberté de circulation (A), mais elle doit pouvoir se concilier avec le respect de la souveraineté des États et le principe de coordination des législations internes des États membres (B).

A. La reconnaissance, condition de l'effectivité de la liberté de circulation

196. **Reconnaissance.** Le développement d'une Union européenne de plus en plus attentive aux personnes et non plus seulement concentrée sur le marché tend à augmenter le besoin d'adopter une méthode de reconnaissance du statut personnel entre les États membres⁶⁴⁰. Cette évolution est en partie due à l'affirmation de la citoyenneté européenne, en vertu de l'application effective de la liberté de circulation attachée à ce statut⁶⁴¹. Le Règlement Bruxelles II bis, entrée en vigueur en mars 2005, avait déjà pour but de créer un espace judiciaire européen garantissant la liberté de circulation des décisions de justice. Ce règlement « *novateur et avant-gardiste* »⁶⁴²

⁶⁴⁰ A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne ? », in H. FULCHIRON, Ch. BIDAUD-GARON, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 239.

⁶⁴¹ Le principe de reconnaissance est à mettre en parallèle avec le principe de reconnaissance mutuelle en matière de marché intérieur. L'arrêt « *Cassis de Dijon* » (CJCE, 20 février 1979, 120/78, *Rec. Jur.*, 1979, p. 649) marque l'avènement du principe de reconnaissance. En l'espèce, un producteur de liqueur français ne pouvait commercialiser ses produits en Allemagne sous l'appellation "liqueur", car le taux d'alcool allemand requis était supérieur au taux fixé par la loi française. La Cour de Justice a considéré que « *tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre Etat membre* ». Ce principe de reconnaissance mutuelle appliqué au droit du marché intérieur a été posé en 1979 et s'est ensuite appliqué à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

⁶⁴² M.-C. LASSERRE, « Le droit de la famille de l'espace judiciaire européen, application du règlement Bruxelles II bis », *Conférence d'ouverture du CERDP*, 2015. Propos développés dans la Thèse de doctorat de M.-C. LASSERRE, *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne*

pose dès 2005 le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice⁶⁴³ avec un allègement de l'*exequatur* ou un caractère incontestable de la décision de justice.

La reconnaissance est en quelque sorte un instrument de protection des droits fondamentaux ; la Cour de justice affirme le lien entre nécessité de protéger le statut individuel ou la vie privée et familiale et l'exercice de la liberté de circulation. En 2008, dans l'arrêt *Metock*⁶⁴⁴, la Cour affirme qu'assurer « *la protection de la vie familiale permet d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales du Traité* ». La reconnaissance d'un état familial conduit donc à éliminer les obstacles à la liberté de circulation. De la même façon, l'arrêt *Wagner contre Luxembourg* du 28 juin 2007⁶⁴⁵ fait peser sur la Cour de justice l'obligation de ne pas refuser la reconnaissance de liens familiaux qui préexistaient *de facto* entre les requérantes et de se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation. La Cour affirme qu'une situation constituée à l'étranger relève de la Convention, même si les liens juridiques entre les requérantes sont issus d'une « *situation juridique créée valablement à l'étranger* »⁶⁴⁶.

forme-t-il un ordre procédural ?, Dir. L.-C. HENRY, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2013, p. 96, n° 89.

⁶⁴³ (2) du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, « *Le Conseil européen de Tempere a approuvé le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires comme pierre angulaire de la création d'un véritable espace judiciaire, et a identifié le droit de visite comme une priorité* ».

⁶⁴⁴ CJCE, 25 juill. 2008, *Metock*, aff. C-127/08 ; *AJDA* 2009. 321, note H. ALCARAZ.

⁶⁴⁵ CEDH, 1^{ère} section, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, n° 76240/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2007, p. 1918 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, p. 2700 ; P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807.

⁶⁴⁶ Paragraphe 132 et 133 de l'arrêt *Wagner*. 132. « *La Cour estime que la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation. Aussi, dès lors que les juridictions luxembourgeoises n'ont pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, ceux-ci ne déploient pas pleinement leurs effets au Luxembourg. Les requérantes en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive.* 133. *Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires (voir, mutatis mutandis, Maire, précité, § 77), la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant,*

Conformément à l'article 52.3 de la Charte des droits fondamentaux, les standards fixés par la Cour européenne des droits de l'homme ne sont que les paliers en deçà desquels la Cour de justice ne peut pas descendre. La Cour de justice peut même octroyer une protection plus importante si elle considère cela nécessaire pour remplir les objectifs fixés par l'Union, au cœur desquels la liberté de circulation occupe une place centrale. La méthode de la reconnaissance en matière familiale conduit à « *l'acclimatation, au nom du respect des droits et des libertés de l'individu, d'institutions ou de formes de vie familiales que rejette en principe le droit interne de l'État d'accueil* »⁶⁴⁷.

197. « *Libéralisme maximum* ». Le niveau de défense des droits nationaux est ainsi abaissé alors que le seuil de tolérance des États augmente ainsi que leur potentiel d'évolution. Ce phénomène est qualifié par la doctrine de loi du « *libéralisme maximum* »⁶⁴⁸, « *la solution la plus libérale tendrait « naturellement » à s'imposer parce qu'elle correspondrait le mieux à un droit de la famille construit à partir des droits et libertés de l'individu, droits et libertés qui seraient eux-mêmes en perpétuelle expansion* »⁶⁴⁹. Les limites de la reconnaissance sont incertaines, ce qui rend le phénomène encore plus efficace, mais affaiblit, parallèlement, les situations juridiques⁶⁵⁰.

La liberté de circulation, telle qu'interprétée par la Cour de justice, et en accord avec le développement du statut de citoyen européen, modifie les règles classiques de droit international privé et conduit à une harmonisation énergique du droit interne. Le principe de reconnaissance connaît tout de même des limites, opposées par la préservation des traditions culturelles des États.

les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière ».

⁶⁴⁷ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 184.

⁶⁴⁸ Terme employé par le Professeur FULCHIRON, *loc. cit.*

⁶⁴⁹ *Loc. cit.*

⁶⁵⁰ P. LAGARDE, « Sur la vulnérabilité des situations juridiques », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 441.

B. La reconnaissance limitée

198. Exceptions à la reconnaissance. La doctrine s'interroge sur le fait de savoir si ce principe de reconnaissance n'est pas un embryon de droit européen de la famille⁶⁵¹, en formalisant un passage du principe de reconnaissance mutuelle au droit à l'identité en tant que droit fondamental du citoyen européen. Ce qui aurait pour conséquence, en droit de la famille, de travailler à l'uniformisation des règles matérielles et de l'ordre public européen⁶⁵² dans le sens de la règle la plus permissive. Or, des exceptions à la reconnaissance pourraient être considérées comme nécessaires et légitimes, conformément à l'ordre juridique auquel la réception de la situation est demandée. La fraude à la loi et l'abus de droit font partie des principes généraux du droit communautaire, la Cour pourrait en user pour éviter certaines manœuvres de tourisme législatif. La Cour est pourtant réticente à utiliser ces principes⁶⁵³. Au sein de l'Union européenne, la règle de conflit de lois en matière de statut personnel est remise en cause par le développement de l'autonomie de la volonté, les règles de conflit à finalité matérielle et la suppression du contrôle de la loi appliquée dans le cadre de la reconnaissance. L'exception de fraude à la loi se restreint proportionnellement.

Malgré tout, l'exception d'ordre public international peut encore être opposée. Elle a été mentionnée dans l'arrêt *Grunkin Paul*⁶⁵⁴ et mise en œuvre dans

⁶⁵¹ S. FRANCO, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 111 ; P. CALLE, « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 231 ; A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 239.

⁶⁵² P. KINSCH, « Les contours de l'ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 147 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Les contours de l'ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 159.

⁶⁵³ C. VREILLIS, « Abus et fraude dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne », *Vers de nouveaux équilibres entre les ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur du Professeur Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, p. 632.

⁶⁵⁴ Dans l'arrêt *Grunkin Paul* du 14 octobre 2008, les autorités allemandes avaient refusé de reconnaître le nom donné à l'enfant d'un couple d'allemands par les autorités danoises. L'enfant était né et résidait au Danemark et son nom correspondait aux deux noms accolés de ses père et mère. Les autorités allemandes ont appliqué la loi allemande qui interdit cette solution, conformément à la nationalité de l'enfant qui est allemand. Un recours préjudiciel est présenté à la Cour de justice par

les arrêts *Sayn-Wittgenstein*⁶⁵⁵ et *Runevic-Vardyn*⁶⁵⁶. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, l'inscription d'un titre nobiliaire allemand sur les registres d'état civil autrichien a été refusée. La Cour a admis que les traditions constitutionnelles des États puissent s'opposer à la reconnaissance d'un nom ou d'un titre donné dans un autre État. La CJUE confirme la restriction à la liberté de circulation que constitue le refus de reconnaissance dans cette affaire. Cette protection est limitée, mais l'entrave est encadrée : elle n'est justifiée que par l'ordre public de l'État membre requis. L'entrave à la libre circulation des personnes est justifiée si elle se fonde sur des considérations objectives et si elle est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national. Ce mécanisme est appliqué dans l'arrêt *Runevic-Vardyn*, la transcription d'un nom polonais sur les registres d'état civil lituaniens a été refusée dans la graphie polonaise que les demandeurs voulaient imposer. Il faut trouver un équilibre entre la consécration de l'identité du citoyen et l'identité de l'État dans lequel il transite. Une pesée respective des intérêts des personnes privées, examinés à la lumière de la liberté de circulation du citoyen de l'Union, et les intérêts des États dans la préservation de leur identité nationale, est réalisée.

les autorités allemandes sur ce point. Elle donne raison aux parents de l'enfant, conformément à l'article 18 du TCE. Les droits attachés à la qualité de citoyen européen ne doivent pas être remis en cause et le droit danois doit s'appliquer. Le citoyen européen qui exerce sa liberté de circulation doit être assuré de la permanence de sa situation. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06, faits similaires à un autre arrêt : CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02 (L'assouplissement du droit au regroupement familial au sein de l'Union européenne, respect du droit à la vie familiale pour tous types de familles, discriminations fondées sur l'égalité).

⁶⁵⁵ CJUE, 22 déc 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff-208/09. Voir H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 359

⁶⁵⁶ CJUE, 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, aff. 391/09 ; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

199. Statut européen de la famille. De façon inattendue, l'Union européenne est un train de créer un statut familial européen fondé sur le respect des droits fondamentaux tels qu'interprétés par les cours suprêmes européennes. Ce statut, adapté au besoin de mobilité des familles transfrontières, est composé de règlements européens. Ceux-ci ne prévoient pas de règles de droit matériel, mais traduisent une certaine conception de l'individu, maître de son droit à la vie privée et familiale. Ainsi, le droit de l'Union ne se prononce qu'indirectement sur des questions comme le mariage homosexuel, l'adoption par un célibataire ou un couple homosexuel, la gestation pour autrui, mais entérine et favorise les évolutions par la mise en concurrence des législations.

L'Union européenne favorise bien la libéralisation de la famille en insistant sur la nécessaire stabilité du statut personnel du citoyen européen. Ainsi donc, un Etat peut refuser de reconnaître une forme de vie familiale, mais il ne peut pas refuser de prendre en compte les effets d'une telle situation, c'est l'exemple de l'époux homosexuel français installé en Pologne. La Pologne devra faire exécuter la décision lui reconnaissant une prestation compensatoire, même si elle n'autorise pas le mariage homosexuel. La diversification des règlements européens conduit à une nécessaire coordination des systèmes juridiques du fait de la communication entretenue par les États dans le cadre des Règlements européens. Le droit comparé est de plus en plus prégnant et travaille à une harmonisation progressive des solutions de droit interne, entériné par la méthode de la reconnaissance.

Ce statut familial européen s'uniformise autour des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui valorisent une logique familiale individualiste fondée sur les liberté et volonté individuelles. Ce droit "modèle de la famille européenne", libéralisé, est caractéristique de l'Europe, et se singularise

d'autres systèmes juridiques plus attachés à la famille traditionnelle conçue comme un groupe. Le statut familial européen donne donc lieu à des difficultés techniques qui opposent les systèmes juridiques.

CHAPITRE 2

UNE COORDINATION DIFFICILE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE

200. Oppositions. Le statut européen de la famille en cours d'élaboration est fortement imprégné de droits fondamentaux. Or, les valeurs prônées par ces espaces européens et qui sont dites fondamentales ne sont pas universellement reconnues comme telles, ce qui génère des oppositions entre systèmes juridiques. En effet, « *érigés en catégorie juridique autonome aux contours incertains et aux effets radicaux, ces droits fondamentaux bouleversent les modes de raisonnement habituels en droit international privé, notamment parce qu'ils aspirent à l'universalité* »⁶⁵⁷. Le droit international privé est traditionnellement une discipline qui cherche à coordonner les lois en conflit afin de permettre une certaine harmonie entre les systèmes divergents. Les droits fondamentaux donnent donc lieu à l'affrontement de deux logiques distinctes, celle du droit international privé tendant à l'harmonie internationale des solutions et celle des droits fondamentaux tendant à l'harmonie substantielle des solutions. L'affirmation des droits fondamentaux « *affecte le droit international privé au plus profond de ses méthodes* »⁶⁵⁸, ce que traduit l'altération des mécanismes classiques du droit international privé (Section 1) et qui conduit à s'interroger sur les risques liés à la mise en concurrence de modèles familiaux antinomiques (Section 2).

⁶⁵⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, vol. 52, n°4, oct.-déc.2000, p. 798.

⁶⁵⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 800.

Section 1. L'altération des mécanismes classiques du droit international privé par les droits fondamentaux

201. Les droits fondamentaux entrent en conflit avec le droit international privé dès lors qu'une solution, résultat de l'application des mécanismes du droit international privé, est évincée pour deux raisons : exception d'ordre public ou décision de justice contraire. L'exception d'ordre public international est ainsi modelée par les droits fondamentaux (§1), il en est de même de la règle de conflit de lois et de la méthode de la reconnaissance (§2).

§1. La dénaturation de la notion d'ordre public international

202. En apparence, exception d'ordre public international et droits fondamentaux sont par nature profondément compatibles puisqu'ils poursuivent tous deux la protection des valeurs essentielles de la France et de l'Europe. Pourtant, s'ils se concilient harmonieusement dans certains domaines (A), l'inflation des droits de l'homme remet substantiellement en cause cet équilibre (B).

A. Une compatibilité supposée des droits fondamentaux à l'exception d'ordre public

203. L'exception d'ordre public est traditionnellement utilisée avec parcimonie dans un but de coordination des systèmes juridiques (1), ce qu'atteste la jurisprudence classique de la Cour de cassation en matière de statut personnel (2).

1. Un recours parcimonieux à l'exception d'ordre public

204. Définition de l'ordre public. Le droit international privé est à la recherche d'un équilibre entre les exigences d'accueil des lois et des situations juridiques étrangères et la cohérence de l'ordre juridique français. L'exception d'ordre public

est le garant de cette intégrité⁶⁵⁹. Elle a pour fonction d'empêcher la perturbation que risque de produire l'application ou la reconnaissance de normes étrangères dont le contenu heurterait les conceptions dominantes de l'ordre juridique du for⁶⁶⁰. Le raisonnement traditionnel de droit international privé suppose donc que soit enclenché, dans une première étape, le mécanisme du jeu de la règle de conflit et, dans une seconde étape, l'ordre public international constitue un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement compétente lorsque les dispositions de celle-ci heurtent la conception française de l'ordre public international français⁶⁶¹. Le juge procède alors à une substitution de la loi du for à la loi étrangère. Pour faire intervenir l'ordre public, le juge prend en considération les liens, plus ou moins proches, entretenus entre la situation juridique et son ordre juridique⁶⁶². L'arrêt *Lautour*⁶⁶³ de la Cour de cassation définit l'ordre public comme « *les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur absolue* ». Dans les règlements européens, l'ordre public est un mécanisme de défense face à une règle étrangère jugée choquante, l'exception d'ordre public se conçoit par rapport à une norme étrangère, loi, jugement ou acte authentique. Ce contenu de base de l'ordre public évolue et est à ce titre souvent qualifié d'évolutif et de fluctuant. Il est propice à une appréciation *in concreto* du contenu de la loi étrangère par le juge français qui peut ainsi, au cas par cas, assurer l'équilibre entre les objectifs du droit international privé, que sont la sauvegarde de la cohésion de l'ordre juridique du for et la coordination internationale des solutions.

⁶⁵⁹ L. GANNAGÉ, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du comité français de droit international privé*, années 2006-2008, Pedone, 2009, p. 205.

⁶⁶⁰ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7e éd., 2013, n° 317.

⁶⁶¹ De sorte que ces normes étrangères « *ne saurai[ent] avoir d'efficacité en France* », Civ. 1, 23 janvier 1979, pourvoi n° 77-12.825, *Bull.* 1979, I, n° 27.

⁶⁶² Explications très éclairantes à ce propos, apportées par la Cour de cassation, dans son Rapport annuel 2013 sur le thème de l'ordre public.

⁶⁶³ Civ. 1, 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. Crit. DIP*, 1949. 89, note BATIFFOL ; *JCP* 1948.II.4532, note VASSEUR. Cet arrêt fixe la règle *lex loci delicti* dans un attendu célèbre : « *Vu l'article 3 du Code civil ; - Attendu qu'en droit international privé la loi territoriale compétente pour régir la responsabilité civile extra-contractuelle de la personne qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose, en cas de dommage causé par cette chose à un tiers, est la loi du lieu où le délit a été commis* ».

205. Relation avec les droits fondamentaux. Les droits fondamentaux semblent *a priori* solubles dans la notion traditionnelle d'exception d'ordre public. L'attention portée par le mécanisme d'exception d'ordre public aux valeurs fondamentales de la société humaine en fait le réceptacle naturel des droits fondamentaux. En effet, ce mécanisme vise traditionnellement à assurer le respect des principes essentiels de l'ordre du for face aux normes étrangères avec lesquelles il ne serait pas compatible. Ce mécanisme permet « *de faire exception à l'application d'un droit étranger compétent et d'appliquer par substitution le droit du for* »⁶⁶⁴. L'ordre public semble donc être le parfait réceptacle des droits fondamentaux, entendus comme les soubassements non négociables de l'ordre juridique du for⁶⁶⁵. Dans cette perspective, l'ordre public est un mécanisme d'exception qui « *n'a vocation à entraver la coordination des ordres juridiques que pour préserver l'essentiel, le « fondamental », au sens propre du terme* »⁶⁶⁶. Le contenu de l'ordre public n'est pas strictement énoncé, il peut donc être plus ou moins strictement délimité. Ainsi, « *tant que les droits de l'homme restent fidèles à leur vocation originaires de « droits d'exception », garants de valeurs essentielles en vigueur dans une société, ils se fondent sans difficulté dans le mécanisme de l'ordre public international* »⁶⁶⁷ et les intérêts de la personne et de l'Etat s'articulent harmonieusement.

206. Ordre public plein, atténué ou de proximité. Il existe même des mécanismes de désactivation partielle de l'ordre public -l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité- qui mettent en valeur la prudence avec laquelle cette exception est employée. Le but de ces nuances est la recherche de la plus grande coordination des ordres juridiques par le droit international privé. Ainsi, l'exception

⁶⁶⁴ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. XXVI.

⁶⁶⁵ Voir D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 488.

⁶⁶⁶ L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droits international privé de la famille », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, p. 238.

⁶⁶⁷ L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *op. cit.*, p. 236. Voir également S. VRELLIS, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice », *Rec. des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 328, 2007, p. 175-486.

d'ordre public plein (classique) consiste à rejeter, comme contraire aux valeurs essentielles du droit français, une situation, même constituée à l'étranger conformément à la loi étrangère, qui produirait des effets juridiques inacceptables en France. L'exception d'ordre public plein permettra à l'action de prospérer malgré l'interdiction promulguée par la loi étrangère. C'est le cas des lois étrangères qui empêchent un enfant de procéder à une action en recherche de paternité parce que la loi étrangère le lui interdit.

Pour éviter le plus possible cette opposition, l'ordre public atténué permettra de tenir compte en France des effets de droit d'une situation constituée à l'étranger, qui n'aurait pas pu naître en France, mais qui, née sous l'empire de la loi étrangère ne génère pas de trouble inacceptable pour l'ordre public du for. Il en est ainsi des mariages polygames lorsqu'aucune des épouses n'a la nationalité française, des droits sociaux sont alors reconnus aux deux épouses étrangères⁶⁶⁸. Ce mécanisme est de moins en moins utilisé, mais traduit la prudence originelle de la Cour de cassation dans le maniement de l'exception d'ordre public.

L'ordre public de proximité, mécanisme plus fort de désactivation de l'ordre public, pose des limites à la tolérance de la situation créée à l'étranger⁶⁶⁹. Il protège les valeurs du for en raison de l'existence, dans une situation donnée, de liens spécifiques avec la France. L'ordre public de proximité⁶⁷⁰, assez fréquent en matière de statut personnel, « *consiste pour le juge français à écarter une loi étrangère qu'il estime contraire aux valeurs essentielles du for, mais uniquement lorsque la situation entretient avec la France des liens caractérisés par la nationalité française ou la résidence des intéressés* »⁶⁷¹. Ce mécanisme est venu remplacer la théorie un peu

⁶⁶⁸ « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger* » (Civ.1, 17 avril 1953, pourvoi n° 2.520, Bull. 1953, I, n° 121).

⁶⁶⁹ Tout récemment Civ. 1, 27 sept. 2017, n°16-19.654 ; E. GALLANT, « Contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui empêche l'établissement de la filiation paternelle », *JCP. G.*, n° 50, 11 déc. 2017, 1113. Affirmation par la Cour de cassation du droit pour l'enfant d'établir sa filiation paternelle par le biais de l'ordre public international.

⁶⁷⁰ Voir notamment Ph. COURBE, « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 228.

⁶⁷¹ A.-SINAY-CYTERMANN, « Les tendances de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 636.

vieillesse⁶⁷² de l'ordre public atténué qui consistait, depuis l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953⁶⁷³, à considérer qu'une situation née à l'étranger, qui avait fait acquérir des droits à l'étranger, produisait en France des effets de droit qui n'affectaient pas l'ordre public. Ce critère intervient au stade de la reconnaissance des situations juridiques, comme à celui de leur constitution dans l'ordre juridique français. Les exigences de proximité posées par la Cour de cassation sont la nationalité française ou à la résidence habituelle sur le territoire français de l'une des parties. Cette conception nuancée de l'ordre public a été consacrée au travers d'un certain nombre de principes en matière de statut personnel.

2. L'évolution progressive de l'exception d'ordre public en matière de statut personnel

207. Répudiation. En matière de répudiation musulmane, l'effet atténué de l'ordre public donnait aux époux une immunité injustifiée qui a été critiquée. Ce mouvement premier de tolérance à l'égard de la répudiation peut être constaté dans l'arrêt *Rohbi* du 3 novembre 1983⁶⁷⁴. Les effets d'une répudiation intervenue au Maroc à la demande d'un époux marocain de son épouse marocaine ont été accueillis en France. Cette tolérance a ouvert la brèche à un détournement du droit, puisque des époux immigrés domiciliés en France faisaient des aller-retours dans leur pays d'origine afin de contrer une action en divorce intentée par leurs épouses devant les juridictions françaises. La facilitation des déplacements et l'importance des droits de l'homme ont conduit à remplacer cet ordre public atténué par l'ordre public de proximité, lorsque ces situations avaient été créées à l'étranger. La Cour de cassation a par la suite affirmé solennellement par cinq arrêts du 17 février 2004⁶⁷⁵ que les répudiations islamiques étaient contraires au principe d'égalité des époux dès lors

⁶⁷² Document Cour de cassation, *Rapport annuel 2013*, Chapitre 2 (Livre 3, Partie 1, Titre 1) : Conception française de l'ordre public international, p. 2/14, www.courdecassation.fr.

⁶⁷³ Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière*, n° 2.520, Bull. 1953, I, n° 121.

⁶⁷⁴ Civ.1, 3 novembre 1983, *Rohbi* ; *Rev. Crit. DIP*, 1984, p. 325, note FADLALLAH.

⁶⁷⁵ Civ. 1, 17 février 2004, n° 01-11.549, n° 02-11.618, n° 02-15.766, n° 02-17.479 ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *RTD Civ.*, 2004, 367, note J.-P. MARGUENAUD ; M.-C. NAJM, « Le sort des répudiations dans l'ordre juridique français, Droit et idéologie(s) », *Droit et cultures*, n°59, 2010, p. 209.

que l'épouse était domiciliée sur le territoire français, « *la Cour de cassation procède ainsi à un durcissement de l'ordre public international tout en subordonnant le déclenchement de celui-ci à une nouvelle condition de proximité* »⁶⁷⁶. Le choix de l'ordre public de proximité⁶⁷⁷ reflète le souhait de la Cour de cassation de concilier deux intérêts contradictoires que sont les valeurs fondamentales françaises, qu'elle entend défendre par l'exception d'ordre public international, et l'harmonie internationale des solutions⁶⁷⁸. La Cour de cassation choisit donc avec l'ordre public de proximité d'affirmer les droits de l'homme⁶⁷⁹, mais en nuance⁶⁸⁰. Il en est de même en matière de polygamie.

208. La polygamie. Les situations polygamiques créées à l'étranger posent également la question du déclenchement de l'ordre public de proximité. Quel sort doit être réservé à un second mariage contracté à l'étranger par un homme déjà marié avec une femme française ? Dans l'arrêt *Beneddouché contre Dame Boumaza*⁶⁸¹, il avait été jugé que les deux épouses non françaises du défunt mari algérien, propriétaire d'immeubles, avaient toutes deux vocation à la succession, sans que la loi française ne permette d'écarter la seconde épouse, comme l'espérait la première. Ce cas est une illustration de l'application de l'ordre public atténué, la situation avait

⁶⁷⁶ A.-SINAY-CYTERMANN, « Les tendances de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 641.

⁶⁷⁷ Civ. 1, 10 mai 2006, n° 05-10.299 ; *AJ Fam.*, 2006. 290, note A. BOICHE ; *D.*, 2006, 2890, note I. GALLMEISTER.

⁶⁷⁸ Civ. 1, 4 novembre 2009, n° 08-20.574 ; *D.*, 2010. 543, obs I. GALLMEISTER ; *AJ Fam.*, 2010, p. 86, obs. A. BOICHE.

⁶⁷⁹ Divers concepts ont été avancés pour justifier ce refus d'ouverture à l'égard de la norme étrangère : la fraude du mari à la loi française, l'ordre public procédural (car l'épouse n'était pas appelée à la procédure), l'ordre public alimentaire (ses intérêts pécuniaires étaient lésés) et enfin le principe d'égalité entre époux, au visa de l'article 5 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui évoque l'égalité de droits et de responsabilités des époux dans leurs rapports mutuel et avec leurs enfants.

⁶⁸⁰ A.-SINAY-CYTERMANN, « Les tendances de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 641 : « *L'ordre public de proximité permet de contrer l'effet atténué de l'ordre public lors de l'instance indirecte menée devant le juge français. Une décision étrangère qui, par le truchement de l'ordre public atténué devrait produire des effets en France, va être repoussé par le juge français si elle concerne une personne française ou demeurant en France* ».

⁶⁸¹ Civ.1, 3 janvier 1980, n° 78-13.762 ; POISSON-DROCOURT, *D.*, 1980, p.549 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.*, 1983, p. 333.

été créée à l'étranger et ne heurtait pas l'ordre public international français. Deux épouses pouvaient donc être reconnues.

Dans une hypothèse similaire, c'est l'ordre public de proximité qui l'a emporté sur l'ordre public atténué du fait de la nationalité française de la première épouse. Dans l'arrêt *Baaziz*⁶⁸², l'époux avait contracté un second mariage en Algérie. À son décès, la question s'était posée de savoir si la rente due au conjoint survivant se partageait à parts égales entre les deux épouses, conformément à la Convention sur le Sécurité sociale conclue entre la France et l'Algérie. La Cour de cassation s'y est opposée du fait de la nationalité française de la première épouse. Il en fut de même dans un arrêt du 1^{er} décembre 2011⁶⁸³, alors que le deuxième mariage avait duré quatorze ans, soit six ans de moins que le premier qui avait duré vingt ans. La nationalité française de la première épouse la protégeait en France contre les effets de la polygamie par référence à l'ordre public de proximité. Le caractère discriminatoire de cette solution, plus favorable à l'épouse française, a été dénoncé par la doctrine⁶⁸⁴. La première épouse française était la seule épouse légitime qui pouvait prétendre à la succession face à une seconde épouse étrangère, alors que dans une situation de polygamie dans laquelle la première épouse était étrangère, les deux avaient été prises en compte. La nationalité française de la première épouse évinçait la seconde, ce qui avait été considéré comme une discrimination de la seconde épouse en fonction de sa nationalité.

Ces arrêts montrent néanmoins la souplesse d'application de l'exception d'ordre public international, qui permet de ménager les objectifs du droit international privé, entre ouverture et cloisonnement à la norme étrangère. Seuls des droits humains essentiels et incontestés, comme l'égalité des époux, enclenchent l'exception d'ordre public. Le principe d'égalité des filiations en est une autre illustration.

⁶⁸² Civ. 1, 6 juillet 1988, n° 85-12.743, *Rev. crit. DIP*, 1989. 71, note Y. LEQUETTE.

⁶⁸³ Civ. 2, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864 ; P. LAGARDE, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 339 : « *les ressources de souplesse et d'adaptabilité aux circonstances de l'exception d'ordre public auraient permis d'aboutir en l'espèce à une solution plus équilibrée* ».

⁶⁸⁴ *Loc. cit.*

209. L'égalité des filiations. Une question mettant en jeu le principe d'égalité des filiations conduit à soulever l'exception d'ordre public plein et non plus de proximité⁶⁸⁵. C'est le cas lorsque des principes de justice universels sont en jeu pour l'ordre juridique français. L'arrêt du 26 octobre 2011⁶⁸⁶ en est une parfaite illustration. En l'espèce, un enfant exerce une action en recherche de paternité naturelle ; la loi ivoirienne est écartée par la Cour d'appel de Paris qui considère qu'un enfant né et élevé en France a le droit d'agir en recherche de sa paternité naturelle. La Cour de cassation confirme cette position des juges du fond, sans même souligner le rattachement de l'enfant avec la France, « *ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français, dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle* ». Le résultat des exceptions d'ordre public plein et de proximité sont en l'occurrence les mêmes, mais le fait pour la Cour de cassation de ne pas chercher à utiliser d'arguments de rattachement avec la France montre l'importance donnée au droit de l'enfant d'agir en établissement de sa filiation.

Cet arrêt rompt avec la position habituelle de la Cour de cassation depuis l'arrêt *Latouz* du 10 février 1993⁶⁸⁷ dans lequel la prohibition d'une action en recherche de paternité par une loi étrangère n'était pas contraire à l'ordre public international à condition qu'elle ne prive pas un enfant français ou résidant habituellement en France d'établir une filiation. L'interdiction d'action en recherche de paternité est donc contraire à l'ordre public international français, que l'enfant ait ou non un lien de rattachement établi avec la France. La loi française est alors substituée à la loi étrangère lorsque des principes fondamentaux sont en cause. Il peut néanmoins être regretté que des droits subjectifs, dont le caractère fondamental peut être contesté, comme le droit au mariage homosexuel ou le droit à l'enfant par recours à la gestation pour autrui, soient imposés à des pays étrangers par ce même mécanisme de l'exception d'ordre public.

⁶⁸⁵ D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *Clunet*, 2012, p. 887

⁶⁸⁶ Civ. 1, 26 octobre 2011, n° 09-71.369, *D.*, 2011, p. 2728 ; *AJ Fam.*, 2012, p. 50, obs. E. VIGANOTTI.

⁶⁸⁷ Civ. 1, 10 février 1993, n° 89-21.997 ; E. KERCKHOVE, « La loi étrangère doit être écartée lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation », *D.*, 1994, p. 32 ; *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 620, note J. FOYER.

B. Une radicalisation contestable de l'ordre public international liée à l'inflation des droits fondamentaux

210. Interaction ordre public et droits fondamentaux. Le contenu de l'ordre public gonfle proportionnellement à l'augmentation des droits reconnus comme fondamentaux. Le mécanisme perd donc son caractère exceptionnel et entrave la coordination des ordres juridiques. Le terme de droit d'exception porte pourtant deux significations importantes. D'une part, au sens procédural du terme, un droit d'exception serait un droit qui paralyserait exceptionnellement l'application mécanique normale de la règle de droit. D'autre part, au sens étymologique du terme, un droit d'exception est un droit qui a vocation à s'appliquer rarement, exceptionnellement, lorsque des valeurs fondamentales sont en jeu. Sa force ne devrait avoir d'égale que sa rareté.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 janvier 2015⁶⁸⁸ illustre ce problème. En l'espèce, un ressortissant français voulait épouser un ressortissant marocain malgré la Convention bilatérale signée par les deux pays le 10 août 1981. Selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, mais son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public. La Cour de cassation considère « *que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* »⁶⁸⁹. Pour la Cour de cassation, le mariage entre deux personnes de même sexe est une liberté fondamentale à laquelle une Convention ne peut faire obstacle si le futur époux étranger a un

⁶⁸⁸ Cass., civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, suite à un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013.

⁶⁸⁹ *Loc. cit.*

rattachement suffisant avec la France. L'ordre public est donc transformé par la loi du 17 mai 2013 qui fait « *sauter un des derniers bastions de l'ordre public international* »⁶⁹⁰. Ce changement rapide est un exemple de transmutation de l'ordre public. En effet, instantanément, le mariage de personnes de même sexe a été autorisé, mais sa prohibition est même devenue contraire aux principes supérieurs de l'ordre public international⁶⁹¹.

211. Exemple du mariage homosexuel français. La loi du 17 mai 2013 introduit ainsi dans le Code civil trois nouveaux articles sur le mariage de deux personnes de même sexe dans les relations internationales, les articles 171-9, 202-1 et 202-2. Les règles de conflit que prévoit la loi soustraient à la loi personnelle la formation du mariage⁶⁹². L'article 202-2 du Code civil dispose, pour les conditions de forme du mariage, que « *le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* ». En ce qui concerne les conditions de fond, l'article 202-1 du Code civil dispose que « *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». Ce premier alinéa se référant à la loi personnelle ne change pas la manière française classique de traiter le conflit de lois en matière de statut personnel. L'ajout d'un second alinéa à cet article 202-1 du Code civil opère l'importante modification du mariage homosexuel en posant une règle matérielle contenant des critères alternatifs (nationalité ou résidence ou domicile de l'un des époux)⁶⁹³. Le Code civil dispose ainsi que « *deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour*

⁶⁹⁰ L. GANNAGE, « Deux arrêts mort-nés. A propos des décisions rendues par la Première Chambre civile le 7 juin 2012 », *Rev. Crit. DIP*, 2013, p. 587.

⁶⁹¹ Notamment en Cass., civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, suite à un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013 ; D., 2015, p. 464, obs. I. GALLMEISTER, note H. FULCHIRON ; *AJ Fam.*, 2015, p. 172, obs. A. BOICHE ; *RTD civ.*, 2015, 91, obs. P. PUIG ; *JCP*, 2015, n° 12, 318, note L. GANNAGE ; *Droit de la famille*, 2015, Comm. 63, note A. DEVERS et M. FARGE ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. SARCELET ; L. USUNIER, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.*, 2015, p. 343.

⁶⁹² G. KHAIRALLAH, « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 485 et s.

⁶⁹³ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, (Tome II, Partie spéciale)*, PUF, 2017, n° 723. Ces auteurs sont favorables à la qualification de règle matérielle.

au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». La loi régissant le mariage devient celle du lieu de célébration⁶⁹⁴. C'est une application du mécanisme d'ordre public, par lequel la France entend assurer la promotion internationale de son choix législatif. Le mariage peut donc être célébré entre un français et un étranger résidant à France, même si l'étranger n'est pas autorisé par sa législation à conclure une telle union, il en est de même pour deux étrangers résidant en France ou entre deux étrangers dont l'un réside en France et même entre deux étrangers dont l'un aurait une résidence secondaire en France. Le spectre des possibles est infiniment élargi par cette règle de conflit de lois qui élude la loi personnelle interdisant le mariage de personnes de même sexe. Si le « *tourisme nuptial* »⁶⁹⁵ ou les situations boiteuses ne sont pas à craindre tant que ces nouveaux couples ou un des époux ne souhaite pas retourner dans son pays d'origine, il n'en demeure pas moins un décalage entre les promesses de liberté fondamentale de mariage et la réalité du relativisme géographique du droit.

212. Adoption en faveur des couples de personnes de même sexe. Le droit individuel à l'adoption en faveur des personnes homosexuelles a également été consacré et est même devenu une valeur non négociable de l'Europe. Le premier risque lié à l'imposition de ces changements brutaux aux pays étrangers pourrait être de créer « *un ordre public à deux vitesses* »⁶⁹⁶. En effet, la Cour de cassation rappelle dans le communiqué accompagnant l'arrêt en question que la loi du pays étranger ne peut être écartée que si le futur époux étranger a un rattachement avec la France ou si l'État avec lequel la Convention est signée, sans admettre le mariage, ne le rejette pas

⁶⁹⁴ « *Locus regit actum* » : Formule selon laquelle un acte juridique est soumis aux conditions de forme édictées par la législation en vigueur dans le pays où il a été conclu (Locutions latines juridiques, Dalloz, 2015, p. 41) et plus précisément « *Lex loci celebrationis* » c'est-à-dire *loi du lieu de célébration*.

⁶⁹⁵ Expression employée par le Professeur FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine », *Droit de la famille*, n°1, janvier 2013, dossier 9, p. 3/9.

⁶⁹⁶ *Loc. cit.*

« de façon universelle »⁶⁹⁷. Le second risque a trait au caractère boiteux du mariage qui, reconnu en France, ne sera pas reconnu au Maroc, impliquant une disparité de législation. La rupture du statut personnel peut être génératrice d'insécurité juridique, « ne serait-ce que parce que le « mariage pour tous » est une option rejetée par la plupart des États »⁶⁹⁸. Dans les décisions du 7 juin 2012⁶⁹⁹ portant sur l'adoption homosexuelle, la Cour de cassation avait énoncé son refus de consacrer des situations contraires aux « principes essentiels du droit de la filiation »⁷⁰⁰. La loi du 17 mai 2013 en fait deux arrêts « mort-nés »⁷⁰¹ qui soulignent encore la transformation totale de l'ordre public sur cette question.

Les décisions du 3 juillet 2015⁷⁰², prenant acte des arrêts *Menesson*⁷⁰³ et *Labassée*⁷⁰⁴, admettent la transcription sur les registres d'état civil français d'actes de naissance d'enfants nés de contrat de gestation pour autrui. Ces décisions contredisent les décisions du 6 avril 2011 refusant la transcription en France des actes d'état civil étrangers, alors jugée contraire à l'ordre public international français.

⁶⁹⁷ Communiqué relatif à l'arrêt dit du « mariage franco-marocain entre personnes de même sexe » du 28 janvier 2015, en ligne sur le site internet de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_dit_30975.html

⁶⁹⁸ H. FULCHIRON, *op. cit.* ; D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Mélanges en l'Honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, tiré à part.

⁶⁹⁹ Civ. 1, 7 juin 2012, n° 11-30.262 et 11-30.261 ; *D.*, 2012, p. 1546, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ Fam.*, 2012, p. 397, obs. B. HAFTEL ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. HAUSER ; *JCP*, 2012, p. 856, avis C. PETIT, et p. 857, note F. CHENEDE.

⁷⁰⁰ Cette question avait pourtant été traitée différemment dans un arrêt du 8 juillet 2010 puisque la Cour avait alors accordé un partage d'autorité parentale dans le cadre d'une adoption simple, faisant un pas vers l'adoption homoparentale. Civ. 1, 8 juillet 2010, n° 09-66.186.

⁷⁰¹ L. GANNAGE, *op. cit.*, p. 587.

⁷⁰² AP, 3 juillet 2015, n° 14-21323 et 15-50.002.

⁷⁰³ CEDH, 5^{ème} section, 26 juillet 2014, *Menesson contre France*, n° 65192/11 ; T. COUSTET « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. Actualités*, 30 juin 2014 ; « Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 26 juin 2014 », *AJ Fam.*, 2014, p. 499 ; « Gestation pour autrui (transcription de la filiation) : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme » 26 juin 2014, *D.*, 2014, p. 1797 ; F. CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 1797 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 1.

⁷⁰⁴ CEDH, 5^{ème} section, 26 septembre 2014, *Labassée contre France*, n° 65941/11, voir la note précédente pour les commentaires de l'arrêt.

Elles contredisent également les arrêts du 13 septembre 2013⁷⁰⁵, fondés sur la fraude à la loi et non sur la seule exception d'ordre public, puisque la mère porteuse était mentionnée dans l'acte de naissance. La gestation pour autrui pourrait non seulement devenir une pratique autorisée, mais être consacrée comme une valeur non négociable, essentielle à l'ordre public français. L'affaiblissement de la règle de conflit de lois démontre encore l'affaiblissement des méthodes traditionnelles du droit international privé sous l'impulsion des droits fondamentaux.

§2. L'affaiblissement des autres procédés de réglementation du droit international privé

213. Les transformations de la règle de conflit de loi (A) et de la méthode de reconnaissance (B) confirment l'altération des méthodes traditionnelles du droit international privé plus soucieux de promouvoir un certain équilibre des relations internationales.

A. La règle de conflit de lois malmenée

214. La règle de conflit de lois est passée au crible des droits fondamentaux de deux façons, lorsque la conformité de la règle elle-même -et non son résultat- aux droits fondamentaux est évaluée (1) et lorsqu'elle est évincée par les droits fondamentaux (2).

1. La conformité discutée des règles de conflit de lois aux droits fondamentaux

215. Vocation instrumentale de la règle de conflit. La règle de conflit de lois, « *règle de choix entre plusieurs systèmes juridiques ayant une vocation concurrente*

⁷⁰⁵ Civ. 1, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n°12-18.315 ; D., 2013, p. 2382, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ Fam.*, 2013, p. 579 ; AJCT, 2013, p. 517, obs. R. MESA ; J. HAUSER, « Transcription de l'acte de naissance des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui : état civil et ordre public », *RTD civ.*, 2013. 816.

à régir un type de situations »⁷⁰⁶, est normalement indirecte et neutre. Indirecte en ce qu'elle ne résout pas directement la question de droit posée, « *mais se contente de désigner l'ordre juridique auquel sera empruntée la solution* »⁷⁰⁷, et neutre, car elle désigne « *la loi applicable en raison non de l'excellence ou de la simple supériorité de la solution qu'elle pose, mais de l'étroitesse des liens que le rapport entretient avec un ordre juridique donné* »⁷⁰⁸. Cette vocation purement instrumentale de la règle de conflit, dénuée de teneur matérielle, l'a donc tenue à l'écart de toute confrontation avec les droits fondamentaux⁷⁰⁹. Ce caractère instrumental était encore illustré par le fait que la désignation d'une certaine loi nationale selon la règle de conflit, respectueuse des droits fondamentaux ou non, pouvait aboutir à désigner pareillement une loi respectant ou ne respectant pas, les droits fondamentaux. Par exemple, choisir comme règle de conflit la loi nationale du mari pouvait conduire à désigner une loi nationale respectueuse du principe de l'égalité des époux. Les règles de conflits étaient donc *a priori* préservées de toute intrusion des droits fondamentaux.

La doctrine et la jurisprudence étrangères s'interrogent pourtant sur la question d'une mise en conformité des règles de conflit de lois aux droits fondamentaux. Toutes neutres et indirectes que sont ces règles, elles n'en sont pas moins, selon la doctrine, « *une projection du droit civil interne au plan international* »⁷¹⁰ et il a, à ce titre, été considéré qu'elles méritaient une attention particulière. Plus encore, « *le rayonnement actuel des droits de l'homme, l'engouement des esprits pour les libertés publiques, le foisonnement d'une littérature juridique extrêmement engagée dans la promotion des droits fondamentaux* »⁷¹¹ tend à imprimer la marque de ceux-ci à chaque échelon du droit international privé. La soumission des rapports de famille à la loi nationale du mari

⁷⁰⁶ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, p. XXVII.

⁷⁰⁷ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23^{ème} édition, 2017, p. 125.

⁷⁰⁸ *Loc. cit.*

⁷⁰⁹ C'est le cas des lois de police.

⁷¹⁰ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 126.

⁷¹¹ L. GANNAGE, « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international privé de la famille », LGDJ, 2001, p. 48.

« reflète une conception du droit selon laquelle la cohésion du groupe familial est assurée par l'attribution au mari de la qualité de chef de famille »⁷¹². Puisque cette position est désormais contraire au principe d'égalité entre les époux, il devrait en être de même du résultat de sa projection au plan international. L'Allemagne⁷¹³ et l'Italie⁷¹⁴ ont été les premiers pays à opérer une confrontation des règles de conflit aux droits fondamentaux énoncés par la Constitution. Ces pays ont alors opéré une refonte législative de leurs règles de droit international privé⁷¹⁵.

216. Filiation régie par la loi nationale de la mère. Les règles de conflit françaises, créées par la Cour de cassation avaient su éviter toute incompatibilité avec les droits fondamentaux, avant que ceux-ci ne deviennent incontournables. Ainsi, par exemple le régime matrimonial des époux était déterminé par la loi de leur premier domicile stable et commun⁷¹⁶, ce qui était neutre vis-à-vis des deux membres du couple et respectait leur égalité. En revanche, la règle de conflit en matière de filiation pourrait donner lieu à discussion, conformément à la loi du 3 janvier 1972 et à l'ordonnance du 4 juillet 2005, puisque la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. La prépondérance donnée à la mère dans la famille non fondée sur le mariage et la famille fondée sur le mariage peut être critiquée au regard de l'actuel droit de la famille. La situation est d'autant plus discutable en droit international privé lorsqu'une femme étrangère épouse un mari

⁷¹² Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 126. Voir aussi Y. LEQUETTE dans les *Mélanges MAYER* p. 484 : « C'est ainsi qu'on considérait, du temps où la société française était perçue non comme une somme d'individus mais comme un assemblage de familles fondées sur le mariage, qu'il convenait pour assurer à l'institution familiale sa cohésion et son efficacité de soumettre à une loi unique l'ensemble des rapports qu'elle détermine entre époux et entre parents et enfants. (Ph. RANDESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, n° 21, p. 26).

⁷¹³ Décisions allemandes du 4 mai 1971 et du 22 février 1983, *Rev. Crit. DIP*, 1974. 1, note LABRUSSE.

⁷¹⁴ Cour constitutionnelle d'Italie du 26 février 1987, *Rev. Crit. DIP*, 1987.563, note B. ANCEL.

⁷¹⁵ Loi allemande du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé : La version française a été publiée à la *Rev. Crit. DIP*, 1987.170, commentaires de H.-J. SONNENBERGER, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 ». Loi italienne du 31 mai 1995, n° 218 sur le même sujet : *Rev. Crit. DIP*, 1996. 174 ; A. GIARDINA, « Les caractères généraux de la réforme », *Revue critique de DIP*, 1996. Voir S. GUILLEMARD, A. PRUJINER, « La codification internationale du droit international privé : un échec ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 175-192.

⁷¹⁶ Solution identique dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

français et que leurs enfants ont la nationalité française. En effet, « *soumettre l'établissement de la filiation de ces enfants à la loi nationale de la mère, c'est soumettre une situation qui est française par tous ses rattachements, hormis la nationalité de la mère, à une loi étrangère* »⁷¹⁷. C'est une loi sans lien avec la situation en cause qui est visée.

Par ailleurs, l'amointrissement du rôle du père par rapport à celui de la mère n'est absolument pas justifié au regard des droits fondamentaux et des principes de l'égalité des sexes et de l'égalité des parents.

Une confrontation est donc possible entre règles de conflit de lois et droits fondamentaux, celle-ci montre le rôle croissant des droits fondamentaux, qui pénètrent tous les pans du droit. Plus importante encore, pour démontrer l'aspiration hégémonique des droits fondamentaux, est l'affaiblissement de la méthode conflictualiste dans la résolution des litiges impliquant des droits fondamentaux⁷¹⁸.

2. L'éviction de la règle de conflit de lois

217. Une altération discutable de la méthode conflictualiste. La méthode conflictualiste est mise en cause à plusieurs niveaux. La Cour européenne des droits de l'homme peut d'abord procéder à une application directe et immédiate de la Convention européenne des droits de l'homme en éludant le raisonnement habituel de conflit de lois, ou bien la Cour peut attribuer à la Convention européenne des droits de l'homme un effet extraterritorial. La valeur simplement conventionnelle des textes de protection des droits de l'homme est ainsi artificiellement gonflée par les juges européens qui imposent des solutions fragiles⁷¹⁹ si la frontière de l'espace européen est franchie. Il en est ainsi en matière de mariage ou de transsexualisme. Ensuite, la volonté des individus est davantage prise en compte en matière de statut

⁷¹⁷ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 126.

⁷¹⁸ R. LIBCHABER, « L'avenir d'un paradoxe », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p.519.

⁷¹⁹ P. LAGARDE, « Sur la vulnérabilité des situations juridiques », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 441 ; B. RÉMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 791.

personnel. Les règlements européens Rome III et Successions ainsi que les règlements sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés offrent un choix de loi applicable dans des matières auparavant indisponibles⁷²⁰. La « *part faite à la règle conflictuelle devient congrue* »⁷²¹, la loi personnelle désignée par la règle de conflit de lois ne s'appliquera que si aucun autre mécanisme n'entre en jeu.

Un courant de pensée, confirmé par des décisions de justice, conduit à considérer que l'importance des droits fondamentaux est telle qu'il est justifié de les appliquer directement sans recourir à la technique internationaliste du conflit de loi. Ainsi, au lieu de raisonner en utilisant la médiation ordinaire de la règle de conflit de lois et ainsi de faire échec à la loi étrangère si elle heurte les droits fondamentaux, ce courant opte pour une application « préventive » des droits fondamentaux, sans recourir à la règle de conflit de lois, mais en appliquant directement la règle de droit fondamental. Ce raisonnement, qui consiste en quelque sorte à considérer que la fin justifie les moyens, pourrait trouver une justification dans le caractère impérieux du droit mis en cause. Pourtant, le droit international privé est la matière qui régit les relations entre les particuliers ressortissants ou ayant des intérêts dans plusieurs États en même temps, impliquant une articulation entre les différentes règles instituées par ces États. Eluder la règle de conflit revient à imposer une vision particulière des droits de l'homme, sans respecter la souveraineté de l'État.

La recherche d'un équilibre entre normes étrangères et droits fondamentaux conduit normalement le juge à doser justement entre « *esprit d'ouverture* » face aux lois étrangères et « *esprit de défiance* » face aux lois ou décisions dont la teneur pourrait heurter les valeurs du for. Normalement, en cas de heurt, le juge du for peut faire jouer l'exception d'ordre public international qui fait alors échec à l'application

⁷²⁰ Voir notamment B. BOURDELOIS, « *Relations familiales internationales et professio juris* », In *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 137 : « *Les solutions récentes de conflits de lois en matière de statut personnel, après avoir utilisé différentes méthodes (clause d'exception fondée sur le principe de proximité, règles matérielles), ont fait place, grande nouveauté, à la volonté des individus* ».

⁷²¹ B. BOURDELOIS, « *La famille du XXI^{ème} siècle et problématiques de conflits de lois* », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 89 : « *Entre les principes édictés pour la défense de droits fondamentaux, le développement des règles matérielles, spécialement celles relatives au consentement, la coopération nécessaire d'autorités administratives, un droit rattrapé par les avancées de la recherche biologique qui font une place de choix à la loi du pays où l'acte médical est pratiqué, la part faite à la règle conflictuelle devient congrue* ».

de la norme étrangère. Les droits fondamentaux devraient *a priori* être une composante éclairante du contenu de l'ordre public. Pourtant, la jurisprudence offensive de la Cour européenne des droits de l'homme change les données du problème. Les valeurs érigées en absolu par cette dernière ne font pas l'objet d'un consensus et sont l'objet de profonds désaccords.

218. Reconnaissance forcée du transsexualisme pour un Argentin en France.

La Cour de Paris a rendu, à ce titre, le 14 juin 1994⁷²², un arrêt appliquant cette vision hégémonique des droits de l'homme. Un requérant transsexuel de nationalité argentine et résidant en région parisienne avait subi au Maroc une opération consistant en l'ablation de ses organes génitaux et demandait à ce que son état civil soit mis en conformité avec sa nouvelle apparence. Le requérant a donc demandé en 1988 la rectification de son acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger et la transcription de ce jugement sur le répertoire tenu par le service central de l'état civil de Nantes. Le Tribunal de Grande instance de Bobigny, saisi de cette demande, va raisonner sur le fondement classique du droit international privé et va appliquer la loi nationale de l'intéressé qui ne reconnaît pas le changement de sexe. La Cour d'appel de Paris va infirmer ce jugement et juger l'action recevable sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant la vie privée des personnes transsexuelles. La Cour d'appel de Paris va ainsi considérer que la Convention européenne des droits de l'homme est d'application directe en droit français et qu'elle protège les nationaux et les ressortissants des États non parties à la Convention domiciliés sur le territoire national. Cette application directe et immédiate est hégémonique en ce qu'elle exclut la possibilité pour un autre État, en l'occurrence l'Argentine, de légiférer différemment.

Cette vision interne, sous couvert de droits de l'homme, exclut la relation internationale et coupe la France de sa tradition juridique sur la scène internationale. Les magistrats français ont accordé au requérant un titre juridique indiquant son changement de sexe. En fait, cet individu est homme en Argentine et femme en France. Cette situation est une illustration de ce qui est appelé par la doctrine « *le*

⁷²² Y. LEQUETTE, *D.*, 1995, p. 310.

sexe boiteux »⁷²³, qui change avec la frontière. Cette situation présente un inconvénient pour la prévisibilité du droit, mais plus encore pour l'individu qu'elle est censée protéger. En effet, « *la claudication pourrait, au reste, s'accroître si le transsexuel venait à se marier. L'union ainsi célébrée risquant fort de ne pas être reconnue dans son pays d'origine, on serait en présence d'un mariage boiteux* »⁷²⁴. L'éviction de la règle de conflit au profit des droits fondamentaux donne lieu à des situations précaires. L'interférence des droits fondamentaux et des règles de conflit de lois est problématique et il en est de même en matière de reconnaissance.

B. La méthode de la reconnaissance altérée

219. La méthode de la reconnaissance qui consiste à reconnaître, à une situation constituée à l'étranger ou à une décision prononcée par un État étranger, une continuité dans l'ordre du for (1) s'est libéralisée sous l'influence des droits fondamentaux (2).

1. La méthode originelle de reconnaissance

220. Reconnaissance. La reconnaissance permet de donner effet à une situation constituée à l'étranger ou à une décision étrangère à condition de respecter un nombre limité de critères posés par l'ordre du for, dont le respect de l'ordre public international. La reconnaissance est soumise aux règles de chaque ordre juridique, ce qui implique qu'en cas d'incompatibilité entre la situation constituée à l'étranger et l'ordre juridique du for, c'est l'ordre juridique du for qui prévaudra.

La méthode consiste à poser des conditions unilatérales de reconnaissance du jugement ou de l'acte dont la régularité a été acquise dans son pays d'origine ; « *la jurisprudence française a, en l'absence de textes, élaboré un système qui permet de contrôler les décisions étrangères en vérifiant leur conformité à un certain*

⁷²³ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 136.

⁷²⁴ *Loc. cit.*

nombre de conditions »⁷²⁵. L'arrêt *Munzer*⁷²⁶ est le premier à énoncer les conditions applicables par la France pour la reconnaissance, celles-ci sont ensuite allégées par les arrêts *Bachir*⁷²⁷, *Simitch*⁷²⁸ et *Cornelissen*⁷²⁹. Le juge français est aujourd'hui tenu de ne vérifier que la compétence indirecte du juge étranger, la conformité de la décision à l'ordre public procédural et à l'ordre public de fond, ainsi que l'absence de fraude. Ce procédé allégé de reconnaissance est adapté à la mondialisation et à l'extrême mobilité des acteurs de la vie juridique qui ont besoin d'être assurés de la stabilité juridique de leur statut. Pour illustration, la reconnaissance d'un mariage polygamique est pour le moment impossible en France, un tel mariage valablement contracté à l'étranger tomberait sous le coup de l'exception d'ordre public international⁷³⁰. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, influence cette technique française de reconnaissance et le droit au respect de la vie privée et familiale induit un certain flou dans ce premier état de fait⁷³¹.

2. La méthode libéralisée de reconnaissance

221. Reconnaissance forcée de la décision étrangère. La continuité des situations juridiques devient un impératif du droit international privé, au-delà de l'application logique de la règle des conflits de lois⁷³². Traditionnellement, « *le franchissement de la frontière expos(ait) alors inévitablement les individus au*

⁷²⁵ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 129.

⁷²⁶ Civ. 1, 7 janvier 1964, Bull., I, n° 15 ; *JCP*, 1964 II, 13590 ; *Rev. Crit. DIP* 1964, p. 344, note H. BATTIFOL ; *JCP*, 1964. II. 13590, note M. ANCEL ; *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN.

⁷²⁷ Civ. 1, 4 octobre 1967, *RCDIP*, 1968.98.

⁷²⁸ Civ. 1, 6 février 1985, Bull., I, n° 55 ; *D.*, 24 octobre 1985, n° 35 p. 469, note Jacques MASSIP. *Rev. Crit. DIP*, juin 1985, p. 243, note Ph. FRANCESCAKIS.

⁷²⁹ Civ. 1, 20 février 2007, n° 05-14.082, confirmé par Civ. 1, 30 janvier 2013, n° 11-10.588 ; S. MENETREY, « *Exequatur : compétence indirecte du juge étranger, conformités à l'ordre public et absence de fraude* », *D. actualité*, 12 février 2013.

⁷³⁰ S'il impliquait des ressortissants de nationalité française.

⁷³¹ L'utilisation de la méthode de reconnaissance par le droit de l'Union européenne traduit également un affaiblissement du droit international privé qui sera étudié en section 2 du présent chapitre.

⁷³² J.-S. BERGE, « Droit international privé et approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 65.

changement de statut et au risque des rapports boiteux »⁷³³. La Cour européenne des droits de l'homme peut forcer les limites des ordres juridiques en imposant la reconnaissance de décisions rendues à l'étranger, contrairement à l'ordre public du for, ce qui constitue une violation des règles de droit international privé. Sous prétexte de droits de l'homme et de protection effective des individus par la continuité des situations juridiques, c'est l'ordre public international du for qui est violé. La Cour de Strasbourg analyse « *le refus d'exequatur comme une ingérence dans un droit substantiel* »⁷³⁴.

L'État est relégué à un rang subalterne, après l'individu et la société internationale. Cela implique donc que « *dès qu'un ordre juridique a accepté de consacrer concrètement, en matière familiale, un droit subjectif au profit d'une personne, cette « situation » doit être reconnue par les États tiers sans que ceux-ci puissent lui opposer leur système de contrôle. Le point de vue de l'ordre juridique le plus favorable s'impose ainsi à tous* »⁷³⁵. Cette approche risque de « *conduire à une sorte de désarmement unilatéral des sociétés étatiques, et partant à leur fragilisation, face aux comportements de certains individus qui cherchent à user de la diversité des ordres juridiques pour se soustraire aux contraintes de celui dont ils relèvent naturellement* »⁷³⁶. Dans les décisions *Wagner contre Luxembourg*⁷³⁷, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*⁷³⁸, *Menesson contre France*⁷³⁹ ou *Labassée contre*

⁷³³ L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 243.

⁷³⁴ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 130.

⁷³⁵ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 129.

⁷³⁶ *Loc. cit.*

⁷³⁷ CEDH, 1^{ère} section, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, n° 76240/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2007, p. 1918 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, p. 2700 ; P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807.

⁷³⁸ CEDH, 3^{ème} section, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*, n° 56759/08 ; P. KINSCH, *Rev.crit. DIP*, 2012, p. 817 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, *JDI*, 2012, p. 213 ; A. GOUTTENOIRE, *JCP*, 2010, p. 839.

⁷³⁹ CEDH, 5^{ème} section, 26 juillet 2014, *Menesson contre France*, n° 65192/11 ; T. COUSTET « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. Actualités*, 30 juin 2014 ;

France⁷⁴⁰, la Cour de Strasbourg évalue l'atteinte à l'ordre public empêchant dans l'État du for la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger, à l'aune du but recherché par l'État qui a rendu la décision. Elle réalise alors un contrôle de « proportionnalité »⁷⁴¹ et prend le pouvoir d'imposer à un État la reconnaissance d'une situation qui a été constituée en contournant son ordre juridique. Ainsi, la méthode de la reconnaissance est remplacée par la « méthode du fait accompli »⁷⁴².

222. Wagner contre Luxembourg. Dans l'arrêt *Wagner contre Luxembourg*⁷⁴³ du 28 juin 2007, une femme vivant au Luxembourg et ressortissante de cet État, mère de deux enfants et vivant en concubinage avait voulu procéder à une adoption, en dépit de la loi luxembourgeoise qui interdisait une telle démarche à une personne célibataire. Elle a voulu contourner cette interdiction en cherchant dans les systèmes juridiques étrangers un État qui lui permettrait de procéder à une adoption. Le Pérou a été le pays qui a permis à cette femme l'adoption plénière d'un enfant péruvien abandonné. L'*exequatur* du jugement d'adoption a été refusée au Luxembourg dans la mesure où il avait été rendu en violation de la loi luxembourgeoise et alors que cette loi était applicable au regard des règles de droit international privé luxembourgeoise renvoyant à la loi personnelle. Le recours intenté par la requérante devant la Cour européenne des droits de l'homme prospère grâce à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en se fondant sur la prééminence de la

« Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 26 juin 2014 », *AJ Fam.*, 2014, p. 499 ; « Gestation pour autrui (transcription de la filiation) : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme » 26 juin 2014, *D.*, 2014, p. 1797 ; F. CHENEDE, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 1797 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 1.

⁷⁴⁰ CEDH, 5^{ème} section, 26 septembre 2014, *Labassée contre France*, n° 65941/11 ; voir commentaire de l'arrêt précédent.

⁷⁴¹ Titre utilisé par L. GANNAGE, *op. cit.*, p. 245.

⁷⁴² Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁴³ CEDH, 1^{ère} section, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, n° 76240/01, J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2007, p. 1918 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, p. 2700 ; P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 807 ; voir note 718.

réalité de la situation affective. La Cour considère « *que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre le statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8* » (§ 133) de la décision. L'adoption doit être reconnue au Luxembourg où elle était pourtant officiellement interdite au nom de la protection de la vie familiale.

223. *Négrépontis contre Grèce.* Dans un arrêt *Négrépontis contre Grèce*⁷⁴⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Grèce qui avait refusé de reconnaître un jugement d'adoption américain par lequel un évêque orthodoxe avait adopté son neveu. Les liens des deux parents avaient perduré dans le temps, depuis la date de l'adoption aux États-Unis en 1984 jusqu'au décès du prêtre en 1998. Les trois frères et sœurs à la succession de l'homme d'Église ont agi contre l'adopté et ont obtenu gain de cause devant la Cour d'appel d'Athènes et la Cour de cassation grecque qui ont considéré que la reconnaissance de la force de chose jugée ou de l'autorité d'un jugement étranger en Grèce, qui admet l'adoption réalisée par un moine ou un évêque issu de l'ordre monacal, est contraire à l'ordre public hellénique, puisqu'elle est interdite par différentes règles religieuses orthodoxes. La Cour européenne des droits de l'homme considère que cette décision est contraire aux droits de l'homme dans la mesure où il y avait une ingérence de l'État grecque dans la vie familiale des intéressés. Bien que la Cour de cassation grecque poursuive le but légitime de protéger l'ordre public⁷⁴⁵, l'ingérence n'est pas considérée comme fondée sur des règles légales, mais sur des règles ecclésiastiques, ce qui n'est pas acceptable dans une société démocratique, « *les raisons d'ordre public invoquées ne répondent pas à un besoin social impérieux, qui, seul, pourrait justifier objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, une telle ingérence dans la vie privée du*

⁷⁴⁴ CEDH, 1^{ère} section, 28 novembre 2011, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*, n° 56759/08 ; P. KINSCH, Rev.crit. DIP, 2012, p. 817 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, *JDI*, 2012, p. 213 ; A. GOUTTENOIRE, *JCP*, 2010, p. 839.

⁷⁴⁵ N. HERVIEU, « Le contentieux de l'adoption en Grèce : préfiguration strasbourgeoise du contentieux français des conventions de mères porteuses ? (Cour EDH, 1e Sect. 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*), Limitation, au nom de la protection de l'ordre public national, des effets juridiques d'une adoption réalisée à l'étranger », *Combats pour les droits de l'homme (CPDH)*, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/05/05/le-contentieux-de-l-adoption-en-grece-prefiguration-strasbourgeoise-du-contentieux-francais-des-conventions-de-meres-porteuses-cour-edh-1e-sect-3-mai-2011-negrepontis-giannisis-c-grece/>

neveu requérant »⁷⁴⁶. Les règles classiques de droit international privé, que sont l'exception d'ordre public, le conflit de lois et la méthode de la reconnaissance sont mises à mal par les droits fondamentaux qui aspirent à s'appliquer directement sans considération pour les techniques internationalistes traditionnelles.

L'affirmation des droits fondamentaux éclipse les objectifs traditionnels du droit international privé, ce qui participerait au durcissement des relations internationales en créant parfois une opposition de modèles familiaux antinomiques.

Section 2. L'opposition de modèles familiaux en droit international privé

224. L'Europe travaille à l'extension des droits fondamentaux comme si elle cherchait à imposer un modèle hégémonique. Cette logique se distingue de la logique de conciliation classique du droit international privé (§1). La radicalisation de modèles juridiques opposés laisse craindre une détérioration préjudiciable des relations internationales (§2).

§1. La logique de conciliation classique du droit international privé modifiée au nom des droits fondamentaux

225. Les objectifs originaires de coordination des législations en matière familiale, portés par le droit international privé (A), s'effacent devant les droits fondamentaux (B).

A. Les objectifs de coordination originels du droit international privé

226. Objectifs originels. La comparaison des objectifs du droit international privé et des droits de l'homme fait ressortir l'éclipse de la souveraineté de l'État. Les objectifs originaires du droit international privé sont centrés sur la communauté

⁷⁴⁶ H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 359.

internationale, alors que les objectifs actuels sont centrés sur la personne. La deuxième moitié du XX^{ème} siècle a été propice au développement d'une réflexion sur les objectifs du droit international privé. Le Professeur Léna GANNAGE propose une étude à ce sujet publiée dans le Recueil des cours professés à *l'Académie de droit international*⁷⁴⁷. Cette étude est fondée sur les travaux du Professeur BATIFFOL dans son analyse *Aspect philosophiques du droit international privé* publié en 1956⁷⁴⁸ et détermine trois intérêts pris en charge par la matière. L'intérêt des personnes privées, qui nécessitent « *un traitement approprié de leur situation* »⁷⁴⁹ par l'application de la loi qui a les relations véritables avec leurs intérêts, est le premier objectif poursuivi par le droit international privé. L'intérêt de l'État du for est le deuxième intérêt pris en compte, ce qui signifie que le traitement de la relation juridique internationale doit être compatible avec la loi interne de l'État dans lequel elle se déroule, ainsi qu'avec sa tradition et ses valeurs juridiques et sociales. L'intérêt de la société internationale fait enfin partie de la réflexion, c'est-à-dire « *la dimension internationale de la situation* »⁷⁵⁰.

Il existe donc originairement une pluralité d'objectifs parmi lesquels l'intérêt de l'ordre étatique occupe une place centrale. L'origine nationale de la règle de droit international privé est préservée par le juge qui l'applique, ressortissant de l'État qui l'a instituée. Le Professeur BATTIFOL expose ainsi l'idée selon laquelle le droit international privé est un terrain suffisamment riche pour y démêler une hiérarchie de valeurs. L'intérêt des personnes privées était donc bien pris en compte, mais intégré à d'autres intérêts, car « *le droit international privé est la résultante du délicat équilibre que chaque Etat cherche à établir entre la prise en compte de la spécificité et la légitimité des relations privées internationales et la nécessaire défense de la cohésion de la société dont il a la charge* »⁷⁵¹. Désormais, les objectifs

⁷⁴⁷ L. GANNAGE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI*, tome 357, 2013, p. 360 et s.

⁷⁴⁸ H. BATTIFOL, *Aspect philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.

⁷⁴⁹ L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droits international privé de la famille », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, p. 233.

⁷⁵⁰ L. GANNAGE, *op. cit.*, p. 233.

⁷⁵¹ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 115-141.

de la matière sont modifiés, ils se centrent sur l'individu, qui devient le pivot de la société internationale, par la prééminence des droits fondamentaux.

B. Les objectifs rénovés du droit international privé

227. Primauté des droits individuels consacrée. Les droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme en particulier, modifient ce rapport personne - État - société internationale, puisqu'ils peuvent paralyser la mise en œuvre de la règle de droit international privé, par la modification de l'ordre public et par l'éviction de la règle de conflit de lois. L'intérêt de l'État du for est minoré dans ce nouveau rapport juridique. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, deux parties sont au procès : l'État, représenté par son Gouvernement et le ressortissant de cet État dont les intérêts sont lésés. La légitimité de la loi est mise en cause puisqu'un particulier peut la traduire devant la justice européenne. Elle est défendue par un Gouvernement qui n'est peut-être pas l'auteur de la loi en cause et qui pourrait la défendre sans conviction du fait de sa coloration politique. Cette image traduit une certaine dépréciation de l'État au profit de l'individu. La Cour européenne des droits de l'homme se concentre sur la personne et la collectivité⁷⁵², alors que le droit international privé poursuivait trois objectifs qui étaient la conciliation des intérêts des parties, de l'État du for et de la collectivité.

Lorsque les règles de droit international privé sont utilisées pour forcer la reconnaissance du mariage homosexuel, « *les règles de droit international privé sont à cette occasion moins perçues comme un instrument de coordination des systèmes que comme un instrument de politique juridique* »⁷⁵³. Ce phénomène marque une évolution du rôle du droit international privé, « *très caractéristique des mouvements récents qui traversent la matière. Au-delà, la discipline se révèle ainsi l'outil promotionnel –à tous les sens du terme- d'une volonté législative, et entre de plain-*

⁷⁵² F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse sous la direction du Professeur J.-P. MARGUENAUD, Bruylant, 2007, p. 17.

⁷⁵³ D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Mélanges en l'Honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, tiré à part, I, n° 8.

ped dans le champ politique avec une résonance plus forte qu'elle n'en avait jamais connue »⁷⁵⁴. Si certains s'inquiètent de l'évolution utilitariste du droit international privé et du droit de la famille⁷⁵⁵, d'autres sont plus optimistes. Le Professeur Horatia MUIR WATT considère qu'il peut exister une « *confluence* » entre les deux matières impliquant un « *repositionnement du droit international privé* » et « *la reconstruction des axes théoriques de la matière* »⁷⁵⁶, d'autres sont plus soucieux de l'avenir et considèrent que « *toute l'équivoque du libéralisme individualiste est précisément d'avoir cru que la protection d'un chacun suffirait à organiser la vie en commun, alors qu'un faisceau de droits subjectifs ne saurait atteindre ce but, méconnaissant le problème premier qui est celui de la vie en commun* »⁷⁵⁷. L'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme vient encore renforcer la vigueur de ce phénomène⁷⁵⁸. Il arrive que la Cour européenne des droits de l'homme applique la Convention à des États qui ne l'ont pas ratifiée, alors qu'en droit international privé classique, le rôle du juge du for n'est pas de sanctionner un État étranger qui ne respecterait pas les règles conventionnelles qui s'imposent à lui, mais de veiller à ce qu'une norme étrangère insérée en droit interne ne contrevienne pas au droit de l'ordre auquel il appartient.

228. Arrêt *Pistre*. L'arrêt *Pistre*⁷⁵⁹ rendu par la Cour de cassation le 31 janvier 1990 illustre, en nuance, ce propos. En l'espèce, un enfant brésilien avait été le sujet

⁷⁵⁴ D. BUREAU, *op. cit.*, n° 39.

⁷⁵⁵ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 441.

⁷⁵⁶ H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence, Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Dalloz, 2012, p. 471.

⁷⁵⁷ H. BATIFFOL, « Les critères du droit international privé », in *Festschrift für Gerhard Kegel, Alfred Metzner Verlag GmbH, Franckfurt Am Main*, 1977, p. 16.

⁷⁵⁸ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain », *Les Cahiers de droit*, Volume 53, numéro 2, juin 2012, p. 419-445 : « *Des affaires de plus en plus nombreuses mettent en cause l'application extraterritoriale de la Convention qui (...) ne peut intervenir que dans des circonstances exceptionnelles* » ; S. KARRAGIANNIS, « Le territoire d'application de la Convention européenne de droits de l'homme, *vaetera et nova* », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 61, 2005, p. 86 et s.

⁷⁵⁹ Civ. 1, 31 janvier 1990, n° 87-18.955 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, n° 67-69 ; JCP 1991. II. 21635, note H. MUIR WATT ; D., 1991. Jur. 105, note F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 1990. 519, note E.

d'une adoption simple par un couple français qui espérait obtenir une adoption plénière devant leurs tribunaux nationaux. Les parents demandeurs à l'action n'avaient pas obtenu de la Cour d'appel de Toulouse l'adoption plénière qu'ils sollicitaient, et leur pourvoi avait été rejeté par la Cour de cassation qui avait considéré que « *si le contenu même du consentement - savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière - doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti, il reste que, en l'espèce, les juges du fond relèvent que le consentement à l'adoption a été spécialement donné par l'autorité brésilienne compétente en vue d'une adoption simple* ». La Cour énonce que les dispositions de la loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant, en forme plénière, par un étranger ne résidant pas au Brésil ne sont contraires, ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne, ni à celles du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques. L'arrêt consacre alors l'application extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme. Les droits de l'homme, ici invoqués, vont dans le sens du respect de la solution brésilienne, mais il aurait pu en être autrement. Le recours à la Convention européenne des droits de l'homme est naturel dans la mesure où ce texte fait partie du droit national. Pourtant, appliqué tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme à des États qui ne l'ont pas ratifié, les solutions juridiques retenues peuvent tendre à créer des conflits systémiques entre les ordres juridiques.

Les nouveaux objectifs du droit international privé placent l'individu au centre du rapport juridique, en privilégiant ses droits individuels, parfois au détriment de la loi nationale⁷⁶⁰. Cette méthode donne lieu à une radicalisation préoccupante des modèles juridiques.

POISSON-DROCOURT ; *Defr.*, 1990, art. 34826, n° 92, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 1990. 263, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁷⁶⁰ H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 591, spéc. p. 605.

§2. La radicalisation des modèles juridiques

229. Le changement de logique opéré par la modification des objectifs classiques du droit international privé conduit à une affirmation des divisions existantes entre les systèmes juridiques. Le modèle familial européen affirme une libéralisation propre à la logique de marché (A) donnant lieu à un risque de repli de la culture familiale européenne (B).

A. Une notion de famille européenne dominée par la logique de marché

230. **La logique de marché.** « Antérieurement, pendant des millénaires, l'idée de base a été que la famille est un groupe. Selon le temps, l'idée de groupe a varié dans ses contours, les places attribuées et les pouvoirs conférés aux différents membres, mais l'idée de groupe était acquise. (...) À partir des années 1970, la famille devient le projet élaboré par une personne libre et autonome. Ce projet conçu par une personne désirant construire la famille qui lui convient se concrétise par la rencontre que l'individu fait d'autres individus dont le projet de famille croise le sien »⁷⁶¹. Il naît de cette nouvelle dynamique des familles à la structure adaptable, ajustée grâce à l'outil contractuel. Tous les projets de famille deviennent légitimes tant qu'ils sont désirés. La base de cet agencement est l'affection et il se coordonne autour de l'enfant. Cette nouvelle structure est dominée par l'idée de marché⁷⁶².

La famille a changé de modèle en passant du groupe à la réalisation du projet d'un individu. « La famille devient un espace de liberté dans lequel des projets individuels s'ajustent. De la même façon que dans la théorie moderne de l'application de la loi dans le temps, Roubier affirma que la loi nouvelle est par nature meilleure que la loi ancienne, l'on pose que la famille nouvelle est meilleure que la famille de l'Ancien temps, puisqu'elle est adaptée à son temps »⁷⁶³. Le contrat est l'instrument qui permet à la famille de perdurer malgré les épreuves de

⁷⁶¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, p. 249.

⁷⁶² *Loc. cit.* L'auteur énonce que « l'idée de marché a triomphé ».

⁷⁶³ *Op. cit.*, p. 250.

composition et de décomposition impliquées par la nature changeante des sentiments. La crainte d'une régression plus que d'un progrès subsiste tant la dynamique de cette nouvelle famille -volonté, liberté, consentement, contrat, pouvoir d'achat- correspond à celle du marché. En effet, le marché de la famille ouvre de nouvelles perspectives entrepreneuriales : site de rencontre, cliniques de procréation, agents intermédiaires, banque d'ovocytes, médiation familiale, *etc...*

L'individu peut construire un projet de famille, seul (adoption par les célibataires, progression de la PMA et de la GPA légalement ou illégalement) ou en couple, décider du calendrier de la famille par la contraception, l'interruption volontaire de grossesse et peut-être la congélation d'ovocytes, décomposer et recomposer une famille qui ne serait pas satisfaisante ou épanouissante (désunion facilitée et recombinaison familiale). Ainsi, « *le marché est un modèle autorégulé dans lequel la satisfaction des désirs individuels des personnes qui élaborent des projets, grâce à la rencontre de l'offre et de la demande, grâce à l'instrument neutre et préalable du contrat, produit du bien-être général* »⁷⁶⁴. Cette théorie est d'ailleurs soutenue par Gary Stanley Becker dès 1964 et lui vaudra un Prix Nobel en 1992⁷⁶⁵. Il a démontré l'adéquation entre l'analyse économique et la famille, notamment le mariage. Chaque individu a donc le droit de s'épanouir et de se réaliser dans la famille de son choix, au nom des principes de liberté de la vie privée et de la vie familiale. La force de persuasion du marché de la famille nouvelle est d'avoir remplacé les garde-fous de l'État et de l'ordre public par ceux de la volonté et de la liberté au nom de l'affection. L'offre est donc libre de rencontrer la demande au nom, non pas de l'argent et de ses rapports de force, mais de l'amour et du droit à la vie familiale. Ainsi, « *la famille nouvelle est le triomphe absolu du marché* »⁷⁶⁶.

231. Les risques de la logique de marché. Le droit à l'autodétermination et la libéralisation des mœurs « *qui emporte(nt) la société occidentale creuse(nt) toujours plus le fossé entre les civilisations et met en présence deux intégrismes juridiques,*

⁷⁶⁴ *Op. cit.*, p. 263.

⁷⁶⁵ G. S. BECKER, *Le capital humain, une analyse théorique et empirique*, Encyclopedia universalis, 1964.

⁷⁶⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 265.

celui des droits de l'homme porté à l'incandescence et mis au service d'un individualisme, fort éloigné d'un véritable humanisme, et celui des droits religieux enfermés dans leurs certitudes révélées »⁷⁶⁷. Le droit de l'Union européenne, qui a inscrit progressivement le domaine familial dans la sphère du marché commun, participe activement de l'affirmation de ces différences culturelles⁷⁶⁸. La conséquence la plus sombre de cette intensification des rapports internationaux et de la mondialisation est l'imprégnation de la famille par la logique de marché et la « *rationalité mercantile* »⁷⁶⁹. Insémination *post mortem* en Angleterre, avortement en Belgique, insémination artificielle aux Pays-Bas, « *la dilution des frontières incite à l'expérimentation la plus diverse ; l'Union européenne n'a-t-elle pas été qualifiée de laboratoire de la mondialisation* »⁷⁷⁰. Dans le domaine de la famille, la logique de marché des droits nationaux pose problème. L'internationalisation des droits de l'homme prône une universalité des droits revendiqués par le modèle européen. La coexistence pacifique des modèles familiaux est de plus en plus difficile.

Les droits fondamentaux sont une sorte de communauté de valeurs qui impose un discours identique sur la famille et son caractère à la fois pluraliste, volontariste, pédocentrique, égalitaire et sociologique. « *Les repères traditionnels de l'internationaliste, comme les outils méthodologiques qui permettaient jusqu'ici de résoudre les conflits de lois, cèdent la place à une nouvelle vision, dichotomique, de ces derniers, qui n'est en réalité que l'effet induit de mouvements qui le dépassent tenant à la désagrégation du droit privé de la famille et des transformations affectant*

⁷⁶⁷ Y. LEQUETTE, « De la « proximité » au « fait accompli » », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 486. Le Professeur LEQUETTE cite René Grousset qui précise que « *d'effroyables décalages chronologiques séparent (les peuples). ...Ce décalage chronologique constitue pour l'humanité le plus grave péril. La plupart de nos malheurs viennent de ce que les peuples, ne vivant pas à la même époque, n'obéissent ni à la même logique, ni à la même morale (...). Des peuples séparés par des abîmes psychologiques et culturels doivent vivre en étroite symbiose, cohabiter dans une maison commune aux parois soudain resserrées, aux cloisons abattues* » R. GROUSSET, *Bilan de l'histoire*, Desclée de Brouwer, 1992, p. 114-115.

⁷⁶⁸ H. FULCHIRON, « La famille face à la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 479 et spéc. P. 480 ; H. MUIR-WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Archives de Philosophie du droit*, Dalloz, 2001, t. 45, p. 271 et s. ; H. GAUDEMET-TALLON, « Individualisme et mondialisation : aspects du droit international privé de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. VAN LOON*, Intersentia, 2013, p. 181 et s.

⁷⁶⁹ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 271 et s.

⁷⁷⁰ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 271 et s.

les assises mêmes des ordres juridiques »⁷⁷¹. Il s'agit d'une modification profonde des structures anthropologiques de base de la famille. Coexistent désormais un espace où s'affrontent des modèles familiaux, l'un « *suridéologisé(s), qui donne prise à la résurgence d'un raisonnement méta-conflictuel, et un autre, régional, fédéré par une communauté de valeurs, au sein duquel les divergences sont certes aplanies au moyen d'instruments de coordination plus pacifiques, que guette l'asservissement à des finalités purement économiques* »⁷⁷². La doctrine affirme que le droit international privé, ainsi partagé entre « *affrontement et instrumentalisation (...) n'a pas su, pour l'heure, relever le défi de la mondialisation* ». Dans ce mouvement, la notion de famille doit être assez forte pour s'opposer à la « *déshumanisation induite par le mercantilisme ambiant et son indifférence pour la personne* »⁷⁷³, car le marché ne se soucie guère de la personne. Étant donné le jeu de la concurrence et la difficulté des pays européens d'interdire des pratiques sur leur propre territoire, il semble que le défi de la mondialisation ne soit pas relevé. Pourtant, couper court à la logique de marchandisation du corps humain en évitant le marché de l'enfant pourrait être un secours apporté à la déliquescence de la notion de famille en tant que groupe, encore faudrait-il admettre que la marchandisation du corps humain soit un abaissement de la civilisation. Cette logique alimente en tous cas le risque de repli sur elle-même de la culture familiale européenne.

B. Le risque de repli sur elle-même de la culture familiale européenne

232. Le risque du repli culturel européen. Le repli culturel est généré par l'internationalisation des droits de l'homme qui cherchent eux-mêmes à combattre le déterminisme des rôles soit-disant généré par la famille traditionnelle, monolithique et patriarcale. Cette notion de famille modernisée, fondée sur les *droits à*, est sensée garantir, à la fois et malgré les antagonismes, la solidarité et l'individualisme, la fondamentalité du lien de la famille et le pluralisme des situations juridiques, la permanence et l'ouverture, la stabilité et la liberté. Ce modèle européen crée une

⁷⁷¹ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 271 et s.

⁷⁷² H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 271 et s.

⁷⁷³ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 271 et s.

sorte d'idéal de la notion de famille européenne qui est imaginaire, à côté de la réalité. Les symboles et les mythes de la notion de famille européenne sont réorientés vers l'individu tout puissant qui peut moduler sa famille au gré de sa volonté pour répondre à sa quête de bonheur par l'épanouissement de la cellule familiale de son choix⁷⁷⁴.

Ce modèle conduit à une idéalisation de la famille et des enfants comme moyen d'épanouissement personnel. Ainsi, « *surridéologisée, la symbolique européenne de la famille, fondée sur la liberté et l'égalité, se heurte aujourd'hui au modèle patriarcal et contraignant de l'Islam, qu'elle condamne dans des termes qui raidissent au fur et à mesure que s'accroît l'immigration musulmane, tandis qu'en écho, les jurisprudences des différents pays du Proche-Orient semblent renvoyer à une fermeture semblable* »⁷⁷⁵. À la lumière du droit international privé de la famille, la notion de famille semble donc menacée à la fois par une logique de marché et par une idéologisation extrême.

Ce repli est en partie le fait de la logique des droits fondamentaux, qui diffère de celle du droit international privé. Les droits fondamentaux aspirent à l'universalité, alors que le droit international privé aspire à la cohésion des systèmes juridiques. Cette aspiration à l'universalité étouffe l'esprit de coordination du droit international privé, ce qui se traduit par le rejet de ses méthodes traditionnelles. « *Érigés en catégorie juridique autonome aux contours incertains et aux effets radicaux, ces droits fondamentaux bouleversent les modes de raisonnement habituels en droit international privé, notamment parce qu'ils aspirent à l'universalité et poursuivent, eux aussi, l'harmonie substantielle* »⁷⁷⁶. Pourtant, entre des civilisations différentes, la coordination des systèmes juridiques dépend de la capacité à préserver le droit international privé du relativisme culturel. La gestion du statut personnel entre pays de tradition islamique et pays d'Europe occidentale en est un exemple

⁷⁷⁴ Sur le rôle des symboles et des mythes dans la parenté, voir D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté, Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *La mutation de la famille*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, p. 37.

⁷⁷⁵ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 271 et s.

⁷⁷⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, vol. 52, n°4, oct.-déc.2000, p. 798.

marquant. La coordination est remplacée par le rapport de force. Dans les pays musulmans, le droit est dicté par le Coran et la tradition prophétique, considérés comme étant la volonté divine. « *L'évolution du droit de la famille dans les pays occidentaux va dans un sens si éloigné de celle de ces pays que l'ordre public est de plus en plus sollicité, en raison de la difficulté pour tout système laïc d'admettre l'emprise de la religion sur le droit, surtout lorsqu'il en résulte une restriction des droits et libertés de la personne* »⁷⁷⁷, ainsi le fossé entre Europe et pays musulmans se creuse. Le modèle européen fondé sur les droits fondamentaux conduit à une limitation des interactions entre systèmes juridiques, ce qui, outre la difficulté des oppositions diplomatiques et culturelles, pose le problème du relativisme des valeurs.

233. Famille musulmane. Le modèle familial musulman traditionnel est très répandu en Égypte, en Jordanie, en Algérie, en Iran et dans d'autres pays et se distingue radicalement du modèle européen⁷⁷⁸. Ce modèle est inspiré de prescriptions religieuses issues du Coran ou de la *Sunna* ; les règles relatives au statut personnel sont directement liées à la révélation religieuse. Le législateur est donc le garant de la famille et sa privatisation est impossible. Il n'existe dans le monde musulman qu'un modèle de famille, légitime, patriarcale et inégalitaire. Les intérêts du groupe priment sur les intérêts individuels des membres, conformément à une vision holiste de la famille. Elle est une valeur centrale de la société, le lieu de la perpétuation de l'espèce humaine et les enfants sont un bien, qui interdit la régulation des naissances. L'homme et la femme n'ont pas les mêmes pouvoirs dans le mariage ni à la dissolution de celui-ci, ce que confirme le droit des différents pays du Proche-Orient. Le Roi du Maroc a par exemple rappelé, lors de la présentation de la Réforme du Code civil marocain, qu'il ne pouvait en sa qualité de « *commandeur des croyants autoriser ce que Dieu a interdit ni interdire ce que Dieu a autorisé* »⁷⁷⁹. La Tunisie,

⁷⁷⁷ *Loc. cit.*

⁷⁷⁸ « *Dans les pays du pourtour oriental de la Méditerranée, le statut de la famille demeure régi par les droits religieux : droit musulman, droit hébraïque, droits des communautés chrétiennes, toujours en vigueur dans les Etats du Proche-Orient* ». P. GANNAGÉ, « Aperçu comparatif : les pays du pourtour méditerranéen », *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), Economica, 2001, p. 247.

⁷⁷⁹ L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2013, p. 457, n° 302.

suite à un réexamen des méthodes d'interprétation du droit musulman⁷⁸⁰, offre quant à elle un exemple de plus grande conciliation entre religion et droits de l'homme, mais le phénomène religieux reste prégnant.

Cet ordre public musulman est très exigeant lorsqu'il s'agit d'apprécier le droit d'un autre pays musulman. « *Dans les rapports entre musulmans et non-musulmans, et plus particulièrement en droit de la famille, il ne laisse aucune place aux valeurs occidentales* »⁷⁸¹. Le Professeur Pierre GANNAGÉ précise que « *les droits religieux en vigueur dans les États du Proche-Orient mettent en relief la force des traditions des sociétés toujours attachées à la protection du mariage et de la famille légitime, alors que les droits fondamentaux se trouvent marqués par les conceptions individualistes centrées sur la liberté et l'égalité des personnes. Ces divergences étendent de part et d'autre le domaine de l'ordre public* »⁷⁸². L'ordre public est toujours invoqué pour rejeter les lois étrangères qui autorisent le transsexualisme, améliorent la condition de l'enfant adultérin, ou encore pour refuser le mariage des femmes musulmanes avec des non-musulmans ou à des non-musulmans de venir à la succession des musulmans. La même technique de l'exception d'ordre public a donc pu servir des conceptions opposées dans le monde occidental et le monde musulman, dans ces domaines où les traditions et les croyances sont importantes.

234. Radicalisation des modèles familiaux. Les notions de famille européenne et musulmane diffèrent et augmentent la distance qui sépare les civilisations. Dans cet écart infranchissable, le nouvel ordre familial cherche alors à s'imposer de façon unilatéraliste et impérative afin de défendre un statut de droit substantiel de la famille. Il traduit une « *conception offensive qui s'élabore progressivement du modèle familial issu des droits fondamentaux. Ce modèle est bien un « droit contre... » les discours déviants* »⁷⁸³ puisque le seul contact avec un ressortissant de ce milieu européen déclenche une protection du statut devant toutes les autorités

⁷⁸⁰ L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 474, n° 327.

⁷⁸¹ P. GANNAGÉ, « Regards sur le droit international privé des États du Proche-Orient », *RIDC*, 2000, p. 421.

⁷⁸² P. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 427.

⁷⁸³ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 279.

nationales de ce dernier. La nouvelle pensée de la famille semble considérer toute limitation de son étendue libertaire ou égalitariste comme un attentat à l'essence de l'homme ou à la domination européenne, les deux étant intrinsèquement liées. L'extension de l'exception d'ordre public de part et d'autre du planisphère traduit cette radicalisation des modèles opposés. Le droit international privé est ainsi « *pris en otage entre la désarticulation de l'espace mondial (...) et la désagrégation du droit privé interne de la famille, que les droits fondamentaux transforment en une série de créances contre l'État, et qui l'oblige à s'exprimer sur un mode offensif, négateur de la diversité qui constituait pourtant sa raison d'être* »⁷⁸⁴. Le droit international privé de la famille démontre à quel point la notion de famille a été enfermée dans un système de valeurs, dont il faut craindre la relativité.

Le droit de l'Union européenne participe de ce phénomène lorsqu'il légifère trop avant en matière familiale. En effet, la famille « *présente d'indéfectibles liens avec le droit interne de la famille, lui-même profondément marqué par l'histoire, la religion, les mœurs propres à chaque pays. La dimension culturelle est si essentielle qu'il ne pourrait y être porté atteinte (...) sans affecter gravement l'attachement des citoyens à leurs racines et à leurs traditions et nourrir un sentiment de rejet vis-à-vis d'une Europe excessivement intégrationniste, et souffrant d'un sérieux déficit démocratique* »⁷⁸⁵. La radicalisation interviendrait donc entre les systèmes juridiques internationaux et à l'intérieur de notre propre système juridique.

235. Incidence des droits fondamentaux. Il existe, face à ces différences, un risque de repli relativiste qui consiste à considérer que toutes les cultures se valent et qu'aucun modèle n'est supérieur à l'autre. Cette vision est proprement une négation du caractère universel des droits de l'homme et justifie des abus de tous ordres : excès d'individualisme, excès d'autoritarisme. La Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam du 5 août 1990⁷⁸⁶, établie sous l'égide de la Conférence

⁷⁸⁴ H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 284.

⁷⁸⁵ I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G.*, n° 5, 3 fév. 2014, p. 120.

⁷⁸⁶ La Charte africaine affirme dans son Préambule la nécessité de prendre en compte la spécificité des États africains, de l'homme et des peuples de ce continent. La Charte africaine insiste notamment sur la place de la famille, « *élément naturel et base de la société* », et sur les devoirs en plus des

islamique, règne sur le monde musulman alors que la Convention européenne des droits de l'homme règne sur l'Europe laïcisée. Les droits de l'homme, tels qu'interprétés par les institutions et les Cours européennes, érigent des frontières entre les continents. Le relativisme culturel est une thèse portée par les anthropologues et les ethnologues à partir des années cinquante, dont le plus connu est Claude LEVY-STRAUSS. Son étude « *Race et histoire* » a été utilisée par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) créée en 1952, dont l'objectif est de lutter contre le racisme à travers le monde, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. La thèse du relativisme culturel est une critique de la culture occidentale, qui se perçoit comme la perfection de la civilisation. Le cloisonnement des cultures juridiques se renforce en l'absence de recherche réelle de dénominateur culturel commun et s'approfondit à chaque fois qu'un juge tranche sans « *critère objectif, pour décider seul du sens, selon sa propre subjectivité* »⁷⁸⁷. Cette démarche légitime l'immobilisme de certains pays pour lesquels l'identité culturelle soutient le bienfondé des prescriptions religieuses.

L'idée de la création d'un droit mondial, écho à l'idéal kantien de paix perpétuelle, fondé sur la globalisation des rapports économiques et des droits de l'homme, bien que pensée à maintes reprises⁷⁸⁸ reste encore illusoire. Le fossé culturel entre les cultures juridiques sur le thème du statut personnel est éloquent. Il offre à réfléchir sur la direction prise par les droits de l'homme européens.

droits, de l'homme. La Charte arabe montre son attachement à la conception religieuse du droit en faisant allusion à la grandeur de la Nation arabe et de son « *grand rôle dans la diffusion des sciences en Orient et en Occident* ». Les mécanismes de contrôle, « *véritable test de la volonté politique des Etats* » (M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 35, §3), sont également différents.

⁷⁸⁷ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 88, §1.

⁷⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

236. Modèle européen imposé. Des difficultés techniques persistent dans l'affirmation d'un statut européen de la famille au nom des droits de l'homme. Ce modèle européen s'impose sur l'autel de certaines règles du droit international privé de la famille. La transformation de l'exception d'ordre public, de la règle de conflit de loi et de la méthode de la reconnaissance tend à assurer la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux de la famille. Ceux-ci sont affirmés au détriment de l'effort habituel de la matière à la coordination des systèmes juridiques et des valeurs. La radicalisation du système juridique européen participe, parallèlement, à la radicalisation du modèle juridique musulman qui refuse les principes européens et plus encore la volonté d'affirmation hégémonique de l'Union européenne. L'affirmation des droits fondamentaux participe de l'opposition des modèles familiaux devenus inconciliables et plus que la notion de famille, ce rapport de force oppose les civilisations. Ce n'est plus véritablement le souci de reconnaître à l'homme des droits irréductibles qui importe, mais celui d'imposer un modèle de vie, de droit, de marché. Le problème ne s'arrête pas à la sphère du juridique, mais devient politique et stratégique. Le modèle européen s'oppose aux autres modèles en voulant imposer des valeurs familiales au nom de son interprétation des droits fondamentaux.

CONCLUSION DU TITRE 1

237. Notion dépassée. L'harmonisation de la notion de famille en droit international privé est délicate, au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe et avec les autres systèmes juridiques. En interne, la famille n'est jamais définie, mais elle est progressivement modifiée, élargie, dilatée au nom des droits fondamentaux. Ainsi, des situations familiales s'imposent dans certains États de l'Union européenne au nom de la citoyenneté européenne et de la continuité du statut personnel du citoyen européen ou de la résidence dans un État membre. La logique de marché imprègne le domaine familial. L'Union européenne est au service de cette logique de marchandisation de la famille et de libre concurrence des législations des États de l'Union européenne. Les droits fondamentaux sont un outil de cette harmonisation des législations. En tant que tels, ils constituent bien un « *irritant juridique* »⁷⁸⁹ en Europe, mais également en dehors de l'Europe où l'ordre public familial est plus directionnel. Les logiques juridiques s'opposent et la radicalisation des modèles familiaux conduit à une opposition des modèles de civilisation et à une dégradation des relations internationales, dont la coordination des cultures devient de plus en plus difficile.

Cette opposition internationale incite à prendre conscience de la spécificité de la famille européenne. Jamais définie, elle existe pourtant, s'impose et transforme les relations internationales. Ce phénomène incite à s'interroger sur les risques de l'absence de définition de la notion de famille. Des transformations profondes et peut-être irréversibles s'imposent en droit sans n'être jamais juridiquement qualifiées. Le flou entretenu sur cette notion a l'avantage de permettre des modifications en profondeur, mais les institutions qui en sont à l'origine pourront-elles en assumer la responsabilité ? L'avenir de la notion juridique de famille mérite

⁷⁸⁹ H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », in. *Le droit entre Tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Dalloz, 2012, p. 459.

un débat public et au moins une tentative de définition. La modélisation du groupe familial par des aménagements jurisprudentiels progressifs produit des effets considérables que le droit doit saisir et qualifier pour les rendre compréhensibles par le plus grand nombre. La famille telle que transformée par les droits fondamentaux conduit à faire de la personne humaine un produit, ce qui a déjà des conséquences irréversibles. Le droit doit offrir des réponses claires. La redéfinition de la famille, travaillée par ces transformations, s'impose.

TITRE 2

LA REDÉFINITION NÉCESSAIRE DE LA FAMILLE

238. Clarification. La clarification de la notion de famille est une entreprise nécessaire. Le terme famille est passé en quelques décennies du singulier au pluriel, non sans difficulté, mais ce phénomène est devenu banal. Parler des familles et non plus de la famille, pour en admettre toute la diversité, au nom de la liberté et de l'égalité, est devenu ordinaire. Cette banalisation ne doit pas éclipser les sacrifices consentis pour y parvenir, notamment par les enfants, premières victimes de la fragilisation des familles. En matière de vie familiale, les adultes ont conquis une liberté quasi "sans limites", dont même les interdictions légales peuvent être contournées. Le Conseil d'État en a donné un exemple récent, dans un arrêt du 31 mai 2016⁷⁹⁰ par lequel il autorise une clinique française à expédier en Espagne les gamètes d'un homme défunt, afin que sa veuve, à qui il a donné son consentement avant de mourir, puisse procéder à une insémination artificielle après son décès, en dépit de la loi française, qui interdit purement et simplement la procréation médicalement assistée *post mortem*. Ce mouvement de fracture, de dépassement des limites par les juridictions elles-mêmes, confirmé par divers domaines du droit de la famille doit être jugulé.

Des voies, favorables à la régulation des conduites, sont ouvertes, comme la révision des méthodes d'élaboration du droit. Les moyens d'ores et déjà disponibles pour clarifier la notion de famille sont les outils doctrinaux produits depuis des décennies prévenant contre les dérives d'une trop grande libéralisation des droits au

⁷⁹⁰ CE, 31 mai 2016, n° 396848 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398 ; H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472 ; « Droits subjectifs contre interdit législatif », P. DELVOLVE, *RFDA* 2016, p. 754 ; « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », B. HAFTEL, *D.*, 2016, p. 1477.

sein de la famille. La question est simple, dans le domaine de la vie familiale, plus encore qu'ailleurs, la liberté de nouer des relations ne doit-elle pas être clairement attachée aux devoirs impliqués par ces mêmes relations ? Le Conseil constitutionnel s'est positionné de façon pédagogique, en réservant ses interprétations face aux questions renvoyant à l'architecture familiale, prouvant ainsi la limite entre les certitudes du droit et les questionnements anthropologiques. Cette prudence institutionnelle, qui est un aveu de maîtrise, peut donner d'éclairantes lignes directrices en matière d'ordre public familial (Chapitre 1).

Ensuite, la redéfinition de la notion de famille doit se faire grâce à la régulation des méthodes des Cours européennes. Une limite au processus d'expansion continu de création des droits de l'homme, dérivés de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être définie. Cette modération est sensée déjà exister, mais elle est insuffisante, en l'état. Elle doit être améliorée par une hiérarchisation des droits fondamentaux reconnus aux individus, dans le but de faire prévaloir l'intérêt réel des enfants. L'impératif de protection des enfants doit également pouvoir justifier certaines ingérences aux droits fondamentaux des adultes. Dans des domaines où il est impossible de prouver, par des démonstrations de droit positif, que ce qui est autorisé l'est réellement au profit de l'enfant, un principe de précaution devrait prévaloir et empêcher des pratiques dont les conséquences sur la personne humaine sont encore inconnues (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA RÉVISION DES MÉTHODES D'ÉLABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE

239. Pistes de réflexion. Une multitude de situations juridiques familiales sont appelées "famille(s)", uniformisées sous un même vocable, décliné au pluriel. Pourtant, la lente évolution vers cet « *uninominalisme législatif* »⁷⁹¹ ne s'est pas faite sans réserve. Le cheminement conduisant le législateur à préférer éviter d'imposer un ordre public familial est encore discuté. L'égalisation et l'uniformisation des types de familles ont été encouragées par la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg, mais la transformation du droit interne, relayée par le législateur et le Conseil constitutionnel, n'a pas été immédiate en tous points. Le processus d'abandon de la méthode historique d'interprétation du droit pour l'adoption de la méthode sociologique de fabrication du droit, et l'ouverture au pluralisme juridique ont été progressifs et critiqués⁷⁹².

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a, par ses décisions, laissé entendre l'idée selon laquelle faire coïncider systématiquement la norme et les revendications individuelles n'offrirait pas une argumentation suffisamment motivée en droit, sans s'être pour autant opposé au pluralisme familial⁷⁹³. Le Conseil rappelle fréquemment, lorsqu'une question liée à la famille lui est posée, qu'en vertu du

⁷⁹¹ Terme inspiré du mot utilisé par le Professeur Y. LEQUETTE, « Observations sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », *Etudes offertes à Geneviève VINEY, Liber Amicorum*, LGDJ, 2008, p. 647.

⁷⁹² « *L'argument sociologique est un « présent » qui tire sa force de son lien avec l'environnement actuel, mais un présent dont les sources, difficiles à mettre en œuvre, sont éphémères et d'une fiabilité que les sociologues eux-mêmes mettent parfois en doute. L'historien du droit, même s'il est parfois amené à mettre en doute la fiabilité des sources qu'il utilise, n'a pas le même problème. Ses sources sont essentiellement juridiques et pérennes, même si elles sont soumises aux aléas de la conservation* ». A., LEFEBVRE-TEILLARD, « Argument historique et argument sociologique », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 61.

⁷⁹³ Le Conseil constitutionnel n'est pas opposé par principe à la libéralisation de la famille puisqu'il a refusé de considérer la loi d'ouverture du mariage aux couples de même sexe non conforme à un PFRLR qu'il n'a pas reconnu, concernant l'altérité sexuelle dans le mariage.

principe de séparation des pouvoirs, il n'est pas compétent pour trancher d'une question de société à la place du législateur, et ce malgré l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité⁷⁹⁴. Il souligne ainsi l'importance du débat juridique et métajuridique⁷⁹⁵ en matière familiale. En effet, la consécration du pluralisme juridique est très discutée et ne va pas de soi (section 1). La vision du Conseil constitutionnel face aux évolutions revendiquées offre un exemple de tempérance dans la consécration des évolutions et rappelle que les questions en matière familiales ne sont pas nécessairement des questions juridiques (section 2).

Section 1. Un choix discuté des méthodes d'élaboration du droit

240. La matière familiale a pris le parti d'évoluer au rythme des évolutions sociologiques en prenant acte de l'évolution des mœurs. L'interdit est devenu autorisé tant il était répandu et banalisé. L'évolution de la matière familiale est donc le fait du rôle majeur accordé par le législateur à la sociologie juridique (§1) et au pluralisme juridique (§2).

§1. Le rôle majeur accordé à la sociologie juridique

241. Cette science humaine présente un intérêt certain (A), mais n'est pas sans danger (B).

A. L'intérêt certain de la sociologie juridique

242. Sociologie juridique. La sociologie juridique est une « *branche de la sociologie générale qui a pour objet une variété de phénomènes sociaux : les*

⁷⁹⁴ F. RIGAUX, M.-F. RIGAUX, « La famille devant le juge constitutionnel et le juge international », *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques VELU*, Bruylant, 1992, p. 1711 ; J. BOULOUIS, « Famille et droit constitutionnel », *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 147.

⁷⁹⁵ Métajuridique signifie "au-delà" du juridique, le dépassement du débat positiviste pur, pour puiser dans d'autres sciences humaines les éléments de réflexion.

phénomènes juridiques ou phénomènes de droit »⁷⁹⁶. La sociologie juridique s'intéresse aux comportements sociaux, les observe à travers la durée et produit des statistiques sur les comportements observés⁷⁹⁷. Ces phénomènes sont divers et concernent par exemple le taux de divorce selon les milieux (citadins ou ruraux), le nombre de familles nées en dehors du mariage, le nombre de familles homosexuelles, de couples vivants en concubinage, le taux de séparation en mariage et en union libre, le nombre d'enfants conçus par un couple en violation de l'obligation de fidélité du mariage, le taux d'effectivité ou de l'ineffectivité d'une loi, *etc...* L'observation sociologique des phénomènes juridiques était originellement menée pour mieux légiférer, en adaptant la loi aux problèmes réels de la société.

La sociologie juridique de la famille⁷⁹⁸ est une branche importante de la sociologie juridique, ce qui s'explique par l'importance des phénomènes familiaux et de leur contenu à la fois juridique, moral, biologique et psychologique ; elle intéresse donc à la fois les juristes et les sociologues. Les Professeurs ATIAS et CARBONNIER s'y sont notamment intéressés, soit pour encourager son développement, soit pour mettre en garde contre les risques d'une utilisation disproportionnée de cette science humaine. La sociologie juridique est devenue progressivement une nouvelle façon de légiférer. C'est ainsi que les cas d'ouverture de procédures de divorce ont été constamment élargis puisque le nombre de divorces a augmenté, ou qu'un statut juridique a été reconnu à la famille naturelle puisque la conception d'enfants hors mariage s'est multipliée.

Le fait sociologique détient une place centrale en matière familiale. À ses débuts, cette science de l'observation des mœurs contribuait minoritairement à la prise de décision du législateur. Par la suite, les procédés classiques de délibération ont été peu à peu supplantés par les enquêtes de terrain. Le recours au sondage probabiliste s'est substitué aux campagnes de presse, aux rapports des

⁷⁹⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 13.

⁷⁹⁷ L'instrumentalisation des statistiques est une dérive possible de l'argumentation sociologique. M., MEKKI « L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ? », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 97.

⁷⁹⁸ F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 5^{ème} édition, 2014 ; E. DURKEIM, *Introduction à la sociologie de la famille*, 1888, http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_1/socio_de_la_famille.html.

administrations ou aux pétitions dans l'élaboration de la loi, avec une moindre part accordée à la politique juridique, ou à la réflexion théorique globale. L'« *argument sociologique maîtrisé, c'est-à-dire sociologiquement rigoureux* »⁷⁹⁹ peut être un atout, mais tel qu'utilisé en matière familiale, il présente certaines limites.

B. Les risques de la sociologie juridique

243. Sondages d'opinion. La sociologie peut présenter des défauts concrets. Un sondage d'opinion n'est pas un référendum, mais un questionnaire adressé par un institut de sondage à un échantillon *a priori* représentatif de la population. Une décision concernant l'opportunité d'une réforme d'ampleur pourra non seulement ne reposer que sur un sondage d'opinion, mais aussi inhiber un législateur « *à prendre le contre-pied d'une opinion très majoritaire..., car une loi qui n'est pas soutenue par un consensus populaire est en péril d'ineffectivité* »⁸⁰⁰. Les sondages occupent donc une place de plus en plus large dans l'art législatif. La sociologie peut conduire le législateur, dans un certain sens, à se fonder sur une enquête de satisfaction. La tentation du candidat politique sera forte de chercher à satisfaire son électorat pour favoriser sa réélection, au détriment de l'analyse juridique, avec pour dynamique la recherche du bien commun. L'argument de l'opinion publique est d'ailleurs souvent invoqué pour justifier une réforme, alors que la critique est sévère à l'égard de l'existence même de l'opinion publique⁸⁰¹.

L'enquête présente un autre risque, qui concerne plus précisément la façon dont les questions du sondage sont rédigées. La formulation des questions peut orienter les réponses et tronquer la vérité. Cet outil est sensible aux manipulations par des commanditaires de sondage qui espèrent une orientation du droit à leur avantage. La méfiance nécessaire à l'égard des sondages ou des enquêtes sociologiques a été mise en lumière dès 1974⁸⁰². Les travaux et documents de l'INED illustrent ce

⁷⁹⁹ FENOUILLET D., « Avant-propos », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 12.

⁸⁰⁰ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Editions du notariat Defresnois, 2^{ème} édition, 1995, p. 280.

⁸⁰¹ P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, 1973, 31, p. 1292.

⁸⁰² J. PARAIN-VIAL, *La nature du fait dans les sciences humaines*, P.U.F., 1966, p. 45 à 51 et note 1, P. 51 : la question a pu comporter une erreur terminologique, une ambiguïté, un piège. Les

problème à la veille de la réforme sur le divorce, qui marque une nette transformation du droit de la famille⁸⁰³. La question posée aux Français sur le « mariage à l'essai » ne proposait en aucun cas de s'opposer à cette tendance. Il fallait opter entre 1°) *ces unions sont immorales* ; 2°) *il faudra s'accommoder de cette évolution des mœurs* ; 3°) *il faut les encourager pour se marier en connaissance de cause*. L'orientation des questions réduisait sensiblement le champ des réponses. Ensuite, ces réponses étaient ordonnées en catégories d'électeurs, répartis suivant leur âge, leur habitat (propriétaire, locataire...), leur niveau d'instruction, leur classe sociale et leur sexe, afin de déterminer à la fois à quelle catégorie sociale appartenaient les sondés, et les tranches de la population les plus sensibles sur le plan électoral⁸⁰⁴.

244. Thèse sociologique de l'élaboration des lois. Le développement des techniques quantitatives de recensement ou d'enquête par sondage a transformé une part du travail du juriste qui devient un analyste du fait et qui en déduit la règle applicable⁸⁰⁵. Cette thèse, dite *thèse sociologique de l'élaboration des lois*⁸⁰⁶, s'oppose à la thèse volontariste, dont les tenants pensent que la mission du droit « *est de diriger la vie sociale vers des fins propres à assurer le bien* »⁸⁰⁷, impliquant un jugement de valeur inévitable. La thèse sociologique peut être dangereuse dans la mesure où elle présuppose que tout comportement, puisqu'il existe, doit être admis. Cette thèse rejoint l'idée selon laquelle une règle inefficace ou inappliquée doit être modifiée.

personnes interrogées peuvent avoir manqué de sincérité dans leur réponse ou répondre sur un *quiproquo*. Les spécialistes se méfient de cette technique qui, par la formulation des questions peut orienter dangereusement la réponse ou ne pas prendre en compte les personnes interrogées qui ont refusé de répondre à la question par abstention, aveu d'indifférence, ou désaveu des solutions proposées.

⁸⁰³ « *Le divorce et les Français* », t. I.N.E.D., Travaux et documents, Cahier n° 69, P.U.F., 1974, p. 23-24.

⁸⁰⁴ Une attention particulière peut être portée à une catégorie d'individus en expansion, au pouvoir électoral important.

⁸⁰⁵ Ch. ATIAS, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Dalloz Sirey*, 1977, Chronique, p. 253 : « *règle de droit doit toujours s'incliner devant la pratique, les mœurs, l'opinion publique* ».

⁸⁰⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2004 ; F. GENY, « La technique législative dans la codification civile moderne (A propos du centenaire du Code civil) », in *Le Code civil livre du centenaire*, tome II p. 996.

⁸⁰⁷ Ch. ATIAS, *op. cit.*, p. 253.

L'infléchissement de l'interdiction légale de la gestation pour autrui par la jurisprudence illustre le phénomène, c'est l'argument de l'inefficacité de la loi qui justifie sa violation. L'efficacité de la norme prohibitive n'est pourtant pas un critère acceptable de légitimation de l'existence de la norme⁸⁰⁸. Dans le même sens, la réforme du 17 mai 2013 a souvent été justifiée lors des débats parlementaires par la réalité des familles homoparentales qui, du fait de leur existence, exigeaient une reconnaissance. Il a été sous-entendu que le droit devait les encadrer par une loi, dans l'intérêt des enfants. Ce raisonnement réduit « *le système juridique à une fonction d'enregistrement du réel, en oubliant d'abord que le droit a vocation à réaliser la justice, si bien que les faits passent toujours par le tamis des valeurs* »⁸⁰⁹. La collecte de faits ne peut pas résumer le travail du juriste en droit de la famille. « *Le droit n'est pas neutre* »⁸¹⁰ et les sondages d'opinion ne peuvent représenter qu'une étape vers la construction technique de la règle de droit, qui ne doit pas être arrêtée sans la détermination d'une politique juridique⁸¹¹. L'évolution du travail du législateur dans l'élaboration de la règle de droit tient également de l'importance accordée au pluralisme juridique.

§2. L'importance déterminante accordée au pluralisme juridique

245. Le pluralisme juridique en matière familiale vise à fournir à chaque comportement social les règles les plus appropriées. Cette méthode est préférée par le législateur national et les institutions européennes du fait de son efficacité supposée à

⁸⁰⁸ Ch. BLANCHARD, « Le droit pénal », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 349.

⁸⁰⁹ D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 40, n°8.

⁸¹⁰ Ch. ATIAS, *op. cit.*, p. 251.

⁸¹¹ « *L'argument sociologique peut également reposer sur une intuition feinte d'un phénomène social. Lors de l'élaboration d'une loi, les pouvoirs publics préféreront parfois une consultation des membres de la « société civile » selon la formule consacrée, arbitrairement choisis mais censés être représentatifs, à une enquête d'opinion véritablement scientifique. L'argument sociologique flirte alors avec l'argument d'autorité* ». CABRILLAC R., « L'argument sociologique, diversité des cas, unité d'inspiration », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 21

soutenir les idéaux démocratiques (A), sa domination incontestée peut porter en germe le risque d'une dérive de type fondamentaliste (B).

A. L'efficacité supposée du pluralisme juridique comme soutien aux idéaux démocratiques

246. L'avènement du pluralisme en matière familiale (1) est dû à une profonde évolution du droit (2).

1. L'avènement du pluralisme en matière familiale

247. **Pluralisme juridique.** La théorie du pluralisme juridique en droit de la famille est élaborée à partir de 1964 par l'initiation de la réforme du régime applicable aux incapacités, avec la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle des mineurs⁸¹² et celle du 3 janvier 1968 sur les majeurs protégés⁸¹³. Ces lois se caractérisent par un « *certain art du compromis* »⁸¹⁴ en tentant « *moins de proclamer des principes (ou des contre-principes) que de dénouer empiriquement quelques-unes des difficultés que les ménages rencontraient dans leur vie quotidienne* » par « *le goût des options, des solutions diversifiées, la préférence accordée aux situations vécues sur les situations formelles* »⁸¹⁵. Il n'y a plus un régime juridique unique réputé préférable, mais plusieurs régimes ou modèles juridiques équivalents.

Cette démarche n'ôte pas à la famille dite traditionnelle, dans un premier temps, son rôle de modèle. Elle tient seulement compte des autres formes de couples et de filiations, en octroyant par exemple les mêmes droits aux enfants qui ne sont

⁸¹² Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, JORF du 15 décembre 1964, p. 11140.

⁸¹³ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JORF du 4 janvier 1968, p. 117.

⁸¹⁴ Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 4^{ème} édition, 2016.

⁸¹⁵ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes G. RIPERT*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, p. 325 ; J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Rép. Defresnois, 1979, p. 178-179.

pas issus du mariage, par la loi du 3 janvier 1972⁸¹⁶. Il y avait alors seulement une égalité des effets de la filiation des enfants, sans assimilation de ceux-ci. C'est la loi du 4 mars 2002⁸¹⁷ (trente ans plus tard) qui supprime tout modèle en matière de filiation, en plus de l'égalité des effets de la filiation pour les enfants nés ou non dans le mariage. L'article 310-1 du Code civil dispose alors que « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère* », sans aucune référence au mariage. L'ordonnance du 4 juillet 2005⁸¹⁸ vient supprimer la dernière distinction des modes d'établissement propres à chaque filiation. Le mode d'établissement du lien de filiation ne se distingue plus du fait du mariage ou non des parents. La loi du 4 mars 2002 et l'ordonnance du 4 juillet 2005 sont une révolution par rapport à la loi de 1972 puisqu'elles rompent « *avec la fonction pédagogique de la loi* »⁸¹⁹. En 2002 et 2005, la famille légitime perd sa prééminence symbolique et disparaît en tant que modèle. Par exemple, la réécriture de l'article 368 du Code civil qui dispose que « *l'adopté a dans la famille de l'adoptant les droits successoraux prévus au chapitre III du titre Ier du Livre III* », au lieu de dire que l'enfant adopté a les « *droits successoraux d'un enfant légitime* ». La loi se refuse donc à dire qu'il existe un « *modèle plus bénéfique pour l'avenir de la société en ce qu'il favoriserait le renouvellement des générations et l'éducation des enfants* »⁸²⁰. La législation « *flexible* »⁸²¹ devait permettre le pluralisme, le réalisme et l'autocritique.

⁸¹⁶ Le recul de la morale est un choix de politique juridique. L'adaptation du droit au fait est une idée dangereuse qui justifie un grand nombre de lois et masque une disette de justice. « *Comme la mauvaise monnaie chasse la bonne, la morale la moins sévère chasse la plus exigeante. Les raisons de contraindre, de se contraindre, s'oublent au contact d'une liberté, qu'un quotidien lancinant peut faire apparaître, à court terme, comme bien arrangeante. Tel comportement marginal était, hier encore, tabou ; proclamé par le droit, prétendument à regret, il sera demain banal, normal : la loi permissive contraindra, en fait, de nombreux individus à adopter le comportement désormais légalisé « sous la pression d'une société conquise à cette nouvelle éthique »* » (M. VILLEY, « *La loi pour officialiser une nouvelle morale ?* », Le monde, 14 décembre 1973). *Le droit d'aujourd'hui prépare la morale de demain.*

⁸¹⁷ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, p. 4161.

⁸¹⁸ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF n°156 du 6 juillet 2005 p. 11159.

⁸¹⁹ Y. LEQUETTE, « Observations sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation, *Mélanges en l'honneur du Professeur Geneviève VINEY*, LGDJ, 2008, p. 650.

⁸²⁰ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 652-653.

⁸²¹ Mise en valeur dans *Flexible droit, pour une théorie du droit sans rigueur*.

248. Révolution terminologique. Ce pluralisme se traduit également par une révolution par les mots. Le droit de la famille réalise depuis les années 1970 une révolution du langage, qui a commencé avec le remplacement de la *puissance paternelle* par l'*autorité parentale*, « *la monarchie du père cédant la place à la dyarchie des père et mère* »⁸²². Les termes employés ne doivent pas étiqueter le mode de vie des personnes. L'euphémisme⁸²³ est donc régulièrement pratiqué afin de « *dédramatiser les situations* »⁸²⁴. Ce nominalisme législatif est ainsi parfois une sorte de « *nominalisme humanitaire* » tendant à l'« *antinominalisme* »⁸²⁵. Pour certains, la volonté de parfaire toujours davantage l'égalité des filiations a conduit à « *maquiller une diversité bien réelle en une unité factice* »⁸²⁶ avec l'idée que la langue modèle les esprits⁸²⁷. En retirant du langage juridique le terme famille légitime, c'est « *la perception de l'utilité d'une famille structurée par le mariage pour la procréation et l'éducation des enfants* »⁸²⁸ qui s'efface. Pourtant, même la Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas elle-même l'amalgame. Elle refuse que les pères naturels se plaignent d'une inégalité de droits avec les mères naturelles ou les pères légitimes, résultant du choix de l'absence de mariage. Deux formes de communautés de vie différentes donnent lieu à des droits différents. La loi et le législateur ne seraient donc pas soumis à une obligation de neutralité face aux choix de structure familiale qui seraient des comportements privés. Qui choisit et s'engage dans la structure stable doit être protégé par le droit. Ce pluralisme, limitant le sens modélisateur de la loi, est intervenu concomitamment à l'internationalisation du droit de la famille⁸²⁹. Il traduit un changement du point de vue du droit⁸³⁰.

⁸²² Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 647.

⁸²³ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 1^{ère} édition, 1979, p. 248, 2^{ème} édition 1995 : « *il est des mots qui font mal, et le législateur a appris à inclure dans ses moyens les vertus de l'euphémisme* » ; J.-L. SOURIOUX, P. LERAT, « L'euphémisme dans la législation récente », *D.*, 1983, chronique p. 222.

⁸²⁴ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 647.

⁸²⁵ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 649.

⁸²⁶ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 659.

⁸²⁷ G. ORWELL, 1984, folio, 1978, p. 395 et 396 ; V. KLEMPERER, LTI, *La langue du III^{ème} Reich*, 1^{ère} édition, 1947, Pocket, 2003 ; A. SOLJENITSYNE, *Esquisses d'exil, le grain tombé entre les meules*, tome 2, 1979-1994, Fayard, 2005.

⁸²⁸ G. CORNU, *Droit civil, la famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006, p. 371.

⁸²⁹ « Cette évolution traduit un changement dans les modalités de régulation, qui semble correspondre au schéma de la post-modernité. C'est la fin de la régulation par le haut, du schéma « jupitérien » et l'avènement d'une régulation immanente et plurivoque restaurant « un droit

2. La profonde évolution du droit marquée par la tendance pluraliste

249. Évolution. Le pluralisme juridique, en matière familiale, marque une évolution du droit. Le pluralisme rompt avec une tradition historique du droit qui tendait à considérer que les règles légales étaient le produit d'une histoire au cours de laquelle certaines mœurs avaient été admises et d'autres, rejetées. Bien que la limite entre l'autorisé et l'interdit ne soit pas unanimement reconnue, une certaine appréciation convergente des comportements tendait à assurer la cohésion de la société. Le pluralisme s'inspire au contraire de l'idée selon laquelle la modernité doit rompre avec le passé. Le progrès scientifique, la déception de l'Histoire, le refus des jugements de valeur expliquent ce scepticisme du législateur et le triomphe du relativisme sur un droit qui aspire à déterminer un modèle à suivre. Tout d'abord, la méthode historique d'élaboration du droit, fondée sur l'utilisation des éléments du passé, est affaiblie par le développement du progrès scientifique. Les sciences de la matière donnent au juriste l'illusion qu'il est possible de maîtriser la société grâce à la technique ; le bouleversement des sciences justifiant le bouleversement du droit. Les découvertes bioéthiques justifient alors le changement des bases traditionnelles de la filiation, fondées sur la sexualité humaine.

Ensuite, les échecs du XX^{ème} siècle (révolution industrielle et misères liées à la paupérisation de la main d'œuvre, famines et guerres mondiales), ont entraîné une déception due aux promesses de progrès non tenues par le XIX^{ème} siècle. Ces événements ont conduit à une progression du relativisme qui consiste à se demander comment considérer, dans un monde en souffrance, qu'une vision domine l'autre ? Les recherches d'absolu ont échoué, que cet absolu soit représenté par Dieu, par la

vivant » » (F. OST, *Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge*, in BOURETZ (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Edition Esprit, 1991, p. 241).

⁸³⁰ « Le changement est important du point de vue de la famille. Il est plus important encore du point de vue du droit. Le pluralisme traduit un rapport différent entre la loi et les mœurs, le refus d'une loi unique et pédagogique qui prétend dresser les mœurs. Il traduit le refus d'une loi dictée par une sorte d'idéal et préfère une loi telle que la concevait Montesquieu, « flegmatique, parcellaire, « empirique » » (J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, p. 133).

foi dans le communisme ou le libéralisme. L'idée qu'il existe un droit naturel, des règles immanentes qui guident la justice, est relativisée au profit d'un positivisme de l'ici et maintenant, lui-même mis en cause⁸³¹. Cette perte de repère totale, due aux événements historiques, conduit enfin le législateur à douter de la légitimité d'une règle de droit qui porterait un jugement de valeur pour distinguer les comportements à adopter et à bannir. Enfin, le succès du pluralisme a une explication philosophique qui consiste à considérer, avec le marxisme, le droit comme un produit social qui varie au gré des structures dominantes et de la classe dominante. Les comportements ne seraient ainsi plus admis ou réprimés selon leur aptitude à protéger la nature humaine. Le législateur contemporain renonce donc en quelque sorte à dire ce qui est bien ou mal, car le droit ne serait pas apte à guider les citoyens dans le choix de comportements préférables.

250. Critique. Cette vision est critiquée et même dénoncée par une partie de la doctrine qui considère que « *le juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi* »⁸³², il choisit ses buts et produit pour cela des jugements de valeur⁸³³. Le législateur pluraliste prétend se refuser à choisir entre des comportements, pourtant, en constatant une pluralité de possibilités, il opère des choix, fondés non sur une équivalence objective, mais sur des opinions. En effet, tout n'est pas admis comme équivalent. Le viol, l'assassinat et l'inceste restent interdits et ne font pas partie des options admises par le pluralisme juridique. Il reste donc bien des interdictions. Le pluralisme opère bien un choix et continue de guider les citoyens dans le choix des comportements préférables. Le pluralisme opère le choix d'élargir les comportements sociaux protégés.

⁸³¹ Pour plus de développements sur le droit naturel et le positivisme, voir notamment M. TROPER, *Philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF, 2015, 3^{ème} édition, p. 15.

⁸³² Ch. ATIAS, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D. Sirey*, 1977, Chronique, p. 251.

⁸³³ « *La formation, les opinions du juriste revêtent alors la plus grande importance : il se décide notamment en se souvenant des expériences inscrites dans l'histoire du droit... Les concepts juridiques eux-mêmes, les principes, les classifications « condensent les leçons d'une expérience collective et les fruits de réflexion accumulés pendant des siècles (L. HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1976. 452)... ils précisent et concrétisent ce sentiment du juste qui doit demeurer le premier conseiller de l'homme de droit* ». Ch. ATIAS, *op. cit.*, p. 251.

En matière familiale, le pluralisme donne lieu à la protection des familles homoparentales et donne une reconnaissance égale aux familles fondées ou non sur le mariage, la liberté de choix doit primer. Il semblerait donc que la « *neutralité pluraliste* » ne soit « *qu'un autre vêtement pour la liberté individuelle* »⁸³⁴. Le pluralisme ne doit ainsi pas masquer une modification qu'il opère, qui tend à accroître la place donnée à la liberté individuelle. La modification de la loi au nom du pluralisme change la représentation du monde offerte par la loi, désormais dominé par l'autonomie de la volonté⁸³⁵. Le pluralisme ne doit pas masquer les dérives possibles d'injustice, « *pour éviter que le plus fort économiquement, socialement ou physiquement, n'abuse du plus faible* »⁸³⁶ et empêcher une dérive fondamentaliste, incarnée par les excès de l'autonomie de la volonté.

B. Le risque avéré d'une dérive de type fondamentaliste

251. Risque de dérive. La vision occidentale des droits de l'homme a été érigée en absolu comme rempart au totalitarisme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. La société des droits de l'homme n'est pourtant pas à l'abri du fondamentalisme. En matière religieuse, le fondamentalisme islamique désigne le fait de rejeter « *des sources de la Loi l'apport de la pensée juridique médiévale et la technique du consensus des docteurs, pour s'en tenir à la lettre du Coran et de la Sunna* ». Il en a été de même dans les milieux traditionalistes américains de la fin du XIXème siècle, avec « *la défense d'une interprétation littérale des Écritures et opposée au libéralisme théologique et au social gospel* »⁸³⁷, il en fût également ainsi dans l'histoire du Christianisme avec l'Inquisition. Le Professeur Alain SUPLOT considère que le fondamentalisme des droits de l'homme pourrait aussi s'imposer, de

⁸³⁴ Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 4^{ème} édition, 2016, p. 312.

⁸³⁵ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1983, p. 125 s., spéc. p. 137.

⁸³⁶ R. SEVE, D. FENOUILLET, « Introduction », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 4.

⁸³⁷ A. SUPLOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 285. Thèse partagée par S. HUNTINGTON, *Le Choc des civilisations*, Odile Jacob, 1999, ou P. LEGENDRE, *L'empire de la Vérité, Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Fayard, 2001.

trois façons différentes. D'abord, le messianisme des droits de l'homme pourrait chercher à imposer une interprétation littérale des libertés ; le communautarisme, ensuite, pourrait vouloir faire des droits de l'homme, tels qu'interprétés par les Cours européennes, la marque de l'Occident, comme si les autres continents n'avaient pas une égale capacité à se les approprier ; enfin, le scientisme pourrait conduire à interpréter les droits de l'homme en stricte conformité avec les dogmes de la science, considérée comme seule loi intangible du comportement humain⁸³⁸.

L'interprétation littérale des droits de l'homme pourrait à ce titre faire prévaloir une interprétation extrême des principes de liberté et d'égalité en matière de différence des sexes, en tendant à une égalité mathématique plus qu'à une égalité juridique. Le mouvement de promotion de la reconnaissance juridique du couple homoparental et de l'homoparentalité traduit ce penchant. La progression du principe d'égalité des couples hétérosexuels et homosexuels conduit à permettre à des enfants de venir au monde en ayant une filiation juridique purement masculine ou purement féminine (puisque la science le permet), en lui interdisant la possibilité d'avoir un père ou une mère⁸³⁹. Il semblerait que la dérive s'inscrive au cœur de ce processus qui ne s'inquiète pas de provoquer une inégalité flagrante, pourtant contraire à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui prévoit en son article premier que « *les hommes naissent libres et égaux en droits* », ou à la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui prévoit que « *les hommes naissent égaux en droits* », dont le droit de connaître ses père et mère.

Le problème juridique des droits de l'enfant comme sujet est éludé. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'aucun argument scientifique ne permet de considérer que le couple homosexuel est moins apte à l'éducation de l'enfant, ce qui justifie un contournement du droit à l'égalité de l'enfant à une filiation bisexuée, puisque la science le permet. Le Conseil constitutionnel tient le même raisonnement. Lorsque la question lui a été posée de savoir si la bilinéarité de la filiation était un principe fondamental, contenu dans les lois de la République, par

⁸³⁸ A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 291. Cette dérive conduit à « *soumettre l'interprétation des droits de l'Homme aux vraies lois du comportement humain qui nous seraient révélées par une Science alors fétichisée* ».

⁸³⁹ Le droit institue dès lors un mensonge sur la filiation génétique de l'enfant.

l'alinéa 10 de la Constitution de 1946, il a considéré que la double filiation monosexuée ne méconnaissait pas les intérêts de l'enfant, sans préciser en quoi le « *droit constitutionnel de tout enfant à voir sa filiation établie à l'égard de son père et de sa mère* » était respecté (considérant 46)⁸⁴⁰. Cette absence de débat sur la question précise du droit à l'égalité de l'enfant traduit un enfermement des droits de l'homme dans une logique fondamentaliste, alors même que s'y opère un choix de valeurs subjectives.

252. Droits fondamentaux comparés. Cette tendance est confirmée par la comparaison des textes européens aux textes étrangers moins connus en Europe, comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981. La Charte africaine dispose, en son article 18, que « *1) la famille est l'élément naturel et la base de la société, elle doit être protégée par l'État qui veille à sa santé physique et morale. 2) L'État a mission d'assister la famille dans la mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté. 3) L'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales. Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques et moraux* ». L'article 29 précise en outre que « *l'individu a le devoir de préserver le développement harmonieux de la famille et d'œuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille ; de respecter à tout moment ses parents, de les nourrir, et de les assister en cas de nécessité* ». La comparaison des visions occidentales et africaines des droits de la famille met en valeur l'individualisme⁸⁴¹ de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le droit occidental est très centré sur l'individu et oublieux de la famille en tant que groupe, ce qui n'est pas seulement propre aux droits de l'homme, mais à l'interprétation occidentale qui en

⁸⁴⁰ Pour les requérants, la possibilité conférée à deux personnes de même sexe d'adopter un enfant « *porte atteinte au principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle* ».

⁸⁴¹ G. LIPOVETSKI, *L'ère du vide, essai sur l'individualisme contemporain*, Folio essais, 1983, p. 71 et 72.

est faite. Dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, « *toute personne a droit à la protection de sa vie privée et familiale* ». En droit africain, la famille en tant que groupe est visée et non la personne titulaire du droit de vivre la vie familiale de son choix. L'importance de la famille est reconnue comme base de la société, elle est reconnue par l'État qui protège sa santé, ce qui conduit même à une personnification de la famille. L'État doit assister la famille, c'est-à-dire la seconder dans une mission de gardienne de la morale et de valeurs traditionnelles. La famille préexiste donc à l'État et a une mission spécifique, anthropologique, qui préexiste au droit et à la construction politique. Les discriminations à l'égard de la femme et de l'enfant sont condamnées et l'État doit se conformer aux textes internationaux de protection. Les personnes âgées et handicapées sont mentionnées dans la famille et la protection de la famille est un devoir spécifiquement imposé aux personnes.

Il existe donc une marge d'interprétation importante de la notion de famille protégée par les droits de l'homme. La liberté et l'individualisme imposés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent être discutés au regard du droit comparé. Divers travaux mettent en garde contre l'individualisme des droits de l'homme et du droit à la vie familiale en particulier. La jurisprudence du Conseil constitutionnel pourrait également participer de cet éclaircissement en adoptant sa réserve sur les questions de société qui lui sont posées en matière familiale.

Section 2. Une interprétation réservée des questions familiales par le Conseil constitutionnel

253. Le consensus dans l'intégration des normes supranationales en matière de droits fondamentaux, entre les entités européennes et les États membres, est entériné par les juridictions et pouvoirs nationaux, intermédiaires à l'intégration. Le Conseil constitutionnel français a quant à lui pris le parti de la réserve sur les questions éthiques que traitent les Cours européennes en matière familiale, dans le respect des pouvoirs qui lui sont conférés par la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel,

bien qu'ayant considérablement élargi ses prérogatives depuis 1971⁸⁴², reste plus en retrait sur les questions liées à l'architecture de la famille. Sur ce point, il remplit la mission que lui a assignée la Constitution (§1). Ce retrait, traduisant son refus de statuer sur des revendications de statuts juridiques, pourrait être éclairant (§2).

§1. La mission spécifique du Conseil constitutionnel affirmée par rapport aux Cours européennes

254. Le Conseil constitutionnel rappelle la limite de sa mission lorsqu'il est saisi d'une question éthique (A), ce qui ne l'empêche pas de garantir les droits et libertés fondamentaux essentiels à la famille (B).

A. La mission circonscrite du Conseil constitutionnel

255. Respect d'une mission circonscrite. La Constitution⁸⁴³ limite, en son article 61, alinéa 1, les pouvoirs du Conseil constitutionnel à la vérification de la conformité des lois à la Constitution, sans lui conférer un pouvoir général

⁸⁴² « *S'il fallait comparer le destin des institutions à celui des hommes, on dirait volontiers de celui du Conseil constitutionnel qu'il est exceptionnel autant qu'inattendu* » (N. MOLFESSIS, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 22^{ème} édition, 2016, p. 85, n° 168). Le Conseil constitutionnel, qui siège à Paris dans l'aile Montpensier du Palais-Royal, a été créé en 1958 par la Constitution instituant la V^{ème} République. Son statut est prévu par la Constitution aux articles 56 et suivant (Titre VII Le Conseil Constitutionnel, article 56 et s.). Son rôle initial était clairement circonscrit, il consistait à vérifier que les lois qui lui étaient déférées n'empiétaient pas sur le champ de compétence du Gouvernement, conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution. Il visait donc à préserver les pouvoirs de l'Exécutif. La réticence à l'égard d'un tel organe de contrôle de constitutionnalité des lois s'explique par l'histoire de la France, toute imprégnée de philosophie rousseauiste qui faisait de la loi l'expression souveraine de la volonté générale, ne pouvant être soumise à aucun contrôle juridictionnelle. Voir L. FAVOREU, X. PHILIPPE, « La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958 », *La Constitution en 20 questions : question n°18*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-18.17365.html>. La France se méfie également des juges qui ont, sous les Parlements l'Ancien Régime, pu se voir imputer des comportements arbitraires afin de préserver des privilèges acquis au fil des ans. (J. FAVARD, *Au cœur de Paris, un Palais pour la Justice*, Découvertes Gallimard, 1995, p. 27 et s.)

⁸⁴³ « *Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel, qui se prononce sur leur conformité à la Constitution* ».

d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Le Conseil rappelle d'ailleurs fréquemment cette disposition dans sa jurisprudence. L'existence d'une autolimitation du Conseil Constitutionnel est difficile à admettre dans une aire de déploiement des droits fondamentaux, tant le recours aux objectifs à valeur constitutionnelle ou aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République marque, dans d'autres domaines, les annales de l'institution⁸⁴⁴. Pourtant, en matière familiale, la réserve du Conseil constitutionnel est quasi systématique⁸⁴⁵.

La plupart des questions du droit de la famille touchent, directement ou indirectement des domaines impliquant des questions morales, philosophiques, sociales et religieuses. Le législateur prend en ce domaine des décisions politiques qui sont régulièrement soumises au Conseil Constitutionnel, qui se démarque par son extraction du débat, en précisant et en insistant sur son rôle, celui de juge et non de gouvernant. Depuis la décision IVG du 15 janvier 1975⁸⁴⁶, l'article 61 de la Constitution est rappelé pour signifier la limite des compétences du Conseil constitutionnel qui ne peut pas trancher une question éthique sans sortir de son rôle de juge. Dans cette décision, dès le considérant n° 1, le Conseil rappelle que *« l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »* et se contente de vérifier que les principes protégés par la Constitution ne sont pas bafoués. Le Conseil ne prend donc pas position sur le contenu éthique du propos abordé. Il précise seulement *« que la loi relative à*

⁸⁴⁴ « Si maintenant l'on examine ce que le Conseil constitutionnel a pu appréhender des textes de réforme de droit de la famille on voit bien vite que la moisson n'est pas très riche. Dans l'ouvrage classique des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* le mot " droit de la famille " ne figure pas à titre autonome dans la table alors qu'y figurent droit économique, droit de propriété, droit européen, droit fiscal, etc. Il faut aller chercher à " Libertés et droits fondamentaux " pour trouver en sous-rubrique " droit de la famille " avec une référence très générale à la constitutionnalisation des libertés et droits fondamentaux mais qui n'atteint en rien le fond du droit de la famille, ou encore à la critique du droit à l'insémination artificielle ce qui mettrait en cause les droits de la famille consacrés par le préambule de la Constitution de 1946 ou enfin - ce qui n'est pas sans signification - sur le droit aux allocations familiales. », J. HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahier du Conseil Constitutionnel*, n° 16, juin 2004

⁸⁴⁵ F. CHENEDE, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 13.

⁸⁴⁶ Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, *RDP*, 1975, p. 185 ; J. RIVERO, *AJDA*, 1975, p. 134 ; L. HAMON, *D.*, 1975, JP, p. 529.

l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique » donc « *dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». De nombreux domaines sont caractéristiques de cette logique.

256. Bioéthique. Dans les décisions bioéthiques⁸⁴⁷ du 27 juillet 1994, sur la question de la conservation des embryons fécondés *in vitro*, le Conseil précise ainsi « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur* ». La réserve du Conseil constitutionnel est réaffirmée.

257. Empreintes génétiques. Dans une décision QPC du 30 septembre 2011⁸⁴⁸, en matière d'identification par empreintes génétiques sur une personne décédée, le Conseil applique le même raisonnement. Le considérant est clairement formulé en ces termes « *qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés* ».

258. Accouchement sous X. Le Conseil réitère encore son raisonnement dans la décision QPC du 16 mai 2012, à propos de l'accouchement sous X, en précisant « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de*

⁸⁴⁷ Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, cons. 10., issu de l'examen de la Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁸⁴⁸ Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, cons. 6, J. HAUSER, *RTD civ.*, 2011, p. 743 ; A. GOUTTENOIRE, *JCP*, 2012, n° 31, § 4 ; F. CHENEDE, *AJ fam.*, 2011, p. 549.

naissance et ceux de l'enfant »⁸⁴⁹. Le législateur reste le seul à pouvoir déterminer l'équilibre des intérêts à préserver entre la mère et l'enfant.

259. Homoparentalité. Quant à la question de l'homoparentalité⁸⁵⁰, le Conseil choisit une fois de plus de ne pas interférer dans le choix du législateur de l'époque qui maintenait une différence de traitement entre l'adoption par les couples mariés et les couples non mariés. Le Conseil énonçait « *qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* ». Le Conseil constitutionnel s'en tient à l'appréciation juridique et ne valide ni ne censure l'homoparentalité.

⁸⁴⁹ Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, cons. 8 ; D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'enfant né sous X », *LPA*, 19 août 2013, n° 165, p. 4-9 ; G. NICOLAS, « Le juste équilibre " à la française " dans la protection des droits de la femme et de l'enfant », *RFDC*, octobre 2012, n° 92, p. 869 ; C. NEIRINCK, « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant », *Droit fam.*, juillet-août 2012, n° 7-8, p. 25 ; D. ROMAN, « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS*, juillet-août 2012, n° 4, p. 750 ; T. DUMORTIER, « L'accouchement sous X déclaré conforme à la Constitution », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 24 mai 2012, n° s.n., 2 p. ; « Constitutionnalité des dispositions réglementant l'accès aux origines personnelles », *JCP G.*, 28 mai 2012, n° 22.

⁸⁵⁰ Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, cons. 9 ; C. TZUTZUIANO, « L'adoption simple des couples homosexuels au coeur d'un croisement des contrôles », *Droit fam.*, juin 2011, n° 6, p. 17 ; F. BOULANGER, « La question de la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le refus de partage égal de responsabilité entre deux personnes de même sexe », *JCP G.*, 23 mai 2011, n° 21, p. 1029 ; M. DOURIS, « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français et de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 17 janvier 2011, n° 11, p. 4 ; P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD civ.*, janvier-mars 2011, n° 1, p. 90 ; A. BATTEUR, « Le statut de l'enfant des homosexuel(le)s : hors l'intervention du parlement, point de changements possibles », *LPA*, 1 décembre 2010, n° 239, p. 6 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'article 365 du code civil constitutionnel ... mais inconventionnel ? », *Droit fam.*, 2010, n° 11, p. 1.

La motivation de cette position de retrait du Conseil constitutionnel a été précisée par la décision QPC du 6 octobre 2010⁸⁵¹. En l'espèce, deux femmes vivant maritalement ont souhaité avoir un enfant. L'une d'elles a bénéficié d'une PMA à l'étranger et a donné naissance à un enfant. Sa compagne a déposé une requête aux fins d'adoption simple de l'enfant. Le Tribunal de grande instance puis la Cour d'appel ont rejeté cette demande, suivant en cela la jurisprudence de la Cour de cassation. Elles ont formé un pourvoi et, dans ce cadre, ont posé une question prioritaire de constitutionnalité relative à la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil. La Cour de cassation estimant que cette QPC présentait un caractère sérieux l'a renvoyée pour examen du Conseil constitutionnel.

A l'occasion de cette décision, il a été précisé aux Cahiers des décisions du Conseil constitutionnel que ce dernier « *a estimé que trancher cette question dans sa décision eût consisté pour lui à se substituer au Parlement. Rappelant les limites de son contrôle, il a jugé qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en matière de filiation et d'autorité parentale, de la différence particulière de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe. Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de "l'homoparentalité" comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur* ». Le raisonnement est logique⁸⁵².

La Cour de cassation fait la même analyse dans son Rapport annuel en matière d'adoption homosexuelle au sujet de l'arrêt du 19 décembre 2007⁸⁵³. Elle conclut que « *sur de telles questions qui touchent à l'état des personnes et, plus généralement, aux fondements de notre société, il revient en définitive au législateur de décider s'il y a lieu de modifier les textes de notre Code civil* »⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Commentaire du Conseil constitutionnel sur la décision QPC n°2010-39 du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

⁸⁵² F. CHENEDE, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 13

⁸⁵³ Civ. 1, 19 décembre 2007, n° 06-21.369.

⁸⁵⁴ *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2007, 4^{ème} partie Jurisprudence de la Cour, p. 331.

260. Mariage des couples de personnes de même sexe. Le Conseil constitutionnel raisonne de façon identique sur la question de la différence de traitement entre les couples par rapport à la liberté de mariage⁸⁵⁵, le Conseil reste une fois encore en retrait dans la décision QPC du 28 janvier 2011⁸⁵⁶. Il en est de même dans la décision n° 2013-669 du 17 mai 2013⁸⁵⁷ qui précise *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de la différence de situation entre les couples de sexe différent ou de même sexe.* Quant à l'absence de clause de

⁸⁵⁵ Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 9, « *Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté* ». Cons. cons. déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 ; A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « Principe d'égalité », *LPA*, 31 juillet 2012, n° 152, p. 5 ; L. JANICOT, « L'interdiction du mariage entre personnes du même sexe ne porte atteinte ni à la liberté du mariage, ni au droit de mener une vie familiale normale », *LPA*, 30 juillet 2012, n° 151, p. 18 ; A. DANIS-FATÔME, « Le "non" français au mariage homosexuel - une illustration de la complexité des rapports entre faiseurs de droit sur la scène française et européenne », *RTDH*, janvier - mars 2012, n° 89, p. 143 ; S. HUTIER, T. LAJOINIE, Constitution et homosexuels : un mariage en suspens ?, *RFDC*, juillet 2011, n° 87, p. 615 ; D. CHEMLA, « Conseil constitutionnel et mariage gay : service minimum », *Gaz. Pal.*, 6-7 avril 2011, n° 96-97, p. 11 ; B. BEIGNIER, « *Legis lator* », *Droit fam.*, mars 2011, n° 3, p. 2 ; R. OUEDRAOGO, « Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel », *Droit fam.*, mars 2011, n° 3, p. 24 ; J. ROUX, « La QPC sur le "mariage homosexuel" : une question plus nouvelle que sérieuse ? », *D.*, 20 janvier 2011, n° 3, p. 209 ; A. MIRKOVIC, « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCP G.*, 2011, n° 6, p. 250.

⁸⁵⁶ Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC adressée par la Cour de cassation, portant sur la constitutionnalité des articles 75 e 144 du Code civil, réservant le droit de se marier aux couples formés d'un homme et d'une femme. Cette question fait suite à l'annulation du fameux « mariage de Bègles ».

⁸⁵⁷ Le Conseil constitutionnel a été saisi par soixante députés et soixante sénateurs sur la procédure d'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Cons. Const., déc. n° 2013-669 du 17 mai 2013, cons. 22, « *Considérant, en troisième lieu, qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation* ». Voir aussi C. MECARY, « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ? », *AJ Fam.*, 2010, p. 489.

conscience des officiers d'état civil face à la célébration d'union de personnes de même sexe⁸⁵⁸, le Conseil rend sa décision sans revenir sur le bien-fondé d'une telle clause, mais en se concentrant sur le rôle même du maire en tant qu'agent du service public.

Le Conseil constitutionnel, depuis l'introduction de la QPC en droit français, distingue d'autant plus ce qui est de la compétence du Parlement et ce qui est de sa compétence. Le but est de dissuader certains justiciables en montrant par la systématisation de sa solution que leur recours serait voué à l'échec. « *Ce rappel des règles de compétence dans les décisions relatives au contrôle de constitutionnalité a pour objet de souligner qu'il n'y a pas de compétence du législateur sans liberté d'appréciation de sa part : ce faisant le Conseil signifie que les QPC dont l'objet principal est de porter devant lui des débats qui relèvent de la compétence exclusive du Parlement sont vouées à l'échec* »⁸⁵⁹. Ce retrait des questions éthiques n'empêche pourtant pas le Conseil constitutionnel d'apporter une protection réelle aux droits fondamentaux en matière familiale.

B. La protection réelle de droits fondamentaux irréductibles

261. Droits fondamentaux irréductibles. Certains droits de la famille, constitutionnellement consacrés, démontrent la part active du Conseil constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux, à tel point que se fait jour un phénomène de constitutionnalisation (ou fondamentalisation) du droit de la famille. Les textes fondamentaux retenus sont l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sur le respect de la vie privée et l'article 10 du

⁸⁵⁸ Cons. Const., déc. n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013. Il énonce « *Considérant qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience* ». Voir : J. ROUX, « La liberté de conscience emmurée dans le for intérieur », *Constitutions*, avril-juin 2014, n° 2014-2, p. 196 ; J.-R. BINET, « L'absence de "clause de conscience" pour les maires ne viole pas la Constitution », *Droit fam.*, décembre 2013, n° 12, p. 41.

⁸⁵⁹ J.-F. de MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ Fam.*, 2012, p. 578, §2.

Préambule de 1946 sur le droit au respect de la vie familiale qui énonce que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Il protège la famille au même titre que l'individu et considère qu'il faut davantage « *permettre aux individus d'avoir une vie de famille, (que) de modéliser le groupe familial* »⁸⁶⁰. La valeur constitutionnelle du mariage est retenue à partir d'une interprétation de la notion de liberté personnelle déduite des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil protège également le droit au respect de la vie privée sur le fondement de l'article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel protège enfin la liberté matrimoniale, le droit de mener une vie familiale normale, le droit au respect de la vie privée et le droit à l'égalité.

262. La liberté de se marier. La Constitution ne mentionne pas directement la famille ni la façon de la fonder, mais elle connaît du mariage par le biais de la liberté matrimoniale, qui a été reconnue par la décision du 13 août 1993⁸⁶¹, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution qui protège la liberté individuelle. La liberté matrimoniale est ensuite sortie du champ de la liberté individuelle par une décision du 20 novembre 2003, pour intégrer celui de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁸⁶². La liberté

⁸⁶⁰ E. MILLARD, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, p. 152, n° 206.

⁸⁶¹ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, qui consacre également le droit de mener une vie familiale normale. Article 66 de la Constitution « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Dans la décision de 1993, le contrôle de l'article 175-2 du code civil (dans la première décision DC de 1993) était demandé puisque cet article aurait permis de surseoir à célébrer un mariage en présence d'indices sérieux de détournement. L'officier d'état civil aurait pu saisir le Procureur, lequel aurait disposé d'un délai de quinze jours pour décider d'un sursis à statuer nécessairement inférieur à trois mois, sans que la décision ne soit susceptible de recours. Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle, sans plus de précision sur le pourquoi de la censure, sur le fondement du droit à mener une vie familiale normale. Voir : B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871 ; J.-J. DUPEYROUX, X. PRETOT, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.*, 1994, p. 69 ; D. TURPIN, « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1.

⁸⁶² Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 94 et déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, cons. 4 ; J. BOYER, « Le juge judiciaire et l'étranger en rétention administrative : la nouvelle donne constitutionnelle », *Gaz. Pal.*, 2005, n° s.n., p. 2 ; L. DOMINGO, « Constitutionnalité de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *D.*, 2004, n° s.n., p. 1278-1279 ; O. LECUCQ, « La liberté de mariage des

individuelle quant à elle a depuis lors été restreinte aux mesures privatives de liberté par une décision du 16 juin 1999⁸⁶³. Des décisions ultérieures ont complété ce dispositif de protection de la liberté de se marier. Le Conseil reste cependant en retrait dans la mesure où il insiste sur la compétence du législateur qui, fidèlement à l'article 34 de la Constitution, fixe les conditions du mariage. Le principe constitutionnel oblige simplement le législateur à veiller au respect des divers droits et libertés constitutionnellement protégés. L'objectif est de garantir absolument la liberté matrimoniale, notamment en matière de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale. Le Conseil vérifie que les objectifs législatifs sont légitimes et les moyens mis en œuvre, proportionnés à ces objectifs. Il est entendu que « *la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale* »⁸⁶⁴.

Au travers de ses décisions, c'est le consentement à mariage qui est protégé comme en atteste le contrôle des articles 146, 175-1 et 180 du Code civil afin de protéger la liberté du mariage. Le législateur peut encadrer l'exercice de la liberté matrimoniale, par les mesures qu'il décide, visant à lutter contre les mariages fictifs ou frauduleux. Le contenu du chapitre du Code civil relatif aux mariages célébrés à l'étranger entre Français ou entre un Français et un étranger, inséré par la loi du 14 novembre 2006⁸⁶⁵ (art. 171-1 à 171-8) n'a pas été jugé anticonstitutionnel selon une décision rendue le 9 novembre 2006 et ce malgré la prétention des parlementaires qui

étrangers en situation irrégulière », *D.*, 2004, n° s.n., p. 1405 ; J.-E. SCHOETTI, « La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel (1ère partie) », *LPA*, 2004, n° s.n., p. 10 ; J.-C. ZARKA, « Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : Le Conseil constitutionnel a prononcé trois censures et émis deux réserves d'interprétation », *JCP G.*, 2003, n° s.n., p. 2249.

⁸⁶³ Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 2 et 20, commentaire de la déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 ; S. SCIORTINO-BAVART, « Contravention de grand excès de vitesse », *D.*, 2000, n° s.n., p. 197 ; B. MATHIEU, « La sécurité routière fait progresser le droit constitutionnel pénal », *D.*, 1999, n° 27, p. 1.

⁸⁶⁴ Cons. const., déc. n° 2012-261 QPC du 22 juin 2012, cons. 7 ; J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, « Consentement des futurs époux », *D.*, 2 mai 2013, n° 16, p. 1092 ; F. CHÉNÉDÉ, « Conformité de la faculté d'opposition au mariage du procureur de la République aux droits et libertés garantis par la Constitution », *Act. jur. Fam.*, septembre 2012, n° 9, p. 466 ; V. LARRIBAUTERNEYRE, « La constitutionnalité des articles 175-1, 146 et 180 du Code civil », *Droit fam.*, septembre 2012, n° 9, p. 40 ; J. HAUSER, « Des oppositions à mariage : liberté et contrôle », *RTD civ.*, juillet-septembre 2012, n° 3, p. 510.

⁸⁶⁵ Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages publiée au JORF n° 264 le 15 novembre 2006.

l'estimaient manifestement disproportionné au regard de l'objectif de lutte contre les mariages frauduleux⁸⁶⁶. Le Conseil a estimé qu'aucune de ces dispositions ne faisait par elle-même obstacle à la célébration du mariage par l'autorité étrangère, ni aux effets civils du mariage entre les époux eux-mêmes ni entre ceux-ci et leurs enfants.

La protection du consentement est la même en matière de mariage de personne protégée. En effet, l'article 460 du code civil qui soumet le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur a fait l'objet d'un recours, le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositions s'insèrent dans un ensemble législatif qui a pour finalité l'intérêt de la personne protégée qui favorise son autonomie par une protection adaptée⁸⁶⁷.

263. Droit de mener une vie familiale. Le Conseil constitutionnel a également consacré, sur le fondement du dixième alinéa du Préambule de 1946, la valeur constitutionnelle du « *droit de mener une vie familiale normale* » dans sa décision du 13 août 1993⁸⁶⁸. Ce droit implique une protection contre des mesures législatives qui empêchent ou entravent *de facto* le déroulement de la vie familiale. En matière de mariage, le droit de mener une vie familiale se conçoit d'abord comme une protection contre les dispositions législatives qui empêcheraient les époux de développer effectivement une vie de couple. Par exemple, l'obligation faite à l'étranger, après rupture du mariage par divorce ou annulation, d'attendre deux ans avant de pouvoir faire venir son nouveau conjoint est contraire au droit de mener une vie familiale normale. En revanche, les restrictions au regroupement familial des polygames ne le sont pas⁸⁶⁹.

La question s'est ensuite posée de savoir si le droit de mener une vie familiale normale devait également s'entendre comme le droit d'accès au mariage

⁸⁶⁶ Cons. const., déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, cons. 12 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Mariage mixte : conformité à la Constitution de la loi sur le contrôle de la validité des mariages », *Droit fam.*, 2007, n° 1, p. 30 ; J.-E. SCHOETTI, « La loi relative au contrôle de la validité des mariages porte-t-elle atteinte à la liberté du mariage et au droit de mener une vie familiale normale ? », *LPA*, 2006, n° s.n., p. 10.

⁸⁶⁷ Cons. const., déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012, cons. 5 ; M. BRUGGEMAN, « La liberté de se marier du majeur sous curatelle, limitée mais réelle », *Droit fam.*, septembre 2012, n° 9, p. 47.

⁸⁶⁸ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 69 et 70 ; précitée.

⁸⁶⁹ Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 75 et 77 ; précitée.

pour les personnes de même sexe. La réponse formulée à l'occasion de la décision QPC du 6 octobre 2012, sur l'adoption au sein des couples de même sexe, montrait déjà clairement que le droit de mener une vie familiale normale devait se comprendre comme une protection contre des mesures législatives qui empêchent ou entravent *de facto* le déroulement de la vie familiale⁸⁷⁰. Dans la ligne de cette analyse, lors de l'examen du recours formé au sujet de l'impossibilité du mariage entre personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel a ultérieurement retenu, après avoir souligné que les dispositions du Code civil ne faisaient pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage, que « *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les personnes de même sexe* »⁸⁷¹.

264. Droit au respect de la vie privée. Le droit au respect de la vie privée est également protégé par le Conseil constitutionnel. Il n'a pas de support constitutionnel exprès, mais le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'article 66 de la Constitution. Ce droit a plusieurs expressions dont par exemple en matière de droit des personnes, le droit de recourir à une interruption volontaire de grossesse⁸⁷². Il sert également de fondement à la reconnaissance du transsexualisme.

En matière d'immigration, il a été considéré que les conditions restreintes d'acquisition de la nationalité française par mariage⁸⁷³ ne sont pas contraires au droit au respect de la vie privée protégé par la Constitution⁸⁷⁴. Dans la décision QPC du 30

⁸⁷⁰ Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, cons. 8 ; précitée.

⁸⁷¹ Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 8 ; précitée.

⁸⁷² Cons. const. déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 ; G. NICOLAS, « Constitutionnalité de la loi allongeant le délai légal d'interruption volontaire de grossesse », *D.*, 2002, n° 24, p. 1948 ; C. FRANCK, « Constitutionnalité de la loi relative à l'interruption de grossesse et à la contraception », *JCP G.*, 2001, n° s.n., p. 2215 ; B. MATHIEU, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *D.*, 2001, n° 31, p. 2533.

⁸⁷³ Code civil, article 21-2.

⁸⁷⁴ Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, cons. 8 et déc. n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012, cons. 6 ; M. LAMARCHE, « Mariage, communauté de vie et nationalité : pas de révolution constitutionnelle », *Droit fam.*, mai 2012, n° 5, p. 3 ; S. SLAMA, « Réserve d'interprétation sur le cumul d'une prescription d'action " glissante " et d'une présomption de fraude en cas de rupture de la vie commune dans l'année de l'acquisition de la nationalité par mariage », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 9 avril 2012, n° s.n., 5 p. ; J. HAUSER, « Mariage et nationalité : aussi heureux qu'un marié en France ? », *RTD civ.*, avril-juin 2012, n° 2, p. 294 ; S. PREUSS-LAUSSINOTTE, « Réserve d'interprétation sur la présomption de fraude

mars 2012, le Conseil rappelle que « *l'article 21-2 du Code civil, dans sa rédaction résultant de la loi du 26 novembre 2003, qui n'empêche pas l'étranger de vivre dans les liens du mariage avec un ressortissant français et de constituer avec lui une famille, ne porte, par lui-même, atteinte ni au droit au respect de la vie privée ni au droit de mener une vie familiale normale* ». Ce fondement était dernièrement utilisé, en filigrane, dans une décision QPC du 22 mai 2013⁸⁷⁵, *M. Jory Orlando T.* qui statuait sur un recours concernant les conditions d'attribution d'une carte de séjour mention « *vie privée et familiale* » au conjoint étranger d'un ressortissant français. Le Conseil a déclaré dans cet arrêt les dispositions critiquées conformes à la Constitution.

265. Principe d'égalité. Le Conseil constitutionnel protège enfin le principe d'égalité. La décision de principe du 27 décembre 1973, Taxation d'office⁸⁷⁶ a fait du principe d'égalité la première norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. La plupart des décisions du Conseil font application de ce principe, qui occupe une place singulière parmi les droits fondamentaux. Il est à la fois droit fondamental et condition d'exercice d'autres droits fondamentaux. Il est protégé par trois sources constitutionnelles que sont la Déclaration des droits de l'homme de 1789⁸⁷⁷, le Préambule de la Constitution de 1946⁸⁷⁸ et la Constitution de 1958⁸⁷⁹. Le principe d'égalité a notamment été invoqué en matière de PACS, pour motiver son

applicable à la déclaration de nationalité par le mariage », *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, avril 2012, n° 210, p. 10.

⁸⁷⁵ Cons. const., déc. n° 2013-312 QPC du 22 mai 2013, *M. Jory Orlando T.* sur les conditions d'attribution d'une carte de séjour mention « *vie privée et familiale* » au conjoint étranger d'un ressortissant français ; C. PETIT, « Non-assimilation du PACS au mariage pour la délivrance d'une carte de séjour : le Conseil constitutionnel botte en touche », *Droit fam.*, juillet-août 2013, n° 7-8, p. 75.

⁸⁷⁶ Cons. const. déc. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, loi de finances pour 1974 ; L. HAMON, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *D.*, 1974, n° s.n., p. 83.

⁸⁷⁷ Articles 1 (égalité en général), 6 (égalité dans l'accès aux emplois publics) et 13 (égalité devant les charges publiques).

⁸⁷⁸ Alinéa 1^{er} (non-discrimination), alinéa 3 (égalité entre les femmes et les hommes) alinéa 11 (égalité dans la protection de la santé), alinéa 12 (égalité devant les charges résultant de calamité nationale) 13 (égalité d'accès à l'instruction), alinéa 16 (égalité avec les peuples d'outre-mer), alinéa 18 (égal accès aux fonctions publiques avec les peuples d'outre-mer).

⁸⁷⁹ Préambule (égalité avec les peuples d'outre-mer) et aux articles 1^{er} (non-discrimination), 2 (devise de la république) et 3 (égalité du suffrage).

entrée en vigueur et tenter d'étendre au PACS certains des effets du mariage⁸⁸⁰ ou pour mettre à mal la condition d'hétérosexualité du mariage. En ces matières, le Conseil s'est retranché derrière la différence de situations et la compétence du législateur pour conclure à la constitutionnalité des dispositions critiquées, par une décision du 9 novembre 1999⁸⁸¹. En l'espère, la rédaction de la loi sur le PACS laissait obscurs un certain nombre de points⁸⁸², le Conseil constitutionnel a alors choisi non pas seulement de contrôler, mais de réécrire le texte, en usant des méthodes de réserves d'interprétation⁸⁸³ et des précisions. Il lui a été reproché d'excéder son pouvoir et d'avoir fait le choix politique de suppléer les carences du pouvoir législatif⁸⁸⁴. Malgré le caractère extrêmement politisé de la loi sur le PACS, les décisions préalablement évoquées laissent entendre que le Conseil constitutionnel est en définitive réticent à consacrer des revendications individuelles de statuts juridiques.

⁸⁸⁰ Cons. const., déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 (admettant la constitutionnalité de la pension de réversion réservée aux couples mariés) ; A. DEVERS, « Le droit à pension de réversion du conjoint homosexuel », *Droit fam.*, juillet-août 2013, n° 7-8, p. 28 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Pension de réversion », *Droit fam.*, octobre 2011, n° 10, p. 23.

⁸⁸¹ Cons. const., déc. n°99-419 DC du 9 nov. 1999, N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000.I.210; Ph. BLACHER et J.-B. SEUBE, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », *RD publ.* 2000.204.

⁸⁸² La nature de la vie commune entre les partenaires, la conséquence d'un empêchement sur le contrat, le caractère de l'aide mutuelle et matérielle, les conditions d'accès aux différents registres d'inscription des pactes, la réparation en cas de faute tenant aux conditions de la rupture unilatérale du pacte, l'incidence du Pacte sur la filiation et l'autorité parentale...

⁸⁸³ La technique des réserves d'interprétation consiste à admettre la constitutionnalité d'une disposition à condition qu'elle respecte l'interprétation que le Conseil constitutionnel en donne. La doctrine évoque, dans cette décision, « *l'interventionnisme du Conseil qui s'exprime sous forme d'interprétations imposées* ». Si l'interprétation constructive du Conseil est d'une certaine façon dictée par l'article 4 du Code civil, la réécriture est telle que le Conseil prend part à la rédaction de la loi, en violation de la règle de la séparation des pouvoirs, ce qui lui a été reproché.

⁸⁸⁴ La réécriture du Conseil, sorti de son contrôle de constitutionnalité est venue accentuer le rapprochement du PACS avec le mariage. En effet, « *la vie commune* » de l'article 515-1 du Code civil est devenue la vie de couple, les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste ont été repris pour le PACS (article L 515-2 du Code civil), la présomption d'indivision des biens acquis par les partenaires pendant le Pacte (515-5 du Code civil), aide mutuelle et matérielle (515-4 alinéa 1 du Code civil), solidarité des partenaires pour les dépenses de la vie courante (515-4 alinéa 2 du Code civil), sauf dépenses manifestement excessives à la manière de l'article 220 alinéa 2 du Code civil.

§2. La réticence du Conseil constitutionnel à consacrer des revendications de statuts juridiques

266. Le Conseil constitutionnel reste sur sa réserve lorsqu'il s'agit de questions éthiques et semble ainsi manifester son refus de consacrer des normes juridiques *contra legem* (A). Il pare ainsi au risque de critique d'un Gouvernement des juges (B).

A. Le refus du Conseil constitutionnel de consacrer des droits-créances

267. **Refus de droits-créances.** Le Conseil constitutionnel, qui n'ignore pas que « *s'interroger sur la famille, c'est s'interroger sur le fondement de l'ordre social*⁸⁸⁵ », refuse de se prononcer en matière de questions familiales et/ou éthiques, alors qu'il s'exprime dans d'autres domaines. Son refus peut être interprété comme étant celui du refus de consacrer des choix politiques, au sens électoral du terme. La distance du Conseil constitutionnel n'est pas indifférence aux droits fondamentaux, mais respect de ceux-ci. C'est en ce sens que le Conseil distingue les droits-libertés⁸⁸⁶ des droits-créances⁸⁸⁷, acceptant d'analyser les premiers, mais ne consacrant pas les seconds. Les droits-créances impliquent une prestation de la part de l'État (droit à la santé, à la protection sociale, à l'éducation, au travail...), alors que les droits-libertés impliquent une abstention de celui-ci. Ainsi, le droit au respect de la vie privée ne saurait être invoqué pour obtenir la reconnaissance d'un droit non consacré par la loi,

⁸⁸⁵ R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, p. 483, Le Seuil 2003.

⁸⁸⁶ On trouve parmi les droits-libertés reconnus la dignité de la personne humaine, la liberté individuelle, la liberté personnelle, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit au respect de la vie privée, la liberté d'association, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience et d'opinion, la liberté d'expression et de communication, le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, le droit de mener une vie familiale normale, la liberté syndicale, le droit de grève et le droit à la participation (négociation collective).

⁸⁸⁷ On trouve parmi les droits-créances le droit au repos et à la protection de la santé, le droit à la protection sociale et à la sécurité matérielle, le droit à l'instruction et à la culture, le droit à la solidarité nationale, le droit à l'emploi et le non encore reconnu droit au logement. La liste pourrait être allongée, ils sont généralement résumés comme étant des « *droits à...* », fort développés dans l'ère de postmodernité qui baigne le XXI^{ème} siècle.

tels que l'établissement de la filiation *post mortem*⁸⁸⁸ ou l'accès aux origines personnelles de l'enfant né sous X⁸⁸⁹.

Le droit au respect de la vie familiale ne permet pas la reconnaissance du droit à un certain statut juridique comme l'accès au mariage ou à l'adoption pour les couples homosexuels⁸⁹⁰. « *Au-delà de la protection des libertés individuelles contre les interventions illégitimes des pouvoirs publics, c'est la consécration, outre la volonté du législateur, de revendications individuelles et communautaires, que certains sollicitent désormais au nom des droits et libertés, revendications particulièrement visibles en droit des personnes et de la famille* »⁸⁹¹. Le Conseil constitutionnel montre par sa jurisprudence que la consécration de revendications individuelles ne relève pas de sa compétence⁸⁹².

Le refus de consacrer des statuts juridiques *contra legem* valorise la protection de droits réellement fondamentaux. Le Conseil semble opérer une distinction selon le degré de fundamentalité d'un "droit à...", dans un souci de protection des droits-libertés, au détriment des droits-créances. La vision rationnelle du Conseil constitutionnel offre la perspective d'une rationalisation des droits de l'homme. La doctrine s'est demandé « *d'où pourrait venir cette cohérence perdue sinon d'un contrôle sage des foucades et emballlements législatifs et d'une vision*

⁸⁸⁸ Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 ; C. SIFFREIN-BLANC, « L'expertise génétique post mortem : le Conseil refuse de déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 16-11 du Code civil », *RFDC*, avril 2012, n° 90, p. 408 ; X. BIOY, « Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation », *Constitutions*, janvier-mars 2012, n° 2012-1, p. 138 ; D. BASILLE, « Filiation. L'"amendement Montand" conforme à la Constitution », *Gaz. Pal.*, 18-19 novembre 2011, n° 323, p. 36 ; J. BUISSON, « Expertises génétiques post mortem : le Conseil constitutionnel refuse de donner le coup de grâce à l'article 16-11, alinéa 2, du Code civil », *Droit fam.*, novembre 2011, n° 11, p. 3 ; J. HAUSER, « Expertise génétique post-mortem : les morts sont tous de braves types (G. Brassens) », *RTD civ.*, octobre-décembre 2011, n° 4, p. 743.

⁸⁸⁹ Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 ; précitée.

⁸⁹⁰ Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 ; Cons. const. déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 ; précitée.

⁸⁹¹ F. CHÉNÉDÉ, P. DEUMIER, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 13, n° 39.

⁸⁹² Cette réserve est importante, « *la force du texte constitutionnel tient, en définitive, moins à ses propriétés intrinsèques qu'à sa puissance symbolique* ». J. CHEVALIER, « L'argument sociologique dans l'étude du droit constitutionnel », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 252.

*générale et dotée de recul que seule désormais peut avoir une vraie juridiction ? »*⁸⁹³. Les droits de l'homme ne manquent pas de diviser la doctrine. Certains proposent de rationaliser la montée en puissance de ceux-ci en distinguant des droits de l'homme absolus et des droits de l'homme de « *second rang* »⁸⁹⁴, afin de répondre à diverses difficultés notamment en matière de conflit de droit international privé où les désaccords sur le contenu de ce qui est fondamental sont les plus vifs⁸⁹⁵. Une hiérarchie des droits de l'homme semblerait s'imposer pour revenir à une notion plus restrictive de droit fondamental. Le Conseil constitutionnel pourrait servir de repère dans la construction raisonnée de cette hiérarchie, mais surtout offrir un exemple de juridiction qui se protège de la critique d'un gouvernement des juges.

B. La protection contre la critique d'un Gouvernement des juges

268. Prudence nécessaire. La réserve du Conseil constitutionnel peut paraître désuète par rapport à l'audace de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice de l'Union européenne qui, face à des questions éthiques, morales et philosophiques, ne laissent aux États leur marge d'appréciation qu'en l'absence de consensus général, c'est-à-dire s'il existe une franche opposition à l'égard du changement envisagé. Il en a été ainsi à l'égard de l'Autriche et de la France pour leur refus respectif d'ouvrir le mariage⁸⁹⁶ et l'adoption aux couples homosexuels⁸⁹⁷ en 2010 et 2012. Les juges européens n'hésitent pas à rappeler leur mission d'interpréter la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de la réalité du moment, lui permettant ainsi de franchir des paliers en matière de droits de l'homme,

⁸⁹³ P. MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 19.

⁸⁹⁴ H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme », in *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, *Europen law publishers*, 2004, p. 205 et s.

⁸⁹⁵ L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », in *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 239, §3.

⁸⁹⁶ CEDH, 1^{ère} section, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, req. n° 30141/04, V. AVENAROBARDET, *AJ fam.*, 2010, p. 333 ; H. FULCHIRON, *JCP G*, n° 41, p. 1013 ; J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.*, 2010, p. 738 ; J. HAUSER, *RTD civ.*, 2010, p. 765 ; E. LAGARDE, *Dr. fam.*, 2010, p. 143.

⁸⁹⁷ CEDH, 5^{ème} section, 15 mars 2012, *Gas et Dubois contre France*, req. n° 25951/07 ; A. DIONISIPEYRUSSE, *D.*, 2012, p. 1241 ; X. SIFFREIN-BLANC, *AJ fam.*, 2012, p. 220 ; A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *JCP*, 2012, n° 589.

bien qu'il n'existe pas de consensus tangible sur les questions posées. C'est le cas également de l'arrêt *Jäggi contre Suisse* du 13 juillet 2006, relatif au refus d'expertise *post mortem* aux fins d'établissement de la filiation⁸⁹⁸. La Cour avait alors jugé que le prélèvement sur une dépouille était une mesure « *relativement peu intrusive* » au regard de l'« *intérêt vital* » à obtenir des informations sur son identité personnelle, estimant que le droit de reposer en paix devait s'effacer devant le droit de connaître son ascendance. La Cour européenne n'avait donc pas hésité à faire prévaloir sa propre appréciation sur l'arbitrage réalisé par les autorités suisses, là où le Conseil constitutionnel français avait, lui, renvoyé à l'appréciation discrétionnaire du Parlement⁸⁹⁹.

Ce point démontre que les questions de société sont différemment appréciées par les institutions qui les interprètent. Il est des points, non pas seulement délicats, mais non abordés par la loi. Or, le Conseil constitutionnel montre un attachement, dans ces domaines délicats à la lettre du texte constitutionnel. Il ne semblerait pas que ce choix soit un "manque de courage", mais plutôt le choix d'une prudence nécessaire, peut-être même visionnaire, dont le but est de préserver l'essentiel, les droits de l'homme irréductibles, au-delà des particularismes et des revendications individuelles. L'émergence d'un droit constitutionnel de la famille n'est pas remise en cause pour autant puisque de nombreuses QPC en matière familiale sont transmises au Conseil constitutionnel. Celles-ci précisent les conditions d'exercice d'un droit à un recours effectif⁹⁰⁰ ou l'encadrement constitutionnel du droit patrimonial de la famille⁹⁰¹. Le Conseil constitutionnel prend donc le parti de

⁸⁹⁸ Monsieur J.-F. DE MONTGOLFIER le rappelle CEDH, 3^{ème} section, 13 juillet 2006, *Jäggi contre Suisse*, n° 58757/00, RTD civ., 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD ; également commenté par J.-F. DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ Fam.*, 2012, p. 580 civ., 2007, p. 79, obs. J. HAUSER ; *Defr.*, 2008, p. 573, obs. J. MASSIP.

⁸⁹⁹ Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, précitée.

⁹⁰⁰ Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012 sur les conditions de contestations par le Procureur de la République l'acquisition de la nationalité par mariage (art 21-2 et 26-4 du Code civil) et Cons. const., déc. n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012 sur le recours contre l'administration en qualité de pupille de l'Etat (art. L 224-8 CASF) ; précitée.

⁹⁰¹ Cons. const., déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 sur l'attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire et Cons. const., déc. n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012 qui établit la possibilité selon l'art L 624-6 Ccom qu'en cas de procédure collective, la réunion à l'actif en nature de tous les biens acquis pendant la durée du mariage avec les valeurs fournies par le conjoint sans distinction selon la cause de l'apport, son ancienneté, l'origine des fonds ou encore l'activité exercée

respecter scrupuleusement ses prérogatives dans le domaine des droits fondamentaux de la famille. Cette réserve du Conseil constitutionnel ouvre la perspective d'un raisonnement différent offrant la possibilité d'un droit qui, sans interdire le pluralisme, met en valeur un modèle familial, absent du droit positif.

par le conjoint portent une atteinte disproportionnée au droit de propriété au conjoint débiteur. J. HAUSER, « Prestation compensatoire : constitutionnalité de l'attribution d'un bien en propriété », *RTD civ.*, octobre-décembre 2011, n° 4, p. 750 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire jugée conforme à la Constitution sous réserve d'interprétation », *Droit fam.*, octobre 2011, n° 10, p. 27 ; R. OUEDRAOGO, « Constitutionnalité de l'attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire », *LPA*, 30-31 août 2011, n° 172-173, p. 19 ; T. REVET, « La cession judiciaire forcée de biens à titre d'exécution en capital de la prestation compensatoire est conforme à la Constitution à condition d'être subsidiaire à la modalité d'exécution de cette dette au moyen d'un versement de somme d'argent éventuellement garanti par des sûretés », *RTD civ.*, juillet-septembre 2011, n° 3, p. 565.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

269. Régulation juridique des revendications individuelles. La sociologie juridique et la promotion du pluralisme juridique en matière familiale participent de la libéralisation de la notion de famille, confortée par la jurisprudence européenne. Le Conseil constitutionnel, qui fait preuve de prudence dans l'interprétation des droits fondamentaux, contraste avec le droit européen. Cette prudence semble viser à préserver les droits de l'homme irréductibles face à la multiplication des revendications individuelles, liés à la promotion du principe d'autonomie de la volonté.

Cette prudence nécessaire, peut-être même visionnaire, du Conseil constitutionnel offre la possibilité de penser autrement l'élaboration de la loi, avec une place plus grande faite au débat juridique et métajuridique, par une réflexion théorique globale, qui lierait les droits avec les devoirs de l'homme (de solidarité notamment), et les impératifs liés à la communauté. Cette critique se veut constructive, elle doit permettre de trouver le moyen de juguler la parcellisation de la famille. Le préjudice lié à la perte de sens de cette notion dépasse largement la sphère du juridique, pourtant ce phénomène semble réversible. Une solution pourrait être trouvée dans la pratique des Cours européennes. Principales actrices de la transformation de la famille par les droits fondamentaux, force est d'admettre que la régulation de leurs méthodes pourrait peut-être permettre de clarifier la notion de famille.

CHAPITRE 2

LA RÉGULATION DES MÉTHODES DES COURS EUROPÉENNES EN MATIÈRE FAMILIALE

270. Tendance à l'interprétation extensive des droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne appliquent les textes européens de protection des droits fondamentaux, Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de façon extensive. La Cour européenne des droits de l'homme fait produire à la Convention et à ses protocoles additionnels des « *effets protecteurs des droits de l'homme insoupçonnés à l'origine* »⁹⁰². Cette extension conduit à des conflits entre droits fondamentaux, dérivés de la protection de la vie privée et familiale. L'ensemble des principes généraux d'interprétation de la Convention et de la Charte sont autant de méthodes qui permettent une amplification des droits fondamentaux. Ces méthodes sont nombreuses, déjà connues, mais les résultats de leur interaction avec les textes doivent être précisés. Ces méthodes font de l'article 8 le texte de la Convention qui fait l'objet de « *l'interprétation la plus extensive* »⁹⁰³. Certaines décisions donnent à penser que la libéralisation de la notion de famille n'aura pas de terme. Il est vrai que des techniques de modération des droits fondamentaux existent également. Elles sont utilisées pour attester d'une certaine « *retenue judiciaire de la Cour* »⁹⁰⁴, renforcée par la Convention de *Brighton* des 18,

⁹⁰² J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} édition, 2016, p.49. Pour le Professeur SUDRE, « *il ne fait guère de doute que la « vie familiale visée par le texte de 1950 désigne la famille* ». F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 12.

⁹⁰³ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p.93.

⁹⁰⁴ *Loc. cit.*

19 et 20 avril 2012⁹⁰⁵ pour le Conseil de l'Europe, qui prévoit une plus grande réserve de la Cour lorsque le point de législation contesté dans le pays attaqué devant elle ne fait pas l'objet d'un consensus. Ces méthodes, à savoir la référence à la marge nationale d'interprétation et le principe de proportionnalité, ont pour but de ménager les intérêts des États et ceux des individus, ainsi que les intérêts des individus entre eux, et de modérer la tendance à l'interprétation extensive des droits de l'homme en matière familiale. Pourtant, ces techniques présentent des défauts qui remettent en cause leur caractère réellement modérateur et participent d'une amplification ininterrompue des droits fondamentaux (section 1). Ces techniques d'interprétation conduisent à la consécration de droits fondamentaux très discutés⁹⁰⁶. Le déséquilibre qui en découle alimente les conflits de droits fondamentaux et appelle au renforcement de la régulation des méthodes utilisées par les Cours de justice. La hiérarchisation des droits de l'homme pourrait alors être une solution pratique intéressante (section 2).

Section 1. Une amplification ininterrompue des droits fondamentaux dérivés

271. Les méthodes utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme conduisent à une amplification ininterrompue des droits fondamentaux⁹⁰⁷. Sans forcément le dire, la Cour de Justice de l'Union européenne fait de même puisqu'elle intègre aux principes généraux du droit de l'Union la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰⁸. Ces méthodes recouvrent les techniques d'analyse extensives du texte de

⁹⁰⁵ La Conférence de Brighton est la troisième conférence sur l'avenir de la Cour dont le but est de garantir l'efficacité du système de la Convention. Les deux premières conférences ont eu lieu à Interlaken (18,19 février 2010) et Izmir (26, 27 avril 2011).

⁹⁰⁶ Soit parce que leur contenu crée un droit-créance à partir d'une considération qui n'a pas de lien direct avec le droit, comme les questions du commencement et du terme de la vie, soit parce que ces droits sont affectés d'un caractère individualiste réducteur, préjudiciable pour les droits de l'homme, comme l'affirmation du droit au sadomasochisme (CEDH, 1^{ère} section, 17 février 2005, *K.A. et A.D. contre Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99).

⁹⁰⁷ P. WACSHMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, 157.

⁹⁰⁸ Article 6 §3 du Traité sur l'Union européenne : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés*

la Convention européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour (§1) et sont aussi le fait d'une application aléatoire du principe de subsidiarité (§2).

§1. Le recours à des techniques d'analyse extensives

272. Les techniques d'analyse extensive de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁰⁹ peuvent être analysées selon leur caractère expressément (A) ou implicitement extensif (B).

A. Les techniques d'analyse expressément extensives

273. Certaines techniques peuvent être qualifiées d'expressément extensives, car elles privilégient ouvertement l'effectivité des droits de l'homme. Elles sont en quelque sorte la marque de fabrique de la Cour, dont le rôle a été accru par le Protocole n° 11, signé à Strasbourg le 11 mai 1994, et qui a prévu la transformation de la Cour européenne des droits de l'homme en une juridiction permanente unique, composée de juges présents à temps complet⁹¹⁰. Ces techniques les plus influentes sont l'interprétation de la convention (1), les obligations positives (2) et la combinaison des articles 14 et 8 de la Convention (3).

1. L'interprétation de la Convention

274. Affirmer des droits concrets et effectifs. Le droit de la Cour européenne des droits de l'homme d'interpréter la Convention est fondé sur l'article 32 de cette dernière, qui dispose que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions*

fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

⁹⁰⁹ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 405.

⁹¹⁰ Le protocole n°11 portait ainsi restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention qui, à partir du 1^{er} novembre 1998, a organisé le système de contrôle supranational. La suppression de la Commission européenne des droits de l'Homme, ainsi que la réduction du rôle du Conseil des ministres à la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour en sont découlés. Le rôle des juges a été notablement renforcé par cette restructuration, laissant à leur créativité une marge plus importante.

concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles » et qui précise qu'en « *cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide* ». La Cour s'est soumise aux règles classiques du droit international public, énoncées aux articles 31, 32 et 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969⁹¹¹, par un arrêt du 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*⁹¹². Pourtant, malgré un rattachement apparent aux règles d'interprétation générales classiques du droit international public, il faut bien mesurer l'aménagement de ces règles par la Cour de Strasbourg. La doctrine qualifie la Cour de « *championne de l'élargissement des droits garantis par les alinéas premiers et du refoulement corrélatifs des exceptions parfois admises par les alinéas seconds* »⁹¹³. La Cour s'est attaché arrêt après arrêt, à se détacher du texte de 1950, afin de lui permettre d'évoluer dans le sens d'une plus grande affirmation des droits garantis. Il ne s'agit donc plus seulement de protéger ou de préserver les droits fondamentaux de l'homme, mais de conduire leur développement.

Ce déploiement des droits fondamentaux, au-delà du texte de la Convention, est la mission réelle que s'est fixée la Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Airey contre Irlande*⁹¹⁴, du 9 octobre 1979, est révélateur à ce titre puisqu'il formalise le souci qu'a la Cour de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* ». En l'espèce, la requérante cherchait à obtenir un jugement de séparation de corps (cruauté physique et mentale de son mari envers elle et leurs enfants). Faute d'aide judiciaire pour les affaires relevant du droit de la famille et sans ressources financières suffisantes, Mme Airey n'avait pas pu engager cette procédure devant la juridiction irlandaise compétente. Elle invoque la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour déni de droit d'accès à un tribunal. Elle invoque également l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour absence de procédure judiciaire

⁹¹¹ Convention de Vienne, article 31 sur les règles générales d'interprétation des traités, article 32 sur les moyens complémentaires d'interprétation et article 33 sur l'interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues.

⁹¹² CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, n° 4451/70.

⁹¹³ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} édition, 2016, p.50.

⁹¹⁴ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey contre Irlande*, Série A n°32.

accessible en matière familiale. La question qui se pose est celle de savoir si un État peut se voir imposer des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits énoncés dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La Cour va conclure à la violation de l'article 6§1 et à la violation de l'article 8. En l'espèce, le juge européen sanctionne la défaillance de l'État irlandais dans son obligation positive de « *fournir à la requérante une aide judiciaire gratuite dans le cadre d'une procédure civile* ». Effectivement, sans cette aide judiciaire, la requérante n'a pas pu se défendre utilement pour que son devoir de cohabitation soit relevé. La requérante n'a donc pas pu bénéficier d'un droit effectif à la *High Court* pour demander un jugement de séparation de corps.

Depuis l'arrêt *Loizidou contre Turquie* du 23 mars 1995⁹¹⁵, la Cour a même souligné qu'en plus d'être un Traité, la Convention était un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » (§75 de l'arrêt). Elle tire de cette constatation « *son importance et la nécessité de la doter en pratique de l'autorité et du rayonnement qui lui reviennent* »⁹¹⁶. Cette tendance est renforcée par la découverte d'obligations positives mises à la charge des États.

2. Les obligations positives

275. Obligations substantielles ou procédurales. Les obligations positives sont pour la Cour une « *arme décisive* »⁹¹⁷ qui consiste à faire peser sur un État la charge de mesures positives lorsqu'il s'est engagé à l'exécution d'un engagement induit par la Convention. La Cour peut faire peser sur l'État l'obligation d'adopter des mesures « *raisonnables* » et « *adéquates* » pour protéger un droit de manière effective. Ces obligations mises à la charge des États parties peuvent être substantielles ou

⁹¹⁵ Cet arrêt, qui n'a rien à voir avec la matière familiale, est central en ce qu'il détermine l'étendue de la compétence juridictionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la question se pose de savoir si la Cour est compétente pour statuer d'une affaire dont les faits se sont déroulés dans une zone de Chypre du Nord occupée par les Turcs. La Turquie tente de se soustraire à l'application de la Convention en faisant valoir qu'elle n'est dans l'affaire pas une partie, mais un *amicus curiae*, ce que la Cour refuse.

⁹¹⁶ J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », Mélanges LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 95.

⁹¹⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p.50.

procédurales. Il ne suffit donc plus, pour qu'un État respecte ses engagements en matière de droits de l'homme, qu'il ne porte pas atteinte à un droit protégé. La protection passive du droit risquait de rendre la protection des droits illusoire, ou du moins, théorique. Ces obligations positives de l'État sont fondées sur ce que la doctrine appelle « *la théorie de l'inhérence* »⁹¹⁸ par laquelle, une obligation positive⁹¹⁹ est imposée à l'Etat car elle est considérée comme inhérente au droit dont elle assure la protection et l'effectivité⁹²⁰. Cette démarche sous-entend que l'obligation positive a été davantage "découverte", que créée souverainement et arbitrairement par les juges. L'article 8, comme l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹²¹, ont été substantiellement enrichis par les obligations positives, qui ont vocation à les rendre plus opérationnels.

La détermination d'une obligation positive substantielle passe par la simple affirmation par la Cour, dans un arrêt, que cette obligation est inhérente au droit protégé, comme nécessaire à son effectivité. Pour l'article 8, l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁹²² est très significatif, puisqu'il y a été imposé à l'État belge l'obligation d'agir de façon à permettre le développement normal des relations entre parents et enfants en instituant, au paragraphe 31, que « *peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale* ». Cette technique d'analyse a permis un enrichissement certain de l'article 8. Après l'arrêt *Marckx*, c'est l'affaire *X. et Y. contre Pays-Bas* du 26 mars 1985⁹²³ qui a permis d'affirmer le principe selon lequel les obligations positives inhérentes au droit au respect de la vie

⁹¹⁸ F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 37.

⁹¹⁹ D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. SUDRE, *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 21, 1998, p. 133.

⁹²⁰ J. CALLEWAERT, « La CEDH, entre effectivité et prévisibilité », *Mélanges LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 95.

⁹²¹ Droit d'accès effectif à la justice dans l'arrêt *Airey contre Irlande*, vérifier qu'un avocat commis d'office accomplit sa mission correctement (arrêt *Artico contre Italie* du 13 mai 1980) ; informer l'accusé le plus rapidement possible de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (arrêt *Barbera, Messegue et Jabardo contre Espagne* du 6 décembre 1988) ; faire assister gratuitement par un avocat l'accusé qui n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur ; faire assister gratuitement par un interprète l'accusé qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue parlée à l'audience.

⁹²² Arrêt *Marckx*, voir supra n° 50 et 67 de la thèse.

⁹²³ CEDH, 26 mars 1985, *X. et Y. contre Pays-Bas*, n° 8978/80. L'arrêt *Osman contre Royaume-Uni* du 28 octobre 1998 va dans le même sens. La Cour juge l'article 8 applicable à des actes de vandalisme menés par un tiers contre la famille des requérants et leur domicile. (CEDH, 28 octobre 1998, *Osman contre Royaume-Uni*, n°23452/94)

privée et familiale permettent d'adopter des mesures jusque dans les relations entre les individus entre eux, pour rendre effectif le droit au respect de la vie privée⁹²⁴. Le Professeur SUDRE affirme que « *le juge européen a reconstruit le droit garanti par l'article 8 autour de la notion d'obligations positives dont il a systématisé l'usage* »⁹²⁵. Ce mouvement est confirmé par l'arrêt *Ignaccolo-Zenide contre Roumanie*⁹²⁶ du 25 janvier 2000 qui précise au paragraphe 108, dans une affaire d'enlèvement d'enfants, qu'il « *appartient à chaque État de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention* ». Cette technique⁹²⁷ a étoffé l'article 8 selon trois grandes orientations qui concernent l'établissement de la filiation, l'étendue juridique des relations familiales et la séparation des enfants et des parents.

276. Obligations positives liées à l'article 8. Concernant l'établissement de la filiation maternelle, il ressort de l'arrêt *Marckx* que l'article 8 fait peser sur l'Etat, au paragraphe 31, l'obligation d'accorder « *une protection juridique rendant possible*

⁹²⁴ Dans l'affaire *X. et Y. contre Pays-Bas*, un père veut porter plainte contre le violeur de sa fille, ne pouvant le faire elle-même à cause d'un handicap mental qui fait psychiquement d'elle une enfant. Le Code pénal néerlandais ne prévoyait pas que des poursuites puissent être entamées pour agressions sexuelles suite à une plainte déposée non par la victime, mais par son père. Le père saisit la Cour européenne des droits de l'homme en soutenant que le droit à la vie privée de sa fille n'a pas été protégé, ni sa vie familiale puisque son père ne peut pas agir pour elle. Il fait également valoir qu'elle a subi des traitements inhumains et dégradants (interdits par l'article 3 de la Convention) du fait de son agression. Les Pays-Bas ont été condamnés du fait de cette lacune législative.

⁹²⁵ F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 38.

⁹²⁶ CEDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide contre Roumanie*, n° 31679/96. Lorsqu'un parent ravisseur ne remet pas volontairement un enfant dont le retour a été judiciairement ordonné, l'exécution implique des mesures coercitives. En l'espèce, un père roumain obtient en France la garde de ses filles, de mère française et part s'installer aux Etats-Unis. La mère ne peut exercer son droit de visite. Elle obtient en France une décision de garde de ses enfants. Le père refuse d'exécuter les décisions, malgré la reconnaissance de la décision française par une cour d'appel californienne. Le père part en Roumanie avec les enfants et les cache, il obtient en Roumanie la garde des enfants. La mère a rencontré ses filles une fois en sept ans, celles-ci l'ont rejetée, la mère a donc cessé son combat judiciaire. Elle saisit néanmoins la Cour Européenne des Droits de l'Homme d'une demande fondée sur l'idée que les autorités roumaines avaient violé son droit à une vie familiale, au sens de l'article 8 de la Conv. EDH, en négligeant de prendre les mesures nécessaires à l'exécution des décisions lui accordant la garde de ses filles.

⁹²⁷ F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Mélanges RYSDALL*, Carl Heymanns Verlag K.G. 2000, p. 1359.

dès sa naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille»⁹²⁸. Pour la filiation paternelle, l'obligation positive implique, depuis l'arrêt *Kroon* du 27 octobre 1994 de permettre à un père naturel de combattre la présomption de paternité, afin de faire prévaloir la paternité biologique sur la paternité juridique⁹²⁹. En ce qui concerne l'étendue juridique des relations familiales, l'article 8 comporte aussi l'obligation pour l'État de définir dans son ordre juridique interne les règles permettant d'intégrer un enfant né hors mariage dans la famille de ses auteurs, qu'il soit adultérin ou naturel. En matière de séparation des parents, l'article 8 permet enfin de faire peser sur l'État l'obligation positive de prendre les mesures propres à réunir un enfant et un parent. Cette obligation a donné lieu à de nombreuses applications, pour la mise en œuvre du droit de visite ou l'assistance éducative. Les services sociaux doivent être diligents et ne pas faire échec aux mesures de réunion des parents avec leurs enfants. Les parents doivent se voir fournir des explications précises concernant les mesures de placement décidées pour leurs enfants.

D'autres obligations positives sont imposées dans des domaines variés, concernant l'accès aux informations personnelles relatives à sa petite enfance⁹³⁰, la cessation ou la réduction des pollutions⁹³¹, l'obligation de fournir une aide financière à des parents dont l'enfant est lourdement handicapé, ou l'aide à un détenu pour entretenir des contacts avec sa famille proche⁹³². Ces enrichissements sont le fait de

⁹²⁸ Arrêt *Marckx*, voir supra n° 50 et 67 de la thèse.

⁹²⁹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les concubinages. Diversités et symboliques », in *Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI*, Litec, 2002, p. 603 ; CEDH, *Chambre*, 27 octobre 1994, *Kroon et autres contre Pays-Bas*, req. n°18535/91, voir n° 55 de la thèse.

⁹³⁰ CEDH, Cour plénière, 7 juillet 1989, *Gaskin contre Royaume-Uni*, n° 10 454/83 ; P. LAMBERT, « Le droit d'accès aux documents administratifs personnels », *RTDH*, 1990, p. 361 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1989 à 1991 », *AFDI*, 1991, p. 604.

⁹³¹ CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, n° 16798/90 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, p. 3823. Dans cet arrêt, des mesures positives sont mises à la charge de l'Etat pour rendre effectif le droit au respect du domicile en agissant contre les émanations nauséabondes d'un établissement polluant.

⁹³² CEDH, 28 septembre 2000, *Messina contre Italie*, n° 25498/94. Des obligations procédurales ont également été formalisées et permettent une protection plus large que celles découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, permettant un juste respect de la vie familiale. L'arrêt *T.P. et K. M. contre Royaume-Uni* du 10 mai 2001.

la « *propre autorité* »⁹³³ du juge européen, sans recherche d'un consensus, d'un dénominateur commun, ou d'une évolution effective formalisée.

Le développement de ces obligations positives a également donné lieu à l'applicabilité de la Convention entre particuliers. L'arrêt *Young, James, et Webster contre Royaume-Uni* du 13 août 1981⁹³⁴ est à l'origine de la découverte de cet effet horizontal de la Convention inspirée par la théorie allemande de la *Drittwirkung*⁹³⁵. Les États peuvent même être tenus de modifier leurs législations si une règle permet à un particulier de violer les droits de l'homme d'un autre particulier. Le manquement à une telle obligation positive peut conduire à une responsabilité internationale de l'État du fait d'un individu ressortissant de cet État. Dans l'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre* du 13 juillet 2004, la Cour s'est même reconnue compétente pour interpréter les actes juridiques privés, dont le contrat⁹³⁶. Dans cet arrêt, une clause testamentaire, qui réservait la transmission d'une succession à un enfant ou petit-enfant né d'un « mariage légitime ou canonique », avait été interprétée par le juge national comme réservant la succession aux enfants biologiques et comme excluant par suite les enfants adoptifs. La Cour a considéré que la distinction en question - telle qu'elle a été opérée par le testateur et telle qu'elle a été interprétée et appliquée par le juge interne - est contraire à l'interdiction de la discrimination en matière de droits de caractère civil entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. L'obligation de respecter l'article 14 pèse sur les particuliers, ce qui signifie que la Convention joue entre les particuliers eux-mêmes. Du point de vue international, la Cour exige d'un État contractant que sa réglementation interne donnant effet aux actes de droit privé respecte certains

⁹³³ F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 40.

⁹³⁴ CEDH, 13 août 1981, *Young, James, et Webster contre Royaume-Uni*, n° 7601/76 et 7806/77. Cet arrêt concerne la pratique anglo-saxonne du *closed shop* selon laquelle un employeur ne peut employer qu'un salarié syndiqué. Le refus de se syndiquer pour des raisons autre que prévues par l'accord de *closed shop* donne lieu à un licenciement sans indemnités. Cette pratique a été considérée contraire aux articles 9, 10 et 11 de la convention européenne des droits de l'homme protégeant les libertés de conscience, d'expression, de réunion et d'association.

⁹³⁵ O. BEAUD, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande », *Jus Politicum*, n° 10. En ligne à l'adresse <http://juspoliticum.com/article/Les-obligations-imposees-aux-personnes-privées-par-les-droits-fondamentaux-Un-regard-francais-sur-la-conception-allemande-737.html>.

⁹³⁶ CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau contre Andorre*, n°69498/01. Voir aussi : CEDH, 16 décembre 2008, *Kurshid Mustafa et Tarzibachi contre Suède*, n° 23883/06.

principes énoncés par la Convention. Il pèse donc sur l'État l'obligation positive de compléter son droit interne de façon à ce que les actes de droit privé s'élaborent en conformité avec la Convention. La Cour limite le déploiement de cet effet horizontal, qui peut augmenter les conflits de droits individuels, mais cette méthode n'en est pas moins existante.

277. Limites. En revanche, selon les circonstances, le juge européen peut hésiter à mettre à la charge d'un État une obligation positive. Il va alors se fonder sur l'absence de principes communs dans les droits nationaux internes pour justifier son immobilisme. Dans ces cas-là, la Cour décrète qu'elle ne peut procéder à une interprétation évolutive, en raison de la diversité des solutions nationales. De ce fait, l'État est censé disposer d'une large marge d'appréciation. La surprise réside dans le choix discrétionnaire opéré par la Cour, qui distingue les domaines où il existe un « *dénominateur commun* » et ceux où il n'en existe pas. Il semblerait que l'interprétation consensuelle soit une manière de ne pas enregistrer d'évolution « *quant à l'élargissement du contenu du droit* »⁹³⁷. Le mouvement dominant est celui de l'interprétation extensive de la Convention par la création d'obligations positives, encore renforcé par le recours à la combinaison des articles 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

3. La combinaison des articles 14 et 8 de la Convention

278. Non-discrimination. Un autre outil consiste en la combinaison de l'article 14 de la Convention, interdisant la discrimination, avec l'article 8 ou 12 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection de la vie familiale et le droit de se marier. L'article 14 en lui-même ne peut pas suffire à lutter contre la discrimination, mais nécessite pour être effectif d'être combiné à d'autres articles de la Convention. Combiné à l'article 8, l'article 14 élargit notablement le domaine de la protection de la vie privée et familiale. Ce rôle autonome dévolu à l'article 14, combiné à d'autres articles de la Convention, a été institué par l'arrêt *affaire*

⁹³⁷ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 45.

linguistique belge du 23 juillet 1968⁹³⁸ et confirmé, en matière familiale, dans le très célèbre arrêt *Marckx contre Belgique*⁹³⁹ du 13 juin 1979. Dans l'arrêt *Marckx*, l'article 14 confirme, en les prohibant, les discriminations fondées sur la naissance. L'article 8 vaut donc pour la vie familiale au sein de la famille naturelle comme au sein de la famille légitime, par le biais de l'article 14⁹⁴⁰.

La même démarche sous-tend l'arrêt *Mazurek contre France*⁹⁴¹ du 1^{er} février 2000 qui précise en son § 48 qu'au « regard de l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle manque de « justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Il découle de cet arrêt que la condition d'enfant adultérin du requérant ne justifie pas une réduction de sa part de succession, au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour européenne des droits de l'homme est claire, si elle considère « légitime, voire méritoire, de soutenir et encourager la famille traditionnelle »⁹⁴², c'est à condition que ces mesures n'aboutissent pas à léser la famille naturelle. L'arrêt *Inze contre Autriche* du 28 octobre 1987 précise en son §41 que seules de très fortes raisons pourraient « amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage »⁹⁴³. Il en est de même dans l'arrêt *Burghartz contre Suisse*⁹⁴⁴ du 22 février 1994 en matière d'égalité

⁹³⁸ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, n° 474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64. Dans cette affaire, la loi belge qui interdit aux enfants francophones d'accéder aux écoles françaises situées dans six communes de la périphérie de Bruxelles, fait obstacle au droit à l'instruction des enfants, discriminés pour des raisons de langue, la seule langue autorisée étant le néerlandais. Cet arrêt précise l'étendue du droit à l'instruction et les modalités d'application du droit à la non-discrimination, sensiblement étendu.

⁹³⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, n° 6833/74. Voir supra n° 45, 62, et 368.

⁹⁴⁰ Analyse éclairante de cet arrêt par A. GOUTTENOIRE, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis droit, 7^{ème} édition mise à jour, PUF, 2015, p. 570 et s.

⁹⁴¹ CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek contre France*, n° 34406/97. Voir supra n° 62 de la thèse.

⁹⁴² §50 de l'arrêt *Marckx contre Belgique*.

⁹⁴³ CEDH, 28 octobre 1987, *Inze contre Autriche*, n° 8695/79. En l'espèce, une loi prévoyait que la transmission des exploitations agricoles était fondée sur la légitimité de la filiation des héritiers. Une telle désignation de l'héritier a été jugée contraire à l'article 14 (combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1) de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁹⁴⁴ CEDH, 22 février 1994, *Burghartz contre Suisse*, n° 16213/90 ; « Choix du nom d'un couple binational : condamnation de la Suisse – Cour européenne des droits de l'homme 9 novembre 2010 », *D.*, 2011, p. 804 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'adjonction de son patronyme par le mari au nom commun de la famille emprunté à sa femme et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 1995, p. 5 ; A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « La possession du nom patronymique », *D.*,

des époux dans le choix du nom de famille. L'arrêt *Haufmann contre Autriche*⁹⁴⁵ du 23 juin 1993 utilise un raisonnement similaire. L'Autriche y a été sanctionnée pour avoir opéré une discrimination fondée sur la religion en refusant l'autorité parentale à une mère qui appartenait au groupement des Témoins de Jehovah. L'arrêt *Salgueiro contre Portugal*⁹⁴⁶ du 21 décembre 1999 illustre encore l'efficacité de l'article 14 combiné à l'article 8 en précisant que le refus d'attribuer l'autorité parentale à un parent à cause de son orientation sexuelle est une discrimination.

279. Discrimination examinée à titre principal. La Cour européenne des droits de l'homme a même tendance, comme l'atteste cet arrêt, à étudier la question de la discrimination à titre principal, sans examiner séparément et prioritairement la violation d'un droit principal⁹⁴⁷. L'efficacité de cette combinaison trouve des limites dans la nécessité, pour pouvoir se plaindre d'une discrimination, de se trouver dans une situation comparable à celle de quelqu'un d'autre, ce qui explique l'échec du recours effectué dans l'arrêt *Gas et Dubois contre France*⁹⁴⁸ du 15 mars 2012 par une femme homosexuelle qui voulait adopter l'enfant de sa partenaire.

La combinaison de l'article 14 avec un autre article de la Convention, l'article 1 du Protocole n°1, a encore trouvé à s'appliquer en matière familiale dans l'arrêt *Andrle contre République tchèque*⁹⁴⁹ du 1^{er} décembre 2011 qui statuait sur la question de l'inégalité entre homme et femme dans la prise en compte, pour le calcul

1998, chron., p. 39 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, 3823. Voir supra n° 60 de la thèse. En l'espèce, un homme qui aurait choisi le nom de sa femme comme patronyme pour la famille peut également conserver son nom.

⁹⁴⁵ CEDH, 23 juin 1993, *Haufmann contre Autriche*, n° 12875/87. Dans cet arrêt, il y a eu violation des articles 8 et 14 de la Convention, car la mère s'était vu refuser l'autorité parentale sur le seul motif de son appartenance religieuse au Témoins de Jehovah.

⁹⁴⁶ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro contre Portugal*, n° 33290/96.

⁹⁴⁷ Le champ d'application de l'article 14 est étendu et même appliqué à des droits additionnels, comme le droit à l'adoption dans l'arrêt *E.B. contre France* du 22 janvier 2008 (CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. contre France*, n° 43546/02).

⁹⁴⁸ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois contre France*, n° 25951/07 ; I. GALLMEISTER, « Adoption au sein du couple homosexuel: *CEDH v. Conseil constitutionnel* », *D. Actualités*, 8 octobre 2010 ; D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.*, 2012, p. 1992 ; A. DIONISI-PEYRUSSE « Adoption au sein du couple homosexuel : pas de condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme 15 mars 2012 », *D.*, 2012, p. 1241 ; X. SIFFREIN-BLANC, *AJ fam.*, 2012, p. 220 ; A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *JCP*, 2012, n° 589.

⁹⁴⁹ CEDH, 1^{er} décembre 2011, *Andrle contre République tchèque*, n° 6268/08.

de l'âge de départ à la retraite, de l'éducation des enfants. L'efficacité de cette combinaison est encore attestée par l'arrêt *Konstantin Markin contre Russie*⁹⁵⁰ du 22 mars 2012 qui traite de la question du congé parental ou par l'arrêt *Fabris contre France* du 7 février 2013⁹⁵¹. Le droit à la non-discrimination est un moteur puissant d'interprétation extensive des droits de l'homme, encore complétée par des techniques plus discrètes.

B. Les techniques d'analyse implicitement extensives

280. En plus des techniques d'analyse expressément extensives qui élargissent le champ des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, d'autres moyens plus subtils servent ce même intérêt, dont l'interprétation étroite des dérogations induites par les paragraphes seconds des articles de la Convention (1) et l'autonomie des termes de la Convention (2).

1. L'interprétation étroite des dérogations

281. Paragraphe second de l'article 8. Les paragraphes seconds qui composent les articles de la Convention prévoient de limiter la reconnaissance des droits de l'homme, mais sont souvent interprétés restrictivement. C'est notamment le cas de celui de l'article 8 qui dispose qu'il « *ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est*

⁹⁵⁰ CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Martin contre Russie*, n° 30078/06. Dans cette affaire qui débute en 2005, un militaire russe qui avait obtenu la garde de ses trois enfants avait sollicité, juste après la naissance du dernier de ceux-ci, un congé parental de trois ans, comme les femmes militaires. Les autorités militaires ne lui accordèrent qu'un congé de trois mois au motif que celui de trois ans était réservé aux seules femmes militaires (§ 42 à 48). En 2006, l'armée russe lui a accordé, à titre gracieux, un congé parental de deux ans ainsi qu'une aide financière substantielle en raison notamment « *de [ses] difficultés familiales, de la nécessité d'élever trois enfants mineurs et de l'absence d'autre source de revenu* » (§ 31). La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie, car cette décision a été remise en cause par les juridictions militaires et la Cour constitutionnelle russe. L'arrêt ne condamne pas la Russie, mais souligne l'importance du combat contre les stéréotypes de genre. Des distinctions peuvent être établies pour réduire un congé parental, tel que la rareté d'une qualification, mais pas en vertu du sexe.

⁹⁵¹ CEDH, 7 février 2013, *Fabris contre France*, n° 16574/08. Voir supra n° 56 de la thèse (sur la question de la remise en cause de la succession d'un enfant adultérin).

nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Les limites aux droits de l'homme sont strictement envisagées. Une dérogation ne peut être considérée comme prévue par la loi que s'il existe une base légale en droit français, qui est accessible aux personnes concernées et qui doivent être en mesure d'en prévoir les conséquences. Ce terme de base légale est interprété dans un sens souple, intégrant le droit écrit et non écrit. Au sens de la Convention, la « *loi matérielle* » désigne l'ensemble du droit en vigueur, législatif, réglementaire ou jurisprudentiel.

282. Qualité de la loi dérogeant aux droits de l'homme. Cette vision large de la loi semble élargir les bases sur lesquelles les autorités nationales peuvent limiter l'exercice des droits, ce qui est à relativiser dans la mesure où la loi pouvant justifier une dérogation doit présenter des caractéristiques spécifiques de « qualité ». La qualité de la loi est explicitée par l'arrêt *Sunday Times*⁹⁵² qui envisage l'accessibilité et la prévisibilité de la loi. L'accessibilité désigne le support écrit de la loi qui doit être accessible, et non la compréhension du texte. L'exigence de prévisibilité concerne la précision de la loi et sa clarté pour les praticiens du droit, dont le justiciable est supposé s'entourer. Ensuite, l'ingérence doit être nécessaire dans une société dont le régime politique est véritablement démocratique (élections, séparation des pouvoirs, lieu d'organisation de la vie publique), respectueux de la liberté et de la prééminence du droit. La Cour exerce dans ce cadre un contrôle d'opportunité en mesurant la limite à imposer à la marge nationale d'appréciation d'un État.

⁹⁵² CEDH, 6 novembre 1980, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, n° 6538/74 ; R. PELLOUX, « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1979 », *AFDI*, 1980, p. 311 ; A. SPIELMANN, « Cour européenne des droits de l'homme », *ADL*, 1992, p. 284. L'affaire portait sur l'interdiction faite au *Sunday Times* de publier des informations sur les procédures civiles en cours intentées par les parents d'enfants nés avec de graves malformations du fait de l'absorption de thalidomide par des femmes enceintes. La Cour a conclu à une violation de l'article 10 (liberté d'expression). C'est le premier arrêt concernant la liberté d'expression et d'information par voie de presse. La décision précise que limiter la liberté d'expression est une ingérence, et l'Etat doit prouver que celle-ci est « *nécessaire dans une société démocratique* », qu'elle correspond à un « *besoin social impérieux* », qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi et que les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants (§62).

L'interprétation étroite des dérogations participe de la tendance à l'interprétation extensive de la Convention européenne des droits de l'homme, encore renforcée par l'interprétation autonome des termes de la Convention.

2. L'autonomie des termes de la Convention

283. Interprétation autonome. La technique de l'interprétation autonome des termes de la Convention vise à « *donner à certaines notions de la Convention un contenu et un domaine propres, indépendants des catégories du droit national en cause* »⁹⁵³, lesquelles sont prise en compte, mais dont la valeur est relativisée. Cette technique a vocation à donner aux termes de la Convention un sens général afin de coïncider avec la tradition juridique de chaque État. Il s'agit donc de créer des notions aux contours suffisamment larges afin de « *garder la maîtrise du champ d'application de la Convention et de ne pas le voir restreint par l'effet de certaines appellations ou distinctions purement nationales* »⁹⁵⁴. À la lumière de ces considérations, il semblerait d'une certaine façon que la notion de famille entre dans le champ de l'interprétation autonome entrepris par la Cour européenne des droits de l'homme. La référence à la *vie familiale* a permis la largesse d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, devenue progressivement une notion autonome des droits nationaux. L'interprétation européenne de la famille domine les interprétations nationales, comme pour les termes de « *magistrat* », de « *tribunal* » ou de « *détention* ».

284. Autonomie du terme famille. L'autonomie du terme famille est corroborée par le fait que la Convention est interprétée « *à la lumière des conditions d'aujourd'hui* », selon la formulation fameuse de l'arrêt *Marckx contre Belgique*⁹⁵⁵. L'interprétation évolutive de la Convention est admise théoriquement et pratiquement. Même la volonté des États de ne pas faire entrer un droit dans la

⁹⁵³ J. CALLEWAERT, « La CEDH, entre effectivité et prévisibilité », *Mélanges LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 95.

⁹⁵⁴ *Loc. cit.*

⁹⁵⁵ Arrêt *Marckx*, voir supra n° 50, 67, 373 et 379.

Convention européenne des droits de l'homme n'est plus une limite à l'interprétation évolutive et autonome. Les progrès techniques et le changement des mœurs sont pris en compte et les transformations sociales induisent des transformations juridiques, la Cour invoque alors un degré de consensus⁹⁵⁶ suffisant ou « *un dénominateur commun au système juridique des États membres* »⁹⁵⁷ pour inventer une signification à un terme de la Convention. Il semblerait que la notion de famille en soit un nouvel exemple. Le terme famille en droit européen des droits de l'homme a été mué en vie familiale ou familles, au pluriel. Le couple marié et ses enfants n'est pas le standard européen en la matière.

285. Métamorphose irréversible ? La question se pose de savoir si cette métamorphose est irréversible, la Cour peut-elle défaire ce qu'elle a fait ou modifier l'interprétation donnée à une notion ? Les conditions de revirement, strictement encadrées par l'arrêt *Cossey contre Royaume-Uni* du 27 septembre 1990⁹⁵⁸ et précisées par l'article 30 de la Convention européenne des droits de l'homme, sont facilitées, dans le sens de l'interprétation évolutive, par l'arrêt de Grande Chambre *Demir et Baykara contre Turquie* du 12 novembre 2008⁹⁵⁹. Dans un souci de cohérence, le caractère irréversible des grands revirements de jurisprudence est parallèlement affirmé dans l'arrêt *Herrman contre Allemagne* du 26 juin 2012⁹⁶⁰. La

⁹⁵⁶ F. SUDRE, « La mystification du consensus européen », *JCP G.*, n° 50, 2015, doctr. 1369.

⁹⁵⁷ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen contre Danemark*, n° 8777/79 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984 », *AFDI*, 1985, p. 403, 412 et 414.

⁹⁵⁸ Cet arrêt porte sur le transsexualisme, la Cour redit qu'une « *opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé* » (§ 40). Elle note en outre qu'une annotation dans le registre des naissances ne représenterait pas une solution appropriée. L'arrêt se place dans la solution déjà donnée en la matière dans l'arrêt *Rees contre Royaume-Uni* du 17 octobre 1986. Il n'y a donc pas violation de l'article 8 de la Convention. Il n'y a pas non plus violation de l'article 12. L'attachement au concept traditionnel du mariage est pour la Cour un « motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage » et il revient aux États de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier.

⁹⁵⁹ La Cour avait alors décidé qu'un État, qui n'a pas ratifié un texte international, peut se le voir appliquer, dans la mesure où les instruments internationaux applicables à un domaine attestent d'une communauté de vue dans les sociétés modernes.

⁹⁶⁰ CEDH, 26 juin 2012, *Herrman contre Allemagne*, n° 9300/07. En l'espèce, la Cour a considéré que l'obligation faite aux propriétaires fonciers allemands de tolérer la chasse sur leurs terres a imposé à ceux qui sont opposés à cette pratique pour des raisons éthiques une charge disproportionnée. Cette décision est dans la lignée des arrêts rendus en France et au Luxembourg au

Cour a choisi d'affirmer que, dès lors que ses arrêts avaient provoqué de nombreuses modifications normatives dans les États membres du Conseil de l'Europe, il n'était pas envisageable de les modifier. La notion de famille, à la lumière de ces arrêts, semble donc être attachée de façon irréversible⁹⁶¹ à l'interprétation extensive de la notion de vie familiale⁹⁶². La Cour européenne des droits de l'homme a donc encore un avenir interprétatif prometteur, qui est encore affirmé par l'application aléatoire qui est faite de la marge nationale d'appréciation.

§2. L'application aléatoire de la marge nationale d'appréciation

286. Les techniques d'analyse extensives, protectrices de l'individu, sont en principe équilibrées par des techniques d'analyse modératrices, plus protectrices de la collectivité et laissant à l'Etat la primeur dans l'application des droits de l'homme à l'échelle nationale. La marge nationale d'appréciation est une application du principe de subsidiarité qui est censée modérer l'analyse extensive des droits de l'homme (A), mais sa mise en œuvre par la Cour est largement discutée (B).

A. Une technique *a priori* respectueuse du principe de subsidiarité

287. Objectif de préserver la diversité culturelle des États membres. Les législateurs et juridictions de chaque État membre du Conseil de l'Europe conservent, conformément à l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni* du 7 décembre 1976⁹⁶³, la

sujet de la chasse (CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou contre France*, n° n° 25088/94, n°28331/95, n°28443/95).

⁹⁶¹ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p.61. Ces techniques d'analyse plus implicitement extensives sont encore en passe d'être étoffées par la technique de « *l'espérance légitime* », qui permet de justifier des interprétations inédites du droit garanti. Ses applications en droit de la famille sont rares, mais son utilisation est latente. Ce concept a notamment permis l'extension de l'article 8 de la Convention à la protection du droit à l'image dans l'arrêt *Von Hannover contre Allemagne* du 24 juin 2004 (CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover contre Allemagne*, n° 59320/00). La doctrine considère que l'espérance légitime « *est en passe de devenir un nouveau concept amplificateur qui pourrait influencer l'interprétation de beaucoup d'autres articles de la Convention* ».

⁹⁶² M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale, et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, p. 774.

⁹⁶³ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, n° 5493/72 ; P. ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, 1978, p. 706 ; A. SPIELMANN, « La liberté d'expression et ses limites », *ADL*, 1991, p. 272. L'arrêt énonce que « *le*

primeur quant aux choix des moyens juridiques internes pour assurer le respect de la Convention, ce qui est une application du principe de subsidiarité, « *ainsi que l'illustre sur le plan procédural la règle classique de l'épuisement des voies de recours interne* »⁹⁶⁴. Comme son nom l'indique, est subsidiaire ce qui n'a vocation qu'à agir en second lieu, au cas où l'agent principal ferait défaut. Dans cette configuration, en matière de respect des droits de l'homme, le second agent est la Cour européenne et l'agent principal est l'État. Ce principe doit permettre de concilier les intérêts du Conseil de l'Europe à la construction européenne et les intérêts des États, dans le respect du pluralisme juridique. La préservation de la diversité culturelle des États membres est un objectif affiché de la Cour, censée ne pas outrepasser une certaine limite qui est celle de l'expression du peuple souverain par *referendum*, afin de ne pas attiser les critiques politiques.

La déclaration de *Brighton* a conduit à l'ajout, à la fin du Préambule de la Convention, de la mention selon laquelle il « *incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir les lois et libertés définies dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme* ». Le protocole d'amendement a été très peu ratifié par les Etats, il n'est en plus pas un article supplémentaire de la Convention et il n'ajoute rien aux arrêts *Handyside* et *Austin contre Royaume-Uni*⁹⁶⁵ du 15 mars 2012 rappelant l'importance du principe de subsidiarité. Pourtant, la nécessité du respect de la marge nationale d'appréciation y est réaffirmée et une part de la doctrine craint des relents nationalistes, « *dicté(s) par un retour aux racines chrétiennes de l'Europe* »⁹⁶⁶. Ce principe de respect de la marge nationale d'appréciation des États est critiqué⁹⁶⁷ par les fervents défenseurs de la Cour européenne des droits de

mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » (§48).

⁹⁶⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 210.

⁹⁶⁵ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, n° 5493/72 ; P. ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, 1978, p. 706 ; A. SPIELMANN, « La liberté d'expression et ses limites », *ADL*, 1991, p. 272.

⁹⁶⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 68. L'auteur fait notamment allusion aux arrêts *Lautsi contre Italie* du 18 mars 2011 et A, B, et C contre Irlande du 16 décembre 2010.

⁹⁶⁷ P. LAMBERT, « Les restrictions à la liberté de la presse et la marge d'appréciation des Etats au

l'homme qui considèrent que le principe, « *modérateur dans son inspiration (...)* pourrait dégénérer en principe destructeur dans son application »⁹⁶⁸. Le contrôle de proportionnalité de la marge nationale d'appréciation dépend de trois paramètres différents que sont la nature du droit en cause, le but poursuivi par la restriction au droit et la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États. Le problème de ce contrôle du bon usage par l'État de sa marge nationale d'appréciation est son caractère aléatoire et subjectif, pour ne pas dire arbitraire.

B. Une technique discutée

288. Marge nationale d'appréciation étendue ou rétrécie. La méthode du contrôle est exprimée par divers arrêts tels *Vogt contre Allemagne* du 25 septembre 1995⁹⁶⁹ ou *Young, James et Webster contre Royaume-Uni* du 13 août 1981⁹⁷⁰. Il faut que l'État ait usé de son pouvoir d'appréciation de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. En effet, en cas de contrôle, la Cour recherche si l'État défendeur a admis une ingérence proportionnée au but légitime poursuivi. L'ingérence doit être analysée à l'aune de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués pour la justifier sont pertinents et suffisants. La Cour vérifie également que la mesure de l'État n'a pas porté atteinte à

sens de la jurisprudence de Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 155.

⁹⁶⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p.68.

⁹⁶⁹ CEDH, 25 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, n° 17851/91 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, p. 485 ; M. LEVINET, « L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Réflexions sur les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1997, p. 999. Dans cette affaire, une enseignante allemande avait été révoquée du fait de son appartenance au parti communiste (*Vogt contre Allemagne*, 28 septembre, 1995). La Cour précise que « *les fonctionnaires ne sortent pas du champ d'application de cet instrument* », au nom du principe de non-discrimination. La liberté d'expression s'applique donc à l'égard des fonctionnaires, comme à tout individu. L'obligation de réserve est considérée comme une « ingérence » au droit à la liberté d'expression. Elle est cependant justifiée lorsque l'autorité publique respecte des conditions strictes et précises.

⁹⁷⁰ CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*, n°7601/76 et n° 7806/77 (Voir supra n° 376 de la thèse) ou encore CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt contre Belgique*, n°9267/81 ; G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme-chronique de jurisprudence 1980-1981 », *CDE*, 1982, p. 226 ; R. PELLOUX, « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1981 », *AFDI*, 1982, p. 220 ; P. ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, 1982, p. 220.

la substance du droit garanti⁹⁷¹. En règle générale, la marge d'appréciation des États est étendue lorsqu'ils sont tenus à des obligations positives ou lorsque la situation présente une particulière complexité⁹⁷². La marge est en revanche rétrécie lorsqu'il existe un consensus entre les États. Deux domaines sont très peu enclins à la marge nationale d'appréciation : en matière d'ingérence dans l'intimité de la vie privée et de la liberté d'expression.

La marge nationale d'appréciation reste ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre les intérêts privés concurrents, se prévalant de droits identiques qui entrent en conflit, dont l'affaire *Evans contre Royaume-Uni*⁹⁷³ est une illustration. Le Royaume-Uni a pu apprécier l'agencement du droit pour la femme de devenir mère et pour l'homme de ne pas devenir père. La Cour pratique une interprétation consensuelle pour encadrer la marge nationale d'appréciation⁹⁷⁴. La recherche d'un « dénominateur commun » tient le rôle « d'élément de mesure objectif de la marge d'appréciation d'un État »⁹⁷⁵. L'absence de consensus ouvre la voie à une large marge d'appréciation. Inversement, la présence d'un dénominateur commun réduit la marge d'appréciation de l'État. L'interprétation consensuelle est alors évolutive, en limitant la marge d'appréciation discrétionnaire de l'État et en renforçant la protection des droits garantis. En matière d'égalité de traitement entre enfants nés hors mariage et dans le mariage, la présence de principes juridiques communs a réduit la marge d'appréciation de l'État. Les législations nationales ne peuvent donc plus distinguer les enfants en raison de leur naissance, ce qui conduit à diminuer la

⁹⁷¹ La marge nationale d'appréciation semble élargie par le Protocole n° 15.

⁹⁷² F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 21, 1998.

⁹⁷³ CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans contre Royaume-Uni*, n°6339/05 ; L. AZOUX BACRIE, « Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable - A propos de l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni* du 10 avril 2007 », in Krenc (F.) et Puéchavy (M.) (éd.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis et Bruylant, 2008 ; N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 879 ; H. LABAYLE et F. SUDRE, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *RFDA*, 2007, p. 1040.

⁹⁷⁴ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des Gouvernements dans l'interprétation de la CEDH », *Mélanges WIARDA*, Carl HEYMANNS Verlag KG, 1988, p. 214.

⁹⁷⁵ F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 49.

reconnaissance des familles légitimes et la prééminence du modèle familial traditionnel.

289. Pouvoir discrétionnaire du juge européen. La doctrine, toutes tendances confondues, affirme sans hésitation que la Cour européenne des droits de l'homme « a dépassé les limites de l'interprétation classique d'un traité international, s'affranchissant de la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, pour faire véritablement œuvre créatrice »⁹⁷⁶. Pour certains, l'interprétation consensuelle n'est que « le masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen »⁹⁷⁷. Il est en effet des cas où malgré l'absence de consensus européen, la Cour réduit à néant la marge d'appréciation des États, comme ce fût le cas dans l'arrêt *Goodwin* qui a reconnu le droit au mariage pour les transsexuels. La Cour peut aussi ignorer un consensus européen émergent et reconnaître à l'État une marge nationale d'appréciation au motif que le consensus des États n'est pas suffisamment solide sur la question. Ce fût le cas au sujet de la procréation médicalement assistée dans l'affaire *S.H. et autres contre Autriche* du 3 novembre 2011⁹⁷⁸. Elle peut même aller à l'encontre d'un dénominateur commun

⁹⁷⁶ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 53. L'auteur poursuit en précisant que « qualifier de « vie familiale » des « relations de facto », incorporer la protection de l'environnement dans la notion de « vie privée et familiale », découvrir des obligations positives procédurales dans un texte qui se borne à encadrer les ingérences dans un droit substantiel, ne relève ni d'une interprétation « ordinaire » de la Convention ni d'une interprétation consensuelle, qui se limiterait à enregistrer les convergences des droits nationaux. Si l'interprétation de l'article 8 peut être dite « évolutive », car visant à assurer la modernité de la Convention » en lui donnant « un sens adapté aux réalités contemporaines », c'est en prenant soin de préciser que cette interprétation ne s'appuie nullement sur une évolution commune des droits internes mais procède de la seule volonté du juge européen ».

⁹⁷⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13^{ème} édition, 2016, p. 239.

⁹⁷⁸ CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. et autres contre Autriche*, n° 57813/00. La Cour Considère en Grande Chambre que l'interdiction de la fécondation *in vitro* avec donneur par la législation autrichienne ne viole pas le droit à la vie privée et familiale. Deux couples sont concernés par cette affaire. Le premier couple souhaite obtenir un don de sperme, car le mari est stérile, tandis que le second souhaite bénéficier d'une fécondation *in vitro* avec don d'ovocyte, car la mère a un problème d'ovulation. La loi autrichienne interdit le don d'ovocytes en toutes circonstances. Les requérants saisissent la Cour européenne des droits de l'homme en arguant que la loi autrichienne sur la procréation artificielle porte atteinte à leur vie privée et familiale (article 8 de la CEDH) en interdisant le recours à la fécondation *in vitro* avec donneur. Dans un arrêt du 1er avril 2010, la chambre de la Cour avait conclu à une violation de l'article 8 de la CEDH consacrant le droit à la vie privée et familiale et estimé que l'interdiction du don de sperme et d'ovocyte induisait une différence de traitement qui n'était pas justifiée. Par son arrêt du 3 novembre 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a révisé cette décision. La Cour estime qu'il faut laisser en cette matière une large

admis pas la plus grande majorité des États membres en reconnaissant qu'un empêchement à mariage entre beaux-parents et beaux-enfants est contraire à la Convention, dans l'arrêt *B. et L. contre Royaume-Uni*⁹⁷⁹. En l'espèce, le Royaume-Uni est condamné pour avoir empêché le mariage d'un homme avec l'ex-épouse de son fils, alors qu'il existe un consensus européen sur la prohibition d'une telle union. Cela ne symbolise pour autant pas un repli définitif de la marge nationale d'appréciation⁹⁸⁰, mais son usage en matière familiale est pour le moins difficilement prévisible.

Ces nuances jurisprudentielles attestent en effet d'une utilisation quelque peu arbitraire de la marge nationale d'appréciation, qui s'accompagne d'une application incertaine du principe de proportionnalité. La fonction d'expansion des droits fondamentaux par les Cours européennes est risquée. N'aurait-elle pas intérêt, en matière familiale, à renvoyer la question au législateur du pays concerné ? Renvoyer les législateurs nationaux à leur responsabilité, conformément au principe de subsidiarité doit faire partie de la recherche d'équilibre des Cours européennes. Elles opéreraient ainsi comme le Conseil constitutionnel, en limitant leur intervention à la protection des droits réellement fondamentaux, en distinguant protection des droits irréductibles de l'homme et revendications individuelles. Les Cours européennes participeraient ainsi à modérer la reconnaissance des droits fondamentaux.

marge d'appréciation aux États, étant donné que la fécondation *in vitro* avec donneur « *continue à susciter de délicates interrogations d'ordre moral, éthique et sociétales dans lesquelles il faut faire entrer la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi que la prévention des abus possibles* ».

⁹⁷⁹ Il peut y avoir des situations inattendues dans lesquelles la marge d'appréciation nationale est réduite alors qu'elle devait être importante, c'est le cas de l'arrêt *B. et L.* du 13 septembre 2005 en matière familiale. Le Royaume-Uni, qui refusait de célébrer le mariage entre un ex-beau-père et son ex-bru, est condamné. La Cour a considéré que les limitations internes à l'article 12 de la Conv. EDH ne doivent pas être d'une sévérité telle que le droit au mariage se trouve atteint dans sa substance.

⁹⁸⁰ CEDH, 30 août 2007, *J. A. Pye contre Royaume-Uni*, n° 44302/02. Dans cette affaire, une société propriétaire laisse son exploitant agricole occuper son terrain sans contrat. Au bout de dix ans, l'occupant fait inscrire sa propriété au cadastre par le jeu de la prescription acquisitive. Le propriétaire évincé agit devant la Cour européenne des droits de l'homme pour faire valoir sa privation de propriété, permise par la législation du Royaume-Uni. La Grande chambre estime que l'usucapion (prescription acquisitive) ne remet pas en cause le droit de propriété du requérant au nom de la marge d'appréciation laissée aux États dans la détermination de « l'utilité publique » des dispositions relatives à l'usucapion. Elle revient ainsi sur un arrêt de section du 15 novembre 2005 qui considérait qu'il n'y avait pas d'usucapion justifiée sans indemnisation du propriétaire.

Section 2. Une modération nécessaire de la reconnaissance des droits fondamentaux

290. Les techniques de modération affichée présentent des défauts. Ces derniers sont à l'origine de ce que certains appellent un « *regain d'isolationnisme culturel* »⁹⁸¹ au sein des États membres du Conseil de l'Europe, réaction de renfermement à une évolution des droits fondamentaux liés à la famille qui génère un malaise. Le modèle porté par les droits de l'homme n'est pas représentatif des aspirations de la majorité d'un peuple européen qui pourrait être tenté de rechercher ailleurs un système de valeurs. Certains droits proclamés fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'homme sont très discutés (§1). Pour éviter tous risques d'extrémisme et vivifier la cohésion européenne en diminuant les conflits de droit, des moyens d'améliorer les méthodes de raisonnement juridictionnel sont à rechercher, notamment à travers la hiérarchisation des droits fondamentaux (§2).

§1. L'affirmation de droits de l'homme au contenu très discuté

291. La prise de position de la Cour s'inscrit dans une vision individualiste, appuyée sur une libéralisation continue de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (A). Ce phénomène est en partie structurel. En effet, en tant que juridiction du "dernier espoir " pour le justiciable, le raisonnement des juges est focalisé sur ce dernier, conduisant à une hypertrophie structurelle du raisonnement européen (B).

⁹⁸¹ J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p.93.

A. La libéralisation continue de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

292. Une universalité contestable. Les droits de l'homme sont sensés avoir un caractère universel⁹⁸², déduit de la « *valeur permanente et antérieure à tout acte politique* »⁹⁸³ de ces droits. Les textes internationaux de déclaration de droits sont censés les reconnaître, mais non les créer, puisqu'ils sont inhérents à l'homme. La doctrine dénonce pourtant une dérive de l'utilisation des droits de l'homme qui ne cesse de grossir pour englober de nombreuses revendications variées. Il suffit, pour faire ce constat de comparer les textes européens principaux, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, aux autres textes régionaux, tels que la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, la Charte de l'organisation de l'unité africaine du 25 mai 1963, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994 ou la déclaration islamique universelle des droits de l'homme. De profondes différences idéologiques séparent les droits de l'homme ainsi proclamés.

293. Relativisme. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 est à ce titre symptomatique puisqu'elle est une Charte des droits et des devoirs de l'homme. Les États africains prennent en compte les traditions historiques et les valeurs de la société africaine. « *La conception européenne des droits de l'homme (droits invoqués par l'individu contre le groupe, le pouvoir politique) ne se retrouve pas dans l'Afrique traditionnelle où l'individu « absorbé par l'archétype du totem, de l'ancêtre commun ou du génie protecteur, se fond dans le groupe* »⁹⁸⁴. L'individu participe d'un ensemble plus grand que lui, composé de ses parents, sa famille, son groupe ethnique, « *mais aussi les vivants et les morts, la matière et*

⁹⁸² Caractère critiqué, voir notamment A. RENAUT, « La liberté, valeur occidentale ou universelle ? », *Liberté/Libertés*, Cahiers français, n° 354, La documentation française, janvier février 2010, p. 24-28.

⁹⁸³ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁸⁴ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 174. L'auteur cite K. M'BAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Manuel Unesco, p. 651.

*l'esprit. L'individu est inconcevable comme être singulier : il existe par le groupe et s'accomplit dans le groupe, qui est à la fois condition matérielle de son existence, cadre naturel de son épanouissement et finalité de son accomplissement. Les rapports entre l'individu et le groupe, loin d'être antagonistes, sont dominés par l'idée d'accord et d'harmonie*⁹⁸⁵. Cela contraste absolument avec la « *vie familiale* » telle que conçue par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a progressivement dilué la notion de famille en amalgamant « *famille* », « *vie privée* », « *vie privée et familiale* » ou « *vie privée et vie familiale* ». Au sein de l'article 8, les notions de vie privée et familiale sont protégées ensemble, ce qui conduit à une confusion des deux⁹⁸⁶. S'apparente également à la protection de la vie familiale, le droit de vivre dans un environnement sain⁹⁸⁷, le droit à un nom⁹⁸⁸, à un prénom⁹⁸⁹, au logement⁹⁹⁰, à la protection de la santé⁹⁹¹, de la confidentialité des informations relatives à la santé⁹⁹², le droit des membres d'une communauté à avoir un mode de vie traditionnel⁹⁹³, le droit à la restitution du corps de son enfant⁹⁹⁴, de connaître ses origines⁹⁹⁵, d'accéder aux informations concernant sa petite enfance. Tous ces droits

⁹⁸⁵ *Loc. cit.*

⁹⁸⁶ Renforcée par l'extension de la protection de la « *vie privée personnelle* » à la « *vie privée sociale* » par l'arrêt *Niemetz contre Allemagne* du 16 décembre 1992.

⁹⁸⁷ CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, n°16798/90 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, p. 3823 ; P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme - 1994 », *JTDE*, 1995, p. 56.

⁹⁸⁸ CEDH, 22 février 1994, *Burghartz contre Suisse*, n° 16213/90 ; « Choix du nom d'un couple binational : condamnation de la Suisse – Cour européenne des droits de l'homme 9 novembre 2010 », *D.*, 2011, p. 804 ; A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « La possession du nom patronymique », *D.*, 1998, chron., p. 39 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, 3823.

⁹⁸⁹ CEDH, 24 octobre 1996, *Guillot contre France*, n° 22500/93 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996 », *AFDI*, 1996, p. 749 ; P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1997, p. 35 et 57 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1997, n° 6, I, p. 4000.

⁹⁹⁰ CEDH, 21 novembre 1995, *Velosa Barreto contre Portugal*, n° 18072/91. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1995 », *Annuaire français de droit international*, XLI, 1995, p. 485 et s.

⁹⁹¹ CEDH, 9 juin 1998, *Mc Ginley et Egan contre Royaume-Uni*, n° 21825/93 et n° 23414/94.

⁹⁹² CEDH, 25 février 1997, *Z contre Finlande*, n° 22009/93.

⁹⁹³ CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman contre Royaume-Uni*, n° 27238/95.

⁹⁹⁴ CEDH, 30 octobre 2001, *Pannullo et Forte contre France*, n° 37794/97.

⁹⁹⁵ CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin contre Royaume-Uni*, n° 10 454/83 ; CEDH, *Odièvre contre France*, n° 42326/98 ; F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, p. 1 ; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, p. 75 ; E. CREPEY, « Anonymat du donneur de gamètes et respect de la vie

sont placés sous l'étendard de la protection de la vie privée et familiale⁹⁹⁶. Le caractère universel de ces droits peut être largement discuté, de même que la famille telle que redessinée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui fait de l'individu le pivot du système.

294. Excès. Ce même article 8 protège également le droit à l'épanouissement de la vie sexuelle. La Cour rappelle dans l'arrêt *K.A. et A.D. contre Belgique* que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle... En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps (Pretty, précité, § 66)* ». La référence à la notion d'autonomie personnelle et le droit au sadomasochisme sont symptomatiques des interrogations que suscite l'interprétation de l'article 8⁹⁹⁷. Les techniques d'analyse extensive de la Cour européenne des droits de l'homme sont en cause et l'inflation des droits de l'homme alimente le danger de la dévaluation⁹⁹⁸ de ces mêmes droits⁹⁹⁹. « *On semble confondre un peu trop aisément liberté individuelle ou respect de la vie privée d'autrui, avec égoïsme et indifférence au sort d'autrui* »¹⁰⁰⁰. Plus encore,

privée », *RFDA*, 2013, p. 1051 ; B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.*, 1995, p. 205 ; X. BIOY, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970.

⁹⁹⁶ J. COMMAILLE, « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus », in *Mélanges J. RUBELLIN-DEVICI*, Litec, 2002, p. 28.

⁹⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31.

⁹⁹⁸ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 140. Le Professeur Lequette écrit : « *La coordination effective des systèmes ne pourra valablement s'opérer sans l'adhésion à un minimum de valeurs communes* », que les droits de l'homme peuvent seuls contribuer à définir. Encore faut-il pour cela qu'on revienne à une acception raisonnable de ceux-ci. Au demeurant, en tous domaines, l'inflation a pour corollaire la dévaluation ». Voir du même auteur l'article « Des juges littéralement irresponsables... », *Mélanges Jacques HÉRON*, 2008, p. 309 et spéc. p. 311 et s.

⁹⁹⁹ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH », *Mélanges M.-A. EISSEN*, Bruylant, 1995, p. 381.

¹⁰⁰⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31. L'auteur ajoute : « *Par définition même, la justice sociale implique une solidarité qui requiert de sortir d'une vision isolée des individus, et de s'intéresser à la « part » attribuée à chacun, selon l'impératif formulé par le Digeste dès ses premières lignes (suum cuique tribuere)* ». V. B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes moeurs ?*, PUF, 2005, qui décrit la disparition de la notion de bonnes moeurs, dont l'une des fonctions était pourtant de définir un bien commun, notamment dans le domaine du rapport au corps précisément ; elle montre très bien que cette disparition s'accompagne en réalité, paradoxalement, d'une pénalisation et d'une juridicisation croissantes des rapports humains.

l'extension du label droit de l'homme à ces revendications d'ordre intime et personnel ne décrédibilise-t-elle pas le combat mené depuis les Lumières au nom de la Liberté ? Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté individuelle consiste à permettre à chacun de mener sa vie comme il l'entend. Et elle précise bien dans son arrêt *K.A. et A.D.* que « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne* »¹⁰⁰¹. Au nom d'une idée de la justice sociale, il semblerait nécessaire de distinguer le cas où une personne est contrainte de faire ce qu'elle ne veut pas et le cas où une personne ne peut pas être autorisée à faire tout ce qu'elle veut. Cela reviendrait en réalité à distinguer les droits de l'homme au sens philosophique du terme et les convenances personnelles, dans le but de revenir à une définition précise des droits dits fondamentaux.

295. Isolationnisme. À l'origine, les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, avaient pressenti ces risques. Ils avaient interdit d'abuser des droits de l'homme en les détournant de leur fonction, « *non pas pour protéger, mais au contraire pour justifier qu'il soit porté atteinte à d'autres droits de l'homme* »¹⁰⁰². L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (intitulé « interdiction de l'abus de droit »), reprend l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, pour énoncer qu'« *aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la*

¹⁰⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 31. Ainsi, « *une femme qui souhaite se faire torturer par des hommes serait une femme libérée sexuellement, tandis qu'une femme qui choisit de porter un foulard serait nécessairement une femme soumise et aliénée ? Il y a là un manque de lucidité sur la diversité des cultures qui ferait sourire s'il n'emportait pas de si graves conséquences sur la justice et l'équilibre du monde* ». L'auteur ajoute encore : « *Les mêmes qui revendiquent la liberté absolue de consentir dans les affaires de sadomasochisme ou même de cannibalisme sont au demeurant les premiers à vouloir interdire au contraire le voile ou la polygamie en présumant cette fois-ci irréfragablement que les jeunes femmes qui portent le voile ou acceptent de se marier sous un régime polygame sont sous la contrainte, consciente ou inconsciente* ».

¹⁰⁰² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 31.

présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Cet article rappelle que le droit au respect de la vie privée prévu par l'article 8, le droit à la liberté individuelle ou à l'autonomie personnelle ne doivent pas être invoqués pour valider la renonciation faite par une personne à son intégrité corporelle¹⁰⁰³ ou plus généralement à ses droits.

Il est du rôle du droit dans sa fonction anthropologique de tracer des interdits¹⁰⁰⁴, pour éviter justement un regain d'isolationnisme culturel. Une liberté bien comprise consiste à aider les hommes à utiliser leur raison et à considérer leur dignité propre pour faire bon usage de leur liberté. Disqualifier l'ordre public et les bonnes moeurs¹⁰⁰⁵ est une chose, mais ce phénomène ne doit pas masquer la nécessaire protection des droits fondamentaux de la famille¹⁰⁰⁶. Faire du consentement un élément tout puissant conduit à mettre les plus faibles et les moins instruits au service des plus forts, non loin des mécanismes pourtant combattus de l'esclavage et de la domination. « *Le droit doit ainsi veiller à préserver l'humanité de chaque homme, non pas pour le protéger contre lui-même, mais parce que c'est à cette condition qu'une société peut être juste et décente* »¹⁰⁰⁷. La libéralisation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est problématique.

Cette bannière de vie privée et familiale n'est plus adaptée, du fait de son extension continue, à la protection de la famille, ce serait-ce parce qu'aucune notion claire ne se dégage de cette agrégation de décisions de justice. Cela est aussi préjudiciable pour la notion même de droit fondamental : à rendre fondamentale toute liberté, celles qui sont véritablement essentielles sont relativisées. Le domaine de la

¹⁰⁰³ *Loc. cit.* « *Le droit à la liberté individuelle ou à l'autonomie personnelle déduit du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne ne doit donc en aucun cas pouvoir être invoqué pour valider le consentement et la renonciation par une personne à son intégrité corporelle, dans la mesure où celle-ci constitue un droit de l'homme* ».

¹⁰⁰⁴ A. SUPIOT, *Homo juridicus*, Seuil, 2005. Voir également D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *op. cit.*, p. 38 et s.

¹⁰⁰⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen », CDE, 2000, n° 5-6, n° 657

¹⁰⁰⁶ J.-P. LEBRUN, *La perversion de l'ordinaire*, Denoël, 2007.

¹⁰⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 31. « *L'humanité de chacun des hommes détermine en effet la représentation de l'humanité de tous les autres ... Cette illusion est à l'oeuvre lorsque la liberté individuelle est interprétée comme un droit à l'« autonomie personnelle » qui inclurait le droit absolu de porter atteinte (ou d'accepter que soit porté atteinte) à sa propre intégrité corporelle, et donc celui de renoncer, pour soi-même, aux droits les plus fondamentaux* ».

famille est au cœur même de ces questions avec la progression du droit à l'enfant et l'admission larvée de la gestation pour autrui. Ces débats sont chargés de questions de valeurs et de controverses de philosophie morale. Or, « *si le droit permet de trancher des questions de valeurs, il ne suffit pas pour raisonner sur ces questions* »¹⁰⁰⁸ et c'est la raison pour laquelle les Cours de justice ont intérêt à être des plus prudentes et réservées, sans être influencées par la détresse des situations exposées. Le raisonnement juridique doit, au moins dans une certaine mesure, et c'est sa particularité, être déconnecté de considérations affectives trop individuelles. Cela est bien sûr très délicat au regard de la position procédurale des Cours européennes.

B. La difficulté structurelle du raisonnement européen

296. L'individu au centre de l'analyse. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux ont, bien entendu, une position extrêmement délicate du fait de leur position judiciaire. Elles représentent le dernier espoir des justiciables. Elles sont donc forcées de choisir des positionnements philosophiques, moraux et anthropologiques que les législateurs eux-mêmes ont parfois évités. Le juge européen est forcé de sortir de son rôle en arbitrant des questions de morale, à cause de sa position de dernier recours juridictionnel. C'est pourquoi les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont un contenu philosophique et moral indéniable. La doctrine précise même à ce titre qu'il « *n'y a guère de litige porté devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, rationnellement, ne mette pas en jeu, ou bien un conflit d'intérêts, ou bien un conflit de valeurs, ou bien les deux à la fois* »¹⁰⁰⁹. Or, le droit permet bien de trancher des questions de valeurs, mais il ne suffit pas, pris isolément et sans recours aux autres sciences humaines, pour raisonner sur ces questions. Plus encore, les Cours européennes ont l'obligation de trancher les litiges et n'ont pas le temps de fournir, en plus de leur analyse juridique, une analyse axiologique, c'est-à-dire un raisonnement sur la nature et la hiérarchisation des

¹⁰⁰⁸ P. MBONGO, « La Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle une philosophie morale ? », *D.*, 2008 p. 99.

¹⁰⁰⁹ *Loc. cit.*

valeurs morales entre elles. Ces arguments manquent. En effet, dans les affaires où la morale est en jeu, la Cour se réfère le plus souvent au pluralisme des valeurs et à l'analyse sociologique, en considérant que la morale « *varie dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière* ». Les choix effectués (autoriser ou non une action en recherche de paternité biologique, une insémination artificielle, une transcription d'acte de naissance à l'état civil ou de changement de sexe) nécessitent une transparence quant aux préférences morales ou aux éléments fondateurs des décisions.

La Cour part du postulat que la morale est « *le reflet des opinions profondes et des convictions sincères partagées par la grande majorité des citoyens d'un État partie à la Convention* »¹⁰¹⁰, mais néanmoins que « *ce n'est pas à l'opinion publique de se prononcer de manière définitive sur la question de la nécessité de telle norme de moralité dans une société démocratique* »¹⁰¹¹. Il ressort de ces considérations que la juridiction européenne part du principe qu'en matière de morale, le pluralisme démocratique doit être préféré au raisonnement axiologique, pour justifier une interprétation évolutive des droits de l'homme protégés par la Convention. Les références à promouvoir sont ainsi celles qui sont promues par le plus grand nombre, tout en se réservant la possibilité de dire que cette majorité populaire n'est pas souveraine. Cette façon de procéder renferme une contradiction intrinsèque, qui met en valeur un potentiel défaut de méthode. La Cour européenne des droits de l'homme n'a aucun moyen scientifique d'évaluer le consensus ou le dissensus d'une population sur des questions morales. Ni enquête ni étude comparative ne sont valorisées pour établir quels sont les choix ou les hostilités de la population des États constituant cette majorité. La Cour a certes une visée pluraliste, mais le pluralisme ne permet plus la coexistence effective d'opinions variées et contradictoires qui enrichissent le débat public. Une certaine loi du « *libéralisme maximum* »¹⁰¹² fait dériver le pluralisme vers le relativisme. Ce dernier consiste à énoncer que le bien et

¹⁰¹⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹¹ *Loc. cit.*

¹⁰¹² Terme utilisé par H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 184.

le mal, ou la recherche du bien et du juste sont une question de circonstances, et que rien n'est bien, mal ou injuste en soi.

297. Principe de précaution. Une question fondamentale demeure : comment pourrait-il exister des droits de l'homme irréductibles et absolus si tout est question de circonstances ? Cette rhétorique procède d'une forme de paralogisme, consistant à tenir un raisonnement faux, mais sans intention des Cours d'induire en erreur. Les juridictions européennes évitent d'élaborer une théorie des valeurs morales, sans réaliser que ce défaut de base appauvrit les droits de l'homme, privés d'une mise à l'épreuve quant à leur réelle aspiration à participer à la préservation du bien commun. La déviance relativiste guette les Cours européennes lorsqu'elles décident de considérer que les notions de bien et de mal sont fonction des circonstances¹⁰¹³. Ce travail est pourtant essentiel dans les domaines où les conséquences des décisions sont impossibles à déterminer avec exactitude¹⁰¹⁴. Dans ces cas précis, l'abstention devrait être préférée à la décision, au nom d'un principe de précaution, dans des matières plus anthropologiques que juridiques.

Cette réserve est éminemment difficile, la position de la Cour européenne des droits de l'homme est délicate dans la mesure où pèse sur elle le poids des attentes des justiciables nationaux, fondant tous leurs espoirs sur cette dernière

¹⁰¹³ La Cour Suprême des États-Unis ne fait pas l'économie de cette réflexion axiologique. Ainsi, elle offre un exemple de juridiction suprême s'interrogeant sur les conséquences morales d'un phénomène, comme la publication d'un livre pornographique au nom de la liberté d'expression. La Cour a d'ailleurs, à cet égard progressivement élaboré un test d'obsénité afin de savoir s'il fallait imposer des limites à la liberté d'expression en cas d'obsénité, ces limites étant imposées après examen du conflit de valeurs. Les critères de distinction de l'obsécénité ont été formulés successivement, d'abord dans *Roth v. United States*, puis dans *Memoirs : A book named John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure v. Attorney general of Massachusetts* (1966) et enfin dans l'arrêt *Miller v. California* (1973), et *Paris Adult Theatre I. v. Slaton* (1973).

¹⁰¹⁴ CEDH, Grande Chambre, 16 décembre 2010, *A. B. C. contre Irlande*, n° 25579/05. Le droit à l'avortement est une illustration du manque d'abstention de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *A. B. C. contre Irlande* du 16 décembre 2010, au lieu de couper court à toute décision en se disqualifiant, la Cour rend une décision en essayant de ménager un équilibre entre le droit de la femme enceinte et de l'enfant à naître. Le malaise de la Cour est palpable, tant il lui a été délicat de « *mettre en balance, d'une part, le droit à la vie du fœtus, et, d'autre part, le droit à la vie ou le droit à l'autonomie et au développement personnels de la femme enceinte, et considérer que le premier pèse moins que les seconds* ». Comment prendre une telle décision sans sortir de son champ de compétence ? La Cour elle-même a précisé dans cet arrêt que la question du « commencement de la vie » est délicate dans la mesure où la Cour n'a « *pas réellement les moyens de répondre* ». C'est le genre de contentieux type dans lequel la Cour aurait dû renvoyer la question au législateur afin de mettre l'Etat seul face à ses obligations.

chance juridictionnelle. En effet, l'internationalisation d'un contentieux parvenu devant la Cour européenne des droits de l'homme transforme la façon de concevoir le litige, jusqu'à le déformer. La présentation du litige devant l'instance européenne transforme les droits concurrents : un individu étant opposé à un État, l'échelle des forces opposées n'est pas la même. La faiblesse consubstantielle de l'individu par rapport à l'État pose problème. Le juge est alors plus enclin à analyser le litige en termes de protection de l'individu présumé faible et menacé, et non de conflit de droits. L'accent est mis sur le droit du requérant dont le droit est menacé devant le juge ¹⁰¹⁵. Alors que devant les juridictions internes, deux droits « égaux » se trouvent en conflit, devant les Cours européennes, le droit qui s'oppose à celui du requérant n'est plus qu'un intérêt invoqué par l'Etat, à l'appui d'une restriction qu'il a cru juste de lui imposer. Ce but légitime protégé par l'État peut risquer de subir une hypotrophie, un développement insuffisant, du fait de la structure du contentieux européen.

Par exemple, dans un litige comme celui des enfants nés de gestation pour autrui, réclamant le droit à l'établissement de leur filiation par la transcription de leur acte de naissance américain sur les registres d'état civil français, il est très difficile pour le juge strasbourgeois de ne pas se focaliser sur l'intérêt de l'enfant qui est en jeu dans l'affaire visée. L'ordre public protégé par la France dans son refus de transcription semble insensible aux préoccupations pratiques des familles. Pourtant, il suffit d'un léger déplacement de point de vue pour réaliser que l'insatisfaction d'une famille a pour but de protéger l'enfant dont le législateur veut éviter une manipulation de la filiation ¹⁰¹⁶. Les valeurs protégées par l'État, qui interdit le commerce de la procréation, sont atrophiées ¹⁰¹⁷. Cette déformation est favorisée par

¹⁰¹⁵ P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 536, n° 800.

¹⁰¹⁶ Ce qui a d'ailleurs été le cas dans l'arrêt CEDH, Gr. Ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli contre Italie*, n° 2535/12 ; F. CHÉNÉDÉ, « Petite leçon de « réalisme juridique », à propos de l'affaire Paradiso et Campanelli contre Italie », *D.*, 2017, p. 663 ; L. DE SAINT-PERN, « Mater semper certa est ? Never ever... », *D.*, 2017, p. 2291 ; P. LE MAIGAT, « GPA (respect de la vie privée) : prise en charge de l'enfant par les services sociaux », *D.*, 2017, p. 215.

¹⁰¹⁷ Par ailleurs, un Etat peut parfois avoir intérêt, pour des raisons d'opportunité, à ne pas défendre une mesure prise au niveau national. La sanction de la Cour européenne des droits de l'homme permet de se débarrasser plus facilement d'une législation ou d'entamer un débat difficile, sans en assumer l'entière responsabilité politique. De ce fait la Cour européenne des droits de l'homme est

l'architecture même du conflit européen des droits de l'homme. Il semble urgent d'envisager un moyen de régulation des méthodes employées par les Cours européennes, dans l'intérêt des plus fragiles. La famille ne peut devenir une notion tout à fait ajustable, impropre à fixer des repères sociaux minimaux. Mettre un terme à la libéralisation de la notion de famille permettra d'assurer effectivement les droits des hommes « *de moins de dix-huit ans* »¹⁰¹⁸.

§2. L'amélioration nécessaire des outils de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme

298. L'existence de conflits de droits ou la consécration de droits-créances critiqués donne à s'interroger sur les moyens d'améliorer les outils techniques de raisonnement des Cours, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme. La création d'une hiérarchie des droits fondamentaux est souvent abordée et doit être approfondie (A), il en est de même du critère de légitimité de l'ingérence dans le contrôle de proportionnalité (B).

A. Une hiérarchie des droits fondamentaux à approfondir

299. Cette hiérarchie peut être élaborée à partir de la recherche de critères de hiérarchisation (1) et en approfondissant la protection de la famille (2).

placée dans une position délicate de suppléance au législateur, non parce qu'elle s'accapare ce rôle, mais du fait d'une carence de fermeté politique nationale, ouvrant la brèche au « *consensus* » ou à la recherche d'un « *dénominateur commun* » européen. La retenue judiciaire de la Cour de Strasbourg, dans certains cas, augmente cet effet politique lorsqu'un arrêt ne vient pas expliquer précisément à un législateur comment reformuler la loi déclarée non conforme à la Convention. L'incompréhension des intentions de la Cour peut donc conduire le législateur à consacrer un droit au-delà des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. La dimension individuelle fait oublier le nombre d'enfants qui risquent de subir un préjudice si la ferme interdiction de la gestation pour autrui est érodée. Les enjeux maniés par la Cour sont d'une importance supérieure. Si un enfant élevé par des parents français ne doit avoir qu'un passeport américain pour éviter que des femmes soient encouragées à monnayer leur corps, et que des enfants ignorent leurs origines, c'est un moindre mal.

¹⁰¹⁸ Expression employée par le Professeur MARGUENAUD, in *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} édition, 2016.

1. La recherche de critères de hiérarchisation

300. Une démarche nécessaire. En l'état, l'idée de hiérarchiser les droits fondamentaux est critiquée au nom de l'indivisibilité des droits de l'homme. Si des limites à cette méthode sont à prendre en compte, elle gagnerait à être améliorée dans le cadre de l'article 8. Les références hiérarchiques sont nombreuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il y a bien effectivement des droits prééminents ou intangibles et des droits seconds. Le noyau dur de droits prioritaires est assorti de droits accessoires. Certains droits sont qualifiés d'accessoires, car ils peuvent être conditionnés, comme en atteste la structure des articles 8 à 11. Les droits irréductibles sont limitativement énumérés par l'article 15 de la Convention : le droit à la vie, le droit de ne pas subir de torture et de traitement inhumains et dégradants, le droit de ne pas être placé en esclavage ou en servitude et le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale¹⁰¹⁹.

La recherche d'un équilibre entre droits absolus et relatifs est constante, mais alors que cette hiérarchisation semble s'imposer en matière de droit intangibles¹⁰²⁰, il est beaucoup plus difficile d'établir une hiérarchie au sein d'une même catégorie de droits ou d'un même article. Le risque de la hiérarchisation est d'imposer une rigidité contre-productive dans un système déjà critiqué. Pourtant, la critique porte sur le fait que les droits de l'homme, à force de consécration, risquent la contradiction, l'opposition et la déflation. La recherche de critères de classement des droits fondamentaux dérivés d'un même article pourrait permettre d'éviter les oppositions, en réduisant le déploiement des droits uniquement analysés sous le prisme des intérêts en présence, interprétés par les juges européens. Des critères de hiérarchisation viendraient soutenir la mise en balance des intérêts. Il ne s'agit donc pas de créer une hiérarchie intangible des droits fondamentaux, mais de créer une voie médiane par la création de critères venant au soutien de l'appréciation des juges. Cette solution, qui consisterait à proposer des critères de hiérarchisation des droits

¹⁰¹⁹ P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, n° 817. « Des éléments de hiérarchisation des droits fondamentaux sont indéniablement présents dans la jurisprudence de la Cour, de sorte que les présupposés idéologiques et méthodologiques qui en discréditaient l'idée en ressortent affaiblis ».

¹⁰²⁰ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », *op. cit.*, p. 381.

dérivés de l'article 8, est possible pour les droits dits seconds, qui ne concernent pas les droits irréductibles¹⁰²¹. La question de la hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme a été posée en doctrine¹⁰²², sans pour autant aborder la spécificité de l'article 8. La multiplication des droits de l'homme est bel et bien le « *très grand défi* »¹⁰²³ de notre époque. À ce jour, en présence de droits égaux, les méthodes de la balance des intérêts ou de la proportionnalité sont utilisées. Cependant, tous les droits qui s'opposent ne sont pas forcément égaux. Si la justice est bien égale pour tous, « *tous n'ont pas des droits « de même valeur normative* » »¹⁰²⁴. Une présomption (simple) de hiérarchie des droits pourrait être envisagée.

301. Premier critère. Plusieurs critères peuvent permettre d'évaluer la valeur d'un droit revendiqué. La valeur d'un droit peut d'abord être attestée par l'existence de textes internationaux le consacrant, en vigueur dans le pays concerné. Par exemple, le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses père et mère, souvent évoqué face à la revendication d'un droit à l'enfant, est consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant qui précise le droit fondamental de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux. Dans un conflit qui opposerait le droit de l'enfant à celui de l'adulte en mal d'enfant, la consécration d'un des droits dans un ou plusieurs textes déjà en vigueur peut participer à la hiérarchisation. Parallèlement, la réflexion peut être guidée par le droit comparé et tenir compte des textes applicables dans les autres États, même si les textes en question ne sont pas applicables au pays concerné. Par exemple, la Charte africaine des droits de l'homme peut être consultée

¹⁰²¹ À la vie, à ne pas subir de torture et de traitement inhumains et dégradants, à ne pas être placé en esclavage ou en servitude ou à la non rétroactivité de la loi pénale.

¹⁰²² D. SHELTON, « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de E. Bribosia et L. Hennebel, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153 et s. ; D. BREILLAT, « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 353 et s. Et déjà par le Professeur P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n° 20 ; M. VILLEY, *La Nature et la loi*, (Préface F. Terré et C. Delsol), Cerf, 2014, spéc. p. 233 s.

¹⁰²³ C. CARON, « Utilisation de la « balance des intérêts » pour résoudre les conflits de droits fondamentaux », *D.*, 2004, p.1633.

¹⁰²⁴ P.-Y. GAUTIER, « Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.*, 2015, p. 2189.

afin de connaître la position d'autres normes dites supérieures sur la question. Une prise de décision implique d'envisager tous les textes en vigueur, même s'ils contrarient la vision occidentale d'un problème. La vision de la famille dans la Charte africaine est une vision classique. La nécessité de ne pas créer de choc de civilisation par la consécration de droits en décalage avec les normes internationales existantes pourrait être prise en compte. Or droit intangible ou absolu, les grands décalages normatifs gagneraient à être évités.

302. Deuxième critère. La référence au principe d'égalité pourrait aussi constituer un critère de hiérarchisation. La question à poser serait celle de savoir si la mise en œuvre d'un nouveau droit de l'homme placerait tous ses bénéficiaires sur un pied d'égalité. Ainsi, le droit à l'enfant par insémination *post mortem* conduit à faire naître un enfant orphelin de père, ce qui ne le place pas dans une situation conforme aux textes internationaux qui privilégient l'entretien de relation avec deux parents. Un tel droit ne place pas les enfants qui en sont tributaires dans des situations identiques, ce qui pourrait constituer un chef d'interdiction. L'évaluation peut, parallèlement, faire intervenir l'idée selon laquelle la justice doit privilégier la protection du collectif sur l'individuel. Si un droit induit une pratique ou une situation qui nuit à la collectivité, par action, abstention ou incertitude, les intérêts collectifs doivent primer sur l'intérêt individuel en cause du fait même du nombre supérieur de personnes concernées et de l'intérêt poursuivi.

303. Troisième critère. Enfin, le critère de l'indépendance de la réflexion sur une question pourrait être pris en compte. Si le droit revendiqué est soutenu par des *lobbies* et si les enjeux économiques de la question peuvent nuire à la neutralité du raisonnement du juge, le raisonnement doit être suspendu ou mené par d'autres instances dont l'indépendance est préservée. Dans le cas du droit à l'enfant, il existe des *lobbies* puissants et des enjeux économiques importants liés à cette question. La fabrication d'enfants est un marché lucratif pour les cliniques privées et les intermédiaires à l'opération de rencontre. L'alliance de la pression des *lobbies* et du poids économique doivent être raisonnablement évalués et doivent éveiller la

méfiance des juges et de l'opinion. La seule existence de telles réalités devrait permettre au juge à opposer, sans risque de déni de justice, une fin de non-recevoir à la requête. Enfin, le juge pourrait émettre des réserves dès lors qu'il n'existe pas de fermes certitudes quant aux conséquences de la consécration d'un droit revendiqué. Si la science ne peut pas fermement faire la lumière sur une pratique, la justice doit pouvoir suspendre son jugement au nom du principe de précaution. Le but ultime devant être la protection renforcée de la famille.

2. La protection renforcée de la famille

304. Un nouvel article 8-1 de la Convention ? En l'état, le domaine de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est continuellement étendu afin de rendre la protection de la vie privée et de la vie familiale la plus effective possible. La question se pose de savoir pourquoi, dans nos « *sociétés avancées ? (...) le rapport à la loi s'est-il retourné (...) ? (...) Ne comprend-on plus que le droit ne peut organiser et autoriser sa propre transgression sans se contredire et donc se dissoudre ?* »¹⁰²⁵. La cellule familiale mérite une attention toute particulière, qui doit être restaurée dans l'intérêt des enfants. À la lecture de l'arrêt *K.A. et A.D.*, certes caricatural du travail de la Cour, il semblerait opportun de créer au sein de la Convention européenne des droits de l'homme une distinction entre la protection de la vie privée et la protection de la vie familiale.

Une telle solution paraît difficilement envisageable, mais mérite d'être évoquée : la création d'un article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme permettant de distinguer la protection de la vie privée d'un côté et de la vie familiale de l'autre. Un article 8 aurait pu protéger la vie privée en reprenant le droit à l'autonomie, le droit de disposer de son corps, le droit d'entretenir les relations sexuelles de son choix, *etc.* Un autre article 8-1 aurait pu venir renforcer la protection de la vie familiale, impliquant une cellule tournée vers l'éducation des enfants. Cette distinction aurait pu mettre en valeur l'idée selon laquelle le choix de s'engager dans la vie familiale vient opposer aux libertés et aux droits fondamentaux des devoirs

¹⁰²⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 31.

fondamentaux inhérents au choix de mener une vie familiale. La vie familiale implique le choix de prendre la responsabilité d'éduquer des enfants et comporte une dimension incompressible de devoir. La notion de famille aurait alors pu être protégée par la Convention européenne des droits de l'homme dans un nouvel article qui rappellerait des objectifs liés à la protection de la vie familiale, tels la stabilité de la vie de l'enfant, le maintien de relations avec ses deux parents et même, l'engagement du couple des parents de tout faire pour poursuivre ensemble la protection de la famille fondée.

305. Droit à la famille équitable. Plus sûrement, de nouveaux droits fondamentaux pourraient être dégagés de la jurisprudence. Le pluralisme en matière familiale n'est en aucun cas incompatible avec les principes de stabilité, de durée et de solidarité de la vie familiale qui pourraient donner lieu à un droit à la famille équitable ou durable. S'il existe un droit à affirmer sa différence, la spécificité de son orientation sexuelle, ou son indépendance, il n'en demeure pas moins que la vie de famille revêt des caractéristiques semblables pour tous les individus qui la choisissent. La vie familiale est le lieu de la création de liens spécifiques, de nature affective et souvent irréversibles (filiation). La famille naît de l'engagement de deux personnes l'une envers l'autre ou de la manifestation tangible de cet engagement par la naissance d'un enfant. Elle se distingue ainsi des relations passagères que la liberté individuelle et la liberté de mœurs permettent d'entretenir. À partir du moment où le choix est fait de faire famille, le droit et notamment les droits fondamentaux peuvent s'affirmer en précisant que la vie de famille est un droit, qui génère des devoirs spécifiques, dont la violation peut être sanctionnée par le droit. La précision de ces devoirs permettrait de redonner à la famille sa densité spécifique. Chacun étant libre de choisir ou non de fonder une famille, une fois ce choix effectué, il doit être poursuivi. Le groupe humain a besoin de règles, le choix de la famille est bien l'affirmation de la volonté de former un groupe humain spécifique avec des individus choisis. Il est de la mission du droit de proposer des lignes directrices. Les droits fondamentaux sont tout à fait qualifiés pour proposer ces lignes directrices et inspirer les législateurs nationaux en offrant des cadres à la famille.

306. Droits fondamentaux de la famille. Ces droits fondamentaux pourraient être regroupés autour de trois grands axes : la stabilité, la durée et la solidarité. Un couple qui s'engage ou qui décide de faire un enfant doit savoir qu'à partir du moment où il exerce cette liberté de choix, il s'expose à un changement de statut qui n'est pas (trop) aisément réversible et qu'il s'engage à faire tous les efforts possibles pour assurer la stabilité de son choix. Le célibat reste une liberté effective, l'option sans doute la moins contraignante, mais n'offrant pas les avantages de liens familiaux. Le choix de la famille quant à lui, s'il offre des avantages, s'accompagne de devoirs non négociables, dont le premier est de tout faire pour assurer la stabilité de son choix initial. L'élément de durée est directement lié aux enfants et au membre du couple envers lequel on s'est engagé.

Le choix de faire famille est l'affirmation d'une volonté de construire une société humaine particulière indissociable de l'élément de durée. Les droits fondamentaux pourraient protéger l'idée selon laquelle tout groupe humain voulant se constituer doit s'envisager dans la durée, tout en protégeant les individus d'engagements perpétuels. Cette perspective de durée implique des comportements spécifiques de bienveillance et de réflexion avec la volonté d'assumer une mission dans le groupe et de se donner tous les moyens d'arriver à jouer ce rôle.

Enfin, se crée entre les membres d'une même famille des liens d'une nature spécifique de l'ordre de la solidarité. Malgré les conflits potentiels, il faut encourager le caractère perpétuel de cette solidarité. Le choix de ses affections, quand elles ont donné lieu à un engagement ou à la naissance d'un enfant, implique une solidarité spécifique envers le membre du couple, les enfants et des enfants à l'égard de leurs parents. Chacun doit être incité à participer activement à la vie du groupe, quels que soient ses moyens. Le but n'est pas de passer tous les points des législations nationales au crible de ces droits fondamentaux de la famille, mais de redonner une densité spécifique au groupe familial, en insistant auprès des législateurs nationaux, de l'opinion publique, des citoyens et des justiciables sur l'essence même de la famille, protégée par le droit. La famille peut passer du singulier au pluriel sur le plan de ses membres, mais son utilité sociale reste inchangée : affirmer la première forme de solidarité sociale et éduquer les enfants. Cette logique participerait d'une

hiérarchisation des droits fondamentaux, au service de la famille. Cette dernière peut encore être renforcée par la modification de l'usage du principe de proportionnalité.

B. L'approfondissement possible du critère de légitimité de l'ingérence

307. Plusieurs types de raisonnement sont utilisés par les juges européens confrontés à un conflit de droits : la balance des intérêts, la concordance pratique ou le contrôle de proportionnalité. Balance des intérêts et concordance pratique seront envisagées (1) pour ensuite mettre en valeur le potentiel du critère de légitimité de l'ingérence dans le contrôle de proportionnalité (2).

1. Les méthodes de raisonnement existantes

308. La balance des intérêts. En présence de deux dispositions de même rang, la mise en balance des intérêts sera utilisée. Cette méthode consiste à considérer qu'une dérogation à une liberté garantie par la Convention sera justifiée par le devoir de l'État de donner exécution à une autre disposition qui a le même rang que la disposition avec laquelle elle entre en conflit¹⁰²⁶. Contrairement au principe de proportionnalité qui met en présence une liberté et ses dérogations, la balance des intérêts est utilisée lorsque deux droits de même rang sont en conflit et qu'il s'agit de vérifier si un équilibre a été atteint entre les deux droits. La métaphore de la balance est assez parlante, il s'agit bien de mettre deux droits de l'homme sur chacun des plateaux de la balance et de les comparer afin de les concilier ou de donner la priorité à celui qui est considéré comme étant de valeur plus importante.

Cette pondération pose le problème de l'absence de valeur de mesure des droits de l'homme, qui sont incommensurables en réalité. Ils n'ont pas de poids et ne peuvent être comparés empiriquement, ce qui laisse toute sa place à la subjectivité et à l'interprétation des juges. En réalité, la balance des intérêts fait reposer la décision

¹⁰²⁶ D. SHELTON, « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de E. Bribosia et L. Hennebel, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153 et s. ; F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : de quoi est-il question ? », *JCP G.*, n° 11, 13 mars 2017, doct. 289.

finale sur l'intuition du juge. Ainsi, deux droits équivalents peuvent être mis en balance et comparés selon des critères mal fondés, dépendants de leur position asymétrique dans la balance européenne, ou donnant trop de place au rapport coût/bénéfices, ou aux groupes de pression. En effet, la valeur économique d'un droit peut être surévaluée ou, au contraire, il peut être considéré qu'accorder tel droit à un individu ne coûte finalement pas grand-chose, au mépris de considérations théoriques ou abstraites. La matière familiale est au cœur de cette problématique. Laisser au juge le pouvoir de départager l'importance des droits de l'homme, c'est en faire une sorte de « *grand prêtre* »¹⁰²⁷ de la vérité des droits fondamentaux, selon les mots du juge TULKENS. Certaines expressions employées par la Cour - « *la mesure de ce qui est nécessaire à une société démocratique pour protéger les droits d'autrui* », « *le débat d'intérêt général* », « *l'information légitime du public* » - traduisent une dangereuse imprécision juridique¹⁰²⁸. Le cadre d'appréciation trop large des problématiques entame la potentielle prévisibilité des solutions et laisse place à une forme de casuistique¹⁰²⁹.

309. Etablissement de priorités. S'il convient dans certaines espèces de s'en remettre à la sagesse des juges dans la mise en oeuvre de cette balance des intérêts, il semble nécessaire d'imposer des priorités dans de nombreux cas¹⁰³⁰. Une

¹⁰²⁷ F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain », *Les Cahiers de droit*, Volume 53, numéro 2, juin 2012, p. 419-445.

¹⁰²⁸ M. MENJUCQ, « La Cour de cassation à l'heure européenne », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2016, n° 3, p. 1. La doctrine évoque un risque de « *divagations judiciaires* ».

¹⁰²⁹ F. TULKENS, « Argument sociologique et pratique juridictionnelle. La Cour européenne des droits de l'homme », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 202. L'auteur précise alors, au n°10 de l'article que « *les droits fondamentaux ont une texture ouverte et leur sens précis reste toujours à assigner* » puis complète « *un droit fondamental acquiert une signification précise (...) en fonction des éléments structurant la situation où il est posé comme norme de référence. Les juges procèdent donc à un examen éminemment contextualisé de la situation où il est posé comme norme de référence* ».

¹⁰³⁰ C. CARON, « Utilisation de la « balance des intérêts » pour résoudre les conflits de droits fondamentaux », *D.*, 2004, p.1633. *En effet, lorsque ces prérogatives fondamentales étaient rares, il était alors aisé de les utiliser, pour dominer d'autres droits inférieurs, afin de sauvegarder des concepts supérieurs. Mais leur inflation change la donne : si l'ensemble des prérogatives répond à la qualification de droit fondamental, elles bénéficient toutes d'une grande valeur. Il devient alors impossible d'établir une quelconque hiérarchie entre eux, car l'exercice d'un droit de l'homme heurtera toujours un autre droit de l'homme ! Et « il n'en demeure pas moins qu'il est possible de s'inquiéter de cette multiplication galopante des droits de l'homme (...) le juge s'épuisera constamment à établir une délicate balance des intérêts ».*

hiérarchisation des droits fondamentaux, ou l'établissement de priorités, simplifierait le travail des juges et les immuniserait contre le risque de la critique classique d'un « *gouvernement des juges* ».

L'établissement de priorités diffère sensiblement de la hiérarchisation en ce qu'il se réfère à des techniques de comparaison. Il peut y avoir des « *droits centraux* » et des « *droits périphériques* ». Si deux droits sont en conflit, donner la priorité à l'un ne doit pas affecter un droit central, seule une atteinte à un droit périphérique pourrait être admise¹⁰³¹. Cette distinction est faite dans l'affaire *Odièvre contre France*¹⁰³². Il y est mentionné que certains aspects du *droit à la vie privée* se rattachent à la périphérie de l'article 8, tandis que d'autres appartiennent au noyau dur de celui-ci. Dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, § 61, le droit à l'identité est une condition essentielle du droit à l'autonomie et à l'épanouissement personnel reconnu par l'arrêt, noyau dur du droit au respect de la vie privée. La distinction entre hiérarchie et priorités est assez faible puisqu'il s'agit toujours de faire prévaloir un droit sur un autre. Parallèlement à cela, la méthode de la « *concordance pratique* » offre une autre façon de faire, qui consiste à repousser au plus loin les concessions réciproques entre droits opposés.

310. Concordance pratique. Cette technique a été théorisée par le constitutionnaliste allemand Konrad HESSE¹⁰³³, et consiste à refuser de sacrifier un droit pour un autre, même en mesurant les intérêts en présence. Il s'agirait davantage de limer les exigences contradictoires pour arriver à une solution de combinaison de deux droits opposés par voie de concessions réciproques. Cette méthode impose de rechercher des solutions originales d'équilibre entre les droits. Chaque droit doit pouvoir prétendre atteindre un certain degré de réalisation, dans une logique d'optimisation¹⁰³⁴ et d'unité d'interprétation des droits de l'homme. Cette théorie est

¹⁰³¹ C. WARBRICK, M. O'BOYLE et D.J. HARRIS, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 296- 297 : « *Only if one of the rights is absolute will it take complete priority over another right, subject to limitations, expressly or impliedly in the text* ».

¹⁰³² CEDH, 13 février 2003, *Odièvre contre France*, n° 42326/98 ; précitée.

¹⁰³³ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 20^{ème} éd., 1995, n° 71 et s. Cette technique a été développée pour résoudre les problèmes de collision entre les grands principes de droit constitutionnel allemand.

¹⁰³⁴ Développements éclairants à ce propos dans la thèse de P. DUCOULOMBIER, *op. cit.*, n° 840.

critiquée en ce qu'elle ne se distingue pas nettement de la proportionnalité, cependant, elle a le mérite de souligner la nécessité de concilier les droits entre eux. La balance des intérêts met bien d'ores et déjà cet impératif de conciliation en valeur puisqu'il s'agit toujours d'évaluer les intérêts en présence en tenant compte de l'ensemble des circonstances d'une affaire. Cette méthode de la concordance des intérêts est idéaliste, la conciliation est impossible dans de nombreux contentieux. L'arrêt *Odièvre* contre France en est une illustration. Il oppose un enfant qui aimerait soulever le secret de ses origines et une mère qui veut préserver son anonymat, la concordance pratique est difficile puisqu'il y a une opposition farouche sur des deux droits des requérants. La conciliation pourrait effectivement être recherchée à travers l'exercice de concessions réciproques, impliquant de permettre l'accès à certaines données médicales identitaires, pourtant, le nom de la mère ne peut être révélé sans porter un préjudice irréversible à son droit à l'anonymat. La concordance pratique a des limites et notamment celle du conflit en lui-même qui, s'il peut être apaisé ou partiellement arrondi, ne peut être effacé. Il semblerait donc que la solution à une meilleure utilisation du principe de proportionnalité doive être recherchée ailleurs. Une direction, souvent négligée, s'impose, dans le sens de l'approfondissement du critère de légitimité de l'ingérence en matière familiale.

2. L'intérêt du critère de légitimité de l'ingérence

311. La nécessité de l'ingérence. Le contrôle de proportionnalité permet d'évaluer l'atteinte à un droit conventionnellement protégé. Il est au cœur du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰³⁵. Il s'applique en matière de droits à protection relative, non intangibles, qui sont garantis par le premier paragraphe d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme, et limités par un second paragraphe au sein du même article. Certaines ingérences peuvent donc être justifiées si elles répondent à trois critères précis, celui d'être prévue par la loi, de poursuivre un but légitime et d'être nécessaire dans une société

¹⁰³⁵ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 51 et s.

démocratique. Ce dernier critère, celui de la nécessité de l'ingérence, est celui qui suscite le plus grand intérêt des juges et de la doctrine. Le contrôle de nécessité est réalisé *in concreto*. Après avoir vérifié que l'ingérence protège un intérêt légitime mis en danger, il est vérifié que la limitation en cause est la moins attentatoire possible à la liberté visée, c'est-à-dire qu'il n'y a pas un autre moyen de ne pas porter atteinte aux droits de la Convention et qu'il y a une pondération réelle entre la poursuite des intérêts collectifs et des intérêts individuels¹⁰³⁶. Les autorités nationales ont une marge d'appréciation sur ce dernier point dans la mesure où elles sont considérées comme étant les mieux placées pour évaluer les mesures appropriées dans une situation spécifique se déroulant sur leur territoire. Le contrôle de proportionnalité est délicat, il implique de mesurer si l'atteinte au droit conventionnel est justifiée, il conduit donc implicitement à établir une présomption favorable au requérant qui fait valoir une violation de ses droits¹⁰³⁷. Le droit du requérant reçoit davantage d'attention puisque la question qui est posée à la Cour est celle de savoir si son droit a été violé¹⁰³⁸. La question de l'ingérence n'est pas posée sous l'angle des conflits de droits, mais de la violation du droit en cause.

312. La légitimité de l'ingérence. La réflexion est plus rarement engagée sur le terrain de la légitimité de l'ingérence. La question de la légitimité fait ouvertement appel aux valeurs, alors que la Cour européenne se veut pragmatique et positiviste. Madame le juge TULKENS observe que la jurisprudence de la Cour « *s'attache très rarement à examiner de manière approfondie la condition de la légitimité de l'ingérence, c'est-à-dire du but légitime poursuivi. La plupart du temps, les arrêts se limitent à une clause de style et ne développent aucun argumentaire sur cette base et,*

¹⁰³⁶ V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Famille et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag K.G., 2000, p. 281.

¹⁰³⁷ E. BREMS, « *Conflicting Human Rights : An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* », *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, p. 305.

¹⁰³⁸ Ainsi, dans un arrêt où une femme mettrait en valeur son droit au respect de sa vie privée et sa liberté de choisir l'avortement, le raisonnement est concentré sur le droit à l'avortement de la femme, sur sa vie privée, sa liberté de conscience et non sur le conflit de droits existant entre le droit à la vie de l'enfant à naître ou le droit du père de l'enfant à consentir à l'avortement.

a fortiori, n'en tirent aucune conclusion »¹⁰³⁹. Pourquoi existe-t-il une telle résistance à engager le débat sur le terrain de la légitimité de l'ingérence, alors que de « nombreuses situations de conflits pourraient (...) être réglées ainsi en amont avant d'engager un débat plus difficile sur les sables mouvants de la nécessité »¹⁰⁴⁰ ? Le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas absolu et peut être limité par le respect d'intérêts concurrents, mentionnés à l'article 8 § 2 qui énonce qu'« *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Il découle du texte conventionnel que des ingérences sont possibles si elles sont protectrices de la morale.

313. Une réflexion axiologique nécessaire. Ainsi, la Cour a le droit de considérer qu'il y a "disproportionnalité" entre un droit de l'homme revendiqué et la mission de l'État de protéger la morale. Cependant, la restriction d'un droit conventionnel au nom de la morale est un « *sujet hautement sensible, qui conduit la Cour sur un « terrain délicat* » »¹⁰⁴¹, c'est pourquoi la morale a été mise à l'écart dans de nombreux domaines tels que l'éducation sexuelle à l'école, la dépénalisation de l'homosexualité et du sadomasochisme, le déplacement des cendres mortuaires, le transsexualisme, l'interdiction de l'inceste, la pornographie, l'interdiction de l'information sur l'avortement ou la gestation pour autrui. Le plus souvent, la Cour renvoie d'ailleurs à la marge nationale d'appréciation et affirme que « *les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis des exigences de la morale comme sur la nécessité*

¹⁰³⁹ F. TULKENS, *Les conflits de droits fondamentaux*, Notes de support de cours, accessibles en ligne, 14 avril 2006.

¹⁰⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁰⁴¹ D. ROMAN, « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS*, 2011, p.293.

d'une restriction destinée à y répondre »¹⁰⁴². Dans l'arrêt *Open Door et Dublin Well Woman contre Irlande* du 29 octobre 1992¹⁰⁴³, la Cour a considéré que le respect de la morale était un but légitime à une restriction des droits de l'homme. La Cour précise que la situation juridique irlandaise reflète « *les valeurs morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et, par conséquent, la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître* » (§230). Elle diffère en ce sens d'une position qui avait été la sienne dans l'arrêt *Young, James et Webster contre Royaume-Uni* du 13 août 1981¹⁰⁴⁴ qui précisait que « *bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante* ». Ainsi, la tendance européenne à autoriser largement l'avortement a été contrebalancée par l'absence de « *consensus européen [...] sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie* » (§ 237), ce qui marque un recul par rapport aux décisions précédentes dans le même domaine. Pour la Grande Chambre, « *dès lors qu'on accorde aux Etats une marge d'appréciation en matière de protection de l'enfant à naître, il faut nécessairement leur laisser aussi une marge d'appréciation quant à la façon de ménager un équilibre entre cette protection et celle des droits concurrents de la femme enceinte* » (§ 237).

La redéfinition de la famille dépend donc d'une volonté commune d'investir le domaine de la morale. La Cour européenne des droits de l'homme a bien évoqué la

¹⁰⁴² CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman contre Irlande*, n° 14234/88 et n° 14235/88, (§ 223) ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992 », *AFDI*, 1992, p. 629 ; F. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression », *RTDH*, 1993, p. 345 ; F. SUDRE, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDC*, 1993, p. 216. Voir CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac contre Pologne*, n° 5410/03 ; P. HENNION-JACQUET, *D.*, 2007, p. 2648.

¹⁰⁴³ CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman contre Irlande*, n° 14234/88 et n° 14235/88 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1992 », *AFDI*, 1992, p. 629 ; F. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression », *RTDH*, 1993, p. 345 ; F. SUDRE, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDC*, 1993, p. 216.

¹⁰⁴⁴ CEDH 13 août 1981, *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*, n° 7601/76, § 63 ; G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme - chronique de jurisprudence 1980-1981 », *CDE*, 1982, p. 226 ; R. PELLOUX, « Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1981 », *AFDI*, 1982, p. 499.

nécessité, dans « *l'intérêt de la société dans son ensemble, de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant* »¹⁰⁴⁵. Les évolutions d'envergure déjà opérées sont acquises pour le droit, mais des révolutions, telle la légalisation de la gestation pour autrui, sont en cours. L'urgence est grande de restituer à la famille sa dimension sociale, sans éluder le rôle de la réflexion axiologique fondée sur la morale. Les Cours européennes disposent des outils juridiques nécessaires à la redéfinition de la notion de famille, le souci d'une argumentation philosophique et axiologique doit être amplifié, d'autant plus que ces Cours sont déjà habituées à exercer ce contrepoint moral¹⁰⁴⁶. L'issue de ces analyses n'est pas connue, mais les choix opérés méritent d'être débattus et qualifiés. L'assouplissement des modèles familiaux doit rester compatible avec la définition claire des contours de la famille¹⁰⁴⁷ recentrée sur ses devoirs : stabilité, durée et solidarité.

¹⁰⁴⁵ CEDH, 22 août 1997, *X, Y, Z contre Royaume-Uni*, n° 21830/93 ; CEDH, 27 septembre 2001, *GMB et K.M. contre Suisse*, n°36797/97 ; S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071 ; N. FRICERO, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 1997, sommaires commentés, p. 363 ; J. MASSIP, « Où l'on retrouve des transsexuels », *LPA*, 25 mai 1998, p. 17 ; F. SUDRE et autres, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *RUDH*, 1998, p. 81.

¹⁰⁴⁶ F. CHÉNÉDÉ, « Petite leçon de « réalisme juridique », à propos de l'affaire *Paradiso et Campanelli contre Italie* », *D.*, 2017, p. 663.

¹⁰⁴⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, 281.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

314. Devoirs fondamentaux de la famille. Les droits fondamentaux peuvent être mis au service de la famille en définissant des objectifs juridiques : stabilité, durée et solidarité. Le droit doit protéger le groupe spécifique qu'est la famille en re précisant ses devoirs. La régulation des méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne peut conduire à une régulation des droits fondamentaux liés à la protection de la vie familiale. Les Cours européennes sont les agents principaux de la redéfinition de la notion de famille. Un parti pris clair sur les rapports à établir entre droits de la personne, droits de la famille et droits des enfants par rapport à ceux des adultes pourrait permettre de redonner à la famille des contours clairs.

La Cour européenne des droits de l'homme a cherché à rendre la Convention européenne des droits de l'homme la plus effective possible. Les méthodes de raisonnement utilisées pourraient être recentrées sur l'intérêt de l'enfant et mises au service de la famille. Une hiérarchie des droits pourrait créer un ordre de priorité plaçant les plus faibles au sommet de la protection instituée, en limitant les revendications individuelles. Des critères de hiérarchisation pourraient également être mis en œuvre pour guider la réflexion des juges. L'approfondissement du critère de légitimité de l'ingérence dans l'application du principe de proportionnalité pourrait contribuer à la précision des contours de la famille. Le caractère de légitimité d'une ingérence imposée à l'exercice d'un droit fondamental et du but poursuivi par l'État pourrait permettre de préciser les bornes de la vie familiale.

CONCLUSION DU TITRE 2

315. Responsabilité des États. La notion de famille peut être précisée en prenant en compte les remarques faites par la critique et en régulant les méthodes des Cours européennes qui doivent porter l'idée selon laquelle la famille n'est pas une réalité ajustable. Le principe d'autonomie de la volonté par les droits de l'homme doit trouver une limite dans la protection de la famille. Le droit à la vie familiale est le lieu de l'affrontement juridique entre autonomie de la volonté et protection de la solidarité. La famille est ce groupement de personnes unies par des liens exclusifs (sang, alliance, volonté) impliquant des liens indéfectibles, au-delà de la fragilité des inclinations humaines. Le droit et les droits fondamentaux doivent être artisans de la stabilité de la famille.

La redéfinition de la notion de famille peut être l'occasion pour les Cours européennes de créer des droits fondamentaux pour la famille comme contrepoids à la volonté individuelle. La référence au droit à la famille durable et au droit à la famille équitable (stable pour tous les enfants, avec des liens clairs, établis envers ses deux parents) pourrait guider cette redéfinition en offrant aux Cours européennes la possibilité de séparer les domaines proprement juridique et politique. Elles pourraient ainsi ne pas hésiter à affirmer leur incompétence dans des domaines qui sont détachés du droit et qui doivent être débattus sur le plan de la philosophie morale, comme la revendication d'un droit à l'enfant. Elles mettraient les États devant leur responsabilité, en les incitant à consulter leur population et à mobiliser des équipes de recherche pluralistes sur les questions de société, de façon à faire émerger un consensus véritablement démocratique. Cette singularisation du droit est importante pour les droits de l'homme, considérés « *comme une ressource commune de l'humanité, ouverte aux apports de toutes les civilisations* »¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus*, Seuil, 2009, p. 301.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

316. Restituer une dimension directionnelle à la famille. La notion de famille est dépassée par sa transformation, mais des solutions simples existent pour redonner à la notion de famille une certaine clarté et des objectifs. Les droits fondamentaux pourraient être l'outil de cette clarification, par différents moyens visant à rendre à la notion de famille sa dimension normative, pour en faire un point de repère social stable. L'insécurité juridique, la précarisation du groupement familial, la multiplication des séparations, l'affaiblissement du lien social, l'augmentation des dépenses publiques pour pallier la fragilité de la famille ne sont pas une fatalité, mais rendent la clarification de la notion de famille absolument nécessaire. La façon dont la loi est élaborée a été richement commentée. Il suffirait de puiser dans ce fonds doctrinal, avec la ferme intention de restituer à la famille sa dimension juridique et directionnelle. La famille est un repère juridique d'organisation de la société. Elle est volontariste dans la mesure où le fait de fonder une famille est un choix, mais elle engendre des conséquences institutionnelles que le droit doit inscrire dans le temps. Le droit doit contribuer à endiguer la trop grande précarité des liens de famille. La préservation des droits de l'enfant est au cœur de cette problématique. Institutionnaliser les désirs des adultes sous forme de droits fondamentaux conduit à empiéter nécessairement sur le droit des enfants. Les Cours européennes ont un rôle décisif à jouer dans la protection de cette partie faible qu'est l'enfant. L'interprétation extensive de la protection de la vie privée et familiale peut être restreinte, le flottement de la notion de famille n'est pas irréversible.

CONCLUSION GÉNÉRALE

317. Perspectives d'évolution. La notion juridique de famille s'est rapidement transformée sous l'influence des droits fondamentaux. Après une première phase d'indifférence entre les deux notions, l'association des mœurs et des droits fondamentaux a donné lieu à la libéralisation de la notion de famille. Elle n'est dès lors plus une institution imposée de l'extérieur, mais un choix modulable de l'intérieur. Il est dorénavant exclu de fonder une famille en se conformant à un ordre public directionnel unique. Les libertés de choisir et de se délier doivent être respectées. La famille s'est libéralisée. Elle était lignagère, patriarcale et inégalitaire ; elle est devenue égalitaire, nucléaire et pluraliste. On ne parle plus de la famille, mais des familles, au pluriel. Plus encore, le droit de la famille n'est plus un phénomène national, il est devenu international et il puise sa source dans les normes érigées par les institutions européennes, notamment la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁴⁹. Ces institutions permettent une circulation des modèles familiaux avec pour objectif de faire respecter toutes les situations affectives, en assimilant les notions de famille et de vie familiale.

Les interdits diminuent et l'effectivité des relations affectives est privilégiée. Ainsi, l'adultère, le divorce, l'adoption monoparentale, l'adoption homosexuelle, l'aide médicale à la procréation, le mariage homosexuel et la gestation pour autrui sont pris en compte par le droit. Seuls persistent en Occident les interdits de l'inceste et de la polygamie. L'instrument de cette construction familiale est aujourd'hui désormais le droit des contrats qui permet l'expression de la volonté dans la sphère familiale. Les liens peuvent se dissoudre selon les

¹⁰⁴⁹ V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *Le pluralisme*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 49, p. 13.

affections, qui guident la volonté. Conjoints, partenaires, concubins sont libres et égaux en droit et chacun doit pouvoir faire entendre ses droits individuels¹⁰⁵⁰.

Une plus grande complexité s'instaure dans les rapports entre parents et enfants. Si les rapports de couple concernent des adultes consentants, les rapports de filiation impliquent de ménager la protection des droits fondamentaux des enfants et les intérêts des adultes. Cette équation est souvent difficile à résoudre et la libéralisation de la notion juridique de famille est problématique en ce domaine. Elle a un double visage, une face positive de libéralisation des relations et une face négative de moindre protection des individus les plus faibles. Actuellement, la libéralisation de la famille se fait au détriment des enfants. La famille est en cela dépassée par sa transformation et le vocable famille est appelé à recouvrer du sens.

318. Rôle clé des Cours européennes. Les Cours européennes, étant donné l'impact de leurs décisions, pourraient être les vecteurs efficaces de cette recherche de sens. Une modification de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait suffire à redonner du sens à la notion de famille. Une distinction entre la protection de la vie privée et le respect de la vie familiale par la reconnaissance de droits fondamentaux de la famille spécifique pourrait permettre à la famille de redevenir une structure juridique spécifique capable de protéger ses membres les plus fragiles. Ainsi, l'article 8 pourrait protéger d'un côté la vie privée, incluant la vie sexuelle de son choix et le droit à l'autonomie et d'un autre côté, il protégerait la famille. Cette délimitation signifierait aussi que la liberté de la vie privée a pour limite la protection de la famille, insistant sur le fait que l'arrivée d'enfants dans le jeu des relations interindividuelles rigidifie les contours de la famille, dans l'intérêt de ceux-ci. Davantage de structure devrait permettre une meilleure protection des droits fondamentaux des enfants. Protection de la vie familiale et protection de la vie privée gagneraient donc à être distinguées. De nouveaux objectifs visant à garantir la famille durable et la famille équitable pourraient être également inclus à cette distinction. Ces objectifs feraient

¹⁰⁵⁰ B. REBER, « Le pluralisme moral », *Le pluralisme*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, Tome 49, p. 21.

contrepoids à l'autonomie de la volonté en signifiant spécialement que le choix d'avoir des enfants implique des devoirs et des contraintes.

Le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'homme auraient intérêt à promouvoir la protection de ce groupement spécifique d'individus solidaires qui s'inscrit dans le temps. Un homme s'inscrit dans une famille avant de s'inscrire dans un espace politique ou géographique. Assurer le respect et la stabilité de l'un conduit à protéger le respect et la stabilité de l'autre. Le modèle de la famille européenne, encore en recherche, a dès lors des perspectives d'évolution.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

ARDANT Ph., MATHIEU B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J, 28^{ème} édition, 2016

ATIAS Ch., *Philosophie du droit*, PUF, 4^{ème} édition, 2016

AUDIT B., D'AVOUT L., *Droit international privé*, Economica, 7e éd., 2013

BARRIÈRE-BROUSSE I., DOUCHY-OUDOT M., *Les contentieux familiaux, Droit interne, international et européen*, Lextenso éditions, 2^{ème} édition, 2016

BATIFFOL H., *Aspect philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956

BENABENT A., *Droit de la famille*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2014

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012

BONFILS Ph., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} édition, 2014

BOULANGER F., *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs internationaux, Tome II*, Economica, 1994

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé, Partie générale*, PUF, 4^{ème} édition, 2017

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé, Partie spéciale*, PUF, 4^{ème} édition, 2017

CARBONNIER J.,

- *Essais sur les lois*, Editions du notariat Defresnois, 2^{ème} édition, 1995

- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996

- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001

- *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21^{ème} édition, 2002

- *Sociologie juridique*, PUF, 2004

- *Ecrits, Textes rassemblés par Raymond Verdier*, P.U.F., 2008

CORNU G., *Droit civil, la famille*, Montchrestien, 9^{ème} édition, 2006

- DEBOVE F., SOLOMON R., JANVILLE Th.**, *Droit de la famille*, Vuibert, Dyna'sup droit, 8^{ème} édition, 2012
- DOUET F.**, *Précis de droit fiscal de la famille*, 16^{ème} édition, Litec, 2017
- DUFFAR J., ROBERT J.**, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^{ème} édition, 2009
- FAVOREU L. (dir.)**, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2015
- FENOUILLET D.**, *Droit de la famille*, Cours Dalloz, 3^{ème} édition, 2013
- FERRÉ-ANDRÉ S., BERRE S.**, *Succession et libéralités*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2016
- FRICERO N.**, *Droit européen des droits de l'Homme*, Mémento LMD, Gualino, 2007
- GHESTIN J., HAUSER J., HUET-WEILLER D.**, *Traité de droit civil : la famille*, LGDJ, 1993
- GICQUEL J., GICQUEL J.-E.**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 30^{ème} édition, 2016-2017
- GRIMALDI M.**, *Droit patrimonial de la famille 2015-2016, Régimes matrimoniaux, successions, libéralités, libéralités-partages, indivision, pacte civil de solidarité, fiscalité, droit international privé*, Dalloz, coll. Dalloz action, 5^{ème} édition, 2014
- GUINCHARD S.**, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2017
- LABBÉE X.**, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2^{ème} édition, 2012
- LASCOMBE M.**, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, L'Harmattan, 13^{ème} édition, 2015
- LEBRETON G.**, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey Université, 8^{ème} édition, 2008
- LEFEBVRE-TEILLARD A.**, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996
- LÉVY J.-Ph., CASTALDO A.**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} édition, 2010

- MARGUÉNAUD J.-P.**, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} édition, 2016
- MAYER P., HEUZÉ V.**, *Droit international privé*, LGDJ, Précis Domat, 11^{ème} édition, 2014
- MIRKOVIK A.**,
 - *Droit des personnes et de la famille*, Studyrama, 4^{ème} édition, 2014
 - *L'essentiel de la bioéthique*, Lextenso éditions, Les carrés Gualino, 2013
- MURAT P.**, *Droit de la famille*, Dalloz Action, 7^{ème} édition, 2016-2017
- NIBOYET M.-L., DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.**, *Droit international privé*, LGDJ Paris, 5^{ème} édition, 2015
- OBERDORFF H.**, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2015
- OBERDORFF H., ROBERT J.**, *Libertés fondamentales et droits de l'Homme, Textes français et internationaux*, LGDJ, 15^{ème} édition, 2017
- PETOT P.**, *Histoire du droit privé, La famille*, Edition Loysel, 1992
- RENUCCI J.-F.**,
 - *Droit européen des droits de l'homme, Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012
 - *Droit européen des droits de l'Homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2017
- REVILLARD M.**, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defr., 8^{ème} édition, 2014
- SUDRE F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^{ème} édition, PUF, collection Droit fondamental, 2016
- SUDRE F., TINIERE R.**, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Droit et justice, 3^{ème} édition, 2013
- SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., coll. Thémis droit, 8^{ème} édition, 2017
- TERRÉ F., FENOUILLET D.**, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 9^{ème} édition, 2017

VILLEY M., *Philosophie du droit*, Définitions et fins du droit, les moyens du droit, Dalloz, 2001

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, TRAVAUX COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES, THÈSES, COURS

AGACINSKI S., *Corps en miettes*, Flammarion 2009, coll. *Café Voltaire*, p. 9

ALLARD J., GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil, La République des idées, 2005

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, GF Flammarion, 2004

BALLOT E., *Les insuffisances des droits fondamentaux*, Thèse dirigée par J.-F. CESARO, Edition Mare et Martin, 2014

BECQUART J., *Les mots à sens multiple en Droit civil français ; contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1928

BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, SIREY, 13^{ème} édition, 2014

BIGOT A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, thèse rédigée sous la direction du Professeur H. FULCHIRON, Faculté de droit, économie et sciences d'Aix-Marseille, 2003

BODIN M., *Les notions relatives en droit civil*, thèse sous la direction du Professeur J.-F. OVERSTAKE, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011

BORRAS RODRIGUEZ A., *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, Académie de droit international de la Haye, tome 317, 2005

BOUCAUD P., *L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : Etude pluridisciplinaire*, Bruylant, 2009

BOURASSIN M., COUTANT-LAPALUS C., *Les droits des grands-parents, une autre dépendance ?*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2012

BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L., *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET T., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23^{ème} édition, 2017

CONGRES UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruylant, 1999

CORPART I. (dir.), *Famille recomposées : le couple, l'enfant, les parents, les beaux-parents, le patrimoine, le logement*, Lamy, coll. Axe Droit, 2011

CREOFF M., *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*, Dunod, 2^{ème} édition, 2009

DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse rédigée sous la direction du Professeur L. LEVENEUR, Université Panthéon-Assas Paris II, Dalloz coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002

DEKEUWER-DEFOSSEZ Fr., JEAMMET Ph., ROULAND N., DONVAL A., *Inventons la famille !*, Bayard, 2001

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Fr., *Les droits de l'enfant*, PUF, « Que sais-je ? », 9^{ème} édition, 2010

DELECOURT F., *L'enfant des recompositions familiales*, thèse de doctorat sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Lille II, 1994

DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998

DOUCHY-LOUDOT M., *La réforme du mariage, approche critique sur les mutations familiales*, DMM, 2013

DUBY G., BRAUDEL F., *La Méditerranée les hommes et l'héritage*, Flammarion, Champs histoire, 1986

DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse dirigée par F. BENOÎT-ROHMER, LGDJ, 2011

FABRE-MAGNAN M., *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013

FAVARD J., *Au cœur de Paris, un Palais pour la Justice*, Découvertes Gallimard, 1995

FRANCESCHI M., *Droit et marchandisation de la connaissance sur les gènes humains*, CNRS Editions, 2004

GANNAGE L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, Thèse rédigée sous la direction du Professeur Y. LEQUETTE, Paris II Assas, LGDJ, 2001

GICQUEL J., *QPC et droits fondamentaux, Crises d'identité et droits fondamentaux de la personne humaine*, L'Harmattan, Paris, 2014

GODELIER M., *Métamorphose de la parenté*, Fayard, 1998

GODET M., SULLEROT E., *La famille : une affaire publique*, La Documentation française, 2009

HAYEK F., *Droit, législation et liberté*, PUF, 2^{ème} édition, 2013

HEGEL G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, PUF, Quadrige, 2013

HENNERON S., *La notion de famille en droit positif français*, thèse rédigée sous la direction du Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Université du droit et de la santé de Lille, 2002

HERPOEL G., *Droit des successions des familles recomposées*, Edipro, 2009

HILGER G., *L'enfant victime de sa famille*, thèse sous la direction de X. LABBÉE et F. ARCHER., Lille, 2014

HILT P., *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, Analyse du droit français, Thèse sous la direction du Professeur F. GRANET-LAMBRECHT, PUAM, 2004

JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, 1987

KRENC F., PUECHAVY M., *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 2008

LAMBERT E., *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, réédition Préface F. MODERNE, Dalloz, 2005

LAMBERT-ABDELGAWAD E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999

LAMMERAND I., *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruylant LGDJ, 2001

LASSERRE M.-C., *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, sous la direction du Professeur L.-C. HENRY, Faculté de droit de Nice, 2013

LEBRUN J.-P., *La perversion de l'ordinaire*, Denoël, 2007

LENOIR R., *Généalogie de la morale familiale*, Le Seuil, 2003

LEVILLAIN N., FORGEARD M.-C., *Cas pratiques de droit de la famille, Stratégies patrimoniales, liquidations civiles et fiscales*, Lexisnexis, 2012

LÉVY-STRAUSS C., *Les structures élémentaires de la parenté*, Edition Mouton de Gruyter, réédité en 2002

LIPOVETSKY G., *L'ère du vide, Essai sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, Folio essai, 1983

MARCHADIER F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse sous la direction de J.-P. MARGUÉNAUD, Bruylant, 2007

MARGUÉNAUD J.-P.,

- *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, 2001

- *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 5^{ème} édition, 2010

MILLARD E., *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Thèse sous la direction du Professeur COHENDET, LGDJ, 1995

MIRKOVIK A., POURHIET Le A.-M., *Mariage des personnes de même sexe : La controverse juridique*, Edition Téqui, 2013

MONTILLET-DE SAINT-PERN L., *La notion de filiation en droit comparé, droit français et droit anglais*, Thèse sous la direction du Professeur B. ANCEL, Université Panthéon-Assas, 2013

OST F., VAN DE KERKOVE M., *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Collection générale, 2002

PARAIN-VIAL J., *La nature du fait dans les sciences humaines*, P.U.F., 1966

POMART C., *La magistrature familiale : vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, L'Harmattan, 2003

- POUSSIN G., SAYN I.,** *Un seul parent dans la famille : Approche psychologique et juridique de la famille monoparentale*, Le Centurion, 1990
- POUSSON-PETIT J., POUSSON A.,** *L'affection et le droit*, Edition du centre national de la recherche scientifique, 1990
- PRESNO M. A.,** *EL derecho Europeo de Familia*, Cuaderno Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 22, Pamplona, 2008
- RAMET S.,** *Le droit communautaire et la famille*, Thèse sous la direction du Professeur IDOT, Paris I, 2001
- REBOURG M.,** *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, thèse rédigée sous la direction du Professeur H. FULCHIRON, Defr., Collection de thèses, 2003
- RIPERT G.,** *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd. 1955
- ROMANO S.,** *L'ordre juridique*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2002
- ROULAND N.,** *Anthropologie juridique*, PUF, 1988
- SAINT-JACQUES M.-C. (dir.),** *Séparation monoparentalité et recomposition familiale : bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Les presses de l'Université de Laval, 2004
- SEGALEN M., MARTIAL A.,** *Sociologie de la famille*, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2013
- SHORTER E.,** *La naissance de la famille moderne*, Seuil, 1977
- SIFFREIN-BLANC C.,** *La parenté en droit civil français, étude critique*, Thèse sous la direction du Professeur PUTMAN, PUAM, 2009
- SINGLY F. (DE),**
 - *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2010
 - *Libres ensemble. L'individualisme dans la vie commune*, Nathan, 2000
- SINGLY F., COMMAILLE J. (dir.),** *La question familiale en Europe*, L'Harmattan, 1997
- SOLJENITSYNE A.,** *Esquisses d'exil, le grain tombé entre les meules, tome 2, 1979-1994*, Fayard, 2005
- STRICKLER Y. (Coll.),** *Le prix de la rupture : au cœur des contentieux*, L'Harmattan, 2012

SUDRE F., *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 21, 1998

SUPIOT A.,

- *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Edition du Seuil, 2005

- *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Le Seuil, 2010

THERY I.,

- *Le démariage*, Odile Jacob, 1993

- « Droit, famille et vie privée, le pari du débat », *Commentaire*, Plon, n°83, 1998, p. 827

- *Couple filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux ministre de la Justice*, Editions Odile Jacob, 1998

THERY I., MEULDERS-KLEIN M.-T. (dir.),

- *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993

- *Quels repères pour les familles recomposées ?*, LGDJ, Droit et sociétés, 1995

THOMAS Y., *Les opérations du droit*, édition EHESS, Gallimard, Seuil, 2011, p. 139

THURILLET-BERSOLE A., *Droit européen et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, thèse rédigée sous la direction des professeurs C. NOURISSAT et V. BONNET, Université de Bourgogne, 2011

TODD E., *L'invention de l'Europe*, Seuil, 1990

TROPER M., *Jeremy Bentham et les droits de l'homme, un réexamen*, Journée de recherche de la Société Française pour la philosophie et la théorie juridiques et politiques, 19 janvier 2001

TULKENS F., VAN DROOGHENBROECK S., *L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Collection les conférences publiques du Pôle européen Jean Monnet, Université Pierre Mendès France Grenoble, 2002

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant/FUSL, 2001, chap IV

VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse rédigée sous la direction du professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Paris, L'Harmattan, 2000

VERDIER P., DELAISI DE PARSEVAL G., *Enfant de personne*, Editions Odile Jacob, 1994

III. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008

ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Grand Dictionnaire, 2003

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1993

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadriga, 11^{ème} édition, 2016

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Droits de l'homme*, Collection Lamy droit civil

PETITTI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème édition, 1999

Répertoire de droit civil Dalloz

- **LEMOULAND J.-J., LAMARCHE M.,** V° « Famille »
- V° « Mariage »
- **BAZIN É.,** « Violences familiales »

Répertoire de procédure Civile, Dalloz

- **DOUCHY-LOUDOT M., JOLY-HURARD J.,** « Médiation et conciliation »
- **LARRIBAU-TERNEYRE V., AZAVANT M.,** « Autorité parentale »

Répertoire de droit pénal et de procédure pénale

- **DARSONVILLE A.,** « Viol »

Répertoire de contentieux administratif, Dalloz

- **LECUCQ O.,** « Etranger » (II- Contentieux de l'entrée et du séjour)

Répertoire de droit civil, Dalloz

- **C. NEIRINCK,** « Enfance »
- **G. RAYMOND,** « Assistance éducative »

IV- CHRONIQUES, ARTICLES, COMMUNICATIONS

ALVAREZ J., « Les unités de visite familiale », *Revue de science criminelle*, 2006, p.653

ANATRELLA T., BEAUQUIER A. et EOCHE-DUVAL Ch., « Adoption et « homoparentalité » : l'éclairage des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, 2003, Etude n° 17

ANDORNO R., « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *RID comp.*, 1994, p. 141

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., SERMET L., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme, Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2001, p. 1256

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.,

- « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national, Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, p. 124

- « La conception des libertés par le Conseil Constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p.19

- « Splendeurs et misères de l'ordre public européen », *CDE*, 2000, n° 5-6, n° 657

ANTONINI-COCHIN L.,

- « La Cour de cassation à l'épreuve du procès équitable », *LPA*, 2000, n°231, p.4

- « Le paradoxe de la fidélité », *D.*, 2005, n°1, p. 23

ARNAUD A.-J., « Philosophie des droits de l'homme et droit de la famille », *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, Colloque LERADP, 1996, p. 1

AUBERT J.-L., « Le fait et la Cour de cassation », in *Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Litec et Dalloz, 2006, p. 851

AUVRET P., « L'adhésion de l'Union européenne des droits de l'homme », *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution européenne*, J. RIDEAU (Dir.), Colloques, Bruylant, 2009, p. 379

AZOULAY L., « L'argument sociologique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Entre anti-sociologisme et intuitionnisme social », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 183

AZZI T., « La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 43

AVENA-ROBARDET V.,

- « Le mariage homosexuel en discussion », *AJ Fam.*, 2011, p. 279
- « GPA : à Nantes, le Parquet résiste ! », *AJ Fam.*, juin 2015, p. 307
- « En route pour un statut du beau-parents », *AJ Fam.*, 2007, p. 447
- « Statut du beau-parent », *AJ Fam.*, 2009, p. 187
- « Les beaux-parents aux oubliettes ? », *AJ Fam.*, 2009, p. 415

ATIAS Ch., « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D. Sirey*, 1977, Chronique, p. 253

BAKOUCHE D., « La cause du contrat instrument du démantèlement de l'institution du mariage », *JCP G.*, 2012, n°1, 9

BALDES O., « Le retour de l'inceste dans le droit pénal : pour quoi faire ? », *Dr. Pénal*, 2010. Étude 7

BAREÏT N., « La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants. Observation sur une jurisprudence bien éclairée », *RDT eur.*, 2011, p. 537

BARRIÈRE-BROUSSE I.,

- « La mise en application du règlement européen sur les successions : cauchemar à l'office notarial ? », *D.*, 2015, p. 1651
- « La révision du règlement Bruxelles « II bis », perspectives communautaires sur les désunions internationales », *D.*, 2008, p. 625
- « L'improbable européanisation du droit international privé de la famille », *JCP G.*, n° 5, 3 fév. 2014, p. 120

BASEDOW J., « Recherches sur la formation d'un ordre public européen dans la jurisprudence », *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur du Professeur P. LAGARDE*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Le lobbying européen : bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *Revue du droit public*, n° 3, 2004, pp. 755

BATIFFOL H.,

- « Existence et spécificité du droit de la famille », *Réformes du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1975, p. 7
- « Les critères du droit international privé », *in Festschrift für Gerhard Kegel, Alfred Metzner Verlag GmbH, Franckfurt Am Main*, 1977, p. 16

- BAUX A.**, « Légalité du refus de délivrer un document de circulation et *kafala* », *AJDA*, 2009. 1497
- BERNARD F., BERTHE A.**, « Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1997, p. 17
- BECHILLON de D.**,
 - « La valeur anthropologique du Droit, Eléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.* 1995, p. 835
 - « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ.* 2002, p. 47
- BENABENT A.**,
 - « La réception du droit communautaire en droit de la famille », in BERGE J.-S., M.-L. NIBOYET (Dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Colloque international session internationale d'études doctorales, Université de Paris X-Nanterre, 28 janvier - 1er février 2003
 - « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, T. REVET (dir.), Dalloz, 1996
- BERGE J.-S.**, « Droit international privé et approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 77
- BERRO-LEFÈVRE I.**, « Adoption et filiation, droit à l'enfant, droits de l'enfant », La conscience des droits, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011, p. 34
- BERNARD-XEMARD C.**, « Naître sans mère...Et le père ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 29
- BERTHIER L.**, « Regards européens sur l'idée des décisions de la justice administrative », *Revue française de droit administratif*, 2008, p. 245
- BETTIO N.**, « Le « droit à l'enfant » nouveau droit de l'Homme ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 20 octobre 2010, n° 2, p. 473
- BIAGINI-GIRARD S.**, « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers : un modèle prédéterminé et imposé comme obstacle à un « droit naturel » ? », *RCDIP*, 2014 p. 263
- BLAHA J.**, « Que pensent les Tchèques de la famille ? Analyse de quelques sondages d'opinion », *La documentation française*, Grande Europe n°4, janvier

2009

BLANCHARD Ch., « Le droit pénal », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 349

BLAY-GRABARCZYK K., AFROUKH M., SCHAHMANECHE A., « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA* 2014 p. 935

BOICHE A., « La séparation (Bilan Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliments et le protocole de la Haye) », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 29

BONFILS Ph., « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ Pénal*, 2014, p. 10

BONICHOT J.-C.,

- « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011p. 50

- « Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme : vers un partenariat enregistré ? », in *Le droit dans une Europe en changement, Liber Amicorum Pranas Küris, Mykolo Romerio Universitetas*, 2008, p. 95

BONIFAY E., « La circulation des citoyens européens entre Etats membres au lendemain de l'adoption du règlement « documents publics » », *JDI*, n°2, avril 2017, doct. 7.

BONNET V., « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.*, 2013, p. 107

BORRAS A., « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », *Vers un statut européen de la famille*, dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, Dalloz, 2014, p. 10

BOSSE-PLATIÈRE H., « La présence des grands-parents dans le contentieux familial », *JCP G*, n°25, 1997, I, 4030

BORE L., « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G*, n°3, 2002, I, 104

BOULANGER F.,

- « La vie familiale », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2012, 18^{ème} édition, p. 235

- « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 59
- « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G*, 1993, I, 3665

BOULOUIS J., « Famille et droit constitutionnel », *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 147

BOURDELOIS B.,

- « Relations familiales internationales et *professio juris* », In *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 139
- « La famille du XXIème siècle et problématiques de conflits de lois », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 89

DE BOYSSON B., « Rester marié ou changer de sexe : il faut choisir », *AJ Fam.*, 2012, p. 349

BREDIN J.-D., « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, 68, 1994, p. 77-85, spéc. p. 81

BREILLAT D., « La hiérarchie des droits de l'homme », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 353

BREMS E., « *Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* », *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, p. 305

BRIERE C., « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS*, 2002, p. 567

DE BROISSIA L., « La réforme de la protection de l'enfance : un projet de loi qui encourage et sécurise les pratiques innovantes développées par les conseils généraux depuis la décentralisation », *AJ Fam.*, 2007, p.79

BRUGGEMAN M., « Les familles recomposées : le(s) tiers et l'enfant », *AJ Fam.*, 2007, p. 294

BRUNET L., « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », *Andrologie*, 2010, Vol. 10, n°1, p. 93

BRUNET P., « Argument sociologique et théories de l'interprétation : beaucoup d'interprétation, très peu de sociologie », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 101

BRUNETTI-PONS C.,

- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Revue de droit de la famille*, 2003, chron. n° 15
- « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire », *RTD civ.*, 2004, p. 589
- « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.*, 1999, p. 27

BUFFELAN-LANORE Y., « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 113

BUREAU D., « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *Mélanges en l'Honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, tiré à part, I, n° 8

BURGORGUE-LARSEN L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2013) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 01 juillet 2014 n° 4, P. 1077

CABRILLAC R., « L'argument sociologique, diversité des cas, unité d'inspiration », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 21

CALLE P., « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 231

CALLEWAERT J., « La CEDH, entre effectivité et prévisibilité », *Mélanges LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 95

CANIVET G., « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la « bénévolance » des juges », *Revue de science criminelle*, 2005, p. 799.

CARBONNIER J., RUBELLIN-DEVICHI J., « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G*, n°7, I, 3739

CARBONNIER J.,

- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mélanges en l'honneur du Professeur RIPERT, LGDJ, 1950, p. 328
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99
- « Scolie sur le non-sujet de droit : l'esclavage sous le régime du Code civil », in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 10 édition, 2001, p. 247

CATALA P.,

- « Préparer sa succession », *JCP G*, n°1, janvier 2011, 5
- « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 342

CERE J.-P.,

- « L'institution d'un contrôleur des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarque sur un accouchement difficile », *AJ Pénal*, 2007, p. 525
- « Le droit à une vie familiale pour les détenus », in LEMOULAND J.-J., LUBU M. (Dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz « thèmes et commentaires », 2007, p. 17

CHALTIEL F., « La gestation pour autrui : Réflexions avant la révision des lois bioéthiques », *Petites affiches*, 01 septembre 2010 n° 174, p. 3

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les droits et libertés fondamentaux en France. Génèse d'une qualification », in P. LOKIEC, A. LYON-CAEN, (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 28

CHENEDE F., DEUMIER P., « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, p. 13

CHENEDE F.,

- « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.*, 2014, p.179
- « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur du Professeur G. CHAMPENOIS, Liber amicorum*, Defr., 2012 p. 139

CHEVALIER J., « L'argument sociologique dans l'étude du droit constitutionnel », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 241

CHEYNET DE BEAUPRE A., « Le bébé du double espoir », *D.*, 2011, p. 603

CICILE-DELFOSSÉ M.-L., « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defr., 2012, p. 189

COËT Ph., « Les notions-cadres dans le Code civil », *LPA*, 30 juill. 1986 n° 91, p. 41

COHEN D.,

- « Le droit à ..., L'avenir du droit », *Mélanges en l'honneur du Professeur François Terré*, Dalloz, 1999, p. 393
- « Le droit à ... », *Mélanges en l'honneur du Professeur François TERRE*, Dalloz, 1999, p. 395

COLCOMBET F., « Les principes constitutionnels du droit de la famille », P.U. Aix-Marseille, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, 1995, p. 211

COLIN J.-P., *Le Gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Thèse de doctorat, Nancy, 1963

COLLARD C., « Concevoir le droit comme un produit », *Mélanges en l'honneur du Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Liber amicorum*, LGDJ, 2013, p. 421

COMMAILLE J.,

- « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Liber amicorum M.-T. MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 83

- « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus », in *Mélanges J. RUBELLIN-DEVICI*, Litec, 2002, p. 28

DE COMBLES DE NAYVES P., « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions*, 2012, p.91

CORNELOUP S., « Le contrôle de l'ordre public par la CEDH », *JEDH*, 2013., p. 381

CORPART I., « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ Fam.*, 2009, p. 155

COSTA J.-P., « Conférence du 18 décembre 2007 », *Gaz. Pal.*, 13-15 janvier 2008

COURBE Ph., « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 228

COUSSIRAT-COUSTÈRE V., « Famille et Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag K.G., 2000, p. 281

COUSTET T., « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. actualité*, 30 juin 2014

D'ONORIO J.-B., « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe », *RTD civ.*, 1988, p.1

DANET J., « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse « inscription » de l'inceste dans le code pénal », *RSC*, 2012, p. 183

DARBEDA P., « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe »,

Revue de science criminelle, 1998, p. 590

DARGENT L., « Vers un renforcement des droits du beau-parent », *D. actualité*, 14 avril 2008

DEBET H., « La Cour européenne des droits de l'homme : les homosexuels et l'adoption », *Revue de droit de la famille*, 2002, chron., n°19

DECAUX E., « L'argument sociologique dans la doctrine des droits de l'homme », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 255

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Fr.,

- « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.*, 1992, chron. 133

- « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », *Mélanges HUET-WEILLER*, 1994, p. 72

- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249

- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, 281

- « Fossile ou zombie ? La légitimation à l'aube du troisième millénaire », *Mélanges en l'honneur du Professeur M. GOBERT*, 2004, p. 219

- « Codifier le droit de la famille », in CARBONIER J., *Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 219

- « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, t. 16, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », Paris, LGDJ, 2007, p. 167

- « L'intérêt de l'enfant dans le droit de la filiation : les enseignements de l'affaire Mandet », *RLDC*, n° 136, avril 2016

DEUMIER P., « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 225

DERESE M.-N., WILLEMS G., « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Revue trimestrielle de droit de la famille*, 2008, p. 300, n° 30

DEVERS A.,

- « Le congé de paternité n'est pas un congé de parentalité », *Revue du droit de la famille*, n°5, 2010, comm. 92

- « *Requiem* pour les enfants étrangers entrés en France en dehors de la procédure de regroupement familial », *Revue du droit de la famille*, n°9, 2011, comm. 140

- « Les propositions de règlements régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 19

DEUMIER P., « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.*, 2015, p. 2022

DIONISI-PEYRUSSE A., « La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger. Maternité pour autrui, adoption et mariage homosexuels, polygamie et répudiation », *AJ Fam.*, 2011, p. 250

DOCQUIER P.-F., « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ? », *Revue trimestrielle de droits de l'Homme*, 2004, p. 921

DOLLAT P., « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009, p. 689

DOMINO X., « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française. La circulaire du garde des Sceaux du 25 janvier 2013 », *RFDA*, 2015, p. 163

DOUCHY-LOUDOT M.,

- « Contentieux familial », *D.*, 2012, p. 1033

- « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, Dalloz, Lexisnexis, 2012, p. 82

- « Contentieux familial », *D.*, 2015, p. 649

- « Contentieux familial », *D.*, 2016, p. 674

- « Contentieux familial », *D.*, 2017, p. 470

DOURIS M.,

- « La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue du droit français de la famille ? », in P. BOUCAUD (Dir.), *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 54

- « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2011, n° 11, p. 4

DU BOIS P., « L'Union européenne et les droits de l'homme », *Relations internationales* 2007/4 (n° 132), p. 33

DUBOUT E., TOUZE S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Editions A. PEDONNE, 2009, p. 17

DUBUISSON E., « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'homme », *D.* 2012, n°39, p. 2618

DURNERIN Ph., SCHINDLER-VIGUIÉ S., « La famille et la foi (La foi dans les rapports entre époux et dans les rapports père-mère-enfant) », *LPA*, 1987, n° 97

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., GRIEF N., « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *RTD eur.*, 1998, p. 613

EDON-LAMBALLE C., « La situation juridique de ceux par qui le scandale arrive : réflexions sur l'adultère », *RRJ*, 2002-1

EVAIN S., « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *JCP G.*, 1998, I, n°4071, p.523

FABRE-MAGNAN M.,

- « Totems et tabous en matière de discrimination », *Débat*, *RDC*, n° 2010/4, p. 1433

- « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.*, 2008, p. 31

- « L'impossibilité d'une gestation pour autrui éthique ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 469

FARGE M., « Les déplacements illicites d'enfants et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Droit de la famille*, n°3, mars 2011, comm. 50

FAUVARQUE-COSSON B., « Argument de droit comparé et sociologie juridique », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 69

FENOUILLET D.,

- « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 488

- « Couple hors mariage et contrat », *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), Economica, 2001, p. 81

- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en questions : la parentalité éprouvée », *LPA*, 14 mars 2010, p. 7

- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? L'effet probable d'entraînement », *LPA*, 14 mars 2010, p. 18

- « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 40, n°8

- « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », *La mutation de la famille*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 95

- « Propos introductifs », *La mutation de la famille*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 95

- « Avant-propos », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015

- « Le divorce sans juge », *D.*, 2016, p. 1424

FERCOT C., « Les juges de Washington se saisissent de la question relative à l'ouverture du mariage en faveur des couples homosexuels », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 13 janvier 2013

FEUILLET B., « L'éthique, un outil pour une redéfinition des liens entre le droit, la morale et la religion », *Mélanges en l'honneur du Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Liber amicorum*, LGDJ, 2013, p. 105

FLOUR Y., « Le droit de la famille au début du XXIème siècle : évolution et perspectives », *La famille, un atout pour la société*, Editions François-Xavier de Guibert, 2013, p. 90

FONGARO E., « Les principales innovations du règlement Successions », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 65

FORTEAU M., « Ordre public « transnational » ou « réellement international ». L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public, *Journal du droit international (Clunet)* », n°1, 2011, doctrine 1

FORTIS E., « La définition des incriminations », *RSC*, 2012, p. 131

FRANCQ S., « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 111

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013, p. 28

- « Une famille à sa main », *La Famille en mutation, Archives de philosophie du droit*, tome 57, 2014, p. 249

FULCHIRON H.,

- « Autorité parentales et familles recomposées », *Mélanges en l'honneur du Professeur Danièle HUET-WEILLER*, 1994, p. 141

- « La famille face à la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 479

- « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dir. F. SUDRE, Bruylant, 2002, p. 353

- « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defr.*, 2005, p. 1461

- « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *RIDC*, volume 56, n° 2, 2006, p. 409

- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIème siècle », *Le monde du droit, écrits rédigés, Mélanges en l'honneur du Professeur J. FOYER*, Economica, 2008, p. 394

- « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur français à la peine », *Droit de la famille*, n°1, janvier 2013, dossier 9, sommaire
- « Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *JCP G.*, n°22, mai 2013, doctr. 590
- « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP G.*, n°23, juin 2013, doctr. 658
- « Un modèle familial européen ? », in FULCHIRON H., BIDAUD-GARON Ch. (Dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 171
- « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 359
- « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160
- « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 21
- « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.*, 2015, p. 2365
- « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et « dynamique des normes », L'exemple du droit de la famille », *RTD civ.*, 2017, 2017, p. 271

FULCHIRON H., GUILARTE MARTIN-CALERO C., « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille, À propos de la décision du *Tribunal supremo* espagnol du 6 février 2014 », *RCDIP*, 2014, p. 531

GAILLARD M., *L'intelligence du droit*, Les éditions d'organisation, 1992

GALLANT E., « Contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui empêche l'établissement de la filiation paternelle », *JCP. G.*, n° 50, 11 déc. 2017, 1113.

GANNAGE L.

- « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 239
- « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI*, tome 357, 2013, p. 360

GANANCIA D., COHEN-LANG S., « Liquidation et médiation familiale », *AJ Fam.*, février 2013, p. 86

GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J., « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des Gouvernements dans l'interprétation de la CEDH », *Mélanges WIARDA*, Carl HEYMANNS Verlag KG, 1988, p. 214

GAUDEMET J., « L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire », in *Société et mariage, Cerdic Strasbourg*, 1980, p. 230

GAUDEMET-TALLON H.,

- « La famille face au droit communautaire », in DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Journées d'études LERADP, Lille II, LGDJ, 1996, p. 113

- « Individualisme et mondialisation : aspects du droit international privé de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. VAN LOON*, Intersentia, 2013, p. 181

GAUTIER P.-Y.,

- « La cour européenne des droits de l'homme poursuit la révolution normative », *Recueil D.*, 2013, n°31

- « Eloge du syllogisme », *JCP. G.*, n° 36, 31 août 2015, p. 902

GAUDEMET-TALLON H.,

- « De quelques paradoxes en matière de droit de la famille », *RTD Civ.*, 1981, p. 719

- H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme », in *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, *European law publishers*, 2004, p. 205

GBLER L., « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », *AJ Fam.*, 2009, p. 150

GEOFFROY J.-B., « La famille dans la jurisprudence administrative », *D.*, 1986, chron. 1

GERMAIN D., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2011, p. 599

GIMENEZ C., BLATIER C., « Famille et délinquance juvénile : état de la question. », *Bulletin de psychologie* 3/2007 (Numéro 489), p. 257

GOUTTENOIRE A.,

- « La double protection de la famille en Europe, à partir des textes de références », *Union européenne et droit de la famille*, Inf. soc., janvier 2006, n° 129, p. 41-42

- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, n°5, 2008, étude 14

- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, n°1, 2010, étude 1

- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, n° 4, 2011, étude 10

- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, n°3, 2012, étude 6
- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, n°3, 2013, étude 3

GRAËVE L. de, « Le droit à la vie et l'administration pénitentiaire », *RFDA*, 2009 p.947

GRANET-LAMBRECHTS Fr.,

- « L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de loi sur la bioéthique », *Mélanges HUET-WEILLER*, LGDJ, 1998, p. 230
- « Droit de la filiation », *D.*, 2012, p. 1432
- « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ Fam.*, 2012, p. 540
- « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Fam.*, 2014, p. 300
- « Droit de la filiation », *D.*, 2014, p. 1171
- « La liberté de s'aimer et de fonder une famille en France et à l'étranger », *RDC* 66, 2016, p. 275-291
- « Droit de la filiation », *D.*, 2017, p. 729

GRANET-LAMBRECHTS Fr., HILT P.,

- « Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes du même sexe », *AJ Fam.* 2013, p. 336
- « Mariage, pacs, concubinage : le guide : que choisir entre ces trois modes concurrents de conjugalité ? », *AJ Fam.*, 2014, p. 658

GUINCHARD S., FERRAND F., MOUSSA T., « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.*, 2015, p. 278

GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit » ?, *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur F. TERRE*, Dalloz, Edition du Jurisclasseur, 1999, p. 329

HAÏM V., « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *D.*, 2001, p. 2988

HAUSER J.,

- « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D.*, 1991, chron. 56
- « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », *Droit des personnes et de la famille, Mélanges en l'honneur du Professeur D. HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994 p. 235
- « L'intégration par le législateur français des normes supranationales en droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la*

famille, sous la direction de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1996, p. 126

- « L'ordre public, rapport français », in *L'ordre public*, Journées de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1998, p. 475
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur F. TERRE*, Dalloz, Edition du Jurisclasseur, 1999 p. 441
- HAUSER J., « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004/16, p. 104
- « Préliminaire : définition de la famille », *RTD civ.*, 2004, p. 722
- « Contestation de reconnaissance : transsexualisme, parenté et Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) », *RTD Civ.*, 2005, p. 583
- « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Union européenne et droit de la famille, Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 62
- « Quel droit européen en matière de couple ? Le couple du XXIème siècle », *Union européenne et droit de la famille, Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 58
- « Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui, rapport d'information n° 421 : des conditions, à quoi bon ? », *RTD Civ.*, 2008, p. 468
- « Premières applications du divorce pour cause d'altération définitive du lien conjugal », *RTD civ.*, 2008, p. 86
- « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD civ.*, 2011, p. 752
- « Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question ? », *JCP G.*, n° 10, 2012, p. 268
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G.*, 2012, n° 44-45, p. 1185
- « L'adoption est-elle devenue le factotum de la filiation ? », *JCP G.*, déc. 2012, doctr. 1429
- « Divorce pour altération définitive du lien conjugal : combat d'arrière-garde sur le principe, mais valeur de la foi jurée ! », *RTD civ.*, 2012, p. 513
- « Divorce pour faute et demande reconventionnelle en altération définitive du lien conjugal : de la hiérarchie des causes de divorce et de la durée de la séparation », *RTD civ.*, 2012, p. 99
- « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétérition et procrastination », *Droit de la famille*, n°1, janvier 2013, dossier 7
- « Procréation médicalement assistées et adoptions : petits pas et faux pas sur un champ de ruines ! », *RTD Civ.*, 2014, p. 637
- « La délocalisation de la fabrication des enfants : avis...de tempête ! », *RTD Civ.* 2014, p. 872
- « Les déclinaisons du « beau-parent » et l'enfant en indivision ! », *RTD civ.*, 2014, p. 640

HERVIEU N.,

- « La discrimination des enfants nés hors mariage et l'exécution des arrêts européens à l'épreuve du temps », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 11 février 2013
- « Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 26 février

2013

HERZOG-EVANS M.,

- « Détenus : vers un droit de procréer ? », *AJ pénal*, 2008 p.47
- « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJ Fam.*, 2009, p. 484

HILT P.,

- « Les dispositions de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle relatives au mariage et au PACS, entre simples toilettages et vrai changement », *AJ Fam.*, 2016, p. 572
- « Pour une réécriture de l'article 16-11 du Code civil », *RDT Civ.*, 2017, p. 27

HUET-WEILLER D., « Responsabilité du concubin ayant reconnu mensongèrement l'enfant de sa compagne conçu grâce à une IAD à laquelle il avait consenti », *D.*, 1990, p. 517

HUSSON L., « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1976, 452

HUYETTE M.,

- « La consultation des dossiers et le contradictoire en assistance éducative », *D.*, 1999, p. 298
- « Le contradictoire et la procédure d'assistance éducative », *D.*, 2001, Chron. p. 1803
- « Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 1998, Chron. p. 218

IDOT L.,

- « Le regroupement familial en droit français à la lumière du décret du 11 mars 1994 », *Europe*, n°5/1994, chron., p.1
- « Argument économique et argument sociologique », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 43

IZORCHE M.-L., DELMAS-MARTY M., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 753

JACOT -GUILLERMOD O., « Rapport entre démocratie et droits de l'homme », *in Démocratie et droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par le gouvernement hellénique et le Conseil de l'Europe, Kehl / Strasbourg, N.P. Engel, 1990, p. 49

JAMBU-MERLIN R., « Quelques réflexions sur la définition juridique de la famille », *Mélanges en l'honneur du Professeur G. FLATTET*, Lausanne, 1985, p. 55

JESTAZ P., « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur François TERRE*, Dalloz, Edition du Jurisclasseur, 1999, p. 418

JUANJAN O., « Les fonctions de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, vol. 16, n° 1-4, 2004, p. 6

JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ? », *D.*, 1992, chron. 291

KANT E., « La doctrine du droit », in S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996

KARRAGIANNIS S.,

- « Le territoire d'application de la Convention européenne de droits de l'homme, *vaetera et nova* », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 61, 2005, p. 41

KAYSER P., « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français », *JCP G.*, 1993, I, 3679

KENNEYBREW T., « La défense des droits familiaux de l'étranger en France par la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'étranger et le droit de la famille*, sous la direction de Ph. KAHN, La Documentation française, Mission de recherche droit et justice, 2001, p. 263

KHAIRALLAH G., « Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage de couples de même sexe », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 485

KINSCH P.,

- « Les contours de l'ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 147

- « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 375

LABAYLE H., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2012, p. 455

LABRUSSE-RIOU C., « Responsabilité, droit des personnes et sciences de la vie », in *Ecrits de bioéthiques*, PUF, Quadrige, 2007, p. 287

LABBEE X.,

- « La convention familiale à trois personnages », *AJ Fam.*, 2015, p. 278
- « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G.*, 2012, n° 37, p. 1642

LAGARDE P.,

- « Préface » de l'ouvrage de F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, t. 265, 1996, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ, p. 4
- « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Revue critique de DIP*, 2009, p. 320
- « Sur la vulnérabilité des situations juridiques », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 441

LAMBERT P., « Extradition et expulsion des étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in CARBONIER J., *Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 63

LAMY B. (DE),

- « Une nouvelle source du droit de la famille : la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de droit de la famille*, 1998, chron. 5
- « Une frontière au droit au respect de la vie familiale : l'éloignement des délinquants étrangers du territoire français », *Revue de droit de la famille*, 1998, chron. 8

LABAYLE H., « L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1997, p. 977

LABBEE X.,

- L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite, *D.*, 2007, p. 1251
- « Etre parent à titre précaire », *D.*, 2014, p. 1699

LAMBERT P., « Les restrictions à la liberté de la presse et la marge d'appréciation des États au sens de la jurisprudence de Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 155

LARRIBAU-TERNEYRE V.,

- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Études offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 83
- « La QPC en droit civil, quels risques ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur J. HAUSER*, Lexisnexus, 2012, p. 259
- « Deux bougies pour la QPC », *Droit de la famille*, avril 2012, n° 4, p. 2
- « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *Droit de la famille*, janvier 2013, repère 1

LATINA M., « La CEDH en question », *D. étudiant*, Actualités, 13 octobre 2014

- LAVRIC S.**, « Rapport Leonetti sur le statut du beau-parent », *D. Actualités*, 27 octobre 2009
- LAZERGES C.**, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2014, p. 194
- LECOCQ P.-A.**, « L'évolution de la nature des liens entre les enfants détenus et leur famille depuis la Révolution », *Mélanges en l'honneur du Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Liber amicorum*, LGDJ, 2013, p. 195
- LEFEBVRE-TEILLARD A.**, « Argument historique et argument sociologique », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 61
- LEMOULAND J.-J., VIGNEAU D.**, « Droit des couples », *D.*, 2014, p. 1342
- LEMOULAND J.-J.**,
- « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, chron., p.131
 - « Droit des couples », *D.*, 2012, p. 971
 - « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n°62, p. 24
 - « L'émergence d'un droit commun des couples », *in* H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-conjugalité*, 2009, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 33
- LEPAGE A.**, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le droit pénal », *JCP*, 2010, p. 335
- LEQUETTE Y.**,
- « Quelques remarques sur les libéralités entre concubins », *Le contrat au début du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur du Professeur J. GHESTIN*, L.G.D.J, 2001, p. 563
 - « Des juges littéralement irresponsables... », *Mélanges Jacques HÉRON*, 2008, p. 309
 - « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *Mélanges en l'honneur du Professeur G. CHAMPENOIS, Liber amicorum*, Defr., 2012, p. 523
 - « Observations sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », *Mélanges en l'honneur du Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Liber amicorum*, LGDJ, 2013, p. 647
 - « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *in* R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20ème édition, 2014, p. 115
 - « De la « proximité » au « fait accompli » », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 486
- LEROYER A.-M.**, « Famille du détenu », *RTD Civ.*, 2010, p. 165

LEVINET M.,

- « L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1999, p. 89
- « Couple et vie familiale », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric SUDRE (dir.), Bruylant, 2002
- « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2004, p. 889
- « Droit au respect de la vie familiale des étrangers et la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJ fam.*, 2004, p. 380

LHERNOUD J.-P., « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *Revue de droit de la famille*, 2005, étude 26

LIBCHABER R.,

- « La Cour de cassation n'est plus gardienne du mariage », *D.* 2012, p. 62
- « L'avenir d'un paradoxe », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 519

LINDON R., « L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune », *JCP*, 1977, I, p. 2857

MALABAT V., « Les droits familiaux des détenus, in « Le droit de l'exécution des peines, une jurisprudence en mouvement », *Revue pénitentiaire*, 2007, n° spécial, p. 61

MALAURIE P.,

- « Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *LPA*, 2006, n°166, p. 4
- « Évolution actuelle du droit de la famille », *Gaz. Pal.*, 1995, 1, doct. 544
- « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit civil français », *JCP G.*, n° 25, 2002, I, 143

MARCHADIER F., « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.*, 2007, p. 2700

MARGUENAUD J.-P.,

- « Le droit civil français sous influence de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ* 1996, p. 505
- « L'influence du droit européen des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 45
- « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD Civ.*, 2012, p. 275

- « Mazurek revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD Civ.* 2013 p. 333
- « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD Civ.*, 2014, p. 307

MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 51

MASSIAS F., « Police des étrangers et droits de l'homme », *Revue de science criminelle*, 1988, p. 223

MASSIP J.,

- « L'évolution récente du droit de la famille dans douze pays européens », *Defr.*, 1994, p. 1489
- « L'application par la jurisprudence française des normes supra-nationales de droit de la famille », in DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Journées d'études LERADP, Lille II, LGDJ, 1996, p. 135

MAUGER-VIELPEAU L., « Une nouvelle réforme du divorce par consentement mutuel », *D.*, 2010, p. 1227

MAYMON-GOUTALLOY M., « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme », *D.*, 1985, chron. 211

MECARY C., « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ? », *AJ fam.*, 2010, p. 489

MEKKI M., « L'argument sociologique en droit : forces et faiblesses ? », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 83

MENETREY S., « Exequatur : compétence indirecte du juge étranger, conformités à l'ordre public et absence de fraude », *D. actualité*, 12 février 2013

MEULDERS-KLEIN M.-T.,

- « Vie privée, vie familiale, et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, p. 774
- « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », *La personne, la famille, le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant/LGDJ 1999, p. 496
- « Egalité et non-discrimination en droit de la famille », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2003, p. 1185

- « Vie privée et droits de l'homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruylant, 2005, p. 328

MEULDERS-KLEIN M.-T.,

- « Les concubinages. Diversités et symboliques », in *Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI*, Litec, 2002

MEZGHANI A., « L'État, l'économie marchande et le droit international privé. Quelques enseignements de l'histoire », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 547

MICHEL V., « Les libertés et droits fondamentaux dans l'Union européenne », in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^{ème} édition, 2012, p. 63

MIGNON-COLOMBET A., « Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA*, 31 janvier 2005

MIRKOVIC A.,

- « Un statut pour le beau-parent ? », *D.*, 2008, p. 1709

- « Mère porteuse : maternité indéterminée », *Dr. fam.* 2009, étude n° 24

- « Le mariage, un service public à redécouvrir », *Revue Lamy, droit civil*, 2012, p. 94

- « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : Quelles modalités ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 452

MOINE-DUPUIS I., « Le droit de visite du parent incarcéré », *D.*, 1999, p. 251

MOIZARD N., « Conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, en droit social communautaire », *Union européenne et droit de la famille, Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 132

MOLFESSIS N., « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^{ème} édition, 2012, p. 85

MONÉGER F., « La médiation dans les réformes du droit de la famille », *LPA*, 2002, n°170, p. 38

MONSALLIER V., « Le divorce pour rupture de la vie commune », *RTD civ.*, 1980, p. 266

MONTGOLFIER J.-F. de,

- « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.*, 2012, p. 578

- « Le contrôle de la hiérarchie des normes par le juge judiciaire : question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en matière de droits fondamentaux, rapprochement et diversité », *Bulletin d'information : jurisprudence, doctrine, communications*, n° 810, nov 2014, p. 43

MONTILLET-DE SAINT-PERN L., « Le droit anglais », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 413

MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *Droit de la famille*, avril 2010, Etude 7

MORANGE J., « La crise de la notion de liberté publique », *Mélanges en l'honneur du Professeur Rolland DRAGO*, 1996, p. 98

MOREIL S., « Droit bancaire et droit de la famille », *Mélanges en l'honneur du Professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Liber amicorum*, LGDJ, 2013, p. 517

MOUSSERON P., « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291

MUIR WATT H.,

- « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », in *Le droit entre Tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE, Dalloz, 2012, p. 459

- « La globalisation et le droit international privé », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 591, spéc. p. 605

- « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation », *Archives de philosophie du droit*, n° 45, 2001, p 275, n° 6

MURAT P.,

- « Quand la fin de non-recevoir à l'action en contestation de paternité, tirée d'une possession d'état de plus de cinq ans d'état, divise la fratrie », *Revue de droit de la famille*, n°4, 2010, comm. 59

- « Le double nom à l'épreuve de l'application de la loi dans le temps et des droits fondamentaux », *Revue de droit de la famille*, n°3, 2010, comm. 39

- « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 19

- « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2014, p. 287

NEIRINCK C.,

- « Le droit de la filiation et la procréation médicalement assistée », *LPA*, 1994, n° 149, p. 23

- « Le couple et la contractualisation de la rupture », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 4, 2008, p. 571

- « Question civile ou enjeu médical ? », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 302

- « La maternité vue à travers la presse », *Droit de la famille*, n°6, juin 2015, p. 1

NIBOYET M.-L., « De l'optimisation juridique dans les relations civiles internationales », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 629

NOURISSAT C.,

- « La notion de « notion » dans le règlement (CE) n° 2201/2003 », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2005, p. 139

- « Présentation synthétique des institutions européennes en lien avec le droit communautaire de la famille », *Union européenne et droit de la famille*, Inf. soc., n° 129, janvier 2006

OST F., « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour EDH », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'État*, PUF, 1989, p. 405

OST F., VAN DE KERKOVE M., « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000-44, p. 1

PAPACHRISTOS A.C., « Le don d'utérus et le droit hellénique », in *Gestation pour autrui : surrogate Motherhood*, F. MONEGER (Dir.) Collection colloque volume 14, p. 171

PARIZER-KRIEF K., « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RID comp.* 2011, n°3, p. 645

PECHILLON E., « Le respect de la vie familiale et du droit au respect de fonder une famille limité par l'incarcération », *AJ pénal*, 2006, p. 318

PERRIN S., « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Revue de droit de la famille*, n°6, 2010, étude 16

PESCATORE P., « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *CDE*, 1968, p. 629

PATAUT E., « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 99

PERES C., « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz 2014

PETTITI Ch., « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants, *in* Dossier « Enlèvements internationaux d'enfants », *AJ fam.*, 2006, p. 176

PICARD E., « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? (À propos de la décision du Conseil constitutionnel 92 312 DC du 2 septembre 1992 « Traité sur l'Union européenne ») », *RFDA*, 1993, p. 54

POILLOT-PERUZZETTO S.,

- « L'autorégulation dans le droit européen : l'autonomie comme méthode alternative de création normative », *in* C. KESSEDJIAN (dir.), *Autonomie en droit européen stratégie des citoyens, des entreprises et des Etats*, éd. Panthéon Assas, 2013

- « Les contours de l'ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 159

PONCELA P., « La crise du logement pénitentiaire », *Revue de science criminelle*, 2008, p. 972

POPOVIC D., « Aspects créatifs de l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 518

PORTMANN A., « Une méconnaissance persistante de la Convention internationale des droits de l'enfant », *D. actualité*, 10 juin 2015

POUPEAU D., « La CEDH exige de la France « souplesse et célérité » pour le regroupement familial – Cour européenne des droits de l'homme 10 juillet 2014 », *AJDA*, 2014, p. 1463

QUINTANE G., « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », *in* *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5, spéc. p. 11

REBOURG M.,

- « Les familles recomposées : La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ fam.*, 2007, p. 290

- « Recouvrer une pension alimentaire au sein de l'Union européenne. Le Livre vert sur les obligations alimentaires », *Inf. soc.*, janvier 2006, n° 129, p. 94

REGINE, « Droit et genre », *D.*, 2014, p. 954

REMY-COLAY P., « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et déplacement illicite d'enfant », *RTD Civ*, 2010, p. 748

RENAUT A., « La liberté, valeur occidentale ou universelle ? », *Liberté/Libertés*, Cahiers français, n° 354, La documentation française, janvier février 2010, p. 24

RENUCCI J.-F.,

- « L'efficacité de l'audition des parents et du mineur dans la procédure d'assistance éducative », *D.*, 1987, Chron., p. 19

- « Atteinte à la vie familiale en raison de risque environnementaux courus », *D.*, 1998, p. 370

- « Mesures d'éloignement du territoire et respect du droit à la vie familiale », *D.*, 2000, p. 189

- « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas sans limite », *D.*, 2002, p. 2567

- « Requalification des faits et Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2008, p. 984

RENUCCI J.-F., RENUCCI A., « Droit européen des droits de l'homme, fiscalité et Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2017, p. 128

RENUCCI J.-F., FRICERO N., STRICKLER Y., « Droit européen des droits de l'homme, l'arrêt pilote : le pragmatisme au service des droits de l'homme », *D.*, 2013, p. 201

RESS G., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011p. 526

REVILLARD M., « Le droit patrimonial de la famille dans les Conventions de La Haye et le droit international privé notarial », *Defr.*, 1992, p. 1473

REYNAUD-CHANON M., « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.*, 1987, chron. 264

RIDEAU J., « Introduction générale : des remous dans le sillage », in RIDEAU J., (Dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne dans le sillage de la Constitution européenne*, Colloques, Bruylant, 2009, p. 9

RIGAUX F., RIGAUX M.-F., « La famille devant le juge constitutionnel et le juge international », Présence du droit public et des droits de l'homme, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques VELU*, Bruylant, 1992, p. 1711

RIVERO J., « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, p. 99

RIVIER M.-C., « Eléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant », in *Internationalisation des droits de l'homme et de la famille*, LGDJ, 1994, p. 77

ROETS D., « *Big brother* au parloir », *D.*, 2006, p. 764

ROMAN D.,

- « L'avortement devant la Cour EDH : l'Europe contre les femmes et au mépris de son histoire », *RDSS*, 2011, p. 293

- « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.*, 2013, p. 1911

ROUSSEL L., « La famille et ses incertitudes », *Revue Quart Monde*, 1991, n°139

SAGAUT F., « Couple au XXIème siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *LPA* 21 mai 2010, p. 11

SENN E., « La question controversée du contrôle des prisons », *AJ pénal*, 2007, p. 164

SEVE R., FENOUILLET D., « Introduction », *La famille en mutation*, Archives de philosophie du droit, Tome 57, Dalloz, 2014, p. 4

SHELTON D., « Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 153

SIFFREIN-BLANC C., « Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne », *AJ Fam.*, 2012, p. 220

SINAY-CYTERMANN A., « Les tendances de l'ordre public international », *In Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 636

SINDRES D., « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *Clunet*, 2012, p. 887

SINOPOLI L., « Une épreuve pour les droits de l'homme, de l'universel postulé à la mondialisation réalisée », *Justice et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *Mélanges en l'honneur du Professeur Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 369

SOURIOUX J.-L., LERAT P., « L'euphémisme dans la législation récente », *D.*, 1983, chronique p. 222

SPIELMANN D., « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. SUDRE, *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. Droit et justice n° 21, 1998, p. 133

SPIRY S., « Homosexualité et droit international des droits de l'homme, Vers une

nouvelle donne en Europe », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1996, p. 45

STECK Ph., « Comment faire face aux besoins nés des changements de la famille dans le monde ? », *RDSS*, 2009 p. 659

STEINER E., « Maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission », in *Gestation pour autrui : surrogate Motherhood*, F. MONEGER (Dir.) Collection colloque volume 14, p. 43

STRUYCKEN T., « L'ordre public de la Communauté européenne », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur du Professeur H. GAUDEMET-TALLON, Paris, Dalloz, 2008, p. 617

SUDRE F.,

- « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, Bruylant / LGDJ, 1995, p. 381

- « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Mélanges RYSDALL*, Carl Heymanns Verlag K.G. 2000, p. 1359

- « Introduction », in SUDRE F. (Dir.), *Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Colloque, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2000, p. 11

- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2001, I, p. 335.

- « Rapport introductif », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. droit et justice, 2002, p. 13

- « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in C. PICHERAL, L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002

- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2010, n° 35, p. 859

- « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 598

- « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^{ème} édition, 2012, p. 42

- « De QPC en QPC... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G.*, 6 octobre 2014, n° 41, p. 1799

- « La mystification du consensus européen », *JCP G.*, n° 50, 2015, doct. 1369

- « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G.*, n° 11, 13 mars 2017, doct. 289

TCHEN V., « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA*, 1997, p. 597

TERRÉ F.,

- « Gouvernement des juges et démocratie », *Archives de philosophie du droit*, 47, 2003, p. 416

- « La doctrine de la doctrine », *Etudes offertes au Doyen P. SIMLER*, Litec, Dalloz, 2006, p. 66

THÉRY Ph., « L'argument sociologique dans la doctrine civiliste », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 295

TOURNEPICHE A.-M., « Extension de possibilités du regroupement familial », *AJDA*, 2004, p. 1425

TULKENS F.,

- « La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain », *Les Cahiers de droit*, Volume 53, numéro 2, juin 2012, p. 419

- « Argument sociologique et pratique juridictionnelle. La Cour européenne des droits de l'homme », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 199

VAN DE KERCHOVE M., « Argument éthique et argument sociologique : concurrence, coexistence, ou interdépendance ? », *L'argument sociologique en droit*, D. FENOUILLET (Dir.), Dalloz, 2015, p. 29

VAN MUYLDER C., « Le droit au respect de la vie familiale des étrangers, Une application novatrice de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux des étrangers », *RFDA*, 2001, p. 797

VIALA F., « Transsexualisme : l'irréversibilité en question », *D.*, 2012, p. 1648

VIEVILLE-MIRAVETE M.-F., « La circonstance aggravante « d'ex » en matière de violences au sein du couple », *Droit pénal*, 2009. Étude 4

VILLEVIEILLE J.-F., « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 1973, volume 19, n°19, p. 922, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1973_num_19_1_2245

VILLEY M.,

- « Réformes du droit de la famille », *Réforme du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, Tome 20, Sirey, 1975

- « La loi pour officialiser une nouvelle morale ? », *Le monde*, 14 décembre 1973

WARBRICK C., O'BOYLE M., HARRIS D.J., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, p. 296

WACHSMANN P.,

- « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, 157

- « Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la Convention européenne des droits de l'homme », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 671

WAUTELET P., « Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales », *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 131

WEISS-GOUT B., « Trois questions à B. Weiss-Gout, avocat au Barreau de Paris, Déjudiciarisation du divorce », *AJ Fam.*, 2013, p. 413

WILDHABER L., « La Grande Chambre et la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA*, Dalloz, 2011, p. 701

YANNAKOPOULOS C., PLATON S., PICHERAL C., TINIÈRE R., BLAY-GRABAECZYK, K., AFROUKH M., « Dossier : Constitutionnalité et conventionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, juillet-août 2012, n° 91, p. 537-661, août 2012

ZAMPINI F., « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire » », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, p. 659

V. JURISPRUDENCES - NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS

A. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

ARRÊTS

CJCE, 12 février 1960, Comptoir de vente du charbon de la Ruhr entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité, aff. 16/59, Rec. p. 857

CJCE, 14 mai 1974, J. Nold, Kolhen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes, aff. 4/73, Rec. p. 491 ; F. LAFAY, « L'accès aux documents du Conseil de l'Union », *RTD eur.*, 1997, p. 37, n° 31

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75 ; M. BLANQUET, « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire de droit européen Dalloz*, août 2008 (actualisation : avril 2015), Chapitre 2, n° 48

CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78, Rec. p. 649

CJCE, 26 octobre 1983, *Commission contre Italie*, aff. 319/81, Rec. p. 601

CJCE, 12 juillet 1984, *Hofmann*, aff. 184/83 ; CJCE, 26 octobre 1983, *Commission contre Italie*, aff. 319/81, point 16 ; CJCE, 25 juin 1991, *Stoeckel*, aff. C-345/89, point 17 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *RTD eur.*, 2014, p. 530 ; K. BERTHOU, « La CJCE et l'égalité de traitement : quelles orientations ? », *Dr. soc.*, 2001, p. 879 ; A. FITTE-DUVAL, « La bonification de pension réservée aux femmes est contraire au droit communautaire », *AJFP*, 2002, p. 11

CJCE, 12 février 1985, *Diatta contre Land de Berlin*, aff. 267/83, Rec. p. 567

CJCE, 17 avril 1986, *Reed contre État néerlandais*, aff. 59/85, Rec. p. 1283

CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, Rec. p. 2609 ; J.-C. FOURGOUX, « Le procès équitable et le juge impartial dans le contentieux interne et communautaire de la concurrence », *RSC*, 2001, p. 591

CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst contre Commission*, aff. Jtes 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859

CJCE, 25 juin 1991, *Procédure pénale contre Alfred Stoeckel*, aff. C-345/89, Rec. p. I-04047 ; E. TRAVERSA, « Jurisprudence communautaire en matière de politique sociale », *RTD eur.*, 1993, p. 81 ; Ch. SOULARD, « L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres », *RSC*, 1992, p. 155 ; J.-D. COMBEXELLE, E. HONORAT, Ch. SOULARD, « Le droit communautaire en 1991 », *AJDA*, 1992, p. 253 ; J.-G. HUGLO, « Obligation pour les États membres de ne pas poser en principe législatif l'interdiction du travail de nuit des femmes », *D.* 1991, p. 443 ; A. SUPLOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Droit social*, 1992, p. 382 ; M.-A. MOREAU, « Travail de nuit des femmes », *Dr. soc.*, 1992, p. 174

CJCE, 5 octobre 1994, *X. contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-404/92P, Rec. p. I-04737.

CJCE, 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall Country Council*, aff. C-13/94, Rec. p. I-2143 ; concl. G. Tesaro : J.-P. MARGUÉNAUD, « Conv. EDH, art. 8 :

Vie privée », *Répertoire Dalloz de droit européen*, avril 2014 (actualisation : avril 2015), n° 14

CJCE, 20 octobre 1994, *Pietro Scaramuzza contre Commission*, aff. C-76/93P, Rec. p. I-05173

CJCE, 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall Country Council*, aff. C-13/94, Rec., p. I-2143, concl. G. Tesaurò ; H. CHAVRIER, H. LEGAL, G. DE BERGUES, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 1998. 801 ; J. RIDEAU, « La directive communautaire relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle », *D.* 1997, p. 212 ; S. VAN RAEPENBUSCH, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière sociale », *Dr. soc.*, 1997, p. 510 ; S. VAN RAEPENBUSCH « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière sociale du 1^{er} janvier 1995 au 15 novembre 1996 », *Dr. soc.*, 1997, p. 397

CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South West Trains Ltd*, aff. C-249/96, Rec. p. I-621 ; F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire » », *RTD eur.*, 1999, p. 659

CJCE, 30 juin 1998, *Mary Brown contre Rentokil*, aff. C-394/, Rec. p. ; Centre de recherche de droit social de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, « Droit social international et européen. Evolutions jurisprudentielles en 1998, *D.*, 1999. 275 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, N. GRIEF, « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques », *RTD eur.*, 1998, p. 613

CJCE, 20 Septembre 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. 14/99, Rec. p. I-6193 ; F. DAVID, « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des États membres », *RTD eur.*, 2003, p. 553

CJCE, 19 mars 2002, *Lommers contre Minister van Landbouw*, aff. C- 476/99, Rec. p. I-02891

CJCE, 25 juillet 2002, *Mrxax contre Belgique*, aff. C-459/99, Rec. p. I-06591 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, Ch. LAMBERT « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2002, p. 1122 ; L. IDOT, « Droit de la Communauté et de l'Union européenne », *RSC*, 2003, p. 156 ; M. SOUSSE, « Etendue des droits des ressortissants de pays tiers, conjoints de ressortissants d'États membres », *D.* 2003, p. 597

CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter/Secretary of State for the Home Department*, C-60/00, Rec. p. I-06279 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, Ch. LAMBERT « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2002, p. 1122 ; L. IDOT,

« Droit de la Communauté et de l'Union européenne », *RSC*, 2003, p. 156 ; M. SOUSSE, « Etendue des droits des ressortissants de pays tiers, conjoints de ressortissants d'États membres », *D.* 2003, p. 597 ; « Liberté d'établissement et de prestation de services », C. PRIETO, *RTD eur.*, 2003, p. 489

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, C-413/99, Rec. p. I-7091 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, Ch. LAMBERT « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2003, 1038 ; L. IDOT, « Droit de la Communauté et de l'Union européenne », *RSC*, 2003, p. 156

CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/11, Rec. p. I-09607

CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, Rec. p. I-11613 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, Ch. LAMBERT « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2004, p. 315 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, Ch. LAMBERT « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, 2004, p. 1076 ; P. LAGARDE « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184 ; J. HAUSER, « Nom : il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne ! », *RTD civ.*, 2004, p. 62 ; M. AUDIT, « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *D.* 2004, p. 1476 ; A. ILIOPOULOU, « What's in a name ? », *RTD eur.*, 2004, p. 559

CJCE, 7 janvier 2004, *K. B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, Rec. P. I-541, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer ; J. RAYNARD, « Le droit communautaire à la rescousse du veuf transsexuel privé de pension de réversion pour cause de mariage impossible », *RTD civ.*, 2004, p. 373 ; J.-P. JACQUE, O. COTTE, « *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, affaire C-117/01, arrêt de juin 2003 », *L'Europe des libertés*, http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=156&id_rubrique=8

CJCE, 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres contre Land Baden-Württemberg*, aff. C- 482/01 et C-493/01, Rec., p. I-5257, concl. Stix-Hackl

CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, Rec., I-5769, Concl. Kokot ; L. BURGORGUE-LARSEN, « L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire », *AJDA*, 2006, p. 2285 ; B. MASSON, « L'harmonisation des conditions du regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE », *RTD eur.*, 2006, p. 673 ; S. ROBIN-OLIVIER « La directive communautaire relative au regroupement familial ne viole pas les droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union européenne, dont fait partie le droit au respect de la vie familiale », *Rev. trav.*, 2007,

p. 61 ; H. LABAYLE, « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, 2007, p. 101

CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06, Rec. p. I-07639 ; E. BROUSSY, F. DONNAT, Ch. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA* 2008, p. 2327 ; P. LAGARDE, « De l'obligation, pour un État membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 80 ; F. BOULANGER « Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international », *D.* 2009, p. 845

CJUE, 23 février 2010, *London Borough of Harrow / Nimco Hassan Ibrahim*, C-310/08, Rec. 2010 I-01065

CJUE, 23 février 2010, *Maria Teixeira / London Borough of Lambeth*, C-480/08, Rec. 2010 I-01107

CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB contre L.E.*, aff. C-400/10 PPU, Rec. p. I-8965

CJCE, 22 décembre 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contre Simone Pelz*, aff. C-491/10 PPU, Rec., p. I-14247, concl. Y. Bot

CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208-09, Rec. p. I-13693 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard AUDIT*, LGDJ, 2014, p. 359

CJUE, 12 mai 2011, *Runevic-Vardyn*, aff. 391/09, Rec. p. I-03787 ; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267

CJUE, 26 septembre 2013, *Z. contre A. Gouvernement Département, The Board of Management of Community School*, aff. C-363/12 ; K. BERTHOU, A. MASSELOT, « La CJCE et les couples homosexuels », *Dr. soc.*, 1998, p. 1034

CJUE, 18 mars 2014, *C.D. contre S.T.*, aff. C-167/12 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2014, p. 1147 ; F. BENOIT-ROHMER, « Chronique Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Discrimination fondée sur le sexe », *RTD eur.*, 2015, p. 174 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique sociale de l'Union européenne - Congé parental, congé de maternité, congé d'adoption : le droit social européen de la famille est en construction », *RTD eur.*, 2014, p. 530 ; J. HAUSER, « Dis-moi qui est ta mère : porteuse ou commanditaire ? », *RTD civ.*, 2014, p. 355 ; REGINE « Droit et genre », *D.* 2015, p. 1007

AVIS

CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ECLI:EU:C:1996:140

AVIS DE L'AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX

Avis n° 1-2003 de l'Agence des droits fondamentaux

Avis n° 2-2003 de l'Agence des droits fondamentaux

B. TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE L'UNION EUROPÉENNE

TPICE, 14 avril 1994, *A contre Commission*, aff. T-10/93

TPICE, 13 juillet 1995, *K contre Commission*, aff. T-176/94

TPICE, 28 janvier 1999, *D contre Conseil*, aff. T-264/97

C. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, n° 4451/70

CEDH, 13 mai 1976, *X. contre Islande*, n° 6825/74

CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, n° 5493/72 ; P. ROLLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, 1978, p. 706 ; A. SPIELMANN, « La liberté d'expression et ses limites », *ADL*, 1991, p. 272.

CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni*, n° 5856/72 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, p. 295, n° 272 ; F. LOMBARD, A. HAROUNE, « Vers la fin de la rétention en France ? », *D.*, 2008, p. 2910

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, n° 91

CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx contre Belgique*, n° 6833/74 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « De la conformité du droit français aux exigences de l'arrêt Marckx », *RTD civ.* 1997, p. 542.

CEDH, 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck contre Belgique*, n° 7654/76 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.*, 2003, p. 2032

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, Série A n° 32

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, CEDH, n° 7525/76

CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen contre Danemark*, n° 8777/79 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1984 », *AFDI*, 1985, p. 403, 412 et 414.

CEDH, 26 mars 1985, *X. et Y. contre Pays-Bas*, n° 8978/80

CEDH, 17 octobre 1986, *Rees contre Royaume-Uni*, n° 9532/81 ; J.-P. MARGUENAUD, « Arrêt Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001 ; CEDH, 27 sept. 1990, *Cossey contre Royaume-Uni*, n°10843/84 ; CEDH, 30 juil. 1998, *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*, 22985/93 ; F. GRANET, « Transsexualisme et mariage devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ fam.*, 2002, p. 413

CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres contre Irlande*, n° 9697/82 ; N. LE RUDULIER, « Constitutionnalité de l'accouchement sous X », *D. Actualités*, 30 mai 2012 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Interdiction de diffuser des informations au sujet de cliniques pratiquant des interruptions volontaires de grossesse dans d'autres États membres », *RTD eur.*, 1992, p. 163 ; P. DOLLAT, « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009. 689

CEDH, 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, n° 14038/88 ; H. LABAYLE, « Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 1990, I n° 3452 ; F. SUDRE, « Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *RGDI publ.*, 1990, p. 103 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L.SERMET, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1999, p. 799

CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin contre Royaume-Uni*, n° 10 454/83 ; F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTD civ.*, 1996, p. 1 ; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, p. 75 ; E. CREPEY, « Anonymat du donneur de gamètes et respect de la vie privée », *RFDA*, 2013, p. 1051 ; B. EDELMAN, « Le Conseil constitutionnel et l'embryon », *D.*, 1995, p. 205 ; X. BIOY, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970

CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey contre Royaume-Uni*, n° 10843/84

CEDH, 18 février 1991, *Moustaquin contre Belgique*, n° 12313/86 ; D. TURPIN, « Expulsion des étrangers et vie familiale », *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 677 ; CEDH, 7 août 1996, *Chorfi contre Belgique* ; G. COHEN-JONATHAN, « De la Commission à la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1995, p. 723 ; CEDH, 17 janvier 2006, *Aristimuno Mendizabal contre France*, n°51431/99 ; R. TINIERE, « Les « black lists » du Conseil de Sécurité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 2013, p. 515 ; CEDH, 4^{ème} section, 12 avril 2006, *Stec et a. contre Royaume-Uni*, n°65900/01 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2008, p. 1929

CEDH, 29 juin 1992, *Rabia Bibi contre Royaume-Uni*, n° 19628/92 ; F. MONEGER, « Familles et prestations sociales dans les relations franco-algériennes », *RDSS*, 2003, p. 673

CEDH, 25 mars 1992, *B. contre France*, n° 13343/87 ; J.-F. RENUCCI, « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel implique la rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, il y a infraction à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, p. 325 ; J.-P. MARGUENAUD, « Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 1993, p. 101 ; C. LOMBOIS, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron. 323 ; M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, p. 646 et s. ; S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071.

CEDH, 30 août 1993, *G.A.B. contre Espagne*, n° 21173/93 ; V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.*, 2013, p. 107

CEDH, 23 juin 1993, *Haufmann contre Autriche*, n° 12875/87 ; J. HAUSER, « Attribution de l'autorité parentale et religion des parents », *RTD civ.*, 1993, p. 817 ; Ch. GIAKOUMOPOULOS, M. KELLER, H. LABAYLE, F. SUDRE, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1994, p. 1182 ; J.-F. FLAUSS, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 1994, p. 16 ; J. HAUSER, « Violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par une juridiction nationale ayant confié la garde des enfants au père en raison de l'appartenance de la mère à la communauté religieuse des témoins de... », *D.* 1994, p. 326

CEDH, 22 février 1994, *Burghartz contre Suisse*, n° 16213/90 ; *Burghartz contre Suisse*, n° 16213/90 ; « Choix du nom d'un couple bi-national : condamnation de la Suisse – Cour européenne des droits de l'homme 9 novembre 2010 », *D.*, 2011, p. 804 ; A. CHAMOULAND-TRAPIERS, « La possession du nom patronymique », *D.*, 1998, chron., p. 39 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, 3823.

CEDH, 26 mai 1994, *Keegan contre Royaume-Uni*, n° 28867/03 ; N. FRICERO (sous la dir. de S. GUINCHARD), « Droit à un Tribunal indépendant et impartial », *Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile*, 2014, n°211.11, note 4 ; N. FRICERO, « Le droit à la vie familiale peut être revendiqué par une famille composée d'un transsexuel, de la femme avec qui il vit et de l'enfant né grâce à une insémination artificielle avec donneur, mais l'enregistrement sur les actes de l'état civil de la paternité... », *D.*, 1997, p. 362

CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres contre Pays-Bas*, n°18535/91 ; F. GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.*, 1997, p. 653 ; P. GEORGIN, « L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1996, p. 191 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n°6, I, 3823.

CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra contre Espagne*, n° 16798/90 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1995, n° 6, I, p. 3823 ; P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme - 1994 », *JTDE*, 1995, p. 56.

CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael contre Royaume-Uni*, n° 16424/90 ; J.-P. MARGUENAUD, « La conciliation du droit au respect de la vie familiale et de la protection du mineur en danger », *RTD civ.*, 1997, p. 541 ; M. HUYETTE, « Le contradictoire en assistance éducative : l'indispensable réforme de l'article 1187 du nouveau code de procédure civile », *D.*, 1998, p. 218

CEDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick contre Autriche*, n° 15974/90

CEDH, 21 novembre 1995, *Velosa Barreto contre Portugal*, n° 18072/91

CEDH, 19 février 1996, *Gül contre Suisse*, n° 23218/94 ; C. COURNIL, « Aux « confins des droits » des mineurs étrangers non accompagnés détenus et refoulés », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 35 ; F. MONEGER, « Le Conseil d'État met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *RDSS*, 1998, p. 174 ; P. DOLLAT, « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009, p. 689 ; C. COURNIL, M. REICO, « Le regroupement familial : cadre général et bénéficiaires », *AJ fam.*, 2009, p. 241

CEDH, 24 octobre 1996, *Guillot contre France*, n° 22500/93 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1996 », *AFDI*, 1996, p. 749 ; P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1997, p. 35 et 57 ; F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 1997, n° 6, I, p. 4000

CEDH, 28 novembre 1996, *Ahmut contre Pays-Bas*, n° 21702/93 ; J.-P. MARGUENAUD, « Amplification du reflux du droit au respect de la vie familiale des étrangers », *RTD civ.*, 1997, p. 540 ; H. LABAYLE, « L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 1997, p. 977

CEDH, 25 février 1997, *Z contre Finlande*, n° 22009/93

CEDH, 1 juillet 1997, *Gïtonas et autres contre Grèce*, n° 18747/91 ; 19376/92 ; 19379/92

CEDH, 22 août 1997, *X, Y, Z contre Royaume-Uni*, n° 21830/93 ; J.-P. MARGUENAUD, « Arrêt Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni : transsexualisme et immobilisme », *RTD civ.*, 1998, p. 1001 ; S. EVAÏN, « Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme », *JCP*, 1997, I, p. 4071 ; N. FRICERO, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 1997, sommaires commentés, p. 363 ; J. MASSIP, « Où l'on retrouve des transsexuels », *LPA*, 25 mai 1998, p. 17 ; F. SUDRE et autres, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1997 », *RUDH*, 1998, p. 81.

CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*, n° 22985/93

CEDH, 28 octobre 1998, *Söderback contre Suède*, n°24484/94 ; C. FLEURIOT, « Adoption et respect de la vie familiale des parents biologiques », *D. Actualités*, 13 novembre 2013

CEDH, 9 septembre 1998, *Purtonen contre Finlande*, n° 32700/96

CEDH, 28 octobre 1998, *Osman contre Royaume-Uni*, n° 23452/94

CEDH, 21 février 1999, *Salgueiro da Silva Mouta contre Portugal*, n° 33290/96

CEDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide contre Roumanie*, n° 31679/96

CEDH, 1er février 2000, *Mazurek contre France*, n° 34406/97 ; C. PELLETIER, « Première application de la jurisprudence *Mazurek* par le juge français », *D.*, 2001, p. 1270 ; J.-P. MARGUENAUD, « La protection de la paix des familles contre les retombées rétroactives de la jurisprudence *Mazurek* », *RTD civ.*, 2009, p. 288 ; H. BOSSE-PLATIERE, « Les suites de l'arrêt *Mazurek* dans le droit interne français », *D.*, 2001, p. 1068 ; J.-P. MARGUENAUD, « *Mazurek* revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles

qu'interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD civ.*, 2013, p. 333 ; J.-P. MARGUENAUD, « La Cour européenne des droits de l'homme empêtrée dans les difficultés transitoires d'application de l'arrêt *Mazurek* ou l'art européen de se tirer une balle dans le pied », *RTD civ.*, 2011, p. 732 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le réfrènement des ardeurs européennes des juges du fond par la première chambre civile de la Cour de cassation ou comment exposer la France à de nouvelles avanies strasbourgeoises en relançant l'affaire du tableau d'amortissement », *RTD civ.*, 2000, 933 ; I. GALLMEISTER, « Enfant adultérin : égalité successorale avant la loi du 3 décembre 2001 », *D. Actualités*, 9 septembre 2011.

CEDH, 28 septembre 2000, *Messina contre Italie*, n° 25498/94

CEDH, 17 janvier 2001, *Gnahoré contre France*, req. n° 40031/98 ; N. FRICERO, « L'aide juridictionnelle dépend du sérieux du moyen de cassation », *D.*, 2001, p. 1063 ; F. ROLIN, « L'aide juridictionnelle face aux exigences du procès équitable », *D.*, 2001, p. 725

CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman contre Royaume-Uni*, n° 27238/95 ; J.-F. FLAUSS « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2001, p. 1060 ; J.-P. MARGUENAUD « La lente émergence d'un droit européen au respect des modes de vie minoritaires », *RTD civ.*, 2001, p. 448 ; D. FIORINA, « Mode de vie : la consécration du droit à la différence », *D.* 2002, p. 2758

CEDH, 10 mai 2001, *Antonio Mata Estevez contre Espagne*, n° 56501/00 ; J.-P. MARGUENAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTD civ.*, 2010, p. 738

CEDH, 10 mai 2001, *T.P. et K.M. contre Royaume-Uni*, n° 28945/95 ; G. VAN BUEREN, *Les droits des enfants en Europe : convergences et divergences dans la protection judiciaire*, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 161

CEDH, 27 septembre 2001, *GMB et K.M. contre Suisse*, n° 36797/97

CEDH, 30 octobre 2001, *Pannullo et Forte contre France*, n° 37794/97

CEDH, 7 février 2002, *Mikulic contre Croatie*, n° 53176/99 ; « Réfléchir avant de voter des lois ? », *RTD civ.*, 2007, p. 99 ; V. LEFEBVRE, « Recherche en paternité et droit au respect de la vie privée et familiale », 7 mars 2012 ; V. BONNET, « Expertises *post mortem* : la vérité ensevelie », *D.*, 2008, p. 2121 ; S. PEYROU-PISTOULEY, « L'affaire *Marper contre Royaume-Uni* : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, 2009, p. 741 ; A.-M. LEROYER, « Bioéthique - Caractéristiques génétiques - Don d'organes - Embryon - Cellules hématopoïétiques - IVG - AMP - Consentement - Anonymat », *RTD civ.*, 2011, p. 603 ; J.-P. MARGUENAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de

l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », *RTD civ.*, 2004, p. 361

CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; P. REIGNE, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *D.*, 2015, p. 1875 ; L. BURGOGNE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 335 ; J.-J. LEMOULAND, « Le droit au mariage du transsexuel », *D.* 2003, p. 1935 et s.

CEDH, 26 février 2002, *Fretté contre France*, n° 36515/97 ; F. GRANET, « Adoption par un homosexuel », *D.* 2002, p. 2024 ; J. HAUSER « Agrément à l'adoption et mode de vie du demandeur », *RTD civ.*, 2002, p. 280 ; I. POIROT-MAZERES, « De la gay pride ... au Palais-Royal », *AJDA*, 2002, p. 401 ; F. MONEGER, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit français de l'agrément en matière d'adoption », *RDSS*, 2002, p. 347 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants », *RTD civ.*, 2002, p. 389 ; Ch. COURTIN, « Ne constitue pas une discrimination le refus d'agrément à l'adoption opposé à une personne célibataire homosexuelle », *D.* 2002, p. 2569

CEDH, 26 février 2002, *Kutzner contre Allemagne*, n° 46544/99 ; C. LAURENT, « Le placement d'enfants et le droit au respect de la vie familiale », *Journal du droit des jeunes*, 2004/3, n° 233, p. 19-25

CEDH, 9 octobre 2003, *Slivenko contre Lettonie*, n° 48321/99 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2003, p. 603 ; « Non-respect de la protection des mineurs étrangers isolés – Cour européenne des droits de l'homme 12 octobre 2006 », *D.*, 2007, p. 771

CEDH, 13 février 2003, *Odièvre contre France*, n° 42326/98 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2003, p. 603 ; B. MALLET-BRICOUT, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2003, p. 1240 ; F. MONEGER, « L'accouchement sous X devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire *Odièvre contre France* », *RDSS*, 2003, p. 219 ; J. HAUSER, « Préliminaire : une mère quand elle veut, la maternité purement potestative », *RTD civ.*, 2003, p. 276 ; J.-P. MARGUENAUD, « Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accouchement sous X », *RTD civ.*, 2003, p. 375

CEDH, 14 avril 2003, *K.A. contre Finlande*, n° 27751/95 ; M. HERZOG-EVANS, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ fam.*, 2005, p. 212

CEDH, 11 mars 2004, *Merger et Cros contre France*, n° 68864/01

CEDH, 1^{er} juin 2004, *Lebbink contre Pays-Bas*, n°45582/99 ; « L'impossibilité pour un père naturel de demander en justice l'attribution de l'autorité parentale sur son enfant est discriminatoire – Cour européenne des droits de l'homme 3 février 2011 », *AJ fam.*, 2011, p. 208

CEDH, 22 juin 2004, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi contre Roumanie*, n°78028/01 et n°78030/01 ; « Adoptions internationales et respect des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 22 juin 2004 », *D.*, 2004, p. 3026 ; « Condamnation de la Turquie qui n'a octroyé à une mère qu'après plus de cinq années de procédure l'autorité parentale à l'égard de son enfant – Cour européenne des droits de l'homme 3 novembre 2011 », *AJ fam.*, 2011, p. 606

CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover contre Allemagne*, n° 59320/00 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2004, p. 1809 ; J.-L. HALPERIN « Anecdote monégasque ou européanisation de la *privacy* ? », *D.* 2005, p. 340 ; J.-F. RENUCCI, « La liberté d'expression n'est pas sans limites », *D.* 2004, p. 2538 ; J.-P. MARGUENAUD, « La princesse et les paparazzi », *RTD civ.*, 2004, p. 802

CEDH, 8 juillet 2004, *Vo contre France*, n°53924/00 ; J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.* 2004, p. 2456 ; J. HAUSER, « L'embryon et la tentation de Strasbourg », *RTD civ.*, 2004, p. 714 ; F. MASSIAS, « Le droit à la vie bénéficie-t-il à l'enfant à naître ? », *RSC*, 2005, p. 135 ; J.-P. MARGUENAUD, « Les tergiversations de la Cour européenne des droits de l'Homme face au droit à la vie de l'enfant à naître », *RTD civ.*, 2004, p. 799 ; N. FRICERO, *RJPF* 2004/9.25 ; N. FRICERO, *RJPF*, 2004/9.48 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, « La mort du fœtus provoquée par l'imprudence d'autrui », *D.* 2004, p. 2754

CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau contre Andorre*, n° 69498/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit d'attribuer exclusivement le nom de sa mère à l'enfant », *RTD civ.*, 2014, p. 305 ; CEDH, 5^{ème} section, 28 mai 2009, *Brauer contre Allemagne*, n° 3545/04 ; J.-P. MARGUENAUD, « La désuétude des raisons objectives de maintenir une inégalité de traitement successoral entre les enfants », *RTD civ.*, 2009, p. 677

CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, n° 44774/98 ; J.-F. RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 2006, p. 1717 ; G. GONZALEZ, « L'interdiction du port du foulard islamique dans les universités turques est compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », *AJDA*, 2006, p. 315 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2006, p. 466

CEDH, 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov contre Turquie*, n° 46827/99 et n°46951/99

CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. contre Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99 ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT « Droits et libertés corporels », *D.* 2006, p. 1200 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973 ; J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.*, 2005, p. 341

CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. contre Royaume-Uni*, n° 36536/02 ; CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. contre Royaume-Uni*, n° 36536/02 : *JCP* 06.I.109, n° 11, F. SUDRE ; *D.* 2006. 1418, J.-J. LEMOULAND et 1433, N. GLANDIER ; *RTD civ.* 2005.735, J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. Fam.* 2005, n° 234, A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE

CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi contre Suisse*, n° 58757/00 ; J.-P. MARGUENAUD, « La mise en oeuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2015, p. 825 ; G. CHOISEL, « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD civ.*, 2015, p. 505 ; J. HAUSER, « Encore le droit à l'expertise biologique ; il n'est point besoin d'adminicules et le juge de la mise en état peut l'ordonner », *RTD civ.*, 2008, p. 284 ; « Une expertise biologique n'est pas attentatoire à la vie privée du défendeur – Cour européenne des droits de l'homme 25 juin 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 499 ; J. HAUSER, « Réfléchir avant de voter des lois ? », *RTD civ.*, 2007, p. 99 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Droit de connaître son ascendance : demande de « grand paternité », *Constitutions*, 2010, p. 77 ; C. SIFFREIN-BLANC, « Le refus d'établir la véritable filiation d'un homme est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme », *D. Actualités*, 5 juillet 2011 ; J.-D. SARCELET, C. BOHUON, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.* 2009, p. 2876

CEDH, 10 octobre 2006, *Paulik contre Slovaquie*, n° 10699/05 ; H. FULCHIRON, « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.* 2013, p. 2958 ; V. GEORGET, « Contestation de paternité », *AJ fam.*, 2012, p. 21 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2009, p. 773 ; H. FULCHIRON, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035

CEDH, 26 octobre 2006, *Wallova et Walla contre République tchèque*, n° 23848/04 ; A. GOUTTENOIRE, « Le logement de l'enfant », *AJ fam.*, 2008, p. 371 ; D. THARAUD, « La protection du logement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un droit à l'architecture complexe », *RDSS*, 2015, p. 221 ; P. WACHSMANN, « Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, p. 2138

CEDH, 28 novembre 2006, *Parry contre Royaume-Uni*, n° 42971/05 ; J. HAUSER, « Mariage homosexuel : QPC et Cour EDH », *RTD civ.*, 2010, p. 765

CEDH, 10 avril 2007, *Evans contre Royaume-Uni*, n°6339/05 ; RDSS 2007/5, p. 810, D. ROMAN ; RTD civ. 2007, p. 295, J.-P. MARGUENAUD ; L. AZOUX BACRIE, « Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable - A propos de l'arrêt Evans contre Royaume-Uni du 10 avril 2007 », in Krenc (F.) et Puéchavy (M.) (éd.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis et Bruylant, 2008 ; N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », RTDH, 2008, p. 879 ; H. LABAYLE et F. SUDRE, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », RFDA, 2007, p. 1040

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, n° 76240/01 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », RTD civ., 2015, p. 325 ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », D. 2007, p. 2700 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA, 2007, p. 1918 ; P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », Rev. Crit. DIP, 2007, p. 807

CEDH, 2 juin 2007, *Havelka et autres contre République tchèque*, n° 23499/06 ; A. GOUTTENOIRE, « La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Inf. soc., 2008/5, n° 149, p. 40-51

CEDH, 4 décembre 2007, *Dickson contre Royaume-Uni*, n°44362/04 ; JCP G 2008, I, 110, n° 8, F. SUDRE

CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac contre Pologne*, n° 5410/03 ; P. HENNION-JACQUET, D. 2007, p. 2648

CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. contre France*, n° 43546/02 ; JCP. G. 2008, 10071, A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE

CEDH, 29 avril 2008, *Burden contre Royaume-Uni*, n°13378/05 ; « Le droit aux prestations familiales implique le respect des règles du regroupement familial – Cour européenne des droits de l'homme », 1 octobre 2015, AJDA 2015. 1833, n° 42

CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara contre Turquie*, n° 34503/97 ; P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, D., 2011, p. 671 et 672 ; J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, « *Demir et Baykara contre Turquie* ») », D. actualités,

1^{er} avril 2009 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « Convention européenne des droits de l'homme (Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, actualité : octobre 2013, §6

CEDH 4 décembre 2008, *S. et Marper contre Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04 ; RSC 2009. 182, J.-P. MARGUENAUD ; RFDA 2009. 741, note S. PEYROU-PISTOULEY ; JCP 2009. 27, n° 3, F. SUDRE

CEDH, 16 décembre 2008, *Kurshid Mustafa et Tarzibachi contre Suède*, n° 23883/06 ; J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 872 ; J. RAYNAUD, « Antenne parabolique : droit du locataire de recevoir des informations de son pays d'origine », *AJDI*, 2009, p. 438 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.*, 2009, p. 281

CEDH, 5 mai 2009, *Menendez Garcia contre Espagne*, n° 21046/07 ; J.-P. MARGUENAUD, « Halte à l'exhumation aux fins d'établissement d'un lien de grand-paternité », *RTD civ.* 2009, p. 679 ; J. MARROCHELLA, « Conformité à la Constitution du dispositif d'identification *post mortem* par empreintes génétiques », *D. Actualités*, 13 octobre 2011 ; F. MODERNE, « Sous le signe du subjectivisme juridique », *RFDA*, 2004, p. 101 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Droit de connaître son ascendance : demande de « grand paternité » », *Constitutions*, 2010, p. 77

CEDH, 26 novembre 2009, *V. contre France*, n°28499/05 ; F. MONEGER, « Les placements d'enfants en France », *RDSS*, 2001, p. 825 ; N. HERVIEU, « Séparation d'enfants de leur mère en vue de leur protection et maintien du lien familial (CEDH, 26 novembre 2009, *Vautier contre France*) », 29 novembre 2009, *Combat pour les droits de l'homme*, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

CEDH, 26 mai 2009, *Amanalachioai contre Roumanie*, n° 4023/04

CEDH, 28 mai 2009, *Brauer contre Allemagne*, n° 3545/04

CEDH, 24 février 2009, *E. contre Italie*, n°29768/05 ; A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, octobre 2015, n°252

CEDH, 2 mars 2010, *Kozak contre Pologne*, n° 13102/02 ; J.-P. MARGUENAUD, « Petit guide européen de l'accession à l'homoparentalité », *RTD civ.*, 2013, p. 329 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre - décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889 ; « Transfert du bail au concubin homosexuel – Cour européenne des droits de l'homme 2 mars 2010 », *AJDI*, 2010, p. 547

CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk contre Suisse*, n° 41615/07 ; A. BOICHE, « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », *AJ fam.*, 2010, p. 482 ; M. DOUCHY-LOUDOT, E. GUINCHARD, « Espace judiciaire civil européen », *RTD eur.*, 2010, p. 927 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *RTD civ.*, 2010, p. 735

CEDH, 13 août 2010, *Lucas et Hallier contre France*, n° 46386/10

CEDH, 28 septembre 2010, *J.M. contre Royaume-Uni*, req. n° 37060/06 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre - décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889

CEDH, 30 novembre 2010, *P.V. contre Espagne*, Req. n° 35159/09 ; I. GALLMEISTER, « Restriction du droit de visite d'une transsexuelle à son fils : pas de violation de la Conv. EDH », *D. Actualités*, 16 décembre 2010

CEDH, 21 décembre 2010, *Anayo contre Allemagne*, n° 20578/07 ; F. BOULANGER, « Droit de visite et intérêt de l'enfant », *D.*, 2011, p. 2908

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, n° 30141/04 ; C. FLEURIOT, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *D. Actualités*, 17 décembre 2010 ; H. FULCHIRON, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160 ; « La CEDH impose de reconnaître un statut légal aux couples de même sexe – Cour européenne des droits de l'homme 21 juillet 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 615 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (septembre - décembre 2010) », *AJDA*, 2011, p. 889

CEDH, 18 octobre 2011, *Lyubenova contre Bulgarie*, n° 13786/04 ; M. ROUILLARD, « Vie privée et familiale : manquement des autorités bulgares à leurs obligations en ne prenant pas les mesures nécessaires pour maintenir la vie familiale d'une mère séparée de son fils – Cour européenne des droits de l'homme 18 octobre 2011 », *AJ fam.*, 2011, p. 547

CEDH, 1er février 2011, *Dore contre Portugal*, n° 775/08

CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud contre France*, n° 19535/08 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.* 2012, p. 1432 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.* 2012, p. 1228 ; J. HAUSER, « Le droit à l'expertise biologique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *RTD civ.*, 2011, p. 526

CEDH, 24 mai 2011, *Saleck Bardi contre Espagne*, n° 66167/09 ; D. POUPEAU, « La CEDH exige de la France « souplesse et célérité » pour le regroupement

familial – Cour européenne des droits de l'homme 10 juillet 2014 », *AJDA*, 2014, p. 1463

CEDH, 15 sept. 2011, *Schneider contre Allemagne*, n° 17080/07 ; « De la protection du père biologique ...présumé ! », *Droit de la famille*, n° 11, 2011, alerte 90 ; « Droit de visite du père présumé : appréciation de l'intérêt de l'enfant – Cour européenne des droits de l'homme 15 septembre 2011 », *D.*, 2011, p. 2908 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.*, 2012, p. 1228 ; R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451

CEDH, 21 juillet 2011, *Fabris contre France*, n° 16574/08 ; I. GALLMEISTER, « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : condamnation de la France », *D. Actualités*, 15 février 2013 ; J. HAUSER, « Application dans le temps et égalité des citoyens : droit de succession et droit à la filiation », *RTD civ.* 2011, p. 753

CEDH, 1^{er} décembre 2011, *Andrle contre République tchèque*, n° 6268/08

CEDH, 6 décembre 2011, *Cengiz Kiliç contre Turquie*, n° 16190/06 ; « Les mesures relatives à l'attribution de l'autorité parentale et du droit de visite du parent séparé doivent être prises promptement – Cour européenne des droits de l'homme 6 décembre 2011 », *AJ fam.*, 2012, p. 103

CEDH, 27 septembre 2011, *Diamante et Pellicioni contre Saint-Marin*, n°32250/08

CEDH, 20 décembre 2011, *Prodelalova contre République Tchèque*, n° 40094/08

CEDH, 12 avril 2011, *Gluhakovic contre Croatie*, n° 21188/09 ; A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, octobre 2015, n°252 ; A. AVENA-ROBARDET, « Fixation du droit de visite par le juge à un moment et en un lieu appropriés – Cour européenne des droits de l'homme 12 avril 2011 », *AJ fam.*, 2011, p. 257

CEDH, 11 janvier 2011, *Bordeianu contre Moldavie*, n°49868/08 ; voir J. HAUSER, « Le syndrome d'aliénation « parentale », *RTD civ.*, 2014, p. 106 ; M. LASBATS, « Etude du syndrome d'aliénation parentale à partir d'une expertise civile », *AJ fam.*, 2004, p. 397 ; G. LOPEZ, « Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP) », *AJ fam.*, 2013, p. 283

CEDH, 27 octobre 2011, *Bergmann contre République Tchèque*, n° 8857/08

CEDH, 3 novembre 2011, *S. H. et autres contre Autriche*, n° 57813/00 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2012, p. 143 ; H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, « Droit international privé », *D.*, 2012, p. 1228 ; J.-P. MARGUENAUD,

« L'ajournement du droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *RTD civ.*, 2012, p. 283

CEDH, 28 novembre 2011, *Négrépontis-Giannisis contre Grèce*, n° 56759/08 ; P. KINSCH, *Rev.crit. DIP*, 2012, p. 817 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, *JDI*, 2012, p. 213 ; A. GOUTTENOIRE, *JCP*, 2010, p. 839.

CEDH, 19 janvier 2012, *Popov contre France*, n° 39472/07 et 39474/07 ; K. PARROT, « Condamnation de la France en raison de la rétention des mineurs étrangers », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 826 ; H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOIS, L. MILANO, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2013, p. 576 ; O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2013, p. 324 ; Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *D.* 2012, p. 2267

CEDH, 10 juillet 2012, *B. contre Belgique*, n° 4320/11

CEDH, 17 juillet 2012, *M.D. et a. contre Malte*, n° 64791/10 ; J. DAMON, « L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité », *RDSS*, 2008, p. 601

CEDH, 19 juillet 2012, *Koch contre Allemagne*, n° 497/09.

CEDH, 10 avril 2012, *K.A.B. contre Espagne*, n° 59819/08 ; Communiqué de presse du Conseil de l'Europe, « Adoption d'un enfant suite à l'expulsion de sa mère et en dépit de l'opposition de son père : manque de diligence des autorités », CEDH, 153, 10 avril 2012

CEDH, 28 août 2012, *Costa et Payan contre Italie*, n° 54270/1

CEDH, 15 novembre 2012, *Kissiwa Koffi contre Suisse*, n° 38005/07

CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Duboy contre France*, n° 25951/07 ; I. GALLMEISTER, « Adoption au sein du couple homosexuel: *CEDH v. Conseil constitutionnel* », *D. Actualités*, 8 octobre 2010 ; D. VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.*, 2012, p. 1992 ; « Adoption au sein du couple homosexuel : pas de condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme 15 mars 2012 », *D.*, 2012, p. 1241 ; *D.*, 2012, p. 1241, DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ fam.*, 2012, p. 220, X. SIFFREIN-BLANC ; *JCP.* 2012, n° 589, A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE

CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Martin contre Russie*, n° 30078/06

CEDH, 25 septembre 2012, *Godelli contre Italie*, n° 33785/09 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2013, p. 1436 ; G. CHOISEL, « D'un changement de définition à un droit en attente de reconstruction », *RTD civ.*, 2015, p. 505 ; X. BIOY, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, p. 970 ; H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? » *D.*, 2014, p. 153 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *AJDA*, 2012, p. 2115 ; « Secret des origines : condamnation de l'Italie – Cour européenne des droits de l'homme 25 septembre 2012 », *D.*, 2012, p. 2309 ; A.-M. LEROYER, « Pupille de l'État », *RTD civ.*, 2013, p. 898

CEDH, 4 octobre 2012, *Harroudj contre France*, n°43631/09 ; M. KEBIR, « *Kafala* : le refus d'adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale », *D. actualités*, 17 octobre 2012 ; N. MARCHAL ESCALONA, « Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 89

CEDH, 8 janvier 2013, *A.K. et L.C. contre Croatie*, n° 37956/11 ; note d'information sur la jurisprudence de la Cour N° 159

CEDH, 7 mai 2013, *Boeckel et Gessner Boeckel contre Allemagne*, n° 8017/11

CEDH, 18 juin 2013, *R.M.S. contre Espagne*, n°28775/12 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2015) », *AJDA*, 2016, p. 143

CEDH, 7 février 2013, *Fabris contre France*, n° 16574/08 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2013, p. 1794 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2013, p. 1436 ; J.-P. MARGUENAUD, « Mazurek revigoré ou l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet des normes de la Convention telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg », *RTD civ.*, 2013, p. 333 ; J. HAUSER, « Nul ne peut invoquer sa propre négligence ou l'extraction douloureuse d'une balle dans le pied par la Grand chambre ! », *RTD civ.*, 2013, p. 358

CEDH, 19 février 2013, *X. et autres contre Autriche*, n°19010/07 ; I. GALLMEISTER, « Adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel : condamnation de l'Autriche », *D. Actualités*, 26 février 2013

CEDH, 19 février 2013, *B. contre Roumanie*, n° 1285/03 ; C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2015/102, rtdh.eu ; B. DANLOS, « De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale », *AJ penal*, 2014, p. 404 ; I. CORPART, « Placement et droits de l'enfant », *AJ fam*, 2007, p. 66 ; C. SEVELY, « Réflexions sur l'inhumain et le droit », *RSC*, 2005, p. 483

CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres contre Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09 ; F. LAFFAILLE, « L'arrêt *Vallianatos contre Grèce* et la protection conventionnelle des couples homosexuels », *D.*, 2013, p. 2888 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2014, p. 147

CEDH, 26 novembre 2013, *X. contre Lettonie*, n° 27835/09 ; C. AVASILENCEI, « Enfants déplacés illicitement : précisions de la CEDH sur les obligations procédurales dans le cadre d'une demande de retour en matière d'application de la convention de La Haye de 1980 et de la convention EDH », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 420

CEDH, 5 juin 2014, *I. S. contre Allemagne*, n°31021/08 ; J. HAUSER, « Adoption plénière et rupture des liens avec la famille d'origine », *RTD civ.*, 2014, p. 869

CEDH, 17 juillet 2014, *T. contre République Tchèque*, n° 19315/11 ; Agence des droits fondamentaux du Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen des droits de l'enfant*, 2015, p. 78

CEDH, 10 juillet 2014, *Mugenzi, Tanda-Muzinga, Senigo Longue contre France*, n° 19113/09 ; R. MESA, « Regroupement familial et article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D. actualités*, 4 septembre 2014

CEDH, 26 juillet 2014, *Menesson contre France*, n° 65192/11 ; T. COUSTET « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. Actualités*, 30 juin 2014 ; « Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 26 juin 2014 », *AJ fam.*, 2014, p. 499 ; « Gestation pour autrui (transcription de la filiation) : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme » 26 juin 2014, *D.*, 2014, p. 1797 ; F. CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 1797 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 1

CEDH, 26 septembre 2014, *Labassée contre France*, n° 65941/11 ; T. COUSTET « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D. Actualités*, 30 juin 2014 ; « Réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : la jurisprudence française à l'épreuve des droits de l'homme – Cour européenne des droits de l'homme 26 juin 2014 », *AJ fam.*, 2014, p. 499 ; « Gestation pour autrui (transcription de la filiation) : condamnation de la France – Cour européenne des droits de l'homme » 26 juin 2014, *D.*, 2014, p. 1797 ; F. CHENEDE, « Les

arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, p. 1797 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 1

CEDH, 29 janvier 2015, *Paradiso contre Italie*, n°25358/12 ; V. LEFEBVRE, « Gestation pour autrui : la CEDH persiste et signe », *D. Actualités*, 20 février 2015 ; J.-P. MARGUENAUD, « L'exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.*, 2015, p. 325 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1819 ; I. PRETELLI, « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 559 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude... », *D.*, 2014, p. 905

CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. contre Turquie*, n° 14793/08, jurisdata n° 2015-004200 ; « Subordonner le changement (médical) de sexe à la stérilité méconnaît le droit au respect de la vie privée du transsexuel », *Droit de la famille*, n°5, mai 2015, p. 41

CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, jurisdata n° 2015-018818 ; H. FULCHIRON, « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.*, 2015, p. 2160 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le partenariat civil pour tous », *RTD civ.*, 2014, p. 301

CEDH, 1 octobre 2015, *Okitaloshima Okonda Osungu et a. contre France*, n° 51354/13 ; « Refuser le bénéfice des allocations familiales pour des enfants étrangers entrés hors regroupement familial n'est pas contraire à la Conv. EDH, CEDH, 1 octobre 2015 », *AJ fam.*, 2015, p. 689

CEDH, Gr. Ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli contre Italie*, n° 2535/12 ; F. CHÉNÉDÉ, « Petite leçon de « réalisme juridique », à propos de l'affaire *Paradiso et Campanelli contre Italie* », *D.*, 2017, p. 663 ; L. DE SAINT-PERN, « Mater semper certa est ? Never ever... », *D.*, 2017, p. 2291 ; P. LE MAIGAT, « GPA (respect de la vie privée) : prise en charge de l'enfant par les services sociaux », *D.*, 2017, p. 215.

D. JURIDICTIONS NATIONALES

- CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const. déc. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 ; L. HAMON, « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *D.*, 1974, n° s.n., p. 83.

Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ; RDP, 1975, p. 185, chr. L. FAVOREU et L. PHILIP ; AJDA, 1975, p. 134, note J. RIVERO ; *D.*, 1975, JP, p. 529, L. HAMON

Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, n° 93-325 DC ; B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871 ; J.-J. DUPEYROUX, X. PRETOT, « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.*, 1994, p. 69 ; D. TURPIN, « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 1

Cons. const., déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

Cons. const., déc. n° 99-411 DC du 16 juin 1999 ; S. SCIORTINO-BAVART, « Contravention de grand excès de vitesse », *D.*, 2000, n° s.n, p. 197 ; B. MATHIEU, « La sécurité routière fait progresser le droit constitutionnel pénal », *D.*, 1999, n° 27, p. 1.

Cons. const., déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999 ; T. REVET, « Indivision. Droit de demander le partage », *RTD civ.*, 2000, p. 870 ; O. LE BOT, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », *RFDA*, 2008, p. 328

Cons. const. déc. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001

Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 ; J. BOYER, « Le juge judiciaire et l'étranger en rétention administrative : la nouvelle donne constitutionnelle », *Gaz. Pal.*, 2005, n° s.n., p. 2 ; L. DOMINGO, « Constitutionnalité de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *D.*, 2004, n° s.n., p. 1278-1279 ; O. LECUCQ, « La liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière », *D.*, 2004, n° s.n., p. 1405 ; J.-E. SCHOETTI, « La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel (1ère partie) », *LPA*, 2004, n° s.n., p. 10 ; J.-C. ZARKA, « Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : Le Conseil constitutionnel a prononcé trois censures et émis deux réserves d'interprétation », *JCP G.*, 2003, n° s.n., p. 2249

Cons. const. 20 juill. 2006, n° 2006-539 DC ; S. BIAGINI-GIRARD, « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers : un modèle prédéterminé et imposé comme obstacle à un « droit naturel » ? », *Rev. crit. DIP*,

2014, p. 263 ; K. MICHELET, « Ordre public, pauvreté et étrangers », *RDSS*, 2008, p. 163 ; H. LABAYLE, « Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen », *RFDA*, 2007, p. 101

Cons. const., déc. n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Mariage mixte : conformité à la Constitution de la loi sur le contrôle de la validité des mariages », *Droit fam.*, 2007, n° 1, p. 30 ; J.-E. SCHOETTI, « La loi relative au contrôle de la validité des mariages porte-t-elle atteinte à la liberté du mariage et au droit de mener une vie familiale normale ? », *LPA*, 2006, n° s.n., p. 10.

Cons. cons., déc. n°99-419 DC du 9 nov. 1999, N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP* 2000.I.210; Ph. BLACHER et J.-B. SEUBE, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », *RD publ.* 2000.204

Cons. const., déc. n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 ; S.Z.-D., « Constitutionnalité - Questions prioritaires - Les premières réponses », *JA* 2010, n°422, p. 11

Cons. Const. déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

Cons. Const. déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre ; Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2011, n° 32 ; A.-L. CASSARD-VALEMBOIS, « Principe d'égalité », *LPA*, 31 juillet 2012, n° 152, p. 5 ; L. JANICOT, « L'interdiction du mariage entre personnes du même sexe ne porte atteinte ni à la liberté du mariage, ni au droit de mener une vie familiale normale », *LPA*, 30 juillet 2012, n° 151, p. 18 ; A. DANIS-FATÔME, « Le "non" français au mariage homosexuel - une illustration de la complexité des rapports entre faiseurs de droit sur la scène française et européenne », *RTDH*, janvier - mars 2012, n° 89, p. 143 ; S. HUTIER, T. LAJOINIE, Constitution et homosexuels : un mariage en suspens ?, *RFDC*, juillet 2011, n° 87, p. 615 ; D. CHEMLA, « Conseil constitutionnel et mariage gay : service minimum », *Gaz. Pal.*, 6-7 avril 2011, n° 96-97, p. 11 ; B. BEIGNIER, « *Legis lator* », *Droit fam.*, mars 2011, n° 3, p. 2 ; R. OUEDRAOGO, « Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel », *Droit fam.*, mars 2011, n° 3, p. 24 ; J. ROUX, « La QPC sur le "mariage homosexuel" : une question plus nouvelle que sérieuse ? », *D.*, 20 janvier 2011, n° 3, p. 209 ; A. MIRKOVIC, « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCP G.*, 2011, n° 6, p. 250.

Cons. const., déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 ; J. HAUSER, « Prestation compensatoire : constitutionnalité de l'attribution d'un bien en propriété », *RTDciv.*, octobre-décembre 2011, n° 4, p. 750 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire jugée conforme à la Constitution sous réserve d'interprétation », *Droit fam.*, octobre 2011, n° 10, p. 27 ; R. OUEDRAOGO, « Constitutionnalité de l'attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire », *LPA*, 30-31 août 2011, n° 172-173, p. 19 ; T. REVET, « La

cession judiciaire forcée de biens à titre d'exécution en capital de la prestation compensatoire est conforme à la Constitution à condition d'être subsidiaire à la modalité d'exécution de cette dette au moyen d'un versement de somme d'argent éventuellement garanti par des sûretés », *RTD civ.*, juillet-septembre 2011, n° 3, p. 565

Cons. const., déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 ; A. DEVERS, « Le droit à pension de réversion du conjoint homosexuel », *Droit fam.*, juillet-août 2013, n° 7-8, p. 28 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Pension de réversion », *Droit fam.*, octobre 2011, n° 10, p. 23.

Cons. Const. déc. 16 sept. 2011 QPC, n° 2011-163, M. Claude N. ; Revue française de droit constitutionnel, avril 2012, n°90 (définition des crimes et délits incestueux), Revue française de droit constitutionnel, avril 2012, n°90 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, S. MIRABAIL, T. POTASZKIN, « Droit pénal », *D.*, 2011, p. 2823 ; C. PORTERON, « Le respect du principe de la légalité : un rappel évident... mais nécessaire, Conseil constitutionnel 16 septembre 2011 », *AJ pénal*, 2011, p. 588 ; P. DE COMBLES DE NAYVES, « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions*, 2012, p.91 ; Y. MAYAUD, « L'inceste dans... l'illégalité », *RSC*, 2011, p. 830 ; J. DANET, « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse « inscription » de l'inceste dans le code pénal », *RSC*, 2012, p. 183 ; J. HAUSER « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD civ.*, 2011, p. 752

Cons. const., déc. n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 ; *RTD civ.*, 2011, p. 743, J. HAUSER ; *JCP*, 2012, n° 31, § 4, A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.*, 2011, p. 549, F. CHENEDE ; C. SIFFREIN-BLANC, « L'expertise génétique post mortem : le Conseil refuse de déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 16-11 du Code civil », *RFDC*, avril 2012, n° 90, p. 408 ; X. BIOY, « Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation », *Constitutions*, janvier-mars 2012, n° 2012-1, p. 138 ; D. BASILLE, « Filiation. L'"amendement Montand" conforme à la Constitution », *Gaz. Pal.*, 18-19 novembre 2011, n° 323, p. 36 ; J. BUISSON, « Expertises génétiques post mortem : le Conseil constitutionnel refuse de donner le coup de grâce à l'article 16-11, alinéa 2, du Code civil », *Droit fam.*, novembre 2011, n° 11, p. 3 ; J. HAUSER, « Expertise génétique post-mortem : les morts sont tous de braves types (G. Brassens) », *RTD civ.*, octobre-décembre 2011, n° 4, p. 743.

Const., déc. n° 2011-212 QPC du 20 janvier 2012

Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, M. TINEL, « La famille en droits pénal », *Droits*, 2012, n° 56, p. 155 ; J.-C. PLANQUE, « Infractions incestueuses : objets pénaux non identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 109-110, p. 13

Cons. const., déc. n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012 ; M. LAMARCHE, « Mariage, communauté de vie et nationalité : pas de révolution constitutionnelle », *Droit fam.*, mai 2012, n° 5, p. 3 ; S. SLAMA, « Réserve d'interprétation sur le cumul d'une prescription d'action " glissante " et d'une présomption de fraude en cas de rupture de la vie commune dans l'année de l'acquisition de la nationalité par mariage », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 9 avril 2012, n° s.n., 5 p. ; J. HAUSER, « Mariage et nationalité : aussi heureux qu'un marié en France ? », *RTD civ.*, avril-juin 2012, n° 2, p. 294 ; S. PREUSS-LAUSSINOTTE, « Réserve d'interprétation sur la présomption de fraude applicable à la déclaration de nationalité par le mariage », *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, avril 2012, n° 210, p. 10.

Cons. const., déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 ; D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « L'enfant né sous X », *LPA*, 19 août 2013, n° 165, p. 4-9 ; G. NICOLAS, « Le juste équilibre " à la française " dans la protection des droits de la femme et de l'enfant [Jurisprudence du Conseil constitutionnel] », *RFDC*, octobre 2012, n° 92, p. 869 ; C. NEIRINCK, « Le Conseil constitutionnel, l'accouchement secret et l'accès aux origines personnelles de l'enfant », *Droit fam.*, juillet-août 2012, n° 7-8, p. 25 ; D. ROMAN, « La constitutionnalité de la procédure d'accouchement sous X : une décision attendue et prévisible », *RDSS*, juillet-août 2012, n° 4, p. 750 ; T. DUMORTIER, « L'accouchement sous X déclaré conforme à la Constitution », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 24 mai 2012, n° s.n., 2 p. ; « Constitutionnalité des dispositions réglementant l'accès aux origines personnelles », *JCP G.*, 28 mai 2012, n° 22

Cons. const., déc. n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012

Cons. const., déc. n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012

Cons. const., déc. n° 2012-39 QPC du 6 octobre 2012

Cons. Const., déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013

Cons. const., déc. n° 2013-312 QPC du 22 mai 2013, M. Jory Orlando T. ; C. PETIT, « Non-assimilation du PACS au mariage pour la délivrance d'une carte de séjour : le Conseil constitutionnel botte en touche », *Droit fam.*, juillet-août 2013, n° 7-8, p. 75

Cons. Const., déc. n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013 ; J. ROUX, « La liberté de conscience emmurée dans le for intérieur », *Constitutions*, avril-juin 2014, n° 2014-2, p. 196 ; J.-R. BINET, « L'absence de "clause de conscience" pour les maires ne viole pas la Constitution », *Droit fam.*, décembre 2013, n° 12, p. 41

- COUR DE CASSATION

Civ. 1, 25 mai 1948, *Lautour* ; *Rev. Crit. DIP*, 1949. 89, BATIFFOL ; *JCP* 1948.II.4532, VASSEUR

Civ. 1, 17 avril 1953, *Rivière*, n° 2.520, *Bull.* 1953, I, n° 121

Civ. 1, 7 janvier 1964, *Bull.*, I, n° 15 ; *JCP*, 1964 II, 13590 ; *Revue critique DIP* 1964, p. 344, note H. BATTIFOL ; *JCP*, 1964. II. 13590, M. ANCEL ; *JDI* 1964, p. 302, B. GOLDMAN

Civ. 1, 4 octobre 1967, *RCDIP*, 1968.98

C. Cass., Ch. mixte, 27 février 1970, *Veuve Gaudras contre Dangereux*, n° 68-10.276 ; C. BLOCH, A. GIUDICELLI, Œuvre collective sous la direction de Philippe LE TOURNEAU, « Chapitre 1, Préjudice », *Dalloz Action droit de la responsabilité civile et des contrats*, n° 1392, 2014

C. Cass., Ch. crim. 19 juin 1975, *Dame Toros contre Berigaud* ; E. BURGAUD, « Le sort du conjoint du contumax au 19^e siècle », *RTD civ.*, 2012, p. 55. Crim. 19 juin 1975, *D.* 1975, Jur. p. 679, note A. TUNC ; G. ANDREO, « Bigamie et double ménage », *RTD civ.*, 1991, p. 263 ; B. VAREILLE, « Etude critique de l'article 760 du code civil », *RTD civ.*, 1991, p. 475 ; J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage », *RTD civ.*, 2000, p. 735 ; J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.*, 2002, p. 228

Civ.1, 3 janvier 1980, n° 78-13.762, *D.*, 1980, p.549, POISSON-DROCOURT, *RTD civ.*, 1983, p. 333, J. RUBELLIN-DEVICHI

Civ. 1, 6 juillet 1988, n° 85-12.743, *Rev. crit. DIP*, 1989. 71, Y. LEQUETTE

Civ. 1, 6 février 1985, *Bull.*, I, n° 55 ; J. MASSIP, *Dalloz*, 24 octobre 1985, n° 35 p. 469 ; Ph. FRANCESKAKIS, *RCDIP*, juin 1985, p. 243

Soc., 11 juillet 1989, *Bull.* n° 518 et 519 ; MALAURIE, *D.*, 1990, p. 582 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Des éléments constitutifs du concubinage », *RTD civ.*, 1990, p. 53 ; J. HAUSER, « Concubinage : constatation non contentieuse », *RTD civ.*, 1991, p. 306 ; J. RAYNARD, « Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes », *RTD civ.*, 1998, p. 529 ; J.-L. AUBERT, « Il n'y a pas de concubinage homosexuel. Homosexualité, bail d'habitation et contrat d'union civile », *D.*, 1998, p. 111 ; H. MOUTOUH, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », *D.*, 1998, p. 369 ; « Le concubinage ne peut résulter que d'une relation

stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme – Cour de cassation, 3^e civ. 17 décembre 1997 », *D.*, 1998, p. 111

Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, n° 88-15.655 ; E. ALFANDARI, « Associations d'encouragement aux mères porteuses. Illicéité de l'activité », *RDSS*, 1990, 733 ; J. MESTRE, « Formation (ou contenu) des contrats et Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTD civ.* 1992, p. 88 ; J. MASSIP, « L'illicéité des associations tendant à favoriser les maternités de substitution », *D.*, 1990, p. 273 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le recours à une mère porteuse et l'utilisation de l'adoption de l'enfant du conjoint », *RTD civ.* 1990, p. 254 ; Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, comm. : D. HUET-WEILLER, « Détournement de l'adoption », *RTD Civ.*, 1991, p. 517 ; C. LABRUSSE-RIOU, « De l'illicéité de la maternité de substitution », *Rev. Cri. DIP*, 1991, 711 ; Y. CHARTIER, « L'illicéité de l'adoption plénière de l'enfant d'une « mère porteuse », *D.*, 1991, p. 417

Civ. 1, 31 janvier 1990, n° 87-18.955 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, n°67-69 ; *JCP* 1991. II. 21635, note H. MUIR WATT ; *D.* 1991. Jur. 105, F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 1990. 519, E. POISSON-DROCOURT ; *Defr.*, 1990, art. 34826, n° 92, J. MASSIP ; *RTD civ.* 1990. 263, J. RUBELLIN-DEVICHI

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-15.858, Inédit ; J. HAUSER, « L'identité sexuelle », *RTD civ.*, 1991, p. 289

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.163, Inédit ; J. HAUSER, « L'identité sexuelle », *RTD civ.*, 1991, p. 289

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.829, Publié au bulletin ; J. MASSIP, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.* 1991, p. 169

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.250, Inédit ; « Le transsexualisme ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe et la convention européenne des droits de l'homme n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien – Cour de cassation », 1^{re} civ. 21 mai 1990, *D.*, 1991, p. 169

AP, 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; X. DOMINO, « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité française. La circulaire du garde des Sceaux du 25 janvier 2013 », *RFDA*, 2015, p. 163

Cass. Ass. Plénière, 11 décembre 1992, Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 360 du 1^{er} février 1993, Rapport de M. GELINEAU-LARRIVET et Mme CREDEVILLE, ainsi que les conclusions du Premier Avocat Général M. JOEL

Civ. 1, 10 février 1993, n° 89-21.997 ; E. KERCKHOVE, « La loi étrangère doit être écartée lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation », *D.*, 1994, p. 32 ; *RCDIP*, 1993, p. 620, J. FOYER

Civ. 3, 17 décembre 1997 ; (carte couple), *D.*, 2002, p. 537 ; C. MECARY, « Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? », *AJ fam.*, 2004, p. 261

Civ. 1., 3 février 1999, n° 96-11.946, commentaires ; L. ANTONINI-COCHIN, Ch. COURTIN, *L'essentiel de la jurisprudence civile Famille*, Lextenso édition, Gualino, 2^{ème} édition 2010, p. 12-13 ; J. PATARIN, « Validité, comme n'ayant pas une cause contraire aux bonnes moeurs, de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire (art. 1131 et 1133 c. civ.) », *RTD civ.*, 1999, p. 892 ; J. HAUSER, « L'obligation de fidélité et les libéralités : une nouvelle mise en cause du mariage ? », *RTD civ.*, 1999, p. 364

Civ. 1, 17 février 2004, n° 01-11.549, n° 02-11.618, n° 02-15.766, n° 02-17.479 ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON, *RTD Civ.*, 2004, 367, note J.-P. MARGUENAUD ; M.-C. NAJM, « Le sort des répudiations dans l'ordre juridique français, Droit et idéologie(s) », *Droit et cultures*, n°59, 2010, p. 209

Civ. 2^{ème}, 25 mars 2004, Bull. civ. II, n° 144 ; J. HAUSER, « Le pacsé est un membre...électoral...de la famille », *RTD civ.*, 2004, p. 489 ; « Les partenaires d'un PACS sont des membres de la même famille – Cour de cassation, 2e civ. 25 mars 2004 », *AJ Fam.*, 2004, p. 243 ; « PACS : le partenaire est un membre de la famille – Cour de cassation, 2e civ. 25 mars 2004 », *D.*, 2004, p. 1125

Cass. civ. 1, 18 mai 2005, n°02-16.336 ; J. HAUSER, « Contestation d'état : 322 et 322-1 », *RTD civ.*, 2005, p. 582 ; M. DOUCHY-OUUDOT, « Contentieux familial », *D.*, 2013, p. 798 ; J. HAUSER, « La bataille autour des enfants est ouverte dans les couples homosexuels ! », *RTD civ.*, 2011, p. 118 ; « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel : nouveau refus de la Cour de cassation – Cour de cassation, 1re civ. 19 décembre 2007 », *AJ fam.*, 2008, p. 75

Civ. 1, 18 mai 2005, n° 02-20.613 ; **Civ. 1, 18 mai 2005, n° 02-16.336** ; *JCP* 2005, II, 10081, F. GRANET-LAMBRECHTS, Y. STRICKLER ; *Dr. famille* 2005, comm. 156, note A. GOUTTENOIRE ; *Defr.*, 2005, p. 1418 et 1493, J. MASSIP ; *JCP* 2005, II, n° 10115, C. PETIT, C. CHABERT

Civ. 1, 10 mai 2006, n° 05-10.299 ; *AJ fam.*, 2006. 290, A. BOICHE ; *D.*, 2006, 2890, I. GALLMEISTER

Civ. 1, 20 février 2007, n° 05-14.082, confirmé par Civ. 1, 30 janvier 2013, n° 11-10.588 ; S. MENETREY, « *Exequatur* : compétence indirecte du juge étranger, conformités à l'ordre public et absence de fraude », *D. actualité*, 12 février 2013

Civ. 1, 17 décembre 2008, n° 07-20.468 ; P. LAGARDE, « Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Revue critique de DIP*, 2009, p. 320 ; J.-D. SARCELET, « Convention de mère porteuse et ordre public : le droit d'agir du Ministère public », *D.*, 2009, p. 332 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », *D.*, 2009, p. 773 ; P. COURBE, « Droit international privé », *D.*, 2009, p. 1557

Civ. 1, 4 novembre 2009, n° 08-20.574 ; *D.*, 2010. 543, I. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2010, p. 86, A. BOICHE

Civ. 1, 8 juillet 2010, n° 09-66.186 ; J. HAUSER, « Divorce aux torts exclusifs et exclusion de la prestation compensatoire », *RTD civ.*, 2010, p. 770 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « L'épouse fautive privée de prestation compensatoire », *D.* 2010, p. 2952

Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; *D.* actualité, 14 avril 2011, C. SIFFREIN-BLANC ; J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.*, 2012, p. 308 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial », *D.*, 2012, p. 1033

Civ. 1, 26 octobre 2011, n° 09-71.369 ; *D.*, 2011, p. 2728 ; *AJ fam.*, 2012, p. 50, obs. E. VIGANOTTI

Civ. 2, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864 ; P. LAGARDE, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 339

Crim., 12 octobre 2011, n° 10-88.885 ; J. DANET, « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse « inscription » de l'inceste dans le code pénal », *RSC*, 2012, p. 183 ; E. FORTIS, « La définition des incriminations », *RSC*, 2012, p. 131 ; Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *D.* 2012, p. 2267

Civ. 1, 7 juin 2012, n°11-22.490 ; F. VIALLA, « Transsexualisme : l'irréversibilité en question », *D.*, 2012, p. 1648 ; S. PARICARD, « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », *RDSS*, 2012, p. 880 ; J. HAUSER, « Transsexualisme : prouver ou simplement vouloir ? », *RTD civ.*, 2012, p. 502

Civ. 1, 7 juin 2012, n° 11-30.262 et 11-30.261 ; *D.*, 2012, p. 1546, I. GALLMEISTER ; *AJ fam.*, 2012, p. 397, B. HAFTEL ; *RTD civ.* 2012, p. 522, J. HAUSER ; *JCP*, 2012, p. 856, C. PETIT, et p. 857, F. CHENEDE

Civ. 1, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et n°12-18.315 ; *D.*, 2013, p. 2382, I. GALLMEISTER ; *AJ fam.*, 2013, p. 579 ; *AJCT*, 2013, p. 517, R. MESA ; J.

HAUSER, « Transcription de l'acte de naissance des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui : état civil et ordre public », *RTD civ.* 2013. 816

Civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26.066 ; *D.*, 2014.153, note H. FULCHIRON et 179, note F. CHENEDE ; J.-P. MARGUENAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.*, 2014, p. 307

Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 ; R. MESA, « Gestation pour autrui : confirmation du refus de transcription d'un acte de naissance étranger », *D. Actualités*, 2 avril 2014 ; S. BOLLEE, « Nullité d'ordre public de la convention de mère porteuse », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 619 ; J. HAUSER, « Des éléments essentiels du droit français (pour l'instant !) et de l'abrogation par désuétude », *RTD civ.*, 2014, p. 330

Cass., civ. 1, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, suite à un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013 ; *D.*, 2015, p. 464, I. GALLMEISTER, H. FULCHIRON ; *AJ fam.*, 2015, p. 172, A. BOICHE ; *RTD civ.*, 2015. 91, P. PUIG ; *JCP*, 2015, n° 12, 318, L. GANNAGE ; *Dr. Famille*, 2015. Comm. 63, note A. DEVERS et M. FARGE ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. SARCELET ; L. USUNIER, « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.*, 2015, p. 343

Cass., Assemblée Plénière, 3 juillet 2015, n° 619 (14-21.323) et n° 620 (15-50.002), J. HAUSER, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez-y a rien à voir ! », *RTD civ.* 2015. 581 ; D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773 ; P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *D.*, 2015, p. 1919 ; R. MESA, « Revirement relatif à la transcription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA », *D. Actualités*, 7 juillet 2015 ; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.*, 2015, p. 1819

Civ. 1, 5 juillet 2017, n° 16-16.455, n° 16-16.901, n° 16-16.495 ; F. CHÉNÉDÉ, « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p. 375 ; T. COUSTET, « Mère porteuse : vers la fin d'un imbroglio ? », *D. actualité*, 6 juillet 2017 ; « Gestation pour autrui : adoption simple par le conjoint du père biologique », *D.*, 2017, p. 1423. Etablissement d'un lien de filiation possible avec le parent biologique et adoption simple possible par le parent d'intention.

Civ. 1, 27 sept. 2017, n° 16-19.654 ; E. GALLANT, « Contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui empêche l'établissement de la filiation paternelle », *JCP. G.*, n° 5°, 1311

- AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Avis n° 15010 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470007) et n° 15011 du 22 septembre 2014 (Demande n° 1470006), comm. : L. BRUNET, « La Cour de cassation valide l'adoption, par la conjointe de la mère biologique, de l'enfant né d'un don de sperme à l'étranger », Note sous Cour de cassation (avis), 22 septembre 2014, n° 15010 et n° 15011, *RDSS*, 2014, p.1145 ; A.-M. LEROYER, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.*, 2014, p.2031.

- CONSEIL D'ÉTAT

CE, 2 févr. 1990, Benouisse, req. n° 96336 ; H. LABAYLE, « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », *RFDA*, 1993, p. 511 ; N. GUIMEZANES, « Immigration », *Répertoire de droit international*, août 2009, (actualisation : octobre 2015)

CE, 17 oct. 1994, *Mme Martium*, n° 128423

CE, 27 octobre 1995, n° 136727 ; J.-H. STAHL, D. CHAUVAUX, « Légalité de l'interdiction des spectacles de lancer de nains », *AJDA*, 1995, p. 878 ; P. FRYDMAN, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des « lanciers de nains » », *RFDA*, 1995, p. 1204 ; M. FRANC, « Une relecture de l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* », *AJDA*, 2014, p. 106

CE, 22 janv. 1996, M. Ali Y., n° 146112

CE, 18 oct. 1996, M. Ahmed X., n° 153669 ; O. LECUCQ, « Étranger », *Répertoire de contentieux administratif*, (II - Contentieux de l'entrée et du séjour), septembre 2013 (actualisation : octobre 2014)

CE, 4 mai 2001, SNCF, n° 183575 ; J. HAUSER, « Ni à même feu, ni à même transport ! », *RTD civ.*, 2001, p. 565 ; J.-J. LEMOULAND, « Précision concernant l'assimilation des concubins homosexuels aux concubins de sexe différent », *D.* 2002, p. 537

CE, 13 juin 2013, M. M., n° 362981 ; R. GRAND, « L'anonymat du donneur de gamètes est compatible avec la Conv. EDH – Conseil d'État 13 juin 2013 », *AJDA* 2013, p. 1246 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.*, 2013, p. 405

CE, 31 mai 2016, n° 396848 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398 ; H. FULCHIRON, « Contrôle de

proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*, 2016, p. 1472 ; « Droits subjectifs contre interdit législatif », P. DELVOLVE, *RFDA* 2016, p. 754 ; « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », B. HAFTEL, *D.*, 2016, p. 1477.

- COURS D'APPEL

CA Grenoble, 3 mai 2000, *Dr. famille*, mars 2001, n° 28 ; C. LIENHARD, « Divorce et fautes : paradoxes, incertitudes et stratégies », *AJ fam.*, 2006, p. 14

CA Caen, 23 juin 2010, n° 09/00923, 10/524 ; Caen, 12 juillet 2010, n°09/00525

CA Rennes, 10 janvier 2012, n° 11/01846 ; Civ. 1, 13 septembre 2013, n°12-18.315, comm. : A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ Fam.*, 2013, p. 532 ; P. HAMMJE, « Annulation de la transcription d'un acte de naissance indien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Revue critique de DIP*, 2013, p. 909 ; M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial », *D.*, 2013, p. 689 ; H. FULCHIRON, « Dans les limbes du droit », *D.*, 2013, p. 2349 ; Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *D.*, 2014, p. 1787 ; REGINE, « Droit et genre », *D.*, 2014, p. 954 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.*, 2013, p. 2384

CA Rennes, 28 septembre 2015, n° 14/05537 et n° 14/07321

- JURIDICTIONS DE PREMIÈRE INSTANCE

JAF du TGI Lille, 26 novembre 1999, *D.*, 2000, Jur. p. 254, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2000, p. 296, note J. HAUSER ; X. LABBÉE, « PACS : quelle finalité ? Quelle réforme ? », *AJ fam.*, 2004, p. 256 ; G. SERRA, L. WILLIATTE-PELLITTERI, « Droit du divorce », *D.*, 2007, p. 608.

TGI Versailles, 29 avr. 2014, n° 13/00168, *D. actualité*, 9 mai 2014, T. COUSTET ; F. CHENEDE, « Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA », *D. actu*, 22 octobre 2014, *AJ Fam.*, 2015, p. 555.

TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975

TGI de Montpellier, 3 fév. 2011, n°09-01467, inédit

DÉCISIONS ÉTRANGÈRES

Cour Suprême des États-Unis, 26 juin 2003, *Lawrence contre Texas*, 539 US 2003, n° 02-102

VI. RAPPORTS

SENAT, DIRECTION DE L'INITIATIVE PARLEMENTAIRE ET DES DELEGATIONS, *Législation comparée, mariage des personnes de même sexe et homoparentalité*, novembre 2012

ALTUG M., *Rapport sur le statut des familles reconstituées par mariage*, par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 13 mai 1991, doc. 6442

BERTAUX D., DELCROIX C., *La Fragilisation du rapport père-enfant. Une enquête sociologique*, rapport à la Caisse Nationale des Allocations Familiales (CNAF), 1990

BLOQUE P., PECRESSE V., *Rapport à l'Assemblée nationale fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, janvier 2006

COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2013*, Chapitre 2 (Livre 3, Partie 1, Titre 1): Conception française de l'ordre public international, p. 2/14, www.courdecassation.fr

GUINCHARD S., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 344 pages

NAVES P., CATHALA B., DEPARIS J.-M., *Accueil provisoire et placements d'enfants et d'adolescents : des décisions qui mettent à l'épreuve le système français de protection de l'enfance et de la famille*, Rapport remis au Ministère de l'emploi et de la solidarité, 2000

Rapport 2006 de la Défenseure des enfants, « L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », *La Documentation française*, novembre 2006

Rapport de J.-J. HYEST, sur les nouvelles formes de parentalité et le droit, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, *Doc. Sénat*, n° 392, 14 juin 2006

Rapport d'activité 2005-2006 de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes et compte rendu des travaux sur les

familles monoparentales et les familles recomposées, *Doc. Sénat*, n° 388, 13 juin 2006, p. 147

P. BLOQUE, V. PECRESSE, *Rapport à l'Assemblée nationale fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants*, janvier 2006

VII. SITES INTERNET

http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1312445C.pdf

<http://www.academie-française.fr/le-dictionnaire/la-9^e-edition>

<https://www.courdecassation.fr>

http://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_fr

<http://www.coe.int/fr/web/portal/home>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<http://cridho.uclouvain.be>

<https://www.hcch.net>

<http://www.europarl.europa.eu/portal/fr>

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A**Adhésion UE à la C°EDH,**

- Avancée, 33
- État de la question, 32

Adultère,

- Couple adultérin, 62

Agence des droits fondamentaux de l'UE, 31**B****Beau-parent,**

- Statut, 125, 126, 127

C**Chartes du Conseil de l'Europe**

- Charte européenne des droits de l'enfant, 27
- Charte sociale du Conseil de l'Europe, 27

Chartes de l'Union européenne

- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 27
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 12, 23, 27
- Charte des femmes, 27

Conseil constitutionnel,

- Droits fondamentaux irréductibles, 261
- Prudence nécessaire, 268
- Refus de droits-créances, 267
- Respect d'une mission circonscrite, 255

Cours européennes

- Système dynamique, 23

Commissaire aux droits de l'homme d'un État du Conseil de l'Europe

- Avis, 26
- Recommandation, 26

Congrès des pouvoirs locaux et régionaux

- Résolution, 26

Conventions du Conseil de l'Europe

- Convention européenne en matière d'adoption des enfants, 28
- Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, 28
- Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, 28
- Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, 28
- Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, 28

Convention européenne des droits de l'homme

- Balance des intérêts, 308
- Critère de la légitimité de l'ingérence, 311, 312
- Droits concrets et effectifs, 274
- Effectivité des droits garantis / caractère « vivant » de la Convention, 36, 37
- Interprétation autonome, 283
- Interprétation étroite des dérogations, 281
- Interprétation extensive, 44, 270
- Non-discrimination, 7, 14, 26, 60, 69, 278
- Obligations positives, 276, 277
- Principe de subsidiarité, 287, 289
- Suprématie, 50

Coparentalité,

- Résidence alternée, 119

D

Dialogue des juridictions,

- Concurrence, 45
- Crédibilité, 46
- Effet transversal des droits fondamentaux, 74
- Légitimité, 44
- Références et renvois, 48

Divorce

- Contractualisation du divorce, 103
- Divorce par consentement mutuel sans juge, 104, 105, 106

Droits fondamentaux,

- Devoirs fondamentaux de la famille, 304, 314
- Droits fondamentaux comparés, 252
- Droits controversés, 13
- Incidence sur la famille, 15
- Notion incontournable, 14

- Origine philosophique, 8
- Origine politique, 9
- Un droit à la famille équitable, 245

Droit international privé

- Objectifs originels, 226
- Objectifs rénovés, 227

E

Egalité

- Egalité des époux, 57
- Egalité des filiations, 63
- Egalité des filiations en droit international privé, 209
- Egalité des filiations en droit des successions, 64
- Egalité des membres du couple face à l'emploi, 57, 58, 59

F

Famille

- Affaiblissement de la notion juridique, 151, 170
- Clarification, 17, 238
- Définition, 1, 2
- Dimension collective de la famille, 170
- Evolutions, 3, 7
- Histoire, 4, 5, 6
- Liens interpersonnels révocables, 90
- Logique de marché, 230
- Les risques de la logique de marché, 231
- Notion dépassée, 237
- Perspectives d'évolution, 317
- Restituer une dimension directionnelle à la famille par les devoirs fondamentaux, 316
- Transformation en question, 169

Fidélité dans le mariage,

- Contractualisation de l'infidélité, 101
- Rétrécissement de l'obligation, 100

G

Gestation pour autrui

- Consentement altéré par la précarité, 132
- Enfant produit, 131
- Interdiction en France, 86

- Position de la CEDH, 87
- Question de la légalisation, 116
- Réification du corps de la femme, 129

Gouvernement des juges

- Critique, 35, 39, 268

H

Homosexualité,

- Adoption, 79
- Homosexualité et Union européenne, 76
- PMA, 85
- Statut juridique, 75

I

Institutions européennes,

- Coopération active, 34, 51

Inceste,

- Abrogation immédiate des dispositions inconstitutionnelles, 150
- Référence malvenue à la famille, 149

L

Libéralisation du droit de la famille, 20

- Nouveaux défis du droit, 92, 94, 95

M

Mariage homosexuel

- Adoption, 211
- Ordre public et droit international privé, 210

Modes de conjugalité

- Pluralisme, 61

N

« *Nominalisme législatif* », 239, 248

O**Ordre public international,**

- Définition, 204
- Ordre public plein, atténué ou de proximité, 206
- Relation avec les droits fondamentaux, 205

Ordre public successoral, 159 et s.

- Avantages de la réserve héréditaire, 167
- Droit comparé, 165
- Droit de l'Union européenne, 166
- Généralisation de la réduction en valeur, 163
- Réserve héréditaire des ascendants, 161
- Renonciation anticipée à l'action en réduction par les héritiers présomptifs, 162
- Solidarité élective, 160
- Techniques de contournement à la solidarité statutaire, 164

Origines,

- Déni de filiation, 122
- Droit à la connaissance de ses origines, 67
- PMA et anonymat du donneur, 121

P**PACS, 98****Pénal (droit) et couple,**

- Abandon de famille, 148
- Immunité familiale en cas de vol, 147
- Immunité familiale en cas d'extorsion, 147
- Non dénonciation de crime, 147
- Recel de criminel, 147
- Violence au sein du couple, 145
- Viol, 146

Pluralisme juridique,

- Évolution, 249
- Pluralisme, 247
- Risque de dérive, 250, 251

Politique familiale,

- Aide sociale, 157
- Congé parental, 155
- Coût élevé de la séparation, 158
- Politique familiale composite, 154
- Quotient familial, 156

Polygamie, 208

Présomption de paternité, 66

Principes généraux du droit, 40, 41

Procréation médicalement assistée

- Couples hétérosexuels, 83, 109
- Déni de filiation, 122
- *Forum shopping* législatif, 112
- Homosexualité, 85
- Personnes transsexuelles, 84, 110
- PMA pour les couples de femmes, 111
- Secret de la filiation, 121

R

Raisonnement CEDH,

- Hypertrophie de l'individu, 296
- Hiérarchisation des droits fondamentaux issus de l'article 8, 300, 301, 302, 303
- Isolationnisme, 295
- Nouvel article 8-1 de la Convention EDH, 304
- Universalité contestable de l'interprétation de l'article 8, 292

Reconnaissance

- Méthode originelle, 220
- Reconnaissance forcée de la décision étrangère, 221

Règle de conflit de lois,

- Eviction, 217
- Vocation instrumentale, 215

Regroupement familial, 39, 48, 49, 137, 141, 142

- Conjoint, 139
- Enfants, 140

Repli culturel, 232

- Incidence des droits fondamentaux, 235
- Modèle européen imposé, 236
- Risques, 234

S

Sociologie juridique

- Intérêts, 242
- Risques, 243, 244

Standards juridiques européens, 22

- Conséquences, 89, 90

T**Traités européens**

- Traité d'Amsterdam, 32
- Traité de Lisbonne, 32
- Traité de Maastricht, 32

Transsexualisme

- Adoption, 78
- En droit international privé, 217, 218
- Mariage, 73
- PMA, 84, 110
- Registre d'état civil, 71
- Simplification de la transcription, 72

U**Union libre**

- Reconnaissance juridique, 96
- Contractualisation de l'union libre, 97

Union européenne

- Acculturation juridique, 191
- Base de données, 188
- Certificats européens, 189
- Citoyenneté, 182, 183
- Communication entre Etats, 187
- Harmonisation, 192, 193, 194
- Libéralisme, 184
- Reconnaissance, 196, 197

V**Vie familiale, 252, 263**

TABLE DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux pages)

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	1
SOMMAIRE.....	3
INTRODUCTION	5
PARTIE 1. LA TRANSFORMATION ACCÉLÉRÉE DE LA FAMILLE	25
TITRE 1. LA FAMILLE GOUVERNÉE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX	27
CHAPITRE 1. L'IMPACT DES DROITS FONDAMENTAUX EUROPÉENS SUR LA FAMILLE	31
Section 1. Une protection des droits fondamentaux consacrée.....	33
§1. L'édition d'un corpus complet de normes protectrices des droits fondamentaux	33
A. Les textes déclaratifs édictés par les institutions européennes	33
B. Les textes contraignants édictés par les institutions européennes.....	37
§2. La réalisation de travaux communs en matière de droits fondamentaux	40
A. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	40
B. La question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme	42
Section 2. Une coopération des juridictions européennes avérée	47
§1. L'emploi de méthodes de raisonnement créatrices de droit	47
A. Le caractère « <i>vivant</i> » de la Convention européenne des droits de l'homme	48
1. Le recours à des textes extérieurs au droit du Conseil de l'Europe	48
2. La critique d'un Gouvernement des juges	52
B. Une consécration inattendue des droits fondamentaux par la Cour de justice	55

§2. Le dialogue des juridictions.....	58
A. Un partenariat des Cours justifié par les droits fondamentaux.....	58
1. L'unité d'interprétation, condition de légitimité du juge supranational	59
2. L'unité d'interprétation, condition de crédibilité du droit fondamental	61
B. Une interconnexion des Cours opérée par les droits fondamentaux	63
1. Une utilisation du droit de l'Union européenne par la Cour européenne des droits de l'homme	63
2. Une supériorité du droit européen des droits de l'homme sur le droit de l'Union européenne.....	67
CONCLUSION DU CHAPITRE I	71
CHAPITRE 2. L'INCIDENCE DES STANDARDS JURIDIQUES EUROPÉENS SUR LA FAMILLE	73
Section 1. L'admission d'une pluralité de modes de conjugalité.....	74
§1. La multiplication des modèles familiaux protégés par le droit	74
A. Une modélisation des familles par le principe d'égalité.....	74
1. L'égalité des membres du couple	74
a. La promotion de l'égalité des époux par le Conseil de l'Europe	75
b. La promotion de l'égalité professionnelle des membres du couple par l'Union européenne	76
α. Une égalité de l'homme et de la femme face à l'emploi.....	77
β. Une interdiction de favoriser une femme du fait de sa maternité.....	80
2. La reconnaissance de modes de conjugalités alternatifs au mariage	82
B. Une égalisation du traitement des enfants.....	85
§2. La prééminence de la vérité biologique.....	89
A. L'affaiblissement de la présomption de paternité.....	89
B. Le développement du droit à la connaissance de ses origines	91
Section 2. L'indifférence de la capacité à procréer	93
§1. La protection de tous les couples sans discrimination.....	93
A. La protection de la vie privée des personnes transsexuelles.....	93
1. La transcription du changement de sexe sur les registres d'état civil	93

2. Le droit au mariage des personnes transsexuelles.....	98
B. La reconnaissance d'un statut juridique pour les couples de personnes de même sexe.....	101
§2. La protection de la vie familiale par l'accession à la parenté.....	104
A. Le droit à la filiation adoptive.....	105
B. Le droit à la filiation biologique aidée.....	110
1. L'accès à la procréation médicalement assistée.....	111
2. L'obligation de retranscrire à l'état civil la filiation des enfants nés par gestation pour autrui.....	114
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	121
CONCLUSION DU TITRE 1.....	123
TITRE 2. LA FAMILLE ADAPTÉE AUX DROITS FONDAMENTAUX.....	125
CHAPITRE 1. LA CONTRACTUALISATION CONTINUE DE LA FAMILLE.....	127
Section 1. La démultiplication des droits individuels au sein de la famille.....	128
§ 1. La contractualisation des modes de conjugalité par l'affirmation de droits individuels	128
A. L'apparition de nouveaux modes de conjugalités.....	128
1. La contractualisation <i>a minima</i> de l'union libre	128
2. La contractualisation <i>a maxima</i> du couple par le pacte civil de solidarité	131
B. La contractualisation du mariage	133
1. L'assouplissement de l'obligation de fidélité	133
2. La facilitation de la rupture du mariage par le droit des contrats.....	136
§2. La libéralisation des techniques d'aide médicale à la procréation	144
A. La procréation médicalement assistée encadrée	144
1. Une pratique à l'accès restreint en France	145
2. Une restriction ineffective.....	148
B. La gestation pour autrui interdite	152
Section 2. Les interrogations liées à la contractualisation	158

§1. La protection de l'enfant	158
A. L'égalité des parents assurée par le principe de coparentalité.....	158
B. Le secret de la filiation des enfants nés par procréation médicalement assistée	161
§2. Les questions juridiques non résolues de la contractualisation de la famille	166
A. Le statut intermédiaire du beau-parent	166
B. Le droit à la dignité de la mère porteuse	170
1. La qualification juridique impossible de la gestation pour autrui.....	170
2. La précarité insoluble de la gestatrice.....	174
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	177
CHAPITRE 2. L'AFFAIBLISSEMENT JURIDIQUE DE LA FAMILLE	179
Section 1. Un terme incertain affectant la cohérence du droit	180
§1. La définition étroite de la famille retenue en droit de l'immigration.....	180
A. La procédure de regroupement familial verrouillée.....	180
B. La liste limitée des bénéficiaires du regroupement familial	183
§2. Les contours flous de la famille en droit pénal.....	187
A. Des contours variables de la famille selon les infractions	188
B. Le problème de la répression de l'inceste	193
Section 2. Une notion diluée par une prééminence de la dimension individuelle ..	198
§1. Une politique familiale orientée vers la protection de l'individu	198
A. Une diminution des mesures de promotion de la famille	198
1. Des objectifs modifiés.....	198
2. Des mesures moins encourageantes pour le groupe familial	200
B. Le déploiement de l'aide à la personne par la politique sociale	202
§2. Un affaiblissement de l'ordre public successoral	205

A. Le développement d'une solidarité élective	205
B. Les avantages irremplaçables de la réserve héréditaire	212
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	215
CONCLUSION DU TITRE 2.....	217
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	219
PARTIE 2. LA FAMILLE DÉPASSÉE PAR SA TRANSFORMATION	221
TITRE 1. L'HARMONISATION CONFLICTUELLE DE LA FAMILLE	223
CHAPITRE 1. UN STATUT EUROPÉEN DE LA FAMILLE EN CONSTRUCTION.....	227
Section 1. Un statut familial européen novateur	228
§1. L'avènement inattendu d'un statut européen de la famille	228
A. La vocation discutée de l'Union européenne à traiter de la matière familiale	229
B. Les instruments de droit international privé européen de la famille	231
1. Un statut familial façonné de divers règlements européens.....	231
2. Une patrimonialisation de la famille	233
§2. Un statut ajusté aux besoins de mobilité des familles transfrontières	235
A. Un statut lié à la citoyenneté européenne	235
B. La promotion de l'autonomie de la volonté	237
Section 2. Un statut européen favorisant l'harmonisation des législations familiales des Etats membres.....	239
§1. L'évolution de la coordination vers l'harmonisation	239
A. La coopération interétatique au service de l'effectivité des règlements européens	240
B. L'harmonisation progressive des solutions des droits internes.....	243
1. L'harmonisation découlant d'un phénomène d'acculturation juridique ..	244

2. L'harmonisation contrainte par la reconnaissance et l'exécution d'une décision de justice	245
§2. La progression d'une méthode de reconnaissance européenne.....	248
A. La reconnaissance, condition de l'effectivité de la liberté de circulation...	248
B. La reconnaissance limitée	251
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	253
CHAPITRE 2. UNE COORDINATION DIFFICILE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE	255
Section 1. L'altération des mécanismes classiques du droit international privé par les droits fondamentaux	256
§1. La dénaturation de la notion d'ordre public international	256
A. Une compatibilité supposée des droits fondamentaux à l'exception d'ordre public	256
1. Un recours parcimonieux à l'exception d'ordre public.....	256
2. L'évolution progressive de l'exception d'ordre public en matière de statut personnel	260
B. Une radicalisation contestable de l'ordre public international liée à l'inflation des droits fondamentaux.....	264
§2. L'affaiblissement des autres procédés de réglementation du droit international privé.....	268
A. La règle de conflit de lois malmenée	268
1. La conformité discutée des règles de conflit de lois aux droits fondamentaux	268
2. L'éviction de la règle de conflit de lois.....	271
B. La méthode de la reconnaissance altérée	274
1. La méthode originelle de reconnaissance	274
2. La méthode libéralisée de reconnaissance	275
Section 2. L'opposition de modèles familiaux en droit international privé.....	279
§1. La logique de conciliation classique du droit international privé modifiée au nom des droits fondamentaux.....	279
A. Les objectifs de coordination originels du droit international privé	279

B. Les objectifs rénovés du droit international privé.....	281
§2. La radicalisation des modèles juridiques.....	283
A. Une notion de famille européenne dominée par la logique de marché.....	284
B. Le risque de repli sur elle-même de la culture familiale européenne.....	287
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	293
CONCLUSION DU TITRE 1	295
TITRE 2. LA REDÉFINITION NÉCESSAIRE DE LA FAMILLE	297
CHAPITRE 1. LA RÉVISION DES MÉTHODES D'ÉLABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE	299
Section 1. Un choix discuté des méthodes d'élaboration du droit	300
§1. Le rôle majeur accordé à la sociologie juridique.....	300
A. L'intérêt certain de la sociologie juridique	300
B. Les risques de la sociologie juridique.....	302
§2. L'importance déterminante accordée au pluralisme juridique	304
A. L'efficacité supposée du pluralisme juridique comme soutien aux idéaux démocratiques	305
1. L'avènement du pluralisme en matière familiale.....	305
2. La profonde évolution du droit marquée par la tendance pluraliste.....	308
B. Le risque avéré d'une dérive de type fondamentaliste.....	310
Section 2. Une interprétation réservée des questions familiales par le Conseil constitutionnel	313
§1. La mission spécifique du Conseil constitutionnel affirmée par rapport aux Cours européennes.....	314
A. La mission circonscrite du Conseil constitutionnel	314
B. La protection réelle de droits fondamentaux irréductibles.....	320

§2. La réticence du Conseil constitutionnel à consacrer des revendications de statuts juridiques.....	327
A. Le refus du Conseil constitutionnel de consacrer des droits-créances.....	327
B. La protection contre la critique d'un Gouvernement des juges	329
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	333
CHAPITRE 2. LA RÉGULATION DES MÉTHODES DES COURS EUROPÉENNES EN MATIÈRE FAMILIALE.....	335
Section 1. Une amplification ininterrompue des droits fondamentaux dérivés.....	336
§1. Le recours à des techniques d'analyse extensives.....	337
A. Les techniques d'analyse expressément extensives.....	337
1. L'interprétation de la Convention	337
2. Les obligations positives.....	339
3. La combinaison des articles 14 et 8 de la Convention	344
B. Les techniques d'analyse implicitement extensives.....	347
1. L'interprétation étroite des dérogations	347
2. L'autonomie des termes de la Convention.....	349
§2. L'application aléatoire de la marge nationale d'appréciation	351
A. Une technique <i>a priori</i> respectueuse du principe de subsidiarité	351
B. Une technique discutée.....	353
Section 2. Une modération nécessaire de la reconnaissance des droits fondamentaux.....	357
§1. L'affirmation de droits de l'homme au contenu très discuté.....	357
A. La libéralisation continue de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme	358
B. La difficulté structurelle du raisonnement européen.....	363
§2. L'amélioration nécessaire des outils de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme	367
A. Une hiérarchie des droits fondamentaux à approfondir.....	367
1. La recherche de critères de hiérarchisation	368

2. La protection renforcée de la famille.....	371
B. L'approfondissement possible du critère de légitimité de l'ingérence	374
1. Les méthodes de raisonnement existantes.....	374
2. L'intérêt du critère de légitimité de l'ingérence.....	377
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	383
CONCLUSION DU TITRE 2.....	385
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	387
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	389
BIBLIOGRAPHIE	393
INDEX	467
TABLE DES MATIÈRES	474

La famille à l'épreuve des droits fondamentaux

Jadis lignagère, patriarcale et inégalitaire ; la famille est devenue égalitaire, nucléaire et pluraliste. L'analyse démontre que l'impulsion des droits fondamentaux s'est avérée décisive dans ce processus. Les principes de liberté, d'égalité et de non-discrimination qui la gouvernent désormais ont donné lieu à des bouleversements sans précédent de l'institution familiale. Traditionnellement marqué par un ordre public constricteur, le droit de la famille s'est considérablement libéralisé, au point d'apparaître à certains égards comme le réceptacle des volontés individuelles. Ce déclin de la fonction régulatrice interroge sur les évolutions du droit lui-même et de son objet, la famille. Sous ce rapport, les droits fondamentaux posent des difficultés à la fois techniques et politiques. Il n'en demeure pas moins que les droits fondamentaux peuvent aussi être envisagés comme des outils susceptibles d'être mobilisés au service d'une recomposition de l'institution familiale et de sa protection.

Evolution de la famille, impulsion des droits fondamentaux, volonté individuelle, avenir de la famille, protection effective des membres de la famille, droits fondamentaux comme outils au service de la famille.

Family confronted with fundamental rights

Once lineal, patriarchal and inegalitarian, the family has become egalitarian, nuclear and pluralist. Analysis shows that the impetus of fundamental rights has been decisive in this process. The principles of liberty, equality and non discrimination prevailing now have created unprecedented upheavals in the institution of the family. Traditionally influenced by a restrictive public tendance, family law has been considerably liberalized, to the point of appearing in certain respects as the depository of individual wishes. This decline of the regulating function raises questions as to the evolution of law itself and of it's object, the family. In this respect, fundemental rights present problems, both technical and political. However, fundamental rights may also be regarded as tools to be used for the recomposition of the institution of the family and of it's protection.

Family evolution, impetus of fundamental rights, individual wishes, future of the family, effective protection of family members, fundemental rights as tools to be used for family.