

RÉNOVER LE DROIT DE LA FAMILLE :

**Propositions
pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps**

***Rapport du groupe de travail présidé par Françoise Dekeuwer-Defossez,
Professeur à l'université de Lille II***

Septembre 1999

AVANT PROPOS

Il est peu de tâches aussi exaltantes, et aussi difficiles que de réfléchir et de proposer des modifications à un état de droit existant. D'un côté l'enthousiasme de penser que peut-être, le travail effectué pourra améliorer la situation concrète des personnes et des familles ; de l'autre la crainte que les remèdes suggérés soient pires que les maux existants. Pour chaque membre de la Commission, participer à cette réflexion était une lourde responsabilité, en même temps qu'un challenge passionnant.

Le champ confié à la Commission par la lettre de mission du Garde des Sceaux était immense : la filiation, l'autorité parentale, le divorce avaient chacune fait l'objet d'une grande loi après de longs débats ; quant à la situation successorale du conjoint survivant, elle avait fait la matière de plusieurs pré-projets qui n'avaient pu aboutir. Réunir ces quatre thèmes, en y adjoignant quelques autres questions qui ne sont pas de moindre difficulté telles les solidarités familiales, n'était-ce pas courir le risque d'un travail trop étendu pour être vraiment approfondi ?

Mais travailler sur un tel ensemble était aussi l'occasion de tenter une réflexion globale sur la famille, de rechercher des lignes de cohérence, de proposer des articulations transversales. Une entreprise d'une telle ampleur est rarement tentée, ce qui la rend d'autant plus passionnante.

C'est donc avec ardeur et ambition que la Commission a commencé son travail. Cette ardeur ne s'est démentie à aucun moment pendant toute l'année où elle s'est réunie. Au jour de l'achèvement de la réflexion, l'enthousiasme des commencements est toujours intact.

Qu'il me soit ici permis de rendre hommage au dévouement, à la largeur d'esprit, au désir de dialogue et au travail acharné de tous les membres de cette Commission.

Chacun dans sa spécialité a donné le meilleur de lui-même, tout en accueillant les opinions des autres. C'est ce respect mutuel des diversités qui a enrichi les discussions et fait mûrir la réflexion. C'est lui qui a permis d'élaborer des propositions constructives qui se veulent à la fois ambitieuses et réalistes.

La mission confiée par le Garde des Sceaux avait été précédée par le rapport « Couple, filiation aujourd'hui » d'Irène Théry. C'est donc sur un terrain bien balisé que la commission s'engageait. L'apport précieux de cette réflexion ne doit pas être oublié.

La Commission a bénéficié des enseignements tirés des nombreuses auditions auxquelles elle a procédé. C'est l'ensemble de ces opinions et de ces demandes qui a formé la matière de ses réflexions, puis de ses propositions. Elle tient à remercier très vivement tous ceux qui sont venus lui exposer leur vision de la famille, et notamment les experts qui lui ont remis des travaux particulièrement précieux.

La Direction des Affaires civiles du Ministère de la Justice a apporté un concours efficace et particulièrement attentionné, tant au regard des besoins matériels que par sa participation suivie aux travaux du groupe. Qu'elle en soit également remerciée.

Enfin, ce rapport n'aurait pu être réalisé sans la participation compétente, inventive et active de Nicole Bilger et Marianne Schulz, et de Brigitte Pichon, qui en a assuré la mise en page.

Cette étape est aujourd'hui achevée. Sur de nombreux points, la Commission aurait encore pu affiner sa doctrine, préciser ses positions, améliorer le consensus en son sein. Cela n'aurait sans doute pas été très utile, car d'autres instances doivent maintenant relayer ses débats. Les dossiers sont ouverts, des solutions suggérées. Sur ces questions de société, c'est à la société dans son ensemble de prendre parti.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ

INTRODUCTION

I - Pourquoi réformer le droit de la famille ?

Pourquoi modifier le droit de la famille? Pour certains, une réforme globale serait inopportune ; en effet, le droit de la famille a déjà fait l'objet d'une refonte, par une série de lois qui se sont échelonnées de manière continue depuis 1964. De plus, les textes votés entre 1964 et 1975 forment une oeuvre d'ensemble effectuée à partir de travaux doctrinaux dont la qualité a été unanimement saluée. Remettre en chantier des textes aussi récents peut paraître inutile et déstabilisant.

Pourtant, un véritable besoin social existe, exprimé dans la lettre de mission, qui demande au groupe de travail de "tenir compte juridiquement de l'évolution des faits" pour éviter "que ne se creuse un fossé entre les aspirations de nos concitoyens et le droit". La lettre de mission donne, pour le droit civil de la famille, une suite au

Rapport « Couple, Filiation et parenté aujourd'hui », rédigé par Irène Théry à la demande conjointe de la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et du Garde des Sceaux. Préalable à ses travaux, le Rapport Théry a été la base sociologique et le point de départ des réflexions de la Commission ; elle a ainsi pu se consacrer au strict domaine du droit civil, puisque le contexte de la situation socio-économique justifiant les réformes avait préalablement été décrit.

Le droit civil de la famille est confronté à au moins trois types d'évolutions :

- L'évolution sociale est la plus visible ; elle concerne d'abord les aspects proprement familiaux de la vie, dont les phénomènes que l'on peut regrouper sous l'appellation générale de "démariage" (divorces, unions libres, recompositions familiales...). Il faut aussi noter plus largement un nouveau rapport au droit et à la société, incluant une plus grande autonomie et une plus grande responsabilité des individus et des couples. La notion de "modèle familial" elle-même est en question face au désir de chacun de construire ses propres relations familiales. Enfin, les relations de couple apparaissent de plus en plus relever des choix privés, alors cependant que les rapports entre parents et enfants sont toujours, voire de plus en plus, sous le regard de la société, dont on attend qu'elle assure le respect des droits et devoirs de chacun.

- L'évolution biologique et médicale n'est pas moindre. Il faut signaler ici à la fois le phénomène de l'allongement de la durée de vie, sous ses divers aspects (plus grande durée des unions, coexistence de plusieurs générations...) et les progrès de la biologie, dans le domaine de la procréation, aboutissant aux avancées contradictoires que sont l'accès à la certitude de la filiation biologique et les procréations médicalement assistées.

- L'évolution juridique est peut-être la plus méconnue. Sous la pression des conventions internationales, spécialement de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la Convention Internationale des Droits de l'Homme, des bouleversements profonds dans les principes juridiques sont intervenus. Ainsi, il n'est plus possible de faire passer le souci de cohésion familiale systématiquement avant les droits individuels, et spécialement le droit de chacun à l'égalité et à la non-discrimination.

Inadapté, par hypothèse à ces évolutions dont personne ne pouvait prévoir l'ampleur et la rapidité, le droit de la famille est aussi devenu illisible parce que trop complexe, au fil des réformes législatives ponctuelles et des innovations jurisprudentielles inattendues. Le droit de la filiation est devenu un maquis où seuls d'éminents spécialistes peuvent tenter de s'orienter. Le droit du divorce n'a pas répondu à toutes les attentes de ses promoteurs et continue de susciter des débats violents et douloureux, ainsi que des litiges d'après divorce interminables. L'autorité parentale n'est pas toujours suffisamment claire pour fonder des relations équilibrées et solides. Enfin, les droits du conjoint survivant, non modifiés depuis cinquante ans, ne correspondent plus à la configuration actuelle des familles.

Il ne s'agissait pas, pour le groupe d'adopter la position consistant à "adapter le droit aux moeurs", dans une épuisante fuite en avant des normes tachant de coller aux pratiques. Il fallait proposer un ensemble normatif, qui permette aux comportements

de s'élaborer et surtout aux familles et aux personnalités de se construire par rapport à des repères stables, sûrs et compréhensibles.

La place du droit par rapport aux comportements privés est bien difficile à cerner avec précision. De nombreux malentendus sont possibles. Il faut, tout d'abord, relever que le mode de vie des familles n'est pas forcément en conformité avec leur situation juridique. Ainsi, bien des couples, mariés ou non, partagent des valeurs communes et ne perçoivent pas forcément de différence dans leur engagement réciproque comme dans celui qu'ils assument envers leurs enfants. Pourtant, mariage et union libre conservent des régimes juridiques marqués par la présence ou de l'absence d'engagement au sens proprement juridique du terme.

Il existe cependant une attente forte de repères qui fassent sens pour les individus, et il est nécessaire que les structures juridiques aient la force symbolique qui correspond à cette demande. Dans cette perspective, les deux écueils principaux seraient soit une insuffisance de lois, donnant l'impression de vide juridique devant certaines situations, soit une réglementation tatillonne, forcément inapte à saisir la variété des comportements. L'un des dangers les plus fréquemment encourus est celui d'une législation focalisée sur des cas litigieux, et l'oubli corrélatif de la généralité des situations, pour lesquels l'existence de normes expressives n'est pourtant pas moins nécessaire.

Enfin, le droit civil de la famille ne peut remplir sa fonction structurante et symbolique qu'à condition d'être connu. Une mobilisation de tous les acteurs sociaux concernés, tels que les travailleurs sociaux, le système éducatif dans son ensemble, ou encore pour certaines questions les structures médicales et hospitalières doit favoriser une bonne diffusion et une bonne connaissance de règles qui pourront être assimilées et intégrées par les individus. Des efforts ont déjà été engagés. Ils doivent être amplifiés, coordonnés et valorisés.

Si le rôle du droit civil dans les comportements familiaux et sociaux ne doit pas être exagéré, il ne doit pas non plus être sous-estimé. L'appui qui pourrait résulter d'un ensemble de textes clairs et forts dans la consolidation des liens familiaux et sociaux ne doit donc pas être négligé, et la force expressive et symbolique du Code civil constitue une valeur à renforcer.

II- A quels nouveaux besoins répondre ?

Prendre en compte les changements de la famille et de la société a donc été la première préoccupation du groupe. Ces évolutions sont multiples et multiformes. C'est pourquoi il convient non seulement de les repérer, mais aussi de les ordonner. Le poids des naissances hors mariage doit être considéré en premier : environ 40 % des enfants naissent de parents non mariés. Et le nombre dépasse 50 % quand il s'agit du premier enfant. Plus d'un couple sur deux n'est pas marié quand naît leur aîné. Ce simple constat justifie à lui seul la priorité donnée à l'égalité et à la stabilité des filiations dans et hors mariage qui a constitué le fil directeur du travail du groupe, dans la perspective de la lettre de mission qu'il avait reçue du Garde des Sceaux.

Un deuxième élément lourd de conséquences pour l'évolution du contexte familial réside dans l'accroissement de l'espérance de vie. L'allongement de la durée de vie

adulte augmente l'éventualité de changements et de ruptures dans la vie conjugale et familiale que le droit doit prendre en compte. Cette évolution a, bien sûr, guidé la réflexion du groupe sur le divorce.

Comment tirer la conséquence de son caractère fréquent (180 000 divorces sont demandés et 120 000 prononcés chaque année), sans banaliser pour autant cet événement qui reste, dans la plupart des cas, un passage difficile et douloureux. Comment rendre simple et accessible au justiciable cette procédure sans en occulter l'enjeu et sans altérer les garanties dont doivent bénéficier les enfants et les conjoints l'un envers l'autre, en particulier les plus fragiles ? C'est cet équilibre difficile que le groupe s'est attaché à tenir, ce qui l'a conduit à proposer des évolutions profondes, mais sans retenir, en définitive, une procédure de divorce qui exclurait le juge.

Les ruptures n'intéressent pas seulement les couples mariés : plus de 60 000 procès par an opposent des parents non mariés à propos de la résidence des enfants ou des pensions alimentaires dues aux enfants. Leur situation mérite une attention égale à celle qui est portée aux enfants du divorce, et dans toute la mesure du possible un traitement juridique identique, les problèmes juridiques qui résultent de la séparation étant largement similaires quels qu'aient été les liens juridiques ayant uni les parents.

La conséquence des ruptures, ce sont aussi les familles recomposées dont il faut rappeler qu'elles forment à ce jour moins de 5 % des familles. Le groupe s'est attaché, dans ce domaine, à reconnaître le rôle que pouvaient très utilement jouer les beaux-parents dans la vie quotidienne des enfants, tout en se gardant de toute confusion avec les parents du point de vue de la filiation comme de l'autorité parentale. Tout autre choix aurait été à l'encontre de l'objectif central du groupe, de stabilité de la filiation et de clarté de l'autorité parentale.

L'allongement de la durée de vie entraîne désormais la juxtaposition d'un nombre croissant de générations. Le groupe en a tiré les conséquences en veillant à reconnaître le rôle des grands-parents. En revanche, tout en étant particulièrement conscient de l'importance du sujet, peut-être du fait même de cette importance, il n'a pas cru possible de mener un travail approfondi sur les solidarités intergénérationnelles. Il s'est limité à un « toilettage » de la législation. Ce domaine central du droit et de la vie de la famille touche aussi d'autres droits, fiscal, social... Il devra, naturellement, être retravaillé.

La construction du droit de la famille implique que soient bien identifiés les éléments de permanence, de stabilité, qui contribuent très fortement à l'identité de la famille. A cet égard, on ne peut oublier que 83 % des enfants de moins de 18 ans vivent avec leurs deux parents, ce nombre atteignant encore 74 % pour les grands adolescents de 15 à 17 ans.

Il convient, au-delà de la diversité des histoires et des cheminements, de se rappeler que chacun a une expérience de la famille, celle de sa propre famille. Dans le temps et dans l'espace, la famille, c'est d'abord des liens, des liens de parenté. Aucune des mutations contemporaines n'a porté atteinte à cette perception permanente et universelle de la famille comme lieu de la parenté, c'est-à-dire de la différenciation

des sexes et des générations. Aucune des mutations n'a remis en cause cette place de la famille comme élément durable et fondamental de la société, un de ses piliers, pour reprendre l'expression qui introduit la lettre de mission. La valeur de la famille reste inentamée aujourd'hui, plus que jamais.

Dès lors, le travail du groupe s'est organisé autour de la double exigence de tirer les conséquences des évolutions des mœurs et des mentalités et, en même temps, d'assurer la permanence des repères, à travers l'énoncé d'un droit qui institue et qui ordonne la symbolique des liens et des places ; exigence difficile car les fonctions opératoires et symboliques du droit ne s'articulent pas si facilement. C'est cet équilibre incertain et contingent que traduisent les travaux du groupe.

Il s'est agi à la fois de donner des réponses à des problèmes concrets et en même temps de dégager les principes qui assurent au projet une cohérence et un équilibre : cohérence quant à la signification du droit dans les liens et places qui définissent la famille ; équilibre quant à la place des droits et des devoirs des adultes et des enfants au sein de la famille.

Le groupe de travail a eu en permanence à l'esprit que ceux auxquels s'adresse le droit de la famille, les parents, mais plus encore les enfants, s'appuient, en partie, sur lui pour construire leur identité ; dès lors, ses revirements et ses incertitudes, mais aussi ses intrusions et ses excès, pouvaient avoir des effets sur les représentations et les comportements.

Par conséquent, il convenait, comme l'y invitait la lettre de mission, de ne préparer que les réformes s'imposant absolument et d'assurer au mieux la clarté et la lisibilité qui laissent apparaître l'intelligence des principes et favorisent l'adhésion, ce qui valorise le droit. C'est cette exigence, par exemple, qui a conduit à la prudence de l'approche retenue sur le nom patronymique.

III - Le travail de la Commission

Le groupe a tenté une synthèse, d'une part entre les aspirations des différentes parties du corps social, et d'autre part, entre les nécessités pratiques et les enjeux philosophiques. Il s'est appuyé sur les conclusions du rapport Théry ; il a été nourri par les auditions d'experts, d'associations, groupements et organismes professionnels concernés, et par les contacts entretenus avec les autres ministères concernés.

Les auditions ont été nombreuses (90 environ). Elles ont fait apparaître la diversité des attentes et des conceptions philosophiques qui les sous-tendent, en même temps qu'une convergence sur des préoccupations essentielles. Sur des questions aussi fondamentales que celles de savoir s'il y a lieu ou non de favoriser le mariage, ou si le divorce est un malheur ou une étape dans une existence, il n'existe pas de consensus social. Mais il existe une forte mobilisation dans la recherche de moyens permettant aux difficultés familiales d'être mieux résolues, et le soutien du droit civil et de la procédure civile paraît indispensable.

Des contacts ont été pris avec le Ministère des Finances, avec celui de la Solidarité, de l'Education Nationale, et le Secrétariat d'Etat aux droits des femmes. Malgré leur

caractère limité en raison des contraintes de délais, ils ont fait apparaître une véritable volonté de coopération, afin de coordonner les actions, mais aussi les difficultés de cette coopération, résultant des différences de culture juridique et d'approche des problèmes. Seul un travail permanent de coordination est de nature à éviter, dans l'action des pouvoirs publics, des divergences nuisibles tant à l'efficacité du travail des divers ministères, qu'à l'image du système juridique et de l'autorité publique, perçues dans leur ensemble par la population.

Enfin, la variété de la composition du groupe de travail, incluant des magistrats, des avocats, un notaire, des universitaires, un psychanalyste, ainsi que le délégué interministériel à la famille et le directeur des affaires civiles et du sceau a permis un débat ouvert et nourri. Le groupe de travail a recherché l'élaboration d'une synthèse, afin que la loi future puisse rassembler la nation autour de quelques principes forts, tout en laissant à la liberté de chacun un large champ d'autonomie, de telle sorte que chacun puisse construire sa propre famille, et en même temps que les valeurs fondant cette famille soient exprimées et puissent recevoir une large adhésion.

Les débats d'idées se sont souvent prolongés à partir de l'examen de réformes que l'on aurait pu croire purement techniques. A l'inverse, certaines oppositions philosophiques ont pu parfois se résoudre devant des solutions pratiques adaptées. Malgré des divergences sensibles d'approche, il a été possible de proposer des solutions concrètes recueillant l'accord de tous dans la plupart des cas. Sur certains points, cependant, subsistent des avis différents. Ils seront évoqués au fur et à mesure des développements. Mais, au total, l'un des intérêts de cette réflexion a été l'approche globale de l'organisation de la famille, reposant sur une vision cohérente, et préconisant des solutions coordonnées.

IV - Les grands axes des réformes proposées

La lettre de mission du Garde des Sceaux orientait les travaux du groupe dans deux directions principales : « la filiation, qui fonde la parenté et le couple qui repose aujourd'hui sur un respect accru des volontés individuelles ». C'est donc dans cette perspective que se sont ordonnées les réflexions de la commission.

Premier axe : les relations couple/parents/ enfants

Il paraît nécessaire d'explicitier les axes de raisonnement qui permettent de comprendre la démarche du groupe et donc l'économie des mesures suggérées.

a) les parents et l'enfant

Le groupe a eu le souci premier des droits de l'enfant. Cependant, les droits de l'enfant s'inscrivent dans ce qui leur donne sens : l'enfant n'est pas un adulte ; il est un être en devenir qui sera lui-même adulte un jour. Il est une personne à part entière, mais son statut d'enfant tient au sens que la société donne à la différence entre l'adulte et l'enfant, entre les parents et leurs enfants.

Reconnaître les droits de l'enfant, c'est aussi reconnaître les droits pour l'enfant. L'enfant a droit à l'enfance, dans le respect des temps et des attentes de son évolution, comme il a droit à rencontrer des adultes, ses père et mère en premier

qui, comme lui-même envers eux, auront à son égard des droits et des devoirs. Ces droits doivent prendre en compte la dissymétrie des places dans la chaîne des générations et la responsabilité des adultes dans la transmission ; ils ne peuvent être dits réciproques qu'à condition de ne pas méconnaître cette non-réversibilité des places et la nature des liens dont certains, comme la dépendance et l'autorité liés au statut des mineurs, ont pour vocation de se dissoudre.

Dans ce contexte, le groupe s'est interrogé sur la portée de l'expression « l'enfant fait famille ». Si cette assertion peut expliquer le contenu des politiques de prestations familiales qui dépendent effectivement de la présence de l'enfant, une telle approche ne peut être transposée en droit civil qu'avec une extrême prudence.

L'enfant, en effet, ne peut être considéré comme la source et l'origine d'une famille qui, le plus souvent, lui préexiste en fait (et radicalement s'il n'est pas l'aîné). Le couple préexiste à l'enfant. Il lui préexiste dans le temps, il lui préexiste de droit dans tous les cas où le mariage précède la naissance, comme en cas de reconnaissance simultanée anténatale ; il lui préexiste avant tout dans le projet d'enfant qui naît dans un couple, et encore plus à une époque où les femmes ont acquis la maîtrise de la fécondité.

Enfin, si l'enfant naît d'une rencontre sans lendemain et même s'il naît sans être attendu, il ne fait pas plus qu'il ne défait sa famille, l'un comme l'autre étant empiriquement vrai.

L'enfant ne peut se prétendre le créateur d'une famille au sein de laquelle il est en droit d'attendre, auprès de ses père et mère, son statut d'enfant. Les droits de l'enfant ne doivent pas être posés de façon exclusivement antagoniste à ceux de ses parents et des adultes. L'enfant est issu de deux lignées dont le couple parental n'est lui-même qu'un élément. Il ne peut être l'origine de la famille, au sens large comme au sens restreint, dans laquelle il naît.

L'enfant est, en un autre sens, source de droits. La naissance lui confère des droits (droits sociaux, droits liés à la définition de sa personne et à l'établissement de sa filiation) ; mais ceux-ci ne sauraient être justement reconnus en déniaient la place symbolique d'enfant que le droit lui confère. Sans doute faut-il, sur ce point plus que sur d'autres, mettre en valeur les différentes fonctions du droit ainsi que la hiérarchie et la distinction des droits.

b) La filiation et l'autorité parentale

Le premier souci du groupe a été unanimement d'assurer l'égalité et la sécurité des enfants au regard du droit de la filiation. En effet, le droit en vigueur, en distinguant deux types de filiations biologiques, la filiation légitime (lorsque les parents sont mariés) et la filiation naturelle (lorsque les parents ne sont pas mariés), entraîne des distinctions quant aux modalités d'établissement et de contestation de celle-ci. La filiation doit donc être garantie à chacun quel que soit le lien de ses géniteurs et quelles que soient les circonstances qui entourent sa conception comme sa naissance. Elle doit l'être sans discrimination, d'une façon qui prête le moins possible à contestation. Elle doit donner à l'enfant la stabilité, la continuité et la sécurité qui sont liées à ce que la filiation représente.

Le souci d'égalité des enfants a conduit, logiquement, à organiser une articulation centrale entre la filiation et l'autorité parentale. C'est là, sans doute, la poutre maîtresse de la réforme. Mais poser une telle relation n'est pas exprimer une équivalence. L'autorité parentale n'est pas secrétée par la biologie. Elle procède du lien qui se construit à partir de la naissance. C'est pourquoi le groupe s'est attaché à maintenir le délai d'un an, après la naissance, au-delà duquel la reconnaissance n'entraîne pas automatiquement exercice de l'autorité parentale.

C'est dans le même esprit que le groupe a considéré que lorsqu'un parent traite un enfant comme le sien pendant une durée significative, la filiation doit devenir irrévocable. Le lien l'emporte sur la biologie.

Cette conviction, partagée par le groupe, permet aussi d'éclairer sa position sur l'accouchement sous X. Renoncer à élever son enfant ne doit pas nécessairement aboutir à faire disparaître ses origines. Un équilibre doit être possible, qui permette à la fois une parentalité complètement assurée par la famille qui élève l'enfant et la possibilité pour ce dernier, dans certaines conditions, d'avoir accès à ses origines, tout en respectant la femme qui lui a donné naissance.

c) L'autorité parentale et le couple

L'égalité des enfants devant la filiation a conduit à renforcer le lien entre filiation et autorité parentale. Celle-ci appartient en propre à chaque parent dès lors que la filiation est établie vis-à-vis de lui.

Mais la responsabilité individuelle de chacun des deux parents ne s'exerce pas indépendamment de celle de l'autre. L'enfant ne procède pas seulement d'individus mais d'un couple, c'est-à-dire de deux personnes de sexe différent unies par une histoire. C'est pourquoi le groupe a voulu renforcement de la filiation et reconnaissance du couple parental.

Bien que les familles recomposées et monoparentales prennent de plus en plus d'importance dans la constellation des familles, ces changements ne paraissent pas devoir remettre en cause la référence fondatrice que représente pour un enfant le couple de ses parents. Le destin et les choix de l'un et l'autre de ses parents ne peuvent en aucune façon laisser croire qu'ils ne seraient plus ses parents qui l'ont engendré ensemble et qui continuent à ce titre, d'exercer l'autorité parentale en commun, comme le droit en pose le principe.

Cette communauté dans l'exercice de l'autorité parentale suppose la recherche d'un accord et d'une entente dans les actes usuels de la vie et les décisions qui président à l'éducation de l'enfant. Elle est toujours présupposée et tout doit être mis en oeuvre pour la favoriser.

Stabilité de la filiation, consolidation et unification des règles de l'autorité parentale partagée, reconnaissance du couple des parents : c'est autour de ces repères que le groupe a construit ses analyses et organisé ses débats. Il n'a pas cherché à définir un point d'équilibre absolu qui, à ses yeux, n'existe pas, mais à explorer le champ, parfois restreint, parfois un peu plus vaste, des possibles. C'est au débat public et au

législateur de fixer le juste équilibre, c'est-à-dire celui qui est adapté à la situation et aux attentes de la société aujourd'hui.

Deuxième axe : les relations juridiques au sein des couples

L'analyse est dominée par les enjeux grandissants du respect de l'autonomie des volontés individuelles et de l'égalité entre les hommes et les femmes d'une part, et entre les couples d'autre part. Il n'est, dès lors, pas facile de situer les couples mariés par rapport à ceux qui ne le sont pas, d'abord parce que ce choix, qui ressortit à la vie privée, n'est pourtant pas sans conséquences sociales et, ensuite, parce qu'il faut concilier le souci de non-discrimination avec celui du respect des caractères spécifiques de chaque union : engagement juridique et public dans le mariage, et engagement moral et privé dans l'union libre. Ce débat n'a pas été abordé, le domaine de travail de la commission ayant été limité par la lettre de mission du Garde des Sceaux aux familles comprises comme les couples mariés ou non ayant charge d'enfants ainsi que tous les époux.

Une partie du travail de la commission a donc été consacré aux couples mariés, le mariage demeurant l'institution fondatrice par excellence du droit de la famille. Il apparaissait nécessaire, d'une part, de moderniser certaines de ses conditions de formation, trop marquées par une époque révolue, et d'autre part, de faire en sorte que le mariage apporte effectivement la sécurité juridique qui en est attendue.

La recherche de cette sécurité juridique imposait de se pencher sur la dissolution de l'union matrimoniale, puisque c'est à ce moment là que le système juridique est mis à l'épreuve de l'attente de justice. C'est la procédure de divorce qui est censée assurer le respect de cette exigence d'équité au moment de la séparation, et c'est sous cet angle qu'ont été examinés les moyens de simplifier et d'améliorer l'efficacité des procédures existantes, afin qu'elles conduisent à l'apaisement des conflits et à l'élaboration de solutions permettant aux époux et aux enfants d'envisager l'avenir avec le plus de sérénité possible. Dans cette perspective, le groupe a souhaité que soit favorisé le développement de la médiation familiale, avant même l'intervention judiciaire et à tous les stades des procédures. La question des règlements pécuniaires et notamment du régime de la prestation compensatoire est aussi un aspect important de ce besoin de sécurité.

C'est dans ce contexte que le groupe a recherché si l'autonomie grandissante des couples dans la détermination des modalités de leur séparation ne devrait pas se traduire par une nouvelle forme de divorce dans laquelle l'accord des conjoints ne serait plus contrôlé par un juge, étant entendu que cette nouvelle forme de divorce ne devait pas assurer moins de garanties que les procédures judiciaires. Après discussion approfondie, la majorité du groupe a estimé que cette forme de divorce risquait de ne pas assurer des garanties suffisantes.

L'exigence de sécurité juridique imposait encore de procéder, enfin, à l'augmentation des droits successoraux du conjoint survivant, mesure réclamée depuis plus de trente ans et toujours remise, face à la difficulté de concilier les intérêts de toutes les parties en présence dans des configurations familiales et patrimoniales d'une extrême diversité.

Les propositions qui suivent ne prendront toute leur portée que si elles sont accompagnées d'autres actions dans les domaines social, fiscal et éducatif.

Organisées en trois parties, elles s'articulent autour de trois objectifs : assurer le statut de l'enfant dans sa famille, respecter la liberté des époux, et garantir l'effectivité des droits.

PREMIERE PARTIE : ASSURER LE STATUT DE L'ENFANT DANS SA FAMILLE

Le statut de l'enfant dans sa famille est d'abord déterminé par son lien de filiation. C'est lui qui désigne les père et mère juridiques, qui transmettront à l'enfant leur nom, qui devront assurer son entretien et qui en auront la responsabilité. Autrefois fondé sur le mariage, le droit de la filiation a été remis en cause par la montée des naissances hors mariage, et le lien de filiation semble parfois menacé par les ruptures et les recompositions familiales. Bouleversé, de surcroît, par les progrès de la médecine, le droit de la filiation doit être reconstruit.

Au quotidien, c'est l'autorité parentale qui permet aux parents d'exercer leur responsabilité d'élever l'enfant. La stabilité et la force de ce lien est nécessaire à la fois pour donner aux parents les moyens de leur mission, et pour assurer à l'enfant l'équilibre et les repères dont il a besoin. Cette autorité mérite d'être revalorisée, et plus clairement confiée aux deux parents ensemble, quelles que soient les vicissitudes de leur vie de couple. Droits de l'enfant et responsabilité des parents ne sont pas antinomiques mais s'appuient l'un sur l'autre dans une dynamique de croissance. Conforter l'autorité parentale est nécessaire pour que l'enfant puisse mieux grandir.

CHAPITRE I

RECONSTRUIRE LE DROIT DE LA FILIATION

La filiation juridique est par nature une donnée complexe et subtile dont l'équilibre est difficile à trouver en raison, d'une part de la multiplicité des paramètres à prendre en considération et d'autre part de l'opposition des intérêts qui peuvent éventuellement se cristalliser autour d'elle. Pour le droit, la filiation découle essentiellement de trois composantes qui ne semblent pas fondamentalement devoir être remises en cause : le titre légal, la possession d'état et la vérité biologique.

- Le titre légal est par nature la vérité officielle : celle qu'indiquent les mentions de l'état civil. Une foi provisoire doit au moins lui être reconnue, sans doute même définitive au delà d'un certain temps, pour ne pas engendrer une instabilité excessive, source d'insécurité juridique et de préjudices pour l'enfant comme pour les tiers. Dans un souci de stabilité de l'état, la filiation juridique doit disposer d'une autonomie propre par rapport à la filiation biologique comme par rapport à la filiation vécue : le titre légal nu, non corroboré par la vérité biologique ou par la possession d'état doit avoir une certaine force. Actuellement cette force peut être jugée insuffisante, les mentions de l'état civil pouvant parfois être contestées jusqu'à 48 ans après leur établissement.

- La possession d'état est la filiation vécue quotidiennement et ouvertement : vérité du cœur, vérité sociologique a-t-on encore dit. Elle est fondée sur les comportements respectifs des parents et de l'enfant face à l'entourage et aux tiers. Son rôle dans le droit de la filiation est multiple.

Depuis 1804 pour la filiation légitime et depuis 1982 pour la filiation naturelle, elle peut servir de manière autonome à établir la filiation : la possession d'état donne une filiation juridique à part entière. C'est la transformation spontanée du fait en droit, qui est l'appoint nécessaire pour obtenir une certaine souplesse. La reconnaissance de ce rôle semble indispensable, mais il ne va pas sans poser quelques problèmes, comme chaque fois que le droit s'ancre dans l'apparence : la possession d'état doit donc rester un mode subsidiaire d'établissement des filiations.

La possession d'état peut encore servir de contrepois à la vérité biologique : une possession d'état suffisamment longue traduit une filiation sociale qu'il est légitime de mettre à l'abri d'une contestation faite au nom de l'absence de véracité biologique. C'est par ce biais que la dimension sociale de la filiation s'inscrit le plus nettement dans la filiation juridique.

- Enfin, contrairement aux deux autres composantes, la vérité biologique, quant à elle, n'établit pas à elle seule en règle générale la filiation ; elle est cependant à la fois l'objectif à atteindre d'emblée et l'aune à laquelle se mesurent les filiations qui peuvent encore être défaites.

Dans un droit destiné à établir des filiations d'origine et non des filiations électives (comme c'est le cas pour l'adoption), la vérité biologique reste l'objectif à atteindre d'emblée, par souci pour l'intérêt de l'enfant (la filiation étant alors inattaquable si le titre légal et la biologie concordent), par économie de procédures judiciaires (une contestation de la filiation étant toujours un mal) et par respect pour l'adoption (qui est la seule institution adéquate pour créer de toute pièce un lien de filiation électif). Cette philosophie est sous-jacente dans le droit : les dommages-intérêts accordés à l'enfant lors des contestations de reconnaissance de complaisance en font foi : avoir volontairement créé une filiation contestable est source de responsabilité lorsque le risque se réalise. La présomption de paternité au profit du mari de la mère ou la reconnaissance nécessaire à l'établissement de la filiation hors mariage sont donc sensés désigner a priori les auteurs biologiques de l'enfant.

La vérité biologique est aussi la mesure qui permet de défaire, parce que les filiations fictives maintenues à tout prix ne sont pas toujours conformes à l'intérêt de l'enfant et qu'elles empêchent éventuellement le véritable père d'établir le lien de filiation. Une filiation établie ne peut cependant être détruite que par une action judiciaire. L'évolution que la jurisprudence a fait subir aux actions prévues dans la loi de 1972 enseigne que, depuis que la preuve de la paternité biologique peut être faite avec certitude, l'accès à la vérité biologique ne doit pas être trop fermé sous peine de faire exploser le système. Les contestations ont cependant l'inconvénient de détruire un lien fondamental et de créer parfois des vides qui, dans certaines circonstances, sont plus préjudiciables à l'enfant qu'utiles. Pour cette raison, la biologie ne peut être qu'un critère parmi d'autres qui doit se combiner avec les autres composantes de la filiation et non les évacuer systématiquement.

Dans la majorité des cas fort heureusement, les trois composantes de la filiation se confortent mutuellement et le lien est alors intangible. Les difficultés sur le sens à donner à la filiation existent dès lors que les trois éléments se délient. La question est alors de savoir quelle force il faut reconnaître à un élément isolé ou combiné avec un seul des deux autres et à partir de quand cette force est suffisante pour devenir une vérité légale définitive au sujet de la filiation.

Titre légal et possession d'état ont une dimension sociale évidemment plus marquée que le facteur biologique, encore que l'incorporation de la biologie dans la désignation des filiations soit aussi une donnée d'ordre culturel et historique, donc social. Dans une société fortement captivée par la technique et la science, il serait utopique de vouloir nier l'influence des expertises biologiques sur le droit de la filiation : celles-ci constituent un repère sûr pour le juge, là où jadis ce dernier se livrait à des approximations souvent décevantes et irritantes pour les parties : on voit mal comment on pourrait aujourd'hui, au moins chaque fois que la filiation donne lieu à un procès, se contenter de probabilités, quand la certitude peut être révélée. La technique ne doit pas imposer son diktat, mais elle est une donnée historique et sociale comme une autre, à laquelle notre temps ne peut ni ne veut être totalement insensible.

Ce tour d'horizon des éléments structurant le droit de la filiation permet de conclure que pour être une donnée équilibrée, la filiation juridique ne peut pas être une vérité pure : même si dans tel cas particulier peut éventuellement n'exister qu'une des composantes, de manière générale, le lien de filiation tire sa signification de fondements composites. La filiation découle tout à la fois du titre, de la possession d'état et de la vérité biologique, qu'il faut tantôt appréhender de manière isolée, tantôt cumuler, tantôt au contraire opposer. Le droit de la filiation est l'art de trouver les effets les plus appropriés à la multiplicité des combinaisons possibles. Sa complexité est naturelle. La réduire en deçà d'un certain seuil risque de créer de violentes injustices ; mais une complexité excessive masque aussi incontestablement le sens du lien juridique.

La loi de 1972 sur la filiation était certainement à la fois harmonieuse et futuriste. Les deux principes directeurs qui ont guidé en 1972 le législateur — à savoir l'égalité des filiations et la vérité biologique — restent plus que jamais à l'ordre du jour. Si la loi doit aujourd'hui être revue, c'est sans doute parce que ces deux principes ont d'ailleurs été tellement admis par la société qu'ils méritent de trouver une place quelque peu renouvelée dans l'ordonnement légal : l'un pour être achevé, l'autre pour être freiné.

En effet, depuis 1972 le Code civil pose comme principe que l'enfant naturel (né hors mariage) a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime (né en mariage) dans ses rapports avec ses père et mère¹. Mais, d'une part, le principe d'égalité des filiations connaît encore une véritable dérogation en ce qui concerne les droits successoraux de l'enfant adultérin ; d'autre part, les règles d'établissement et de contestation sont très différentes selon que l'enfant est né en ou hors mariage. Le maintien lui-même de deux types de filiation est actuellement remis en cause. L'égalité des filiations est en effet aujourd'hui tellement acceptée par

¹ Art. 334 C. civ.

la société que les structures du droit de la filiation qui continue de distinguer entre filiation légitime et filiation naturelle paraissent archaïques et inadaptées. Elles véhiculent en tout cas une distinction qui brouille le droit de la filiation plus qu'il ne le clarifie, tant au plan technique qu'au plan symbolique, puisque la loi elle-même pose, à peu de chose près, une équivalence de statut depuis 1972. Les conséquences de la filiation dans tous les domaines du droit paraissent aujourd'hui globalement les mêmes, que l'enfant soit né en ou hors mariage : devant le nombre des naissances hors mariage, il importe de le souligner plus vigoureusement en unifiant le droit de la filiation.

Quant au principe de vérité biologique, conforté par les progrès scientifiques qui permettent désormais d'accéder à des certitudes sur la paternité, il a été le fer de lance d'évolutions qui ont porté très loin le poids du facteur biologique dans la filiation juridique. Sans doute trop loin. La loi de 1972 a été "tordue" par la jurisprudence pour faire davantage encore coïncider le titre légal et le fait biologique : la faculté de contester une filiation a été élargie. Les avantages d'une telle évolution ne doivent pas être oubliés : des filiations juridiques, définies sur la base d'un titre légal complètement creux, ont pu ainsi tomber, alors que précisément le droit antérieur à 1972 avait excessivement accumulé les fictions au sujet de la filiation. Les personnes ont pu se libérer de rattachements juridiques qui ne correspondaient pour eux à rien et éventuellement être reliés à leur véritable auteur biologique.

Mais, en forçant la philosophie du législateur de 1972, la jurisprudence a aussi fait naître des désordres qui se sont révélés excessivement préjudiciables et ont entamé la signification générale des dispositions du Code civil relatives à la filiation. Non seulement le droit de la filiation a atteint une complexité qui entame inutilement sa crédibilité dans un domaine où la force symbolique de la loi ne doit pas être négligée, mais surtout, la filiation juridique est devenue éminemment fragile dès que la vérité biologique ne la soutient plus. De fait, le maintien des filiations non corroborées par la biologie se trouve largement lié à la stabilité du couple parental : ni l'enfant — traité parfois depuis plusieurs années comme tel par le couple — ni le parent en titre — qui a peut-être forgé des liens étroits avec l'enfant qu'il sait ne pas être biologiquement sien — n'ont assez rapidement la garantie que la situation ne sera pas remise en cause à l'occasion d'un différend.

Ni l'intérêt de l'enfant, ni la signification sociale du lien de filiation, ni la sécurité juridique ne trouvent leur compte dans un tel état du droit. La vérité biologique, pilier d'un droit de la filiation non fondé sur l'adoption, ne doit pas occulter la dimension sociale du lien juridique : le droit de la filiation ne saurait se réduire à enregistrer, au nom de l'absence de véracité biologique, l'anéantissement de toutes les filiations qui ont été un temps légalement reconnues. Un rééquilibrage de notre droit positif est indispensable sur ce point.

Par ailleurs, d'autres mouvements sociaux, telles que la faveur pour la connaissance des origines et plus largement le respect de l'histoire des individus et de leur identité, ou encore le développement de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur ont également contribué à faire évoluer le rapport entre le fait biologique et le droit de la filiation, si bien que de fortes interrogations se sont fait jour sur la capacité du droit actuel à ordonner avec sens ces éléments apparemment disparates.

Dans une société où les progrès techniques ont donné à la biologie une force jadis inconnue, le lien légal doit se défendre contre une assimilation au lien biologique. Mais en sens inverse, du fait de l'éclatement des foyers et de la fréquence des recompositions familiales, la filiation doit aujourd'hui aussi se défendre de l'assimilation à une donnée purement domestique et éducative : les transformations des modes de vie familiaux obligent à s'interroger sur la notion même de parentalité et se demander, comme l'évoquent certains, si les évolutions récentes ne doivent pas pousser à reconnaître une « multiparentalité ». Deux risques font hésiter à se lancer dans cette voie : l'effacement du véritable parent biologique et la perte de signification de la notion de filiation.

L'originalité du rapport de filiation est de faire naître un ensemble de droits et de devoirs (autorité parentale, obligation d'éducation et d'entretien, droits successoraux...) qui découlent fondamentalement d'une responsabilité dans la procréation, pour les filiations d'origine, ou d'une décision judiciaire d'adoption pour les filiations électives. Ces dispositions sont lourdes de sens pour la différenciation des générations et l'inscription sociale de l'individu : juridiquement, la filiation n'est donc pas réductible à de simples rapports affectifs ou éducatifs. Perdre de vue cette caractéristique par un élargissement de la notion de filiation risquerait de provoquer deux dangers : d'une part, à la fois d'obscurcir le sens de la filiation et renforcer un mouvement de « privatisation », le lien devenant plus largement tributaire des volontés individuelles ; d'autre part, démobiliser le parent par le sang concurrencé dans sa fonction par la présence d'un parent issu d'une « seconde famille » (qualification parfois donnée aux familles recomposées) quotidiennement plus proche de l'enfant.

Il semble plus prudent de continuer à nettement distinguer la filiation des situations qui appartiennent à un autre ordre, telle celle du beau-parent ou plus généralement de tous les tiers qui peuvent de fait élever l'enfant sans prétendre pour autant occuper la place de parent. Ces situations peuvent éventuellement conduire à la création d'un lien de filiation à part entière par adoption, mais il ne s'agit pas d'une filiation originelle : un statut succède à l'autre.

C'est pourquoi, il n'a pas paru bon au groupe de travail que soient instaurés des statuts intermédiaires qui pouvaient engendrer pour l'avenir des confusions et une dilution de la notion de filiation. En revanche, il est souhaitable d'aménager l'autorité parentale pour mieux tenir compte de certaines situations. Dans le même ordre d'idée, des efforts pourraient aussi être faits pour éviter un dévoiement du droit de la filiation pour des raisons purement matérielles : le recours à la création d'un lien de filiation — généralement par adoption simple — dicté surtout par des considérations d'économie fiscale dans la transmission du patrimoine (V. les avantages tirés de l'article 786 du Code général des impôts) pourrait être évité par des dispositions fiscales plus appropriées aux réalités contemporaines des recompositions familiales.

Plutôt que de bouleverser radicalement la notion de filiation, la commission a donc pris le parti de réordonner les composantes habituelles du droit pour dégager un sens général aux dispositions juridiques, tout en essayant que celles-ci soient aussi peu que possible source de situations douloureuses dans les cas particuliers.

Dans cette optique, trois principes d'action fondamentaux peuvent être dégagés pour reconstruire le droit de la filiation : parfaire l'égalité des filiations ; assurer l'équilibre entre lien du sang, lien vécu et volonté individuelle ; transcrire les spécificités de la maternité et de la paternité.

Section 1. Parfaire l'égalité des filiations

L'égalité des filiations a été l'un des deux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1972. A l'époque, un compromis était cependant nécessaire et l'égalité parfaite n'a pas été atteinte. Aujourd'hui, il semble indispensable d'achever l'évolution et d'atteindre l'égalité des filiations. Pour réaliser cet objectif, il convient d'une part d'achever l'égalité des statuts et d'autre part d'unifier le droit de la filiation pour que l'établissement ou la contestation d'une filiation ne dépende plus du statut juridique des parents.

§1. Achever l'égalité des statuts

Unaniment et sans hésitation, le groupe de travail a jugé le moment venu d'abroger les restrictions légales aux droits successoraux des enfants adultérins. En effet, ceux-ci se trouvent diminués de moitié lorsque l'enfant adultérin vient en concours avec des demi frères et sœurs ou avec le conjoint victime de l'adultère ².

Plusieurs arguments militent fortement dans le sens d'une abrogation. Le premier est tout simplement chronologique. Les solutions adoptées par la loi du 3 janvier 1972 constituaient, selon les auteurs les plus autorisés "une transaction sans gloire", fruit d'une "loi de compromis". Cette transaction, et ce compromis, étaient imposés par la nécessité de respecter une transition, permettant l'insertion progressive dans notre droit du principe d'égalité que la loi entendait promouvoir. Vingt-sept ans après, le temps des transitions est terminé. Un second argument tient à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est prévisible que la règle française sera prochainement condamnée, et l'on peut préférer une modification de notre droit qui ne paraîtrait pas imposée de l'extérieur. Enfin, et surtout, le parti choisi par le groupe d'unifier le droit de la filiation en abrogeant les classifications qui le divisent rend de plus en plus difficile le maintien d'inégalités fondées sur les conditions de la naissance, sans encourir inévitablement le double grief d'injustice et de contradiction.

Faut-il craindre d'ébranler ainsi le sens du mariage, en portant atteinte à la foi que les époux se sont promis ? Le groupe ne le pense pas. L'adultère est évidemment une blessure grave infligée au conjoint qui en est victime, et par-delà les époux, aux enfants nés de leur union. En termes plus juridiques, l'adultère est toujours une faute et il peut être une faute grave, car le devoir de fidélité est inhérent à l'engagement conjugal. Mais cette faute, si elle doit être sanctionnée, ne peut l'être que dans la personne de ceux qui l'ont commise, et certainement pas à notre sens dans la personne de l'enfant qui en est issu. Il est contradictoire d'affirmer l'égalité des responsabilités des parents envers leurs enfants quelle que soit la manière dont ils choisissent de vivre leur vie de couple, et de faire supporter par un enfant, parce qu'il est adultérin, les conséquences de l'infidélité de son auteur.

² Voir Art. 759 et 760 C. civ.

Plus concrètement, situer sur le terrain successoral la sanction des devoirs acceptés dans le mariage ne paraît ni juste ni opportun. D'une part, les relations entre époux auront souvent été rompues bien avant la naissance de cet enfant, et il y a alors quelque hypocrisie à lui opposer les liens d'un engagement dont ceux qui l'avaient contracté se sont affranchis depuis longtemps. D'autre part, si même le lien conjugal a conservé jusqu'au bout sa réalité, n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ? Au demeurant, dans l'état actuel du droit, il est presque toujours possible à l'auteur de l'enfant de "gommer" cette réduction de droits au moyen d'une légitimation – après divorce et remariage, voire sans divorce par autorité de justice – ou même d'une adoption. Loin de rendre la règle plus aisément supportable, cette faculté a pour effet de laisser à la discrétion du parent adultère le sort final de l'enfant. Ainsi les dispositions actuelles aboutissent-elles à multiplier les inégalités, sans parvenir à affirmer de manière forte le sens de l'engagement conjugal.

Ajoutons que nous paraît devoir être écartée une solution intermédiaire par laquelle on abrogerait la protection que la loi actuelle assure aux enfants issus du mariage (notamment les articles 760 et 915) tout en maintenant celle dont bénéficie l'époux trompé, victime directe de l'adultère, à travers les articles 759 et 767 al. 2. On se conformerait ainsi "a minima" aux conventions internationales dont la seule préoccupation est celle de l'égalité entre enfants, tandis que les protections propres au conjoint ne trouvent, par hypothèse, à s'appliquer qu'en l'absence d'autres descendants du défunt. Cette solution hybride ne serait qu'une manière de ne pas trancher le débat. Ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation.

Proposition :

- Abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin.

§2. Unifier le droit de la filiation

Le droit de la filiation est actuellement construit sur la distinction entre la filiation légitime, liée au mariage, et la filiation naturelle, fondée sur la naissance hors mariage. Au delà des deux types de filiation, l'histoire nous a surtout légué des régimes d'établissement et de contestation des filiations assez disparates qui s'expliquaient par la faveur dont le législateur souhaitait entourer le mariage : les différences sont importantes et aujourd'hui quasiment injustifiables surtout en ce qui concerne les actions judiciaires relatives à la filiation. L'abandon des qualifications de filiation naturelle et légitime favorise l'harmonisation des actions judiciaires qu'il est indispensable d'atteindre.

A Abandonner les qualifications de filiation légitime et de filiation naturelle

Plusieurs pays, dont certains sont de tradition juridique proche de la France - Belgique (loi du 31 mars 1987), Québec (Code civil du Québec entré en vigueur le 1er janvier 1994) Allemagne (loi du 16 déc. 1997) —, ont récemment abandonné les

notions de filiation légitime et naturelle. Ces exemples soulignent un mouvement de convergence dans les diverses législations des pays occidentaux. Unaniment, la Commission, confortée par les auditions auxquelles elle a procédé, estime inutile de conserver les qualifications de filiation légitime et de filiation naturelle.

La disparition de deux types de filiation se justifie à la fois sur le plan sociologique, symbolique et technique.

Sociologiquement, la famille naturelle est une famille à part entière. Les enfants nés hors mariage, dans leur immense majorité sont aujourd'hui désirés par leurs deux parents et naissent au sein d'un couple uni, et seuls 3% d'enfants naissent dans un foyer "monoparental" d'origine³. En effet, en 1997, près de 300 000 enfants sont nés hors mariage, soit 40 % des naissances, alors qu'en 1965 on comptait seulement 51 000 naissances de ce type, représentant 6 % du total.

Ainsi que le soulignent des sociologues, ces données révèlent une parfaite intégration de la famille naturelle dans la société contemporaine : « la montée des naissances hors mariage ne traduit aucune fracture sociale ou idéologique entre familles naturelles et familles légitimes⁴.

Dans ces circonstances, le maintien d'une double qualité de la filiation apparaît éminemment artificiel et source d'incompréhension. Il a semblé à la commission qu'il était aujourd'hui bien plus important que le droit souligne davantage la communauté de fondement du rapport de filiation, quelle que soit le lien civil unissant les parents.

- Symboliquement, l'abandon de la dualité permet d'affirmer et de clarifier le sens du lien de filiation. L'unité peut se reconstruire plus visiblement autour de la notion de responsabilité dans la procréation (V. infra). Le but premier d'un droit de la filiation est de relier, et de différencier les générations en rattachant l'enfant à ses parents et au delà à des lignées familiales. Pour la réalisation de cet objectif et dans la mesure où la société admet ouvertement la coexistence de plusieurs formes de conjugalité, il devient peu significatif d'articuler l'ensemble du droit de la filiation à partir de l'existence ou non d'un mariage.

On pourrait émettre la crainte que l'abandon des notions de filiation légitime et de filiation naturelle n'entame le sens du mariage. La commission a estimé que la spécificité du mariage dans le droit de la filiation résidait surtout dans la présomption de paternité dont bénéficie le mari de la mère. Tant que ce mécanisme demeure et que l'établissement non contentieux de la paternité en mariage n'est pas mis sur le même pied que l'établissement de la paternité hors mariage, le sens de l'engagement matrimonial se trouve préservé. La présomption de paternité reste en effet un élément essentiel du mariage sans équivalent dans la famille naturelle : en principe, l'accouchement d'une femme mariée désigne le mari comme père de l'enfant. Grâce à l'automatisme de la présomption de paternité, le mariage reste le lieu d'une désignation indivisible de la filiation, alors que pour les couples non

³ Source, Henri Léridon, lors de son audition par le groupe

⁴ Irène Théry, Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice : couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. Odile Jacob, La Documentation Française, 1998, p.63

mariés, la filiation doit continuer à s'établir ligne par ligne et grâce à une démarche volontaire.

Le maintien d'une telle distinction semble utile à la Commission pour affirmer que le droit offre des voies où l'établissement des liens familiaux est pensé par avance dans sa globalité : c'est un point fort du sens civil de l'engagement matrimonial. La Commission a été d'avis que le mariage devait continuer à pouvoir se démarquer d'autres formes de conjugalité et que tous ses effets ne devaient donc pas être systématiquement chassés du droit de la filiation, sous peine sinon d'affaiblir la signification du lien matrimonial. L'amélioration du statut des enfants naturels, grâce à la loi du 3 janvier 1972, a sans doute eu un impact beaucoup plus fort que l'abandon de distinctions difficiles à comprendre aujourd'hui ne saurait avoir. Il s'agit donc surtout actuellement de tirer les ultimes conséquences d'une évolution juridique largement réalisée dès 1972.

Techniquement, l'uniformité autorise une simplification considérable du droit de la filiation sans que cette simplification ne constitue pour autant un appauvrissement dangereux.

Une fois disparus les effets de la filiation naturelle sur le statut de l'enfant — ce qui a été l'œuvre du législateur de 1972 — on peut légitimement penser qu'aucune raison technique ne justifie de conserver une dualité systématique de règles, aussi bien en ce qui concerne l'établissement non contentieux de la filiation qu'en ce qui concerne les actions relatives à la filiation. L'élaboration de règles majoritairement communes est parfaitement possible et constitue une simplification considérable.

L'abandon des notions de filiation légitime et naturelle entraîne automatiquement comme effet secondaire la disparition de toutes les formes de légitimation qui constituent actuellement le pont entre les deux qualités de la filiation. Les effets juridiques attachés à la légitimité ayant en principe disparu depuis la loi de 1972, et la Commission proposant de supprimer les dernières séquelles liées au statut successoral de l'enfant adultérin (V. supra), cette disparition de la légitimation ne devrait créer aucun traumatisme.

D'une part, les demandes de légitimation par décision judiciaire sont numériquement faibles⁵ et elles représentent une faible proportion de l'ensemble des légitimations (2,1 % dans la génération née en 1965, 1 % dans la génération née en 1970 et 1975 et sans doute moins de 0,5 % dans les générations suivantes).

D'autre part, le mariage lui-même ne semble plus guère recherché par les parents dans le seul but de donner une légitimité à l'enfant. Alors que dans les générations d'enfants naturels nés en 1965 et 1970, plus de la moitié des enfants (54 %) ont été légitimés, soit plus de 70 % des enfants reconnus, dans les générations suivantes la proportion d'enfants légitimés a rapidement diminué et on peut estimer que quatre

⁵ de 250 à 300 environ par an durant la dernière décennie pour la légitimation post nuptias ; de 150 à 90 environ pour la légitimation par autorité de justice, sur la même période. Pour toutes ces données, V. F. Munoz-Perez et F. Prioux, Les enfants nés hors mariage en France depuis 1965. Statut à la naissance et changement de filiation, INED 1999, p.4.

enfants sur dix nés à partir de 1985 seront légitimés, soit moins de la moitié des enfant reconnus. La légitimation est donc une institution en perte de vitesse.

De plus, sa disparition éviterait des changements de nom intempestifs, parfois préjudiciables à l'enfant.

Par conséquent, il a semblé à la commission, confortée par le point de vue convergent de nombreux experts ou associations auditionnés qu'aucun argument sérieux ne s'opposait à l'abandon de deux qualités de filiation. De plus, cet abandon facilite l'harmonisation des actions judiciaires.

B. Harmoniser les actions judiciaires

Par essence, les mécanismes d'établissement non contentieux de la filiation légitime et de la filiation naturelle sont source de disparité : mais la présomption de paternité ne trouble que très peu l'égalité des filiations et elle donne tous son sens au mariage ; la supprimer ou créer une présomption semblable au profit des couples non mariés nierait les significations respectives du mariage et de l'union libre. En revanche, les différences qui découlent aujourd'hui des régimes spécifiques à certaines actions relatives à la filiation causent des disparités que les juristes eux-mêmes ont le plus grand mal à justifier.

L'hypothèse la plus flagrante est celle des actions en contestation de paternité. Les délais au delà desquels la filiation est définitivement stabilisée ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de filiation naturelle ou de filiation légitime : l'enfant naturel ne se trouve hors de portée d'une contestation qu'au bout de trente ans, même lorsqu'il a bénéficié d'une possession d'état conforme à la reconnaissance (V. art. 339 C. civ.), alors que l'enfant légitime, dans la même situation, ne peut voir sa filiation paternelle contestée qu'au maximum jusqu'à l'âge de sept ans, et dans des conditions très étroites (V. art. 318 C. civ.).

De plus, les titulaires des actions sont soumis à des conditions qui ne sont aucunement comparables. Le mari qui veut désavouer l'enfant qu'il a traité comme sien doit le faire dans les six mois de la naissance (art. 316 C. civ.), alors que le père naturel, dans une situation comparable, peut revenir sur sa reconnaissance pendant dix ans (art. 339 C. civ.).

La femme mariée ne peut faire tomber la paternité de son mari, lorsque l'enfant bénéficie d'une possession d'état à l'égard de ce dernier, qu'en se remarquant avec le véritable père et en intentant son action dans les six mois du remariage et avant les sept ans de l'enfant (art. 318 C. civ.), alors que la mère naturelle peut pendant trente ans faire tomber la paternité de l'homme qu'elle a parfois dans un premier temps poussé à reconnaître, sans considération pour la filiation vécue qui a pu se constituer à l'égard de cet homme (art. 339 C. civ.).

En l'état actuel des mentalités et des réalités familiales contemporaines, aucune raison ne justifie de telles disparités. Ni l'obligation de fidélité propre au mariage, ni la spécificité des modes d'attribution de la paternité ne justifient une telle différence de traitement. Pour l'expliquer il faut faire appel à l'histoire et à la force que le

législateur a originellement souhaité donner à la présomption de paternité par faveur pour la famille légitime.

La diversité de régime repose donc sur une distinction fondée sur les circonstances de la naissance de l'enfant qui ne trouve à l'heure actuelle aucune justification solide et qu'il est donc indispensable de faire disparaître pour souligner au contraire l'unité du lien de filiation. L'harmonisation s'impose.

La commission préconise donc que les actions relatives à la filiation ne tiennent plus compte, sauf exception mineure et nécessaire de l'état matrimonial des parents. L'abandon du critère matrimonial rendrait plus visible une opposition surtout fondée sur le but de l'action : établir ou au contraire détruire une filiation. Le tableau des actions relatives à la filiation, aujourd'hui bien trop complexe, se trouverait grandement simplifié et le sens du droit de la filiation en serait renforcé.

Si le groupe de travail a estimé que l'achèvement de l'égalité des filiations est un des impératifs d'une réforme, cet objectif ne peut qu'être associé à un rééquilibrage entre liens du sang, lien vécu et volonté individuelle.

Propositions :

- Abandonner les notions de filiation légitime et naturelle pour achever l'égalité des filiations.
- **Supprimer les inégalités successorales touchant l'enfant adultérin.**
- **Conserver la présomption de paternité du mari qui donne un sens au mariage.**
- **Harmoniser les délais et la limitation des titulaires des actions relatives à l'établissement ou à la contestation d'une filiation autour de leurs objectifs respectifs.**
- **Réduire dans un but de simplification le nombre des actions judiciaires relatives à la filiation.**

Section 2. Assurer l'équilibre entre lien du sang, lien vécu et volonté individuelle

Des déformations apportées par la jurisprudence à la loi, des retouches législatives partielles, des évolutions scientifiques autorisant des certitudes auparavant inaccessibles sur la paternité, des modes de procréations jadis maintenus dans l'ombre et mis en lumière, de fortes revendications pour un accès aux origines contrecarrés par des textes de circonstance ont malmené les équilibres savamment dosés de la réforme de 1972. La loi déjà complexe est devenue touffue et illisible, entraînant des flottements sur le sens du lien juridique : deux facteurs clés de la filiation — la biologie et la volonté individuelle — se sont opposés jusqu'à donner un tour caricatural au droit de la filiation, au mépris de la troisième composante de la filiation, la possession d'état. Afin de retrouver un meilleur équilibre entre ces facteurs et de clarifier ainsi le droit, la commission propose de fonder plus fermement la filiation sur une éthique de la responsabilité et de renforcer la stabilité de la filiation.

§1. Fonder la filiation sur une éthique de la responsabilité

Les progrès scientifiques ont permis de vérifier avec une grande sûreté la réalité biologique du lien de filiation et l'expertise biologique est devenue le mode de preuve privilégié des procès relatifs à la filiation, influençant même parfois le cadre procédural et plus profondément le sens du droit. La biologie ne peut cependant tenir lieu de philosophie. Elle ne permet que de repérer avec certitude celui, ou beaucoup plus rarement celle, qui a engendré et qui a ainsi une dette envers l'enfant mis au monde. Elle n'est qu'un instrument ; l'esprit qui sous-tend déjà une partie des dernières évolutions législatives est sans doute plus à rechercher du côté de la notion de responsabilité.

L'idée de responsabilité dans la procréation offre certainement aujourd'hui un meilleur fondement au droit de la filiation que la biologie ne saurait le faire à elle seule : elle permet de redonner au droit une base solide et unitaire qui permette d'ordonner les dispositions juridiques avec sens.

Une éthique de la responsabilité peut être promue dans le droit de la filiation sur plusieurs plans : par la valorisation de l'établissement volontaire de la filiation ; par la conservation de l'engagement comme fondement des filiations reposant sur une procréation assistée avec tiers donneur ; par l'absence de privation arbitraire dans l'établissement d'une filiation et enfin par une meilleure prise en compte de l'enfant in utero.

A. Valoriser l'établissement volontaire de la filiation

Dans la famille légitime, l'établissement de la filiation repose sur l'indication du nom de la mère qui déclenche le jeu de la présomption de paternité au profit du mari de celle-ci : la filiation s'enracine dans le mariage et dans les volontés solennellement exprimées par cet acte.

Dans la famille naturelle, l'établissement de la filiation repose sur des déclarations solennelles de volonté indépendantes : reconnaissance par la mère et reconnaissance par le père. La commission préconise seulement, dans un souci de simplification, que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance vaille reconnaissance (principe « mater semper certa est », sur lequel, v. infra). Pour la paternité hors mariage, une reconnaissance resterait donc toujours nécessaire. Les reconnaissances prénatales faites par les parents, conjointement ou non, seraient évidemment toujours possibles, étant donné les avantages qu'elles présentent aussi bien symboliquement que pour la sécurité qu'elles apportent à la filiation de l'enfant.

Le caractère à la fois volontaire et personnel des reconnaissances est source d'insécurité du fait des reconnaissances de complaisance qu'il autorise, mais il est aussi une donnée difficile à modifier. Lorsqu'aucune situation juridique particulière ne permet de présumer l'existence d'un lien biologique, la déclaration volontaire reste le meilleur moyen de faire apparaître, hors contentieux, le lien de filiation. De plus, pour des raisons tenant au respect des Droits de l'Homme, il ne saurait être question de soumettre la reconnaissance du père à l'accord de la mère.

Les reconnaissances, surtout paternelles, sont à la fois l'aveu d'un lien biologique supposé et l'acceptation de la création d'une filiation ; cette double nature ambiguë paraît cependant difficile à éviter. Pour respecter le caractère d'aveu d'un lien

biologique, la valorisation de la volonté ne doit pas être portée à un point qui encouragerait l'utilisation des reconnaissances comme voie concurrente à l'adoption, seule institution parfaitement légitime pour créer intentionnellement une filiation d'élection : on favoriserait involontairement les reconnaissances mensongères, qui octroient à l'enfant une filiation par nature précaire et source de perturbations.

Deux pistes ont été évoquées par la commission pour tenter de valoriser les reconnaissances : valoriser l'acte lui-même par un surcroît de solennité ; valoriser sa signification en permettant autant que faire se peut un établissement conjoint de la filiation.

- S'agissant de la possibilité de faire mieux ressortir le caractère solennel des reconnaissances, la marge de manœuvre semble limitée. Il a souvent été proposé d'imposer que les reconnaissances d'enfants naturels soient reçues par les officiers de l'état civil eux-mêmes et qu'aucune délégation de pouvoir ne soit possible. Pour symboliquement forte qu'elle soit, la proposition paraît cependant se heurter aux réalités de l'état civil. La recherche de sens symbolique ne doit surtout pas provoquer un effet opposé à celui qui est recherché : il ne faudrait pas que l'établissement d'une reconnaissance soit soumis à des contraintes telles (possibilités horaires limitées par exemple), que certains individus se trouvent en définitive dissuadés de reconnaître.

S'agissant de la faveur pour les démarches conjointes du couple, le groupe de travail a été conscient de l'importance que certains parents peuvent vouloir donner à une communauté d'action dans l'établissement de la filiation ; il a donc cherché à pallier les inconvénients qui peuvent naître d'une éventuelle admission du principe « mater semper certa est » qui prive de la possibilité de reconnaître conjointement après la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle se trouvant dorénavant et déjà établie.

Pour l'établissement de la filiation, les démarches conjointes sont toujours possibles, tant que l'acte de naissance n'est pas établi (soit par reconnaissances prénatales conjointes, soit par indication du nom de la mère dans l'acte de naissance joint à une reconnaissance paternelle reçue au même moment). La question de l'absence d'établissement conjoint de la filiation ne se pose donc que si le père reconnaît au-delà de l'établissement de l'acte de naissance. Dans cette hypothèse, l'établissement antérieur de la maternité aura normalement un effet sur le nom alors que le couple peut souhaiter transmettre le nom du père (hypothèse aujourd'hui la plus répandue). Le groupe préconise que le nom du père puisse alors être choisi sur déclaration commune du couple (v. infra). Le système pourrait trouver un équilibre d'ensemble acceptable grâce aux règles proposées en matière de nom patronymique.

Cette construction présenterait un double avantage :

- la recherche d'une démarche conjointe pousserait à des reconnaissances précoces. C'est le mouvement actuel de l'évolution, et celui-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant qui est de voir sa filiation établie le plus vite possible.
- même en cas d'établissement plus tardif de la paternité, une démarche conjointe, portant alors seulement sur le nom, permettrait toutefois de souligner l'existence du couple parental.

Dans tous le cas, le groupe pense qu'une meilleure information des futurs parents devrait être faite (par exemple à partir du carnet de grossesse ou du carnet de santé de l'enfant) et qu'une organisation plus performante de l'état civil pourrait être recherchée dans une bonne articulation entre les services de la maternité et ceux de l'état civil. Le passage dans les maternités de l'officier de l'état civil ou de son représentant pourrait être une solution à promouvoir.

B. Conserver l'engagement comme fondement des filiations reposant sur une procréation assistée avec tiers donneur

L'idée de responsabilité permet encore d'expliquer que des filiations puissent d'emblée ne pas reposer sur la vérité biologique : après bien des débats, la loi du 29 juillet 1994 a élaboré un régime dérogatoire au droit commun de la filiation qui empêche de remettre en question la filiation d'un enfant né grâce à une assistance à la procréation avec tiers donneur (art. 311-20 C. civ.).

Dans cette hypothèse qui concerne le plus souvent les hommes, le père juridique n'étant pas le père biologique, la vérité du sang ne peut servir de fondement à la filiation. En revanche, la notion de responsabilité constitue un fondement valable pour ce type de filiation qui repose sur l'engagement. Cette logique mérite d'être conservée.

Deux réponses étaient effectivement envisageables : ignorer le procédé médical ou l'incorporer au droit.

- Ne pas construire un droit exorbitant du droit commun : l'inconvénient est alors de n'avoir aucune sécurité au sujet de la filiation, quoique le procédé médical de conception eût été accepté par les deux membres du couple. En effet, la filiation peut rester vacante, par refus d'établissement volontaire et par défaut d'une déclaration forcée appropriée, ou peut se trouver contestée a posteriori au nom de l'absence de véracité biologique. Il est assez illogique de reconnaître socialement la licéité du principe même du recours à un tiers donneur sur le plan du droit de la santé et de consacrer en même temps une demi mesure sur le terrain de la filiation.

- Organiser un régime spécifique à la procréation assistée, dérogatoire au droit commun : mais alors, l'introduction au sein de dispositions consacrées à la filiation dite « charnelle » d'un régime de filiation uniquement fondé sur la volonté perturbe la logique initiale de la loi de 1972, et l'on est conduit à restaurer plus amplement les fondements du droit de la filiation.

La loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 a créé des dispositions spéciales à la filiation par recours à un tiers donneur, mais elle les a enfoncées comme un coin dans une loi dont les équilibres n'avaient pas été faits pour prendre en considération ces techniques médicales.

Le système mis en place par cette loi repose sur l'idée que le consentement du couple à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur constitue le fondement du lien de filiation qui n'est pas corroboré par la biologie. Cette philosophie se concilie parfaitement avec l'éthique de la responsabilité que la

commission préconise de développer comme base du droit de la filiation. Un rattachement de la filiation par procréation médicalement assistée à l'adoption était envisageable, mais s'il souligne le caractère volontaire commun aux deux types de filiation, il occulte aussi le fait qu'il s'agit dans un cas d'une filiation d'origine, et dans l'autre, d'une filiation seconde.

En effet, il ne serait guère admissible que l'homme responsable de la venue au monde d'un enfant qui ne pourra jamais connaître l'identité du donneur, puisse une fois l'enfant né ne pas assumer cette situation. De même que l'engendrement crée la dette envers l'enfant en matière de filiation biologique, de même l'acceptation de la procréation avec tiers donneur crée la dette envers l'enfant en matière de procréation assistée. Le droit de la filiation étant une donnée éminemment culturelle, il n'y a rien d'extraordinaire à ce que la filiation découle non seulement de la biologie, mais aussi de la parole donnée : ce mouvement ne consacre aucune « privatisation » de la filiation, la loi n'abandonnant pas aux volontés privées la définition du lien de filiation, mais tout au contraire obligeant au respect d'un sens de la filiation qu'elle a préalablement choisi.

Pour renforcer cette philosophie, la commission suggère seulement de procéder à quelques améliorations techniques dont la principale pourrait être recherchée dans une mise en œuvre plus poussée de l'idée que le consentement à la procréation médicalement assistée vaut d'emblée reconnaissance de l'enfant pour le cas où la filiation ne serait pas établie. Cette solution se situerait à mi-chemin entre une présomption de paternité et une reconnaissance prénatale faite à l'égard d'un enfant non encore conçu. Elle éviterait en principe une procédure judiciaire destinée à l'établissement de la filiation et correspond mieux à l'idée que la filiation trouve alors directement sa source dans l'engagement initial des parents.

C. Ne pas priver arbitrairement un enfant de l'établissement juridique de sa filiation

Par héritage historique, et pour des raisons tenant à la fois à la défiance envers les familles naturelles et aux incertitudes qui entouraient surtout la conception et éventuellement l'accouchement, notre droit a beaucoup hésité à permettre un libre accès à l'établissement d'une filiation qui ne serait pas volontairement assumée. Les actions judiciaires en recherche de maternité et plus encore de paternité ont été entourées d'un luxe de précautions et de restrictions qui n'ont que peu à peu cédé. La dernière étape de l'évolution a été réalisée par la loi du 8 janvier 1993 qui tout en ouvrant plus largement les actions en déclaration forcée d'une filiation a maintenu quelques traces des réticences du passé.

Dans un tel contexte, l'établissement de la filiation reposait surtout sur une philosophie volontariste : la filiation faisait entrer dans la famille — héritage compris — et la famille se méfiait des intrus qui forçaient son seuil. Au cours du XX^{ème} siècle, cette conception de la filiation fondée sur l'admission — par absence de désaveu du mari dans la famille légitime et par reconnaissance positive dans la famille naturelle — a peu à peu cédé le pas à une conception davantage axée sur la responsabilité dans la venue au monde de l'enfant. Ce courant est corroboré par une approche du droit qui depuis quelques années est plus attentive au respect de l'histoire individuelle et des éléments fondamentaux de l'identité.

Dans ce contexte, la ligne directrice à suivre paraît être que chaque individu doit en principe pouvoir rechercher son inscription dans une lignée familiale dès lors qu'aucune adoption n'est venue lui donner une famille de substitution.

La création d'un meilleur équilibre au sujet de l'accès à la filiation a conduit la commission à faire des propositions dans trois directions : il paraît souhaitable d'élargir les conditions d'un établissement forcé de la paternité, de supprimer l'interdiction d'établir judiciairement la maternité pour le cas d'accouchement anonyme et de conserver une solution de substitution lorsque l'établissement de la filiation est impossible ou éminemment traumatisant.

1. Elargir l'établissement forcé de la paternité

Après avoir été longtemps d'un accès étroit, l'action relative à une démonstration forcée de la paternité s'est débridée en 1993 : la philosophie législative héritée du passé en a été profondément modifiée ; elle s'énonce aujourd'hui de manière différente selon l'angle d'observation. Côté défendeur, c'est plutôt l'affirmation d'une responsabilité : l'engendrement — recherché ou non — est la conséquence de relations sexuelles du défendeur ; dans une société où chacun doit répondre du moindre fait préjudiciable causé à autrui, on comprendrait mal que fût consacré le refus généralisé de reconnaître une dette quelconque à l'égard de l'être humain que l'on a engendré. Côté enfant, c'est l'affirmation d'un droit à une certaine inscription sociale : le déni de la filiation peut être perçu comme un comportement outrageant, un déni de la vérité ; l'enfant ne naît pas ex nihilo : il importe de pouvoir lui reconnaître dans la mesure du possible le droit d'établir socialement cette vérité fondatrice.

La commission suggère d'élargir la portée de l'action en recherche de paternité par deux biais : d'une part en libérant l'action de ses dernières restrictions, d'autre part en augmentant le délai durant lequel l'action est possible.

- La loi du 8 janvier 1993 n'a pas osé rompre de front avec le passé et elle a conservé la trace de restrictions à travers la conservation d'un système à deux temps : la preuve du lien de filiation est subordonnée à la démonstration préalable de présomptions ou indices graves. La possibilité d'user de voies procédurales parallèles pour se constituer aisément ces présomptions — notamment l'action à fins de subsides qui repose sur la démonstration de relations sexuelles de l'homme avec la mère (V. art. 342 C. civ.) — et la souplesse de la jurisprudence ont rendu parfaitement illusoire ce qui avait été conçu par le législateur comme un frein à des actions abusives. Une méfiance généralisée à l'égard de la recherche de paternité n'a d'ailleurs plus lieu d'être aujourd'hui.

Du vivant de l'homme poursuivi, les abus ne sont pas à craindre : le défendeur peut en effet toujours se dégager en faisant la démonstration de l'absence de paternité grâce à des moyens scientifiques. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, la commission propose de supprimer la démonstration préalable de présomptions ou d'indices graves et d'ouvrir librement la recherche de paternité sur démonstration par tous moyens d'un lien biologique unissant l'homme poursuivi et l'enfant.

En revanche, il a semblé à la Commission que le maintien de précautions s'imposait pour freiner des actions post mortem qui pourraient conduire un peu trop facilement à déterrer des cadavres afin de vérifier une simple supposition. En vue d'un compromis entre l'accès à la vérité et le respect dû aux morts, il paraît prudent de n'autoriser l'action, lorsque le défendeur est décédé, que si le demandeur rapporte préalablement la preuve de présomptions ou d'indices donnant quelque vraisemblance au prétendu lien. S'il est dans les délais pour agir, il n'y a aucune raison de priver l'enfant de filiation paternelle en raison du décès de son auteur : l'établissement de la vérité doit rester possible, mais la vraisemblance peut utilement servir de filtre pour éviter les abus et un rôle débridé des techniques scientifiques.

Dans la majorité des hypothèses, l'établissement forcé de la paternité est aujourd'hui possible dans les deux ans qui suivent la naissance de l'enfant, ou si elle n'a pas été exercée pendant sa minorité pendant les deux ans qui suivent sa majorité (art. 340-4 C. civ.). Dans le passé déjà, ce système ne pouvait véritablement se justifier par le risque de dépérissement des preuves au sujet des relations intimes ayant donné lieu à la conception, puisque l'enfant retrouve la possibilité d'agir dix-huit ans après les faits ; cette justification est totalement à écarter à l'ère de la biologie, puisque le dépérissement des preuves n'est plus à craindre.

L'idée d'octroyer une certaine tranquillité au prétendu père après une période où il peut être poursuivi n'a également qu'une vertu explicative très partielle, puisque l'enfant retrouve à sa majorité la possibilité d'agir et de rompre la fausse paix qui s'était instaurée provisoirement. En définitive, ce délai de deux ans semble aujourd'hui très arbitraire et on ne voit pas très bien pourquoi il devrait être impossible à la mère d'établir en justice la filiation paternelle de son enfant âgé de plus de deux ans.

Aussi la commission propose que l'action soit possible durant toute la minorité et dans les cinq ans suivant la majorité de l'enfant. Fermer l'action à vingt ans a paru, en tout cas, un peu prématuré pour une question aussi essentielle dont l'enfant n'a peut-être pas encore perçu toute les implications.

De plus, si le fondement de la filiation réside dans une responsabilité au sujet de la procréation, il est souhaitable que les délais proposés en matière de recherche de paternité coïncident avec ceux qui seront retenus en matière de recherche de maternité.

Ces deux directions — liberté d'action et allongement des délais — devraient permettre d'ancrer plus fortement l'idée de responsabilité de l'auteur de l'enfant dans le droit de la filiation, tout en ménageant à travers l'existence d'une prescription l'existence d'un temps où la situation est définitivement acquise et stabilisée.

2. Supprimer l'interdiction d'établir la maternité tirée de l'accouchement anonyme

Deux questions méritent d'être nettement différenciées : d'une part, la question de la connaissance des origines, qui concerne la révélation d'un lien biologique et l'obstacle de fait que constitue la possibilité d'accoucher dans l'anonymat (actuellement reconnue par l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale) ; d'autre part, la question de l'établissement d'une filiation juridique et de l'obstacle de droit que l'accouchement anonyme constitue depuis 1993 à une action judiciaire en recherche de maternité (V. art. 341 C. civ.). Le groupe s'est principalement saisi de la question civile relative à la filiation, sans s'interdire cependant, dans un souci de cohérence globale, de porter un regard sur les options possibles au sujet d'un droit à la discrétion au profit de la femme accouchée (V. infra).

Alors que précédemment l'accouchement anonyme ne semblait constituer qu'un obstacle de fait dans la recherche judiciaire de la maternité, la loi du 8 janvier 1993 a fait de cette circonstance une fin de non-recevoir qui oblige le juge à rejeter systématiquement l'action si une demande d'établissement forcée de la filiation

maternelle lui était présentée. Cette intervention législative a profondément modifié l'équilibre du droit de la filiation et le profil juridique de l'accouchement anonyme.

- La loi de 1993 a créé une fiction civile : la femme est censée n'avoir jamais accouché. Il s'agit d'une contre-vérité légale dont le renversement est impossible, sauf accord de la femme accouchée. L'usage des fictions dans le droit est toujours possible, mais elles doivent être maniées avec une extrême prudence, car elles s'inscrivent à rebours de la réalité.

- Cette fiction rayonne de manière embarrassante dans le Code civil jusque sur la paternité qui, de fait, ne peut être établie : une affaire récente⁶ a parfaitement montré que la mère pouvait, par l'accouchement anonyme, empêcher l'établissement de la paternité, quand bien même l'homme aurait procédé à une reconnaissance prénatale.

- Cette fiction a transformé ce qui était, semble-t-il, seulement pour la femme accouchée un droit à la discrétion, opposable aux tiers (maternité notamment), en un droit arbitraire de ne pas établir de manière définitive la filiation à l'égard de l'enfant. On a ainsi favorisé la radicalisation du conflit entre les droits de la femme et les droits de l'enfant, là où existait précédemment un équilibre plus nuancé ne niant pas tout droit à l'enfant.

- L'établissement de la filiation maternelle est abandonné au libre arbitre de la femme accouchée. Cette philosophie bafoue de plein fouet le principe d'indisponibilité de la filiation et la radicalité de ce parti est telle que sa légitimité peut sérieusement être mise en doute. La solution actuelle heurte l'idée que le rapport de filiation concerne deux individus et non un seul : remettre la maîtrise de ce lien entre les mains d'une seule des parties prive l'autre d'un droit fondamental.

- Enfin, cette fiction conduit aussi à consacrer une inégalité dans les règles relatives à la filiation paternelle et à la filiation maternelle, un père pouvant toujours être poursuivi, alors qu'une mère dispose d'une arme pour se mettre définitivement à l'abri d'un établissement forcé de la filiation. Pour expliquer cette inégalité, il est parfois invoqué la différence entre la paternité — qui ne découle que de la naissance d'un enfant — et la maternité — qui suppose une gestation sinon acceptée, du moins menée à terme. Cette distinction, quoique bien réelle, ne constitue cependant qu'une explication très partielle à l'inégalité dans la mesure où les justifications tirées de la singularité de la maternité et du pouvoir de la femme enceinte sur l'enfant sont fortement contestées : aux dires de nombreuses personnalités auditionnées, la faveur pour la poursuite de la grossesse et la dissuasion du recours à l'avortement, la prévention des abandons sauvages, des mauvais traitements à l'enfant ou des infanticides, qui sont les raisons avancées, n'ont pas un lien de causalité évident avec l'interdiction d'établir la filiation maternelle. Ces arguments viennent d'ailleurs surtout à l'appui du maintien d'un accouchement anonyme, mais pas nécessairement d'une interdiction de rechercher la maternité, puisque notre droit n'a véritablement créé la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité qu'en 1993, ce qui tend à prouver que sur l'établissement de la filiation ces impératifs n'ont

⁶ Cour d'appel de Riom, 16 décembre 1997.

jamais été fortement ressentis auparavant, à une époque où les enfants non désirés étaient pourtant bien plus fréquents qu'aujourd'hui.

Pour toutes ces raisons, la Commission a unanimement jugé très excessive l'incidence actuelle de l'accouchement anonyme sur le droit de la filiation, ajoutée par la loi du 8 janvier 1993 dans les articles 341 et 341-1 C. civ. : si, dans la recherche d'un équilibre des droits respectifs de la femme accouchée et de l'enfant, il n'est pas illégitime d'autoriser pour celle-là la recherche d'une grande discrétion, il y a beaucoup d'excès à nier radicalement la réalité de l'accouchement et une violence largement inutile à afficher que certaines catégories d'enfants sont définitivement et arbitrairement privés de la possibilité d'établir leur filiation juridique maternelle.

Sans remettre en cause le principe d'un accouchement anonyme — qui n'est à proprement parler que la possibilité pour la femme d'entrer à la maternité sans donner son identité (v. infra) — le groupe de travail préconise donc de faire disparaître les effets de la demande d'anonymat sur le droit de la filiation. Cette solution éviterait de poser comme principe que les femmes disposent d'un droit absolu sur la filiation : ce choix législatif renforcerait l'idée que la filiation n'est pas librement disponible entre les mains des auteurs de l'enfant. Laisser la possibilité de ne pas établir la filiation et de demander le bénéfice de la discrétion est une chose ; interdire l'établissement d'une filiation en est une autre. La violence symbolique de ce second parti radicalise le débat, là où il s'agit nécessairement de trouver un équilibre socialement acceptable entre la légitimité de la discrétion de l'accouchement et la légitimité de l'établissement juridique d'une filiation.

Il semble que le simple fait de l'anonymat protégerait suffisamment la femme qui a choisi cette voie contre un hypothétique établissement non voulu de sa maternité. Si la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité devait être supprimée, les actions entreprises à l'encontre de femmes ayant accouché sous X resteraient certainement très rares pour plusieurs raisons :

- l'anonymat est un obstacle réel : il est renforcé par le secret professionnel (V. art. 226-13 Nouv. Code pén.) — qui concernent aussi bien les membres des professions médicales que les personnes qui ont pu suivre la femme avant son accouchement — et de règles processuelles qui font obstacle à l'utilisation en justice de preuves non légalement admissibles, car obtenues en violation d'un secret protégé par la loi (V. art. 143 NCPC).

- la plupart de des enfants nés d'un accouchement anonyme (dont on estime généralement le nombre, régulièrement en déclin, à environ 600 cas par an aujourd'hui) font l'objet d'une adoption plénière⁷ qui interdit ultérieurement toute action en recherche de maternité, leur filiation juridique étant constituée par la filiation adoptive ; le problème se pose donc pour les enfants qui demeurent pupilles de l'État, sans être adoptés.

⁷ pour les générations nées à partir du milieu des années 1980, la proportion d'enfants sans filiation adoptés se situe entre $\frac{3}{4}$ et $\frac{4}{5}$; Rapport Munoz-Perez et Prioux, op. cit.

- par ailleurs, le groupe de travail propose une réduction générale du délai de l'action en recherche de maternité (à entreprendre par exemple dans les cinq ans de la majorité). D'une part, le délai trentenaire actuel apparaît aujourd'hui trop long. D'autre part, l'idée de responsabilité dans l'engendrement étant la même pour l'homme comme pour la femme, il n'y a plus lieu de reprendre la différence de délai du droit positif issue d'autres fondements : il paraît au contraire logique d'aligner sur les mêmes délais la recherche de maternité et la recherche de paternité.

Si l'enfant majeur, non adopté, et qui a réussi malgré l'anonymat de l'accouchement à connaître l'identité de sa mère biologique dispose de la possibilité d'agir contre celle-ci, ce droit ne lui serait ouvert que durant un laps de temps qui suit sa majorité (cinq ans est suggéré). La prescription est une manière de reconnaître pour la femme accouchée un droit à une tranquillité définitive ; mais la fenêtre d'incertitude est sans doute le prix à payer pour un équilibre des droits au sujet des oppositions d'intérêts nés de l'engendrement.

En définitive, le groupe pense qu'il reste essentiel de garantir une plage de discrétion à la femme accouchée en imposant aux tiers le secret sur l'identité qu'ils ont pu connaître ou en leur imposant de ne pas connaître l'identité, bien davantage que d'instaurer une interdiction légale au sujet de l'action en recherche de maternité, position qui présente l'inconvénient grave de créer une contre-vérité — à savoir que la femme n'a jamais accouché — et une atteinte à un droit fondamental disproportionnée par rapport à la réalité des enjeux.

3. Maintenir une solution de substitution lorsque l'établissement de la filiation est impossible ou traumatisant

Notre droit connaît une action judiciaire dont le but n'est pas d'établir la filiation mais dont le succès repose toutefois sur la démonstration de relations sexuelles avec la mère de l'enfant au temps de la conception (art. 342 C. civ. et s.) : cette action a pour but de mettre à la charge d'un homme qui peut être le géniteur, des subsides pour l'enfant. En l'état actuel des progrès scientifiques, l'homme poursuivi a toujours la possibilité de se dégager en prouvant par une expertise biologique qu'il ne peut être l'auteur de l'enfant. C'est pourquoi les hommes qui sont actuellement condamnés sur la base de cette action sont les véritables pères biologiques, ou en tout cas ceux qui n'ont pas voulu prendre le risque de connaître la vérité.

La suppression de cette action a parfois été préconisée. Deux raisons sont surtout avancées en ce sens. D'une part, une telle action ne se justifierait plus à cause de la possibilité d'accéder à des certitudes sur la paternité ; la possibilité d'agir pour établir contre le gré de l'homme la paternité — qui fait naître une obligation d'entretien — serait amplement suffisante. D'autre part, il serait très ambigu de maintenir parallèlement à la possibilité d'établissement de la filiation, aujourd'hui presque toujours accessible, une voie concurrente qui procure à la mère les moyens financiers d'élever l'enfant tout en lui permettant d'évacuer le père : l'action à fins de subsides favoriserait ainsi la vacuité de la filiation paternelle.

A l'inverse, il faut cependant remarquer qu'une action destinée à octroyer seulement des subsides reste tout de même utile chaque fois que le lien juridique est

impossible à établir ou que celui-ci risque d'être si traumatisant que les intéressés ne chercheront pas à l'établir.

On peut penser à plusieurs cas de figure :

- L'hypothèse où la filiation ne peut pas être établie dans les deux lignes paternelle et maternelle en raison d'un inceste (art. 334-10 C. civ.).

A la suite de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, des voix ont notamment réclamé l'abolition de la prohibition touchant l'établissement de la filiation dans les deux lignes de la parenté de l'enfant lorsque celui-ci est né de relations incestueuses (art. 334-10 C. civ.). La prohibition de l'inceste reste une donnée essentielle permettant de structurer les liens familiaux et la psychologie de l'individu et la disposition légale relative à la filiation à une forte connotation symbolique qui relaie les interdictions à mariage (V. art. 161 et 162 C. civ.).

De plus, il n'est pas certain que l'intérêt de l'enfant trouverait toujours son compte dans l'abandon de la disposition. La commission pense qu'il est préférable de conserver une solution plus feutrée pour l'enfant et de ne pas sacrifier son intérêt à l'énoncé de grands principes. Il n'est donc pas envisagé de supprimer l'interdiction d'établir la filiation dans les deux lignées parentales.

L'existence d'une action à fins de subsides présente alors des avantages. Le plus souvent, la filiation maternelle sera établie et la mère pourra obtenir, grâce à l'action à fins de subsides, les moyens financiers nécessaires à l'éducation de l'enfant.

- L'hypothèse où l'établissement de la filiation peut être particulièrement traumatisante pour la mère ou l'enfant : on peut tout particulièrement penser au cas de viol. Ici encore, l'octroi de subsides, plus proche de la traduction d'une responsabilité, peut en revanche constituer une solution de repli acceptable.

- L'hypothèse où l'action en recherche de paternité n'a pas pu aboutir en raison de la pluralité d'hommes mis en cause. Le fait que la mère a connu plusieurs hommes durant la période légale de la conception et le refus de chacun de se soumettre à une expertise biologique peut conduire le juge à rejeter une action en recherche de paternité : ce moyen de défense qui peut avoir été monté de toute pièce par le premier homme poursuivi ne doit pas être imparable : l'action à fins de subsides est un moyen de réduire l'intérêt d'une telle défense.

Pour ces hypothèses, la Commission juge souhaitable de conserver l'action à fins de subsides, mais elle propose d'en modifier le domaine afin de la limiter uniquement à ces trois cas de figure.

D. Mieux prendre en compte la période prénatale

Du fait des progrès de la médecine, la perception de l'enfant in utero a été profondément modifiée et les mentalités contemporaines y voient souvent déjà un enfant à part entière. Cette perception du fœtus a développé certaines pratiques juridiques et en mettent d'autres au contraire en porte-à-faux.

Les reconnaissances prénatales jouissent aujourd'hui une faveur jadis inconnue : en raison de la sûreté de statut qu'elles procurent à l'enfant ce mouvement doit être favorisé.

En revanche, le décès prématuré d'un fœtus est vécu comme un traumatisme qu'une mise en œuvre inadaptée de certaines règles de droit exacerbe inutilement : un progrès significatif pourrait être fait dans ce domaine en abaissant le seuil de déclaration à l'état civil des enfants mort-nés qui conditionne un traitement décent de leur corps.

1. Favoriser les reconnaissances prénatales

Malgré le silence du Code civil à leur égard, les reconnaissances prénatales se sont spontanément et rapidement développées. La commission propose de conforter les pratiques actuelles concernant les reconnaissances prénatales en mentionnant cette possibilité dans le Code civil. Trois facteurs incitent fortement à ne plus passer sous silence leur existence.

- En premier lieu, l'augmentation de leur fréquence : on peut estimer qu'en 1995, la proportion des enfants naturels reconnus avant la naissance par le père et la mère, en vertu d'un même acte, atteint presque 39 %, alors que ce chiffre était de 30 % en 1992 et qu'elles étaient pratiquement inexistantes dans les années 1960

- En deuxième lieu, leur utilité : une reconnaissance prénatale établit la filiation de l'enfant, alors que l'auteur de celui-ci ne sera peut-être plus en mesure de le faire à la date de la naissance ; plusieurs affaires récentes ont montré que l'hypothèse du décès d'un parent en cours de grossesse n'était pas une hypothèse d'école et que l'établissement ultérieur du lien de filiation pouvait être problématique face aux résistances de l'autre branche de la famille de l'enfant, ou même face aux résistances des services de l'Aide sociale à l'enfance.

En troisième lieu, leur force symbolique : de telles reconnaissances sont la manifestation d'un intérêt précoce pour l'enfant et, comme elles peuvent être faites dans un même acte par les deux parents, elles peuvent aussi être la marque d'une volonté parentale commune d'accueillir l'enfant. Cette démarche commune a aujourd'hui une réalité effective, puisque la reconnaissance prénatale est faite dans l'immense majorité par les deux parents : en 1995, 106 335 reconnaissances prénatales ont été faites par le père et la mère en vertu d'un même acte sur un total de 133 436 reconnaissances prénatales⁸.

Les reconnaissances prénatales conjointes sont une pratique qui mérite certainement d'être encouragée. La commission pense donc qu'une action d'information est hautement souhaitable pour sensibiliser les familles aux avantages de ce mode d'établissement de la filiation.

2. Abaisser le seuil de déclaration à l'état civil des enfants mort-nés

Le droit de la filiation contient actuellement une règle qui fixe une fourchette au sujet de la période de conception de l'enfant : celui-ci est censé avoir été conçu pendant

⁸ Voir rapport Munoz-Perez et Prioux, op. cit.

une période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jours inclusivement, avant la date de la naissance (art. 311 C. civ.). Ces chiffres avaient été choisis en 1804 en fonction de la durée minimale et maximale de gestation d'un enfant.

Quoique l'on puisse aujourd'hui, grâce aux progrès de la médecine, déterminer le moment de la conception de l'enfant plus facilement et avec une plus grande précision que jadis, il est utile de maintenir pour le droit de la filiation une présomption générale assez large qui renverse la charge la preuve et évite ainsi aux parents ou à l'enfant, en cas de nécessité, de devoir établir la date de la conception.

La limite inférieure de la durée de gestation pose cependant un problème, mais en dehors du droit de la filiation stricto sensu. Depuis une jurisprudence du XIX^{ème} siècle, le délai adopté en droit de la filiation a été utilisé comme référence générale pour les déclarations à l'état civil : un enfant doit en principe être déclaré à l'état civil dès lors que la gestation a duré au moins 180 jours. Cette solution était logique tant que la loi fixait de manière irréfutable la durée minimum de la gestation : ce n'est plus le cas et le délai de déclaration à l'état civil devrait refléter la notion actuelle de viabilité.

La nécessité d'une évolution juridique prend tout son relief à la lumière des pratiques développées en matière d'inscription à l'état civil des enfants mort-nés. Aucun problème ne se pose en effet pour l'enfant né vivant, qui doit toujours être inscrit à l'état civil (art. 79-1 C. civ., issu de la réforme du 8 janvier 1993). En revanche, pour l'enfant mort-né, le seuil de 180 jours de gestation constitue systématiquement la limite inférieure de déclaration. Ce seuil est aujourd'hui totalement inadapté pour plusieurs raisons.

- D'une part, il ne correspond plus à la viabilité : on sauve aujourd'hui de grands prématurés dont la gestation peut avoir duré moins de 180 jours.

- D'autre part, un seuil de déclaration tardif provoque des pratiques peu en rapport avec la qualité d'être humain du fœtus et semble à la source d'un certain nombre de deuils pathologiques chez les parents ayant perdu prématurément un nouveau-né : l'absence de tout acte conduit en effet certaines municipalités à refuser l'inhumation de l'enfant mort-né au cimetière municipal. Ce déni de la qualité d'être humain — incompatible avec l'éthique de responsabilité diffusée par le droit de la filiation — est aujourd'hui largement contesté par les professionnels du décès périnatal et les parents endeuillés. Aucune raison juridique sérieuse ne s'oppose à l'abaissement du seuil de déclaration.

La meilleure solution consisterait sans aucun doute à adopter par voie de circulaire la définition générale de la viabilité proposée en 1977 par l'Organisation mondiale de la santé (qui retient pour la viabilité le terme de 22 semaines d'aménorrhée ou un poids de 500 grammes pour le fœtus).

Propositions :

- Conserver la reconnaissance comme mode d'établissement volontaire de la filiation hors mariage.

- Inscrire dans le Code civil la possibilité de reconnaître l'enfant avant la naissance.

- Maintenir l'interdiction de contester la filiation des enfants nés de tiers donneur grâce à une assistance médicale à la procréation et fonder la filiation sur l'engagement à la Procréation Médicalement Assistée.

- Libérer l'établissement forcé de la paternité des dernières restrictions, en conservant celles-ci seulement lorsque l'homme poursuivi est décédé.

- Abolir l'interdiction d'établir judiciairement la maternité en cas d'accouchement anonyme.

- Maintenir, dans des conditions étroites, une action permettant, sans établir la filiation, d'obtenir des ressources pour l'enfant.

§2. Renforcer la stabilité du lien de filiation

Pour des raisons tenant à l'incertitude initiale entourant toujours la paternité, l'instabilité affecte surtout le lien paternel. En droit, la maternité peut être contestée, mais en fait, elle l'est exceptionnelle, car la gestation la rend visible.

Sous la pression de la certitude de la paternité, désormais accessible grâce aux expertises biologiques, la jurisprudence a opéré une lecture audacieuse de la loi du 3 janvier 1972 qui a porté le principe de vérité biologique sans doute bien au delà de ce que les promoteurs du texte de 1972 avaient initialement prévu. La réduction des filiations fictives a été un gain majeur de la loi de 1972 qui sur ce plan a répondu aux attentes ; mais le primat du biologique, provoqué surtout par une ouverture excessive des actions en contestation, a entraîné une trop grande instabilité de la filiation, préjudiciable aux intéressés. Le besoin se fait donc sentir de reconstruire les actions judiciaires destinées à contester une filiation autour de données qui renforcent la stabilité du lien de filiation dans l'intérêt des enfants.

Assez radicalement, on peut songer à n'autoriser la destruction d'une filiation si celle-ci est remplacée par une autre : il n'y a ainsi jamais de disparition pure et simple d'une filiation. C'est un canevas qui a été exploité dans la loi de 1972 (art. 318 C. civ.) mais la généralisation d'un tel système présente cependant des inconvénients qui le rendent quasiment impraticable :

- d'une part, il n'est pas certain qu'une telle limitation de la contestation résiste à la pression que la culture contemporaine voue à la biologie : subordonner les contestations de filiation à l'instauration de la véritable filiation biologique interdit largement de faire tomber une filiation ouvertement erronée. On risque de ressusciter le règne des fictions auquel la loi de 1972 avait entendu mettre fin. Celles-ci ne sont pas systématiquement profitables à l'enfant et un certain équilibre entre la stabilité de l'état et l'accès à la vérité biologique doit être respecté.

- d'autre part, il faudrait tout de même admettre que des filiations puissent tomber sans être remplacées. En effet, il n'est pas concevable que l'homme qui a été automatiquement désigné comme père par la présomption de paternité ou celui qui en toute bonne foi s'est déclaré père ne puisse en aucun cas contester le lien de filiation dont il apprend qu'il ne correspond pas à la réalité biologique. On ne peut non plus trier entre ceux qui ont d'emblée accepté une filiation qu'ils savaient fictive et ceux qui ignoraient la fausseté du lien les reliant à l'enfant : un tel critère, qui

repose sur la preuve d'éléments subjectifs par nature difficiles à prouver, entraînerait des procès douteux et enliserait le droit de la filiation.

La commission pense donc qu'il est préférable de conserver la possibilité de faire purement et simplement tomber une filiation au nom de l'absence de véracité du lien biologique, mais que cette possibilité doit être contenue dans des limites raisonnables, notamment quant à la durée : un tel système permet clairement d'afficher que la dimension sociale du rapport de filiation a une vocation légitime à tempérer la brutalité du fait biologique.

Une fois éliminée l'idée de subordonner la contestation d'une filiation à l'établissement d'une autre, deux pistes se présentent pour parvenir à renforcer la stabilité du lien juridique : d'une part, réduire les délais d'action ; d'autre part, limiter les titulaires des actions.

A. Réduire les délais des actions en contestation

Qu'il s'agisse de la filiation légitime ou de la filiation naturelle, le constat est aujourd'hui le même : les délais d'actions, qui en outre ne concordent pas entre les deux qualités de filiation, favorisent une trop grande instabilité de l'état.

La loi de 1972 avait enserré les possibilités de contester la paternité légitime dans des limites temporelles bien précises : le désaveu, réservé au mari, n'est en principe possible que dans les six mois de la naissance (art. 312, 316 C. civ.) et l'action en contestation formée par la mère lorsqu'elle se remarie avec le véritable père (art. 318 C. civ.) ne peut avoir lieu que dans les six mois du remariage et avant les sept ans de l'enfant (art. 318-1 C. civ.).

Mais les interprétations jurisprudentielles qui se sont développées dans le droit de la filiation⁹ ont outrancièrement débridé le système : par ce biais, la contestation de paternité est possible à l'initiative de tout intéressé pendant un délai de trente ans ; l'enfant lui-même disposant de quarante-huit ans, puisque s'ajoute le temps de sa minorité. Le seul frein, qui n'a pas bien fonctionné, réside dans la nécessité d'une discordance entre le titre de naissance — la présomption de paternité — et la possession d'état. La vérité biologique a trop souvent été le point de mire au détriment d'une filiation sociale qui avait commencé à se constituer, réduisant les actions légales et leurs étroits délais à un domaine d'application très réduit : l'hypothèse où la possession d'état et le titre concordent sans conteste.

Le constat semblable peut être fait au sujet de la filiation naturelle qui peut aussi être contestée en démontrant la fausseté du lien biologique : dans le droit positif, l'enfant doit attendre trente ans pour se trouver définitivement à l'abri d'une contestation de reconnaissance lorsque le lien juridique n'est pas corroboré par la biologie (art. 339 C. civ.). Étant donné la faveur des reconnaissances de complaisance, souvent faites à l'instigation de la mère pour donner un père à l'enfant, la stabilité de l'état est fortement compromise et se fait attendre trop longtemps. On peut d'ailleurs relever

⁹ Notamment la lecture a contrario de l'art. 322, al. 2, C. civ.

que le nombre des contestations de reconnaissance est en constante augmentation depuis le milieu des années quatre-vingt dix¹⁰.

Deux tentations diamétralement opposées sont à éviter au sujet de la construction générale : un système trop simpliste qui nierait certaines des composantes de la filiation (le titre légal, le vécu quotidien, le temps...) et un système trop complexe, qui diluerait le sens de la filiation et risquerait de rendre les procès incertains. La commission propose d'introduire dans notre droit un système gradué, partiellement inspiré de l'actuel article 339 C. civ. qui tient compte de la complexité naturelle du lien de filiation.

La réduction des délais, par rapport au délai trentenaire qui a actuellement cours pour bon nombre de contestations, fait l'objet d'un très large consensus social ; cette réduction ne devrait cependant pas être telle qu'elle rendrait de fait impossible les contestations.

Dans un but d'unification de tous les délais existant actuellement en matière de contestation et pour ajuster au mieux l'intérêt de l'enfant à la stabilité de son état et l'accès à la vérité biologique, la commission propose de fixer deux paliers à cinq et dix ans, s'agissant des actions en contestation. En fonction de ces délais, afin de tenir compte à la fois de la filiation vécue et du besoin de sécurité même lorsque l'enfant dispose seulement d'un titre légal non corroboré par une possession d'état, deux règles essentielles pourraient être dégagées :

- le titre légal, même isolé, ne pourrait jamais être contesté plus de dix ans après le moment où il a été acquis, sauf réouverture de l'action au profit de l'enfant devenu majeur ;
- cinq ans de possession d'état conforme au titre pourraient fermer définitivement la possibilité de contester la filiation.

Ainsi, dans son champ le plus large, l'action en contestation pourrait être faite par tout intéressé pendant un délai de dix ans, l'enfant mineur disposant de ce même délai à sa majorité. Cette extension maximum correspondrait à la situation où le titre est nu — c'est-à-dire non doublé d'une possession d'état. Il y a alors peu de chance que l'enfant soit biologiquement du parent légal et aucune épaisseur sociale autre que l'existence d'un acte de l'état civil ne donne de contenu à la filiation. Il est logique que la contestation soit largement ouverte pour permettre de purger le vice qui entache ce titre : celui-ci aurait ainsi une force provisoire, soit pour permettre au véritable père biologique de se manifester, soit pour permettre à d'autres tiers (frères et sœurs, autres parents...) de faire valoir la fausseté du lien paternel.

L'enfant étant un des principaux intéressés, il est normal qu'une fois devenu majeur, il ait également le pouvoir de contester une filiation qui découle d'une simple mention à l'état civil.

Au delà de dix ans, et si l'enfant lui-même après sa majorité ne souhaite pas remettre en cause son titre, la filiation se trouverait définitivement acquise : à

¹⁰ Il a décréu de 1988 à 1991 (1180 en 1988 ; 1178 en 1989 ; 1054 en 1990 et 972 en 1991), pour passer à 1276 en 1994, 1404 en 1995 et 1601 en 1996.

l'incertitude succède la certitude, car les indications des actes de l'état civil, même non doublées d'une possession d'état, ne sauraient être indéfiniment remises en cause.

Cette ouverture maximale de l'action se trouverait cependant réduite dans bon nombre de situations pour tenir compte de la filiation vécue. La commission propose que si une possession d'état conforme au titre légal a duré plus de cinq ans, aucune contestation ne soit plus recevable de la part de quiconque : la filiation de l'enfant se trouverait alors définitivement acquise. Il a semblé au groupe de travail que la filiation d'un enfant qui avait été traité comme tel pendant cinq ans devait l'emporter sur la vérité biologique.

Ce double délai a paru répondre à la fois au besoin de renforcement de la stabilité du lien de filiation et au souci de l'intérêt de l'enfant. Le système conduit à ne pouvoir remettre en cause la filiation que durant un laps de temps raisonnable : la dimension sociale issue de la combinaison du titre légal et de la possession d'état ou même du titre seul contrebalance l'absence de lien biologique au bout d'un moment — cinq ans en cas de possession d'état, dix ans sinon, dans les propositions faites.

B. Limiter les titulaires des actions en contestation

En raison des incertitudes entourant la paternité et par faveur pour la filiation légitime, la contestation de la présomption de paternité était jadis ouverte au seul mari de la mère, alors que la paternité naturelle pouvait être contestée par toute personne ayant un intérêt à agir. En matière de filiation légitime, l'inconvénient était notamment de remettre totalement la filiation paternelle entre les mains du seul mari qui pouvait être tenté de ne pas user du désaveu dans un but de vengeance pour priver le véritable père de l'établissement juridique de sa paternité : ces filiations de rancune avaient été dénoncées et, afin d'éviter de tels inconvénients, la loi du 3 janvier 1972 a ouvert la contestation de la présomption de paternité à la mère dans des conditions cependant bien précises (art. 318 C. civ.). Au lendemain de la loi de 1972, la contestation de la paternité légitime se trouvait donc seulement entre les mains du mari, désigné comme père légal, ou de la mère de l'enfant.

Les interprétations développées postérieurement par la jurisprudence ont ouvert la contestation à tout intéressé, balayant l'équilibre initial au sujet des titulaires de l'action en contestation de paternité légitime et ouvrant la porte à une tyrannie de la biologie.

Parallèlement, dans l'ordre de la filiation naturelle, l'instabilité des couples a révélé les inconvénients des reconnaissances de complaisance qui sont souvent contestées lors de la séparation des parents. Deux choses ont paru éminemment choquantes :

- d'une part la mère, qui est bien souvent à l'origine de la reconnaissance paternelle, dispose de trente ans pour contester ensuite cette reconnaissance, éventuellement en privant contre son gré l'homme qui a élevé l'enfant de sa paternité ;

- d'autre part, l'auteur de la reconnaissance lui-même peut contester l'acte tant que dix ans de possession d'état conforme à la reconnaissance ne se sont pas écoulés.

La marge de manœuvre au sujet des titulaires de l'action en contestation de paternité naturelle semble cependant réduite.

- D'une part, la reconnaissance étant un acte volontaire personnel et ce caractère devant impérativement être maintenu pour des raisons tenant aux Droits de l'Homme¹¹, la reconnaissance du père ne peut être soumise à l'agrément de la mère de l'enfant, et en conséquence, il ne paraît pas possible de priver cette dernière de la possibilité de contester la reconnaissance paternelle qu'elle prétendrait fausse.

- D'autre part, il n'est pas non plus pensable d'interdire totalement la contestation à l'auteur de la reconnaissance : il serait injuste de priver de contestation celui qui en toute bonne foi a cru être le père de l'enfant et découvre la vérité ; un tri entre les reconnaissances sciemment de complaisance et celles qui ont été faites par pure erreur est délicat et bien trop douteux pour être retenu comme critère.

Outre l'enfant majeur lui-même et ceux qui se prétendent les véritables parents, l'auteur de la reconnaissance et la mère de l'enfant doivent donc continuer de figurer parmi les titulaires de la contestation de reconnaissance. En revanche, l'action des tiers présente dans certains cas moins de légitimité et peut alors être bannie pour favoriser la stabilité de l'état.

Afin de réordonner l'ensemble dans un sens clair et d'uniformiser la contestation de paternité légitime et la contestation de reconnaissance, le groupe de travail préconise que les titulaires de l'action soient limités dès lors qu'existe une possession d'état conforme au titre légal : la filiation vécue, c'est-à-dire doublée d'une possession d'état, pourrait n'être contestable que par un petit cercle de personnes intéressées au premier chef, tandis que la filiation issue du seul titre, naturellement plus douteuse, pourrait être contestée par tout intéressé, avant que les délais ne viennent définitivement clore toute possibilité d'action.

Dès lors qu'existe une possession d'état, il est en effet nettement moins légitime que tout intéressé puisse s'immiscer dans le lien de filiation et le troubler.

Afin de renforcer le caractère personnel de l'intérêt à agir exigé, on peut aussi songer à compléter le système en posant comme règle générale que les actions réservées par la loi à certains intéressés ne peuvent en principe pas être entreprises par les héritiers de ceux-ci.

Un renforcement de la stabilité du lien de filiation conforme à l'intérêt de l'enfant passe surtout par la maîtrise de deux facteurs essentiels dans la contestation : les délais de prescription et les titulaires de l'action. A partir de ce constat, la commission suggère que les dispositions légales tiennent compte de la possession d'état et de son épaisseur, c'est-à-dire du degré d'enracinement social de la filiation. Ainsi pourrait se trouver réalisé un compromis semble-t-il équilibré entre la vérité biologique et la dimension sociale de la filiation d'un côté, les intérêts des parents ou des tiers et ceux de l'enfant de l'autre.

¹¹ V. arrêt Marckx c./ Belgique, du 13 juin 1979

Propositions :

- Réduire les délais de contestation d'une filiation au nom de la vérité.
- **Bloquer la contestation d'une filiation au delà de cinq ans de possession d'état conforme au titre légal.**
- **Réserver la possibilité de contester une filiation à des personnes précises dès lors que l'enfant bénéficie d'une possession conforme à son titre.**
- **Rendre la filiation définitivement inattaquable lorsque l'enfant a bénéficié du titre légal pendant plus de dix ans s'il n'a pas une possession d'état conforme.**

Section 3. Transcrire les spécificités de la maternité et de la paternité

Dans bien des cas, maternité et paternité peuvent désormais être traitées par le droit de manière identique : l'accès à une certitude sur la paternité et la promotion dans le droit de la filiation d'une éthique de la responsabilité, par nature égalitaire, permet de favoriser la recomposition du droit de la filiation autour de règles communes à la paternité et à la maternité : ainsi les actions judiciaires consacrées à l'établissement forcé de la filiation ou à la contestation de la filiation n'ont plus besoin de distinguer en fonction de la différence de sexe.

Quelques dispositions juridiques propres à la paternité ou à la maternité se justifient encore: elles se situent en quelque sorte en miroir et naissent du fait que la maternité suppose la gestation, alors que la paternité, au contraire invisible, commence toujours par une désignation. La commission préconise donc de ne pas effacer toutes les règles découlant de spécificités liées à l'engendrement. dans cette optique, il paraît souhaitable de maintenir certaines spécificités liées à la gestation ainsi le principe d'une articulation de la nomination sur la paternité.

§1. Respecter la spécificité de la gestation

La maternité est toujours certaine. Selon que la maternité est assumée ou non par la femme, cette vérité constitue tantôt une source d'incompréhension devant certaines exigences du droit, tantôt une source de gêne pour la femme qui cherche au contraire à cacher sa grossesse. Pour la première hypothèse, des simplifications sont envisageables ; pour la seconde, la maintien d'un droit à la discrétion de l'accouchement semble nécessaire.

A. Simplifier l'établissement de la maternité

Depuis longtemps, il a été proposé de généraliser la solution admise jusqu'à présent seulement en matière de filiation légitime : l'indication dans l'acte de naissance de l'enfant du nom de la femme ayant accouché établit la filiation maternelle. Cette règle généralement connue sous l'adage latin « mater semper certa est » ne s'applique pas à l'heure actuelle à la filiation naturelle : dans notre droit positif, la femme ayant indiqué son nom dans l'acte de naissance de l'enfant doit de surcroît le reconnaître.

Divers arguments militent en faveur d'une extension de la solution aujourd'hui admise pour la filiation légitime ; ils sont désormais bien connus.

- La certitude de la maternité : le rapport de fait entre une femme et un enfant présente un haut degré de fiabilité qui rend possible et sûre la constitution du lien juridique de filiation à partir de l'acte de naissance indiquant le nom de la femme ayant accouché.

- L'absence de pertinence du rôle aujourd'hui donné au mariage dans l'établissement de la filiation maternelle : l'acte de naissance de l'enfant a avant tout pour but de constater un fait, la naissance d'un enfant (V. art. 56 C. civ.). L'indication du nom de la mère n'est pas une obligation (V. art. 57, al. 1, C; civ.), mais dès lors qu'elle y figure et que l'on admet de lui faire produire des conséquences sur la filiation de l'enfant — ce qui est actuellement le cas lorsque la femme est mariée — on ne voit plus guère, à l'aune des mentalités contemporaines, pourquoi la solution n'aurait pas une portée générale : le fait constaté — l'accouchement d'une femme déterminée — reste le même indépendamment de l'existence ou non d'un lien matrimonial. La distinction opérée jusqu'à présent repose sur l'idée sous-jacente que la filiation légitime est acceptée par avance en raison du mariage, alors que la filiation naturelle doit normalement être établie par une manifestation de volonté de la mère : le degré présumé d'acceptation de l'enfant n'est donc pas le même dans les deux types de filiation. Cette idéologie a pu être adaptée à une période de notre histoire où la venue de l'enfant hors mariage était plus souvent subie que voulue, elle ne correspond évidemment plus aujourd'hui au profil de la famille naturelle contemporaine. Il conviendrait au contraire que la règle s'appuie sur le schéma le plus répandu qui est incontestablement celui de l'acceptation de la maternité : dans cet optique, une déclaration de volonté est parfaitement inutile dès lors qu'est publiquement révélé par la déclaration à l'état civil le lien certain entre l'enfant et la femme accouchée.

- La simplicité de l'établissement découlant de l'indication du nom de la mère : le système actuel qui oblige en principe la femme accouchée et ayant indiqué son nom dans l'acte de naissance à reconnaître en outre l'enfant ne présente pas un intérêt considérable, ni du point de vue pratique, ni du point de vue symbolique. Au contraire, il est source d'incompréhension.

Sur le plan pratique, il y a évidemment tout intérêt à établir le lien juridique dès la naissance : c'est une sécurité supplémentaire notamment en cas de décès prématuré de la mère. Certes, bien des progrès ont été faits dans l'information des femmes qui ont aujourd'hui toutes les chances d'avoir connaissance de la nécessité de reconnaître pour établir leur maternité. Les chiffres montrent tout de même que le nombre des femmes n'ayant pas reconnu à la naissance est loin d'être négligeable. En 1995, sur 274 210 naissances d'enfants naturels, 24, 9 % étaient reconnus par le père seul et 17,9 % non reconnus du tout, soit un total de 42, 8 % d'enfants naturels pour lesquels n'existait a priori aucun lien maternel à la naissance¹². C'est dire qu'il existe une proportion importante d'enfants naturels pour lesquels la filiation maternelle n'est pas d'emblée établie, alors qu'au premier anniversaire, 97 % des enfants seront reconnus par la mère. Admettre l'établissement automatique de la filiation maternelle, comme conséquence de l'indication du nom de la mère simplifierait donc le droit en supprimant une démarche qui est imposée aux seules mères non mariées. La sécurité juridique serait renforcée.

¹² INSEE statistiques de l'état civil 1995.

Sur le plan symbolique, on discerne mal les raisons qui poussent à obliger à une manifestation de volonté positive la femme qui ne met pas en cause sa maternité et l'assume ouvertement en indiquant son nom dans l'acte de naissance.

En cas d'extension du principe « mater semper certa est » à la filiation naturelle, l'établissement conjoint de la filiation ne serait cependant plus possible au delà de la déclaration de naissance, la mère bénéficiant ensuite toujours d'une antériorité : il porte donc atteinte aux possibilités de démarche commune des parents.

Favoriser l'établissement des filiations après la sortie de maternité n'est cependant pas sans danger : on risque de différer dans le temps l'établissement de la filiation ou même d'engendrer des oublis dans l'établissement de la filiation ; on risque de créer des statuts juridiques successifs pour l'enfant, sources de difficultés multiples ; on risque de pénaliser les couples pour lesquels un des membres est éloigné au moment de l'accouchement... Malgré les avantages symboliques attendus d'une déclaration conjointe des parents, la création d'un no-man's land juridique au sujet de la filiation entre la naissance de l'enfant et le moment où les parents voudront bien — ou pourront — se présenter pour établir sa filiation n'est pas souhaitable.

- Le poids du droit international : on rappellera seulement que des arguments liés à des engagements internationaux militent depuis longtemps déjà en faveur de l'admission général du principe « mater semper certa est ». L'article 1er de la Convention n° 6 de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, signée à Bruxelles le 12 décembre 1962, l'article 2 de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 (signé par la France le 2 septembre 1977, mais non ratifié) et le célèbre arrêt Marckx rendu contre la Belgique le 13 juin 1979 par la Cour européenne des droits de l'homme vont expressément dans ce sens.

Quelques inconvénients sont parfois avancés à l'encontre du principe « mater semper certa est ». Il n'a pas semblé à la commission que leur teneur dépassait les avantages attendus de la généralisation de la règle. Ce sont surtout :

- L'impact sur l'adoption : on fait parfois valoir que la réception d'un établissement trop direct de la filiation maternelle risquerait de pénaliser l'adoption. Cette remarque est très certainement fautive si on ne pousse pas le principe jusqu'à ses conséquences dernières. Selon que l'on fait de l'indication du nom de la mère une obligation impérative ou une simple faculté, la portée du principe et les modalités de création d'une nouvelle filiation par adoption varient.

Le choix de rendre obligatoire l'indication du nom de la mère, avec pour conséquence automatique l'établissement de la maternité, a paru trop brutal à la commission. En effet, si l'indication du nom de la mère était une obligation, et que le lien juridique de maternité découlait de cette indication, le parent par le sang, qui est alors parent légal devrait consentir à l'adoption. Ce système a sa cohérence et valorise symboliquement la translation des liens de filiation, mais il peut aussi effrayer les mères en difficultés par la grande transparence et les exigences de responsabilité qu'il implique. On peut alors craindre qu'il ne conduise en réalité à des pratiques parallèles et souterraines.

Si l'indication du nom de la mère n'est qu'une faculté, le silence dans l'acte de naissance sur l'identité de la mère rend directement l'enfant adoptable : la femme qui a accouché n'est pas juridiquement mère ; elle n'a donc pas à donner son autorisation. L'acte de naissance est muet sur la femme ayant accouché et cette dernière peut éventuellement profiter d'une garantie supplémentaire de discrétion à travers des formes de protection du secret de son identité ou de respect de l'anonymat, s'il est possible d'entrer dans une maternité sans donner son identité¹³.

Dans les dispositions actuelles du Code civil relatives à l'état civil (art. 57, al. 1er), l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance n'est qu'une faculté : l'identité de la mère dans l'acte de naissance peut donc parfaitement être passée sous silence et la filiation maternelle ne pas se trouver de ce fait établie. Le groupe de travail pense qu'il n'est pas opportun de modifier ce système pour tomber dans des situations systématiques qui ne correspondraient pas toujours à l'intérêt de l'enfant et qui orienteraient le droit de la filiation et l'état civil dans une direction policière et inquisitoriale. L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance doit donc pouvoir être refusée.

Deux niveaux de questions doivent cependant d'être clairement différenciés à propos de l'indication de l'identité de la femme accouchée : celui de l'inscription dans l'acte de naissance du nom de la femme accouchant — question d'état civil — et celle d'une conservation par un organisme tiers (distinct de l'état civil) de l'identité des femmes accouchant en ayant demandé le secret de leur identité — question de connaissance des origines. Pour l'avenir, il peut parfaitement être envisagé de conserver un système d'état civil dans lequel l'indication du nom de la femme soit une simple faculté, tout en organisant par ailleurs un conservatoire des origines destiné à garder la trace de l'identité des femmes ayant demandé à bénéficier d'une certaine discrétion sur leur identité. Cette solution ne suppose d'ailleurs pas forcément de supprimer la possibilité d'accouchement anonyme, c'est-à-dire l'entrée dans un établissement de soin sans aucun dévoilement de l'identité (V. infra).

- Le risque d'erreur des déclarants : on invoque encore parfois à l'encontre du principe « mater certa est » le fait que les déclarations de naissance ne sont pas faites par les mères (V. art. 56 C. civ.). Étant donné la simplicité du système préconisé et l'accompagnement de la maternité par les travailleurs sociaux, les préposés des cliniques ou des hôpitaux qui déclareront le plus souvent la naissance seront, semble-t-il, parfaitement capables d'indiquer aux femmes venant accoucher qu'elles ont le droit de ne pas mentionner leur nom, pour ne pas établir la filiation. Si la rédaction des actes repose sur les indications volontairement données par les femmes accouchant, il y a peu de chance d'erreur.

Pour tempérer le système d'établissement de la filiation maternelle par indication du nom de la mère, il a parfois été proposé d'introduire comme condition l'existence d'une possession d'état à l'égard de la mère. La commission a rejeté cette idée : la fiabilité des actes de l'état civil s'en trouverait grandement altérée, l'indication du nom de la mère n'étant plus en soi suffisante pour établir avec certitude la filiation ; du coup, les tiers désireux de se couvrir demanderont aux mères la preuve de l'existence d'une possession d'état à leur égard. L'effet sera inverse à celui qui est

¹³ Dans notre droit positif, V. actuellement art. 47 C.F.A.S.

recherché : au lieu d'obtenir un établissement automatique et sûr de la maternité, on aura provoqué la création d'un titre imparfait qu'il faudra sans cesse compléter.

La solution la plus simple et la plus sûre est sans doute, pour la maternité, l'établissement direct sur la base des indications fournies dans l'acte de naissance.

B. Maintenir un droit à la discrétion pour la femme accouchée

Le débat sur les modalités que doit prendre un droit à la discrétion de la femme accouchant relève à la fois du droit civil et du droit social et forme un ensemble assez complexe et plutôt original dans les pays occidentaux, puisque seuls la France, l'Italie, le Luxembourg et, dans une certaine mesure l'Espagne (pour les femmes non mariées) connaissent un système comparable.

Le Code civil français admet parfaitement que l'acte de naissance de l'enfant reste muet au sujet de l'identité des parents¹⁴. Ce système ne constitue pas en lui-même ce qui est communément appelé l'accouchement anonyme, mais il ouvre la possibilité de renforcer la discrétion par d'autres moyens. Ce sont ces autres dispositions juridiques qui constituent, à proprement parler, l'accouchement anonyme.

La tradition en remonte à l'ancien droit. Un décret-loi du 2 septembre 1941 a consacré la possibilité pour la parturiente de demander l'anonymat lors de son entrée dans l'établissement médical. Un décret du 29 novembre 1953 a confirmé ce droit à l'anonymat et la loi du 6 janvier 1986¹⁵ prévoit la prise en charge financière par le service de l'aide sociale à l'enfant du département. Dans ce système, la femme entre à la maternité sous le nom de madame "X" ; aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

De plus, depuis la loi du 8 janvier 1993, l'accouchement anonyme a fait son entrée dans le Code civil où il interdit l'établissement forcé de la maternité (V. supra.).

Cependant, il faut noter que le recours à cet anonymat n'empêche pas éventuellement d'indiquer le nom du père ou de la mère de l'enfant dans l'acte de naissance¹⁶, mais il est évident que si le but poursuivi est bien d'empêcher toute identification de la femme ayant accouché, l'acte de naissance sera lui aussi silencieux au sujet de cette identité.

Enfin, lorsque la filiation de l'enfant a été établie, celle-ci peut être rétroactivement gommée pendant un certain temps : il ne s'agit pas de la possibilité de contester la maternité en démontrant judiciairement l'absence d'accouchement, mais de celle qui est ouverte par l'article 62 du Code de la famille et de l'aide sociale et qui permet de remettre l'enfant aux services sociaux en demandant le secret sur l'identité des parents. En vertu de l'article 58 du Code civil, il est alors dressé un nouvel acte d'état civil tenant lieu d'acte de naissance de l'enfant, dit "acte provisoire de naissance", afin d'éliminer les mentions relatives à la filiation. Depuis la loi du 5 juillet 1996 réformant l'adoption, cette possibilité a été cantonnée à l'enfant âgé de moins d'un an.

C'est cet ensemble qui est depuis quelques années au centre d'une très vive discussion au sujet de sa légitimité.

¹⁴ Voir Art. 56 et 57 C. civ.

¹⁵ Art. 47 du CFAS.

¹⁶ V. C. fam. Et Aide sociale, Art. 47 in fine.

On lui reproche :

- d'être source de souffrances inutiles : d'une part pour l'enfant, l'accouchement anonyme empêchant presque définitivement l'accès à la connaissance des origines ; d'autre part, pour la femme, dont il nie la maternité et qui peut regretter son geste et rester prisonnière de pressions momentanées ou de son immaturité. Dans les deux cas, il ne s'agit pas tant de la filiation juridique que d'une quête existentielle sur des éléments de l'identité.

- d'être appliqué à tort et à travers : les effets énergiques de l'accouchement anonyme ont pu pousser à son utilisation dans un certain nombre de situations où il n'était peut être pas nécessaire d'en venir à un anonymat aussi hermétique (pressions de l'entourage familial, habitudes dans le travail social, culture du secret...).

- d'autoriser des trafics d'enfants et des détournements d'institutions difficilement contrôlables dans le domaine familial : le recours à l'accouchement sous X est la base du processus de maternité de substitution et de détournements de l'adoption. L'accouchement anonyme peut aussi constituer un instrument pour écarter l'enfant de son père : il arrive que la femme souhaite par là soustraire l'enfant à la violence de son mari ou de son compagnon, mais certains cas rapportés semblent davantage avoir été motivés par un esprit d'hostilité personnelle de la femme envers le père.

- de ne plus être le fruit d'une nécessité sociale première, en raison de l'évolution des mœurs et du renouvellement du contexte social depuis 1941 : la moindre réprobation de l'enfantement hors mariage, la rareté des véritables dénis de maternité, l'ineffectivité du rôle de l'accouchement sous X dans la prévention contre l'avortement, contre l'infanticide ou contre les abandons sauvages, un mouvement général de refoulement des secrets jugés pathogènes combiné à la recherche des origines, sous l'influence d'une diffusion de la psychologie, seraient les principales causes de l'absence de raison d'être de la disposition.

- d'être contraire aux engagements internationaux de la France et particulièrement à la Convention internationale sur les droits de l'enfant, réputée être porteuse d'un droit de l'enfant à connaître ses origines dans son article 7. Il a également été soutenu que l'accouchement anonyme, en mettant définitivement la femme à l'abri de l'établissement de la filiation, alors que l'homme ne bénéficie pas d'une telle possibilité, créait une discrimination en fonction du sexe qui pourrait être contraire aux prescriptions de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

En caricaturant, le problème peut se résumer à l'affrontement de deux droits : un droit de l'enfant à avoir accès à une donnée fondamentale de son identité, un droit de la femme à pouvoir accoucher dans la discrétion. En tant que tel, l'un et l'autre sont pleinement légitimes et toute solution extrémiste serait porteuse de traumatismes : il semble donc préférable de rechercher un équilibre acceptable dans ce conflit de droits. A cet effet, il a semblé à la commission que le législateur de 1993 avait été trop loin en interdisant à tout jamais à l'enfant de rechercher en justice sa mère : il est donc proposé de revenir sur cette disposition hautement symbolique (V. supra).

Demeure le débat sur les modalités que doit prendre un droit à la discrétion en faveur de la femme accouchée : la question relève plutôt du droit social et eu égard à la sensibilité des enjeux, il convient de se garder de toute solution radicale, d'autant que les revendications actuelles sont le résultat d'une époque révolue où le secret était la norme : il ne faudrait pas proposer aujourd'hui une législation élaborée au regard du passé. La commission juge prudent de conserver l'accouchement anonyme, tout en favorisant un recul de la culture du secret, sans imposer toutefois de révélations unilatérales.

1. Conserver l'accouchement anonyme

Au nom d'un droit à la connaissance des origines, la possibilité d'entrer dans un établissement médical pour accoucher en demandant à bénéficier de l'anonymat¹⁷ est aujourd'hui fortement contestée. Pour ne pas priver la femme de toute possibilité d'accoucher dans la discrétion, une autre solution moins radicale, est parfois proposée en remplacement pour l'avenir : elle est fondée sur la distinction entre anonymat et secret de l'identité : l'anonymat suppose l'absence d'indication de toute identité (d'où l'appellation courante d'accouchement sous X) ; le secret de l'identité correspond à la protection d'une identité cependant révélée. Le droit d'entrer anonymement dans un établissement pour y accoucher pourrait ainsi être remplacé par l'affirmation d'un droit au secret de l'identité et de l'admission pour l'accouchement. Un tel système offrirait alors la possibilité de recueillir et de conserver systématiquement les éléments relatifs à l'identité de la mère biologique. Une telle solution, pour séduisante qu'elle soit, repose cependant sur la suppression de la possibilité d'entrer anonymement dans l'établissement médical, ce qui implique a contrario une révélation de l'identité. La poser comme unique solution est délicat et risque d'effrayer des femmes en difficulté.

Ce système engendre plusieurs inconvénients :

- Il risque de contraindre les femmes à des pratiques illégales ou douteuses : une trop forte exigence de transparence aboutit souvent à l'effet inverse de celui qui est poursuivi pour celles qui recherchent à tout prix le secret et ne peuvent pas assumer la transparence. Si un certain nombre d'accouchements anonymes ne se justifient peut-être pas et ont été pratiqués par facilité où poids des habitudes, dans d'autres situations, l'anonymat est encore véritablement recherché par la femme accouchant. Dans ces hypothèses sans doute peu fréquentes mais qui existent, l'obligation de décliner son identité a de forte chance de conduire la femme à des solutions extrêmes que l'on souhaite précisément éviter, ou à l'indication d'une fausse identité.
- Il donne des droits déplacés aux établissements médicaux : la suppression de la possibilité d'anonymat ferait naître au profit des services médicaux une sorte de droit à se voir communiquer l'identité de la femme entrant pour accoucher : la reconnaissance d'un tel droit risque de conduire à des pressions ou des enquêtes, qui paraissent très discutables dans les circonstances en cause. Comme en matière de droit de la filiation, la commission pense qu'il n'y a aucun profit à tirer d'une orientation policière et inquisitoriale des textes régissant l'accouchement.

La seule obligation à la charge des États est d'enregistrer l'enfant à sa naissance (V. art. 7 de Convention sur les droits de l'enfant) afin que celui-ci ait une existence pour la société : le droit de connaître ses parents n'est affirmé par la Convention sur les droits de l'enfant que « dans la mesure du possible » et, malgré des débats sur la portée de cette réserve, celle-ci peut permettre de respecter le droit de la femme à ne pas être identifiée de force.

L'idée même d'organisation d'un recueil et d'une conservation systématique de l'origine des individus peut paraître excessive et arbitraire. Contraindre la femme à

¹⁷ Art. 47, al. 2, C.F.A.S.

révéler son identité en vue de la conservation par un organisme officiel pourrait bien passer pour une atteinte disproportionnée à sa vie privée, et donc injustifiable : admettre dans notre droit la recherche judiciaire de maternité au profit d'un individu qui estime essentielle la révélation du lien de filiation est une chose : c'est reconnaître un risque qui découle des actes de la vie et renvoie à la responsabilité individuelle ; organiser systématiquement par avance, sous l'égide de l'État, la conservation d'un lien biologique prend une toute autre dimension : il s'agit une démarche administrative dont le caractère systématique renvoie à un contrôle étatique de la vie privée dont la justification peut être jugée insuffisante.

On peut craindre qu'une telle mesure n'effraie les femmes en difficulté sans pour autant constituer un gain sûr pour l'intérêt de l'enfant. Comme en matière de procréation assistée, on aura créé des secrets connus des tiers chargés de les conserver, mais parfois inaccessibles en droit à ceux qui seront les principaux intéressés, sauf à envisager une communication systématique à la demande de l'enfant devenu majeur. La commission s'interroge fortement sur l'intérêt de cette solution qui risque de choquer, sachant que l'information à portée de main ne pourra pas toujours être légalement obtenue.

Aussi, recueillir à tout prix l'identité de la mère dans le but de la conserver, même de manière confidentielle, a paru être une solution excessive à la commission. Dans ces conditions, le maintien de l'accouchement anonyme semble préférable. Promouvoir l'accès à des éléments fondamentaux de l'identité est un objectif légitime, mais celui-ci ne sera sans doute jamais atteint à 100 % : l'accouchement anonyme n'est rien d'autre que la tolérance de cette marge très faible qui évite de sombrer dans un droit policier où les excès risqueraient alors d'être aussi critiquables que la possibilité d'anonymat.

Une fois supprimée l'affirmation dans le Code civil d'un droit discrétionnaire de la femme sur l'établissement de la filiation – ce que la commission propose (V. supra) – l'accouchement anonyme reste une disposition pour les cas extrêmes qui a sans doute sa place dans le droit social, à la fois pour tenir compte de peurs qui ne peuvent pas toujours être raisonnées, et pour rappeler aux établissements médicaux la primauté de l'obligation de soin sur la révélation de l'identité.

2. Favoriser le recul de la culture du secret

Bien des problèmes actuels proviennent d'une culture du secret qui a été la norme pendant plusieurs décennies et qui disparaît progressivement aujourd'hui des esprits.

Cette culture du secret est actuellement en recul et, pour le plus grand respect de l'identité de l'enfant, le droit peut accompagner le mouvement sur un point au moins, sans porter préjudice à une éventuelle procédure d'adoption : il s'agit de la possibilité pour des parents de confier leur enfant à l'aide sociale en demandant le secret de leur identité (art. 62, 4° du CFAS).

Actuellement, les parents peuvent user de cette possibilité tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge d'un an. Il est alors dressé un nouvel acte d'état civil tenant lieu d'acte de naissance à l'enfant (art. 58 C. civ.), afin d'éliminer les mentions relatives à la

filiation. Cette disposition fait l'objet de nombreuses critiques et paraît aujourd'hui déplacée et plus nocive qu'utile pour de multiples raisons :

- elle conduit à gommer une filiation qui a été valablement établie et à trafiquer les actes de l'état civil ;

elle bafoue une identité qui a été officiellement attribuée à l'enfant ;

- elle concurrence un acte de remise de l'enfant pleinement assumé — et donc psychologiquement moins dévalorisant pour les parents — qui devrait être la seule procédure possible en cas de filiation établie ;

- elle ne correspond plus aux mentalités actuelles, bien davantage prêtes qu'il y a une trentaine d'années à respecter l'histoire personnelle de l'enfant ;

- elle crée de surcroît des doublons dans l'état civil.

La suppression d'une telle procédure ne présenterait pas d'inconvénients graves : d'une part, la discrétion sur l'identité du parent pourra toujours initialement être obtenue par un l'accouchement anonyme et par l'absence d'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant ; d'autre part, si la filiation a été établie, l'adoption de l'enfant restera encore possible : le parent devra consentir à l'adoption, et une telle procédure paraît infiniment plus valorisante pour tous les intéressés et plus respectueuse des actes déjà accomplis que l'escamotage d'identité actuellement organisé.

Le groupe préconise donc de supprimer la possibilité ouverte par l'article 62, 4° du CFAS.

3. Ne pas imposer de révélation unilatérale

La demande de discrétion de la part des femmes accouchées n'a pas la même force dans le temps : la revendication au sujet de la discrétion peut être forte au moment de l'accouchement et disparaître ultérieurement au point que la femme veuille connaître l'enfant auquel elle a donné naissance des années plus tôt. Le temps est donc une donnée importante de la question. D'autant plus que, l'enfant lui-même peut de son côté manifester aussi ultérieurement le souhait de rencontrer celle qui l'a enfanté. Reconnaître une telle possibilité doit être nettement distingué des questions de filiation : la rencontre de l'enfant avec la gestatrice ne saurait en effet remettre en cause la filiation qui a pu se constituer par adoption.

Une revendication sur l'accès aux origines peut donc éventuellement concorder avec la disparition du besoin de secret jadis éprouvé par la femme. L'anonymat de l'accouchement peut alors de fait constituer un obstacle insurmontable. Aussi, pour ménager l'avenir, les solutions permettant une réversibilité de la discrétion sont sans doute préférables.

La loi du 5 juillet 1996 est déjà allée dans le sens d'une plus grande réversibilité en consacrant clairement la possibilité de faire connaître ultérieurement leur identité pour les parents qui remettent l'enfant à un service social en demandant le secret de

leur identité (v. art. 62 C.F.A.S.). D'autres efforts peuvent être faits dans la même direction, par exemple en créant un organisme ou en désignant des référents chargés, d'une part de conserver dans la confidentialité l'identité de la femme ayant demandé le secret de son identité et, d'autre part, de jouer un rôle de médiateur. La commission pense cependant que cette possibilité doit se conjuguer avec le maintien de l'accouchement anonyme (V. supra) : devant la diversité des cas de figure, une certaine prudence reste de mise. Rien n'empêche de créer, à côté de l'accouchement anonyme — solution radicale pour situations extrêmes — un accouchement bénéficiant du respect sur le secret de l'identité qui ménagerait aux intéressés la possibilité ultérieure d'un rapprochement. Ces possibilités relèvent du droit social plutôt que du droit civil ; une réflexion plus approfondie sur le sujet a paru dépasser le cadre de la mission impartie au groupe.

Si de telles solutions devaient être retenues, le droit ne devrait cependant pas se laisser aller à consacrer une tyrannie des volontés individuelles de quelques bords que ce soient. La demande de secret étant a priori aussi respectable que la volonté de connaître ses origines, la conciliation des intérêts divergents n'a aucune raison de se faire en sacrifiant une partie : il est donc important que la levée du secret qui a été initialement demandé ne se fasse qu'avec l'accord de chaque intéressé. La commission estime donc que la levée du secret de plein droit sur la demande de l'enfant majeur serait une position excessive et porteuse de traumatismes inverses à ceux qui existent actuellement. Le traitement des problèmes délicats hérités du passé — que l'on ne résoudra pas par une réforme actuelle du droit — ne doit pas conduire à des excès opposés en législation.

Propositions :

- Admettre l'établissement de la filiation maternelle par la seule indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant.
 - Conserver le principe selon lequel l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance est une faculté et non une obligation.
 - Organiser clairement une voie concurrente à l'accouchement anonyme qui permette la conservation de l'identité de la femme dans la confidentialité
 - Supprimer la possibilité pour les parents de demander le secret de leur identité lors de la remise de l'enfant aux services sociaux, lorsque la filiation de l'enfant est déjà établie à leur égard.
 - Conserver la possibilité d'entrer anonymement dans un établissement médical pour y accoucher
- Favoriser une mise en œuvre réversible du droit à la discrétion de la femme qui accouche.

§2. Conserver le nom comme marqueur de la paternité

L'insertion parmi les textes relatifs à la filiation de dispositions sur le nom de l'enfant naturel (art. 334-1 à 334-6 C. civ.) ainsi que l'unification des filiations légitime et naturelle oblige à proposer des solutions nouvelles et les plus uniforme possible pour la transmission du nom. La question de la transmission du nom est liée à de nombreux paramètres à caractère à la fois statutaires et identitaires qui en font une question complexe.

Un parti radical pourrait consister, à l'instar des systèmes anglo-saxons, à abandonner le nom au libre choix des individus. Notre tradition se situe à l'opposé et un bouleversement radical ne semble pas souhaitable, ni même souhaité au nom de la liberté individuelle.

La commission propose en conséquence de continuer à lier en principe le nom à la filiation pour que l'un soit le miroir de l'autre. Il est cependant souhaitable que dans certaines hypothèses, cette idée ne soit pas poussée jusqu'à des conséquences préjudiciables.

Puisque le nom est le reflet de la filiation, il suit les aléas qui affectent celle-ci : le nom transmis étant actuellement le plus souvent celui du père, les contestations de paternité ont un impact qui peut se révéler préjudiciable au porteur du nom lorsqu'elles sont tardives. La loi du 8 janvier 1993 a tenté de remédier au problème en posant que l'établissement ou le changement du lien de filiation n'entraîne le changement de patronyme des enfants majeurs qu'avec leur accord (art. 61-3 C. civ.). La solution mérite certainement d'être conservée et sans doute amplifiée.

Afin d'introduire davantage de souplesse concernant l'enfant mineur qui continue de subir de plein fouet l'effet mécanique des contestations de sa filiation sur le nom, la commission propose que le juge dispose dans ce cas d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de déroger au changement de nom lorsque des circonstances particulières laissent prévoir le caractère traumatisant de la modification.

En matière de nomination, le principal problème consiste cependant dans l'équilibre à trouver au sujet des règles de transmission du nom.

Une transmission du nom liée à la filiation peut globalement s'envisager autour de trois cas de figure dont certains peuvent se combiner entre eux : la prééminence paternelle, le double nom, le choix d'un nom de famille lors de la constitution de celle-ci. Aucune des solutions ne permet de satisfaire à la fois l'égalité des sexes, l'égalité des filiations, l'indisponibilité du nom, tout en restant suffisamment simple pour être mise en œuvre par les services de l'état civil et ne pas présenter d'inconvénient en cas de rupture familiale. La question est donc au plus haut point une question de choix des principes que le législateur souhaite promouvoir.

La prééminence paternelle dans la transmission du nom est héritée de l'histoire. Elle est actuellement très fortement contestée au nom de l'égalité des sexes. Elle offre pourtant l'avantage d'équilibrer socialement les liens de filiation paternelle et maternelle : la maternité est toujours visible en raison de la gestation et la paternité est toujours a priori incertaine et découle d'une désignation : le port par l'enfant du nom du père est la manifestation sociale et publique de cette désignation de la filiation paternelle. De plus, la transmission de principe du nom du père par un automatisme légal évite de mettre la nomination dans le débat familial. L'atteinte à l'égalité des sexes n'est donc pas totalement injustifiable : la question est surtout de savoir si cette justification est suffisante pour permettre une dérogation à l'égalité des sexes. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme retient en effet de manière générale que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatibles avec la convention une différence de traitement

fondée exclusivement sur le sexe¹⁸. L'attribution du nom entre dans le champ des Droits de l'Homme.

- Le système du double nom (cf Espagne) offre l'avantage de permettre une égalité juridique parfaite dans un premier temps : c'est un système qui maximalise donc en apparence l'égalité des sexes. On doit cependant souligner qu'il conduit tout de même nécessairement, pour des raisons pratiques évidentes, à éliminer une des deux lignes parentales à la génération suivante. L'égalité ne dure donc qu'un temps et la loi impose le nom qui sera transmis – celui du père : le nom de la mère n'est porté qu'un temps.

L'avantage de ce système par rapport à celui que nous connaissons actuellement en droit positif et qui autorise le port, à titre d'usage, d'un double nom composé du nom transmis (en général le nom paternel) et du nom de l'autre parent (art. 43 L. 23 déc. 1985) n'est donc pas si considérable qu'on le dit parfois. La différence réside surtout dans la liberté de choix du nom transmis ; mais on retrouve alors les inconvénients de tout système fondé sur le choix : une certaine mise dans le débat familial du nom qui réalise une atteinte à l'indisponibilité.

De plus, comme le prouvent les expériences étrangères, le nom du père étant le plus souvent retenu pour être transmis, le gain est maigre en matière d'égalité effective des sexes. Le gain de sens sur le terrain de l'égalité des sexes est socialement faible, pour une perte significative de sens en matière d'inscription des filiations.

- Le choix entre le nom maternel, le nom paternel ou le double nom offre l'avantage d'une liberté maximale des parents. Il présente cependant plusieurs inconvénients.

- D'une part, l'idée d'abandonner la nomination à un choix est elle-même susceptible d'être contestée : autoriser un choix des parents, même sur la base d'un commun accord, c'est soumettre la nomination à des rapports de force au sein du couple et entre les familles respectives, ainsi qu'à des appréciations ou à des intérêts qui peuvent être fluctuants dans le temps (par exemple en fonction de l'entente ou de la discorde dans le couple). L'attribution du nom en vertu de la loi et non d'un choix personnel, qui constitue le principe d'indisponibilité du nom, paraît encore présenter certaines vertus.

- D'autre part, la mise en œuvre du choix est difficile à réaliser de manière pleinement satisfaisante. Mis en application sans distinction à toutes les familles, il ouvre aux parents la possibilité de faire varier le nom transmis dans la fratrie. Il ne semble pas forcément très sain que les parents puissent apaiser une soif d'égalité par un recours alternatif au nom du père ou de la mère qui briserait l'unité de nom dans la fratrie. C'est pourquoi des législations¹⁹ obligent les parents à un choix au sujet du nom transmissible au moment de la constitution de famille : la réalisation d'une telle solution est aisée en cas de mariage qui offre un support facile à la décision sur le nom ; elle l'est beaucoup moins pour les familles naturelles, faute de

¹⁸ Burghartz c/ Suisse, 22 fév. 1994.

¹⁹ Voir Allemagne, loi du 16 décembre 1993.

pouvoir connaître avec sûreté et simplicité, le choix fait lors de la naissance du ou des précédents enfants.

On en est alors réduit à ne proposer que la possibilité d'un nom matrimonial, commun à tous les membres de la famille légitime et définitivement arrêté au moment du mariage. L'égalité des sexes n'est que très partiellement atteinte, au prix surtout d'une inégalité entre couples mariés et couples non mariés. De plus la solution présente des inconvénients majeurs en cas de rupture du couple si l'unité s'étend obligatoirement aux membres du couple eux-mêmes : eu égard à l'instabilité actuelle du lien matrimonial, c'est sans doute un contresens historique que d'imposer aux futurs époux un choix déterminé qui pourra porter sur un des noms patronymiques du couple : en cas de divorce, ce choix risque d'être préjudiciable à celui qui aurait abandonné l'usage de son nom, en l'état des mœurs, le plus souvent la femme. Au nom d'une apparente égalité dans la désignation d'un nom de famille, on crée alors de réelles inégalités de fait qui se révèlent ultérieurement. C'est d'ailleurs dans de telles circonstances que la Cour européenne des Droits de l'Homme a été appelée à se saisir de la question du nom²⁰ et non pour condamner la transmission à l'enfant du nom du père.

Au vu de l'ensemble de ces paramètres et malgré de forts courants qui, au nom de l'égalité des sexes, réclament la transmissibilité du nom de la mère, la commission pense qu'il n'est pas opportun de fragiliser la transmission du nom du père, alors que par ailleurs les lignes directrices des réformes proposées s'attachent à ne pas dévaloriser la place de celui-ci dans le droit de la filiation ou de l'autorité parentale. Dans notre société, le lien social de maternité est toujours clairement repéré ; en revanche, la place du père a subi depuis quelques décennies de profondes mutations qui sont allées de pair avec le partage de l'autorité parentale (loi du 4 juin 1970) et l'accroissement du nombre des séparations entre le père et ses enfants du fait de la désunion du couple : ouvrir la transmissibilité du nom de la mère crée de nouveaux déséquilibres et de nouveaux enjeux qui contiennent indirectement le risque de porter une atteinte supplémentaire à l'image de la paternité.

La Commission pense qu'il existe des éléments intangibles relatifs à l'état de l'enfant qui ne sont pas soumis à la discussion des parents. Ces considérations importantes doivent primer sur une égalité purement abstraite conçue au regard des rapports du couple et non au regard de la relation parents-enfant. Loin de réduire les difficultés, une vision simpliste et des solutions purement géométriques risque au contraire d'en créer.

Sur ces bases, la commission propose concrètement le système suivant qui peut s'appliquer à la filiation en ou hors mariage. L'enfant pourrait acquérir le nom de son père si la filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre parent. Sinon, il acquerrait le nom de celui de ses deux parents à l'égard de qui la filiation est établie en premier lieu ; cependant, l'enfant pourrait prendre le nom de celui à l'égard de qui la filiation a été établie en second lieu, si les deux parents en font la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil lors de l'établissement par reconnaissance de la seconde filiation avant que l'enfant ait atteint l'âge d'un an. De plus, sur démonstration d'un intérêt légitime, le changement de nom pourrait être

²⁰ Burghartz c/ Suisse, 22 fév. 1994

demandé par voie judiciaire par un parent ou l'enfant majeur. Le contrôle du juge et le critère relativement malléable qui est proposé offriraient un compromis acceptable entre l'indisponibilité du nom et le besoin de souplesse.

Le grand inconvénient d'un tel système est l'inégalité des sexes ; son plus grand avantage est le sens fort dont il est porteur pour la filiation.

En se mariant, ou en établissant la filiation de manière simultanée, le père et la mère sont réputés être d'accord pour transmettre le nom paternel à l'enfant ; cette présomption peut être contredite, puisque l'un des parents, ou plus tard l'enfant, peuvent demander un changement de nom si tel est l'intérêt de ce dernier.

Par le port de son nom, le père donne un tour public à sa paternité et la mère conforte ouvertement cette désignation dont la caractéristique est toujours d'être entachée d'une incertitude. La communauté de démarche vient aussi au soutien de la paternité en lui donnant, avec l'accord présumé du couple, une publicité qui lui fait naturellement défaut. Le mariage, par l'acceptation préalable du statut global qu'il constitue, ou l'établissement concomitant des deux filiations dans la famille naturelle — c'est-à-dire des actes qui supposent toujours un accord et un engagement commun du couple — renforce la paternité et souligne la responsabilité commune des parents dans la désignation du père, sans pour autant soumettre, comme dans certains systèmes critiquables au regard des Droits de l'Homme, l'établissement de la filiation paternelle à l'accord de la mère.

La commission a souhaité aller le plus loin possible dans cette philosophie qui utilise une démarche commune du couple pour consolider symboliquement la paternité à partir de la nomination. L'établissement de la filiation maternelle par indication du nom de la mère dans l'acte de naissance pourrait imposer une certaine limite en favorisant la primauté dans le temps de la filiation maternelle, si le couple n'est pas marié et qu'il n'a pas procédé à l'établissement de la paternité avant la rédaction de l'acte de naissance ou à ce moment là. Mais la règle « mater semper certa est » ne constitue pas une gêne considérable si l'on admet par ailleurs le principe qu'une déclaration commune des parents permet de faire porter le nom de l'autre parent. Pour ne pas engendrer une instabilité excessive du nom préjudiciable à l'enfant, cette déclaration ne devrait toutefois être possible dans un temps limité. Le délai d'un an après la naissance concorderait avec celui qui a été choisi en matière d'autorité parentale pour l'attribution de l'exercice en commun ; il est la marque d'un souci précoce pour l'enfant et éviterait que des reconnaissances paternelles tardives — qui sont souvent de complaisance — ne puissent produire trop facilement d'effet sur des éléments fondamentaux de l'identité de l'enfant tels que le nom.

Si l'on procède à un bilan global du système proposé pour la transmission du nom, on trouve du côté des avantages : l'affirmation de l'indisponibilité du nom ; l'absence d'affaiblissement symbolique de la paternité ; l'adéquation entre les règles retenues et les pratiques majoritaires issues de notre histoire, dans un domaine où la coutume n'est pas à mésestimer ; la possibilité pour l'enfant de changer de nom en cas de besoin avéré en prenant le nom de celui qui ne lui a pas transmis le sien ; la simplicité — qui n'est pas une mince vertu, tout système vraiment égalitaire étant soit outrancièrement simpliste soit excessivement complexe pour un résultat de fait parfois très décevant ; le réalisme, la tenue de l'état civil ou la capacité des tiers et

des administrations à s'adapter ayant aussi ses limites. Du côté des inconvénients figurent l'absence d'uniformité totale, la famille hors mariage pouvant dans une certaine mesure choisir par l'ordre des reconnaissances le nom à transmettre — encore que pour cela, il lui faille prendre le risque de ne pas reconnaître de manière prénatale et sacrifier la symbolique d'un établissement concomitant ; l'absence d'égalité totale en fonction du sexes, la transmission du nom du père restant dans le système proposé le modèle dominant lorsque la famille est unie.

Propositions :

- **Conserver la transmission du nom du père comme dénominateur commun des filiations établies conjointement par les parents.**
- **Conserver la possibilité de porter à titre d'usage un double nom, non transmissible, composé de l'addition du nom des deux parents et inscrire cette possibilité dans le Code civil.**
- **Donner la possibilité aux parents et à l'enfant de changer de nom sous contrôle judiciaire pour prendre le nom du parent qui ne lui a pas transmis le sien.**
- En cas de changement dans la filiation, autoriser l'enfant, sous contrôle du juge, à conserver le nom qu'il portait précédemment.

CHAPITRE II

CONFORTER L'AUTORITE PARENTALE

La grande réforme du 4 juin 1970 qui substitua à l'ancienne puissance paternelle l'autorité parentale, reposait sur trois grands principes, repris et développés en 1987 et en 1993. Tout d'abord, l'autorité parentale est une fonction, c'est à dire un ensemble de droits et de devoirs corrélatifs : chaque droit reconnu aux père et mère n'est que l'autre face d'un devoir qui leur est imposé ; cette fonction est finalisée : elle appartient aux père et mère pour protéger l'enfant et assurer son éducation. Ensuite, la loi a posé le principe d'égalité des père et mère : égalité de droit, mais aussi égalité de devoirs. Enfin, a été peu à peu affirmé le principe de coparentalité, c'est à dire l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni. Ces trois grands principes sont toujours d'actualité. On les trouve d'ailleurs à l'œuvre dans d'autres législations européennes.

La question qui se pose n'est donc pas celle d'un bouleversement complet du droit de l'autorité parentale, mais plutôt de l'achèvement d'un mouvement commencé en 1970 afin de tirer toutes les conséquences des principes posés à l'époque et de donner plus de cohérence à des règles retouchées depuis à différentes reprises.

De plus, les transformations qu'ont connus les modes de vie familiaux, rendent nécessaires une réforme, non seulement pour répondre à de nouveaux besoins, mais encore pour affirmer (ou réaffirmer) un certain nombre de principes. En particulier la constitution de plus en plus fréquente de familles hors mariage, l'augmentation des séparations, en mariage ou hors mariage, ne peuvent que retentir sur le droit de l'autorité parentale. Le premier phénomène se conjugue

d'ailleurs avec une exigence de plus en plus forte d'égalité entre enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance ; or abolir les différences entre enfants naturels et légitimes conduit à repenser un certain nombre de règles en matière d'autorité parentale. Les deux autres phénomènes posent de façon nouvelle le problème de la coparentalité et, au delà, de la place du père. On sait en effet que pour des raisons diverses, de plus en plus d'enfants sont assumés au quotidien par leur mère et ne voient leur père que de façon épisodique²¹. Comment redonner au père toute la place qui lui revient auprès de l'enfant ? Il s'agit moins là de reconnaître de prétendus « droits des pères » que de respecter le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents : les circonstances de la vie peuvent éloigner le père de l'enfant, s'il ne peut l'en empêcher, le droit ne doit pas, par ses dispositions comme par ses silences, favoriser la rupture.

Par ailleurs, le développement des recompositions familiales pose le problème de la place du beau parent (c'est à dire le conjoint ou le concubin d'un des parents de l'enfant), et plus généralement des tiers qui peuvent être amenés à vivre avec l'enfant, à participer à son éducation, à assurer parfois sa protection. Faut-il reconnaître en droit ce que certains appellent la multiparentalité ? Faut-il donner un statut au beau-parent ? Faut-il créer entre l'enfant d'une part, son beau-père, sa belle-mère et leur famille d'autre part, un réseau de droits et de devoirs en matière personnelle et patrimoniale ? Faut-il simplement accorder au beau-parent ou plus généralement au tiers qui assume la charge de l'enfant un certain nombre de pouvoirs qui lui permettent d'assurer en droit une mission qu'il remplit en fait ? Comment garantir à l'enfant la stabilité des liens affectifs ainsi créés face à d'autres ruptures ?

De façon générale, cette montée des séparations et cette apparition de nouvelles formes de vie en famille s'accompagnent de la revendication d'une plus grande liberté dans l'organisation de leur vie familiale, ce qui pose de façon nouvelle le problème des accords, pactes et conventions en matière familiale.

Enfin, la problématique de l'autorité parentale a été renouvelée par la reconnaissance des droits de l'enfant. Certes, il convient de se garder des caricatures : la puissance paternelle ne fut jamais cette puissance aveugle des pères sur leurs enfants que l'on se plaît parfois à décrire ; même dans le Code Napoléon, l'intérêt de l'enfant constituait la mesure des droits et devoirs des père et mère. La reconnaissance des droits de l'enfant par la Convention internationale des droits de l'enfant a cependant constitué un progrès capital. Les propositions formulées par la Commission s'inspirent largement des principes posés par ce texte.

Plus généralement, de nombreux textes internationaux, et au premier chef des textes de source européenne, ont posé plusieurs principes qui au delà des différences des législations internes constituent une sorte de droit commun de l'enfance. Quatre grandes idées s'en dégagent avec une force particulière : droit de l'enfant à une famille, primauté de la famille par rapport aux autorités publiques,

²¹ 15,7% des enfants mineurs ne vivent pas avec leur père. Sur l'ensemble des enfants vivant avec leur mère, 20% des enfants voient leur père toutes les semaines, 20% tous les quinze jours, 5% une fois par mois, 18% moins d'une fois par mois. 24% ne le voient plus du tout, cf. I. Théry, *Rapport préc.*, p. 51.

sociales ou judiciaires, droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et en toute hypothèse de conserver des relations avec ses deux parents, prise en compte de l'avis, et plus généralement des besoins d'expression et d'information, de l'enfant. La Commission a entendu promouvoir ces grands principes.

Dans le même temps, beaucoup mettent aujourd'hui l'accent sur l'importance du rôle des parents dans l'éducation, et plus généralement, dans la socialisation de l'enfant. Il n'est plus question d'opposer famille et société, mais de souligner la complémentarité de leurs missions : la société ne peut se substituer aux père et mère ; les père et mère ne peuvent se reposer sur la société. Afin de responsabiliser les père et mère, il est parfois proposé de prévoir des sanctions, sanctions pénales ou suppression de certaines prestations, à l'encontre des parents démissionnaires. Il serait préférable de commencer par mettre en valeur le rôle éminent qui incombe aux parents.

Une réforme du droit de la famille devrait en conséquence viser quatre objectifs : valoriser l'autorité parentale, renforcer le principe de coparentalité, reconnaître la place des tiers, promouvoir les droits de l'enfant.

Section 1. Valoriser l'autorité parentale

Valoriser l'autorité parentale, passe, symboliquement, par la réaffirmation de l'importance de la fonction parentale ; en pratique, un redéploiement des textes pourrait permettre de rendre plus lisibles les règles de l'autorité parentale.

§ 1. Réaffirmer l'importance de la fonction parentale

Du fait même qu'ils sont parents, les père et mère ont à l'égard de leur enfant un droit et un devoir d'autorité. Afin de rappeler que ces deux aspects de la fonction parentale sont indissolublement liés, il est proposé de conserver le terme d'autorité parentale. Il convient également de souligner le caractère intangible de cette fonction.

A. Conserver le terme d'autorité parentale

Le terme d'autorité parentale est parfois critiqué : autorité ferait songer à autoritaire, voire à autoritarisme ; l'accent serait mis sur les droits des parents, alors que ces derniers ont aussi des devoirs, qu'ils ont une responsabilité de parents. Aussi certains ont-ils proposé de remplacer autorité parentale par responsabilité parentale (cf. la Convention internationale des droits de l'enfants) ou, à l'imitation de certains droits étrangers, par soins parentaux.

Il semble cependant préférable de conserver le terme d'autorité parentale choisi en 1970. Il traduit le mieux en effet le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents. Comme le souligne le Rapport Théry, « les parents n'ont pas que des responsabilités, mais aussi un « devoir d'exigence » à l'égard des enfants, permettant sa socialisation. Dévaloriser ce devoir serait affaiblir la signification du lien de filiation²² ». Etymologiquement, le mot autorité vient d'ailleurs du latin *auctoritas*, qui dérive du mot *augere* : augmenter, accroître, ce qui reflète bien le rôle des père et mère. Par ailleurs, le terme de responsabilité est particulièrement ambigu : non seulement, il a en droit des significations bien précises (responsabilité civile, responsabilité pénale), mais encore, il est chargé dans le langage courant de très fortes connotations (contentieux, dommage, culpabilité).

Pour responsabiliser les père et mère, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité ; il convient aussi d'insister sur les pouvoirs qui leurs appartiennent pour mener à bien leur mission : il y a responsabilité parce qu'il y a autorité. Et l'on a dit combien il paraissait aujourd'hui important de réaffirmer cette autorité, moins peut être à l'égard des enfants ou des tiers qu'à l'égard des parents eux-mêmes.

Dans la même perspective, il semblerait opportun de conserver tel quel l'actuel article 371 selon lequel : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ». Cette règle, qui reprend un des commandements du Décalogue, date de 1804. Certains auraient souhaité le supprimer, le jugeant archaïque. D'autres auraient voulu le modifier en affirmant la réciprocité d'honneur et de respect qui doit unir parents et enfants.

Après discussion, la Commission s'est prononcée en faveur de son maintien à l'identique en raison de sa forte valeur symbolique : alors que l'on parle beaucoup de revaloriser la fonction parentale et de responsabiliser les père et mère, il convient d'affirmer en tête des dispositions relatives aux relations entre parents et enfants l'autorité des père et mère. De plus, si la Commission a pour objectif de mieux

²² *Rapport*, p. 190.

reconnaître les droits de l'enfant, elle entend aussi souligner que comme toute personne juridique, l'enfant n'a pas que des droits, mais aussi des devoirs, et au premier chef à l'égard de ses parents.

B. Souligner le caractère intangible de l'autorité parentale

Dès lors que le lien de filiation est juridiquement établi, le père et la mère sont titulaires de l'autorité parentale. Sauf cas particulier, ils en ont l'un et l'autre l'exercice²³. Seul un retrait de l'autorité parentale (on parlait naguère de déchéance) peut priver les père et mère de la titularité de l'autorité parentale, c'est à dire de leur fonction de parents.

Que l'on vive ou non avec l'enfant, que l'on partage ou non l'exercice de l'autorité parentale, on est parent pour toujours. Nul, sinon le juge (dans des cas bien spécifiés par la loi) ne peut remettre en cause le caractère intangible des liens entre l'enfant et ses parents.

Afin de rappeler un principe qui s'impose aux tiers, mais aussi aux parents eux-mêmes, la Commission propose d'inscrire parmi les textes placés en tête des règles de l'autorité parentale un article selon lequel : « Hors dispositions légales ou décision judiciaire, nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les père et mère de leurs droits et devoirs de parents, ni les dispenser de leur accomplissement ».

²³ cf. *infra*

§ 2. Rendre plus lisibles les règles de l'autorité parentale

Dans le Code civil, les règles de l'autorité parentale ont été construites autour du modèle de la famille légitime unie. Certes, le législateur est intervenu depuis 1970 pour étendre aux enfants nés hors mariage la plupart des règles relatives aux enfants nés en mariage. Mais la structure traditionnelle est encore visible dans les textes. De plus, sont traités au titre du divorce un certain nombre de problèmes qui intéressent en réalité tous les cas de séparation : séparation de fait des époux, séparation des concubins.

Cette présentation est non seulement complexe, mais encore peu cohérente au regard des principes d'égalité et de coparentalité qui animent aujourd'hui le droit de l'autorité parentale. Il semblerait donc opportun d'une part, de reconstruire les règles de l'autorité parentale autour de ces deux principes, d'autre part, de créer une sorte de droit commun de la séparation.

A. Reconstruire les règles de l'autorité parentale à partir des principes d'égalité entre enfants et de coparentalité.

La suppression des dernières discriminations frappant l'enfant naturel et, au delà, la disparition des termes même d'enfant légitime et naturel proposées par la Commission, pourrait fournir l'occasion d'achever l'œuvre entreprise en 1993. Avant 1993 en effet étaient d'abord exposées les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale dans la famille légitime (art. 372 et s.), puis, en fin de section, celles qui étaient applicables dans la famille naturelle. Le législateur de 1993 a innové en distinguant exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille légitime et dans la famille naturelle (art. 372 et s.), situations particulières, puis règles subsidiaires pour la famille naturelle (art. 374 et s.) lorsque les conditions posées à l'article 372 al. 2 ne sont pas remplies²⁴. Il semblerait opportun de ne plus ordonner du tout les règles de l'autorité parentale autour de la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels, mais d'exposer dans un premier temps les règles de l'exercice en commun de l'autorité parentale, applicables en principe à tout enfant (dès lors du moins que sa filiation est établie) puis les situations particulières (exercice unilatéral, enfant confié à tiers).

²⁴ cf. *infra*

B. Construire un droit commun de la séparation

Pour ce qui est des enfants, divorce, séparation de fait, séparation de corps, séparation des concubins posent des problèmes tout à fait semblables. Certes, le divorce se distingue des autres hypothèses par l'intervention systématique d'un juge alors que les autres cas de séparation se caractérisent souvent par l'absence de régulation judiciaire, ce qui d'ailleurs ne fait parfois que retarder la montée des conflits devant le juge.

Afin de tirer les conséquences de ce double constat, il est proposé de rapprocher en droit les différentes situations. En matière de divorce, il s'agirait de séparer, autant que possible, les problèmes d'autorité parentale des autres questions liées au règlement du divorce, en permettant aux père et mère de soumettre à l'homologation du juge aux affaires familiales une convention réglant les conséquences de leur séparation à l'égard des enfants, quel que soit le cas de divorce. Dans les autres hypothèses, l'accès au juge serait facilité : les époux séparés de fait ou les concubins séparés pourraient également soumettre au juge une convention réglant les modalités d'exercice de l'autorité parentale²⁵. De plus, un certain nombre de règles inscrites jusque là au titre du divorce mais utilisées dans toutes les procédures de séparation figureraient désormais parmi les textes consacrés à l'autorité parentale.

Propositions :

Conserver le terme d'autorité parentale.

Souligner le caractère intangible de l'autorité parentale en affirmant que "Hors dispositions légales ou décision judiciaire, nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les père et mère de leurs droits et devoirs de parents, ni les dispenser de leur accomplissement".

Reconstruire les règles de l'autorité parentale à partir des principes d'égalité entre enfants et coparentalité.

Construire un droit commun de la séparation en regroupant au titre de l'autorité parentale toutes les dispositions relatives à l'autorité parentale dans les familles désunies.

Section 2. : Renforcer le principe de coparentalité

Face à la multiplication des naissances hors mariage et des séparations, il paraît essentiel de réaffirmer le principe de coparentalité, quelles que soient les circonstances de la vie familiale. A cette fin, il convient de reconstruire les règles de l'autorité parentale à partir du couple parental et d'assurer le respect de la mission qui appartient aux père et mère.

§ 1. Construire l'autorité parentale sur le couple parental

L'expression de couple parental peut paraître ambiguë lorsque les parents ne vivent plus ensemble et ont parfois construit un autre couple, une autre famille, en mariage

²⁵ cf. *infra*

ou hors mariage. Il n'en reste pas moins que même si les père et mère sont séparés, ils ne sont pas parents séparément : c'est pour bien signifier que l'enfant a deux parents, investis d'une mission éducative commune, que l'on utilisera la formule couple parental.

La volonté de construire l'autorité parentale sur le couple parental passe par la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais aussi par l'octroi de plus de liberté aux père et mère dans l'organisation concrète de leur vie familiale.

A. Généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale

Il s'agit d'achever l'œuvre entreprise à partir de 1970 dans la famille unie puis dans la famille désunie, dans la famille construite sur le mariage puis dans la famille créée hors mariage.

Cette volonté doit se combiner avec un objectif plus général : la suppression des différences existant entre enfants nés en mariage et hors mariage et la disparition des notions mêmes de filiation légitime et naturelle²⁶. Pour construire cet ensemble de règles communes à tous les enfants, trois pistes doivent être explorées :

- la création d'un droit commun de l'autorité parentale au titre « De l'autorité parentale », regroupant presque toutes les règles relatives à l'autorité parentale en y intégrant des dispositions qui figuraient jusque là au titre du divorce mais qui, en pratique, étaient appliquées à toutes les hypothèses de séparation²⁷.

- la mise en place de textes qui non seulement n'édicte pas de règles différentes selon les circonstances de la naissance de l'enfant, à l'instar des actuels articles 372 et 374 c. civ., mais encore qui tentent de ne faire aucune distinction dans leurs termes mêmes entre enfants nés hors mariage et en mariage.

- l'instauration de règles posant le principe d'un exercice en commun de l'autorité parentale quels que soient les aléas de la vie du couple : juridiquement, la séparation ne doit plus apparaître comme une coupure dans l'exercice de l'autorité parentale, mais comme une simple donnée rendant nécessaire un aménagement des modalités d'exercice de celle-ci.

1. Après divorce

Depuis 1993, l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés est la règle²⁸. En pratique le système est retenu dans plus de 90% des cas²⁹. Afin de

²⁶ cf. *supra*

²⁷ cf. *supra*

²⁸ L'actuel article 287 du code civil dispose qu'en cas de divorce « L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ».

²⁹ cf. *La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la*

bien marquer que les aléas de la vie du couple ne remettent pas en cause la fonction parentale, la Commission a proposé de reformuler l'article 286 du Code civil pour affirmer que « Le divorce n'emporte par lui-même aucun effet sur les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants³⁰ ».

2. Dans la famille construite hors mariage

La loi du 8 janvier 1993 a posé le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale lorsque deux conditions sont réunies : la filiation a été établie à l'égard des deux parents dans l'année de la naissance de l'enfant, les parents vivent ensemble lors de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance (art. 372 al. 2 c. civ.). A défaut, l'autorité parentale est exercée par la mère mais les parents peuvent passer à un exercice en commun de l'autorité parentale par deux moyens : déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou demande au juge aux affaires familiales (art. 374 c. civ.).

Un tel système paraît peu satisfaisant. Tout d'abord, si l'exigence de vie commune s'explique par le souci de s'assurer que les deux parents élèveront ensemble leur enfant, elle pose des problèmes de preuve que l'acte de communauté de vie instauré à l'article 372-1³¹ n'a pas résolu : il semble même que certains parents recourent à une déclaration conjointe ou s'adressent au juge aux affaires familiales alors qu'ils exercent déjà en commun l'autorité parentale au titre de l'article 372, afin de disposer d'un document prouvant avec certitude aux tiers qu'ils exercent en commun cette autorité.

Quant à la règle subsidiaire selon laquelle lorsque les deux conditions visées par l'article 372 ne sont pas remplies, la mère exerce seule l'autorité parentale, elle peut certes se comprendre car le plus souvent la charge de l'enfant lui incombe en cas de séparation. Mais elle n'en heurte pas moins le principe d'égalité des père et mère en tant que parents.

En toute hypothèse, les règles de l'autorité parentale doivent être coordonnées avec celles de la filiation et notamment avec le principe *mater semper certa* que la Commission propose d'affirmer en droit français³².

Enfin, il convient de tirer toutes les conséquences de la suppression de la distinction entre filiation légitime et naturelle et de tenter de poser des règles suffisamment générales pour englober les différentes situations.

généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale, Rapport pour le Ministère de la Justice, sous la direction de H. Fulchiron, 1997.

³⁰ L'actuel article 286 dispose de façon pour le moins négative que « Le divorce laisse subsister les droits et devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve des règles qui suivent ».

³¹ Selon ce texte : « Il est justifié de la communauté de vie entre les père et mère au moment de la reconnaissance de leur enfant par un acte délivré par le juge aux affaires familiales établi au vu des éléments apportés par le demandeur.

Ni l'acte ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours ».

³² cf. *supra*

Plusieurs systèmes pouvaient être envisagés. Une première solution, souvent proposée, aurait consisté à lier l'exercice en commun de l'autorité parentale à un établissement simultané des filiations paternelle et maternelle, ce qui est la règle pour l'enfant né en mariage et ce qui, pour un enfant né hors mariage suppose une reconnaissance conjointe, donc une sorte de manifestation de volonté des père et mère d'assumer ensemble la charge de l'enfant. Serait ainsi affirmé le principe de co-parentalité, dans ses différentes dimensions : filiation et autorité parentale. Mais l'adoption du principe *mater semper certa*³³, ne permet pas de retenir une telle solution : la filiation maternelle étant automatiquement établie par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance, la reconnaissance maternelle n'est plus indispensable. Au demeurant, on ne peut pas ne pas s'interroger sur les ambiguïtés d'un système qui met en avant la volonté individuelle alors que l'autorité parentale est une fonction, et que son exercice est pour les parents un devoir autant qu'un droit.

Une autre solution aurait été de conserver le système actuel³⁴ en supprimant cependant l'exigence, contestée, de vie commune. Les textes actuels présentent cependant l'inconvénient majeur de maintenir la prédominance maternelle à titre subsidiaire.

Une troisième solution a été envisagée par la Commission : lier établissement de la filiation et exercice de l'autorité parentale. Dès lors que la filiation serait établie à l'égard des père et mère, ceux-ci seraient non seulement titulaires de l'autorité parentale, mais l'exerceraient en commun. Un tel système aurait cependant été lourd de dangers en cas d'établissement tardif de la filiation. En particulier, un exercice automatique de l'autorité parentale par un père qui aurait reconnu l'enfant plusieurs années après la naissance, parfois sans même que la mère en soit avertie, aurait risqué de bouleverser l'équilibre familial, voire, a-t-on dit d'exposer l'enfant à des risques d'enlèvement.

La Commission s'est donc ralliée à un texte d'équilibre : les père et mère exercent en commun l'autorité parentale dès lors que la filiation est établie, mais à condition qu'ils aient clairement manifesté leur volonté d'assumer pleinement leur fonction de parents. Tel est le cas lorsque les parents sont mariés. Tel est également le cas lorsque l'enfant est né hors mariage mais que la filiation a été très rapidement établie : il est donc proposé de reprendre l'actuel délai d'un an. Les père et mère exerceraient donc en commun l'autorité parentale dès lors que la filiation a été établie dans l'année de la naissance de l'enfant. Tel sera le cas, par définition, pour les enfants nés en mariage. Tel sera également le cas pour la plupart des enfants nés hors mariage : côté maternel, la règle *mater semper certa* rendra encore plus sûr l'établissement de la filiation ; côté paternel, sur 10 enfants dont la filiation paternelle est établie, 9 ont leur filiation établie avant l'âge d'un an³⁵.

³³ cf. *supra*

³⁴ Art. 372 al 2

³⁵ Sur 100 enfants nés hors mariage en 1994, il est estimé 92% devraient avoir leur filiation paternelle établie ; 85,4% ont été reconnus par leur père avant l'âge de 1 an, dont 82,6% avant l'âge d'1 mois et 36,9% avant la naissance, cf. F. Munoz-Perez et F. Prioux, *Les enfants nés hors mariage en France depuis 1965, Statut et changement de filiation*, INED, 1999)

Dans les hypothèses quantitativement marginales où la filiation ne serait pas établie dans l'année de la naissance à l'égard du père ou, de façon tout à fait exceptionnelle, à l'égard de la mère (cf. la règle *mater semper certa*), il est proposé de substituer à la règle affirmant la prééminence de la mère, une règle plus simple et plus égalitaire : le parent dont la filiation est déjà établie continue à exercer seul l'autorité parentale.

Un exercice en commun de l'autorité parentale pourrait cependant être mis en place selon les deux procédures actuellement existantes : une déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou une décision du juge aux affaires familiales.

A l'inverse, si les parents sont séparés lors de la naissance de l'enfant ou se séparent ultérieurement, ils pourraient recourir aux règles des articles 373 et s. qui devraient constituer une sorte de droit commun de la séparation³⁶.

La valorisation du couple parental passe aussi par l'octroi de plus de liberté aux père et mère pour construire leur couple de parents.

B. Donner plus de liberté aux père et mère pour construire leur couple parental.

Pour responsabiliser les parents il convient de leur reconnaître plus de liberté pour aménager l'exercice en commun de l'autorité parentale et prendre en main l'avenir de leur famille, au lieu de voir plaquer un système préfabriqué sur leur situation particulière.

1. Ouvrir de nouveaux champs aux accords des père et mère

Le législateur contemporain a marqué sa faveur pour les accords des parents dans le règlement des conséquences de la séparation : obligatoires en cas de divorce sur requête conjointe, les accords figurent parmi les éléments que le juge est invité à prendre en considération dans les autres hypothèses.

La Commission propose d'aller beaucoup plus loin et de faire des conventions passées entre parents le mode de règlement de principe des conséquences de la séparation à l'égard des enfants. Un texte général valable pour les parents mariés en cas de divorce, de séparation de corps ou de séparation de fait, mais aussi pour les parents non mariés, affirmerait que si les parents vivent séparément, ils peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent les règles de leur contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Un tel système présente au moins deux avantages. Il s'agit tout d'abord de responsabiliser les parents en leur permettant de prendre en main les conséquences de leur séparation, tant il est vrai que les solutions élaborées en commun seront sans doute mieux respectées, mieux assumées, que des décisions imposées de l'extérieur. Au demeurant, il semble que les parents soient les mieux placés pour adapter l'organisation de la vie de leur enfant à ses besoins et pour inventer des solutions qui prennent en compte la spécificité de leur situation, de leur disponibilité, de leur contraintes professionnelles ou autres : on échapperait ainsi aux standards

³⁶ cf. *supra*

judiciaires (« à défaut de meilleur accord, une semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires) si ancrés dans les pratiques que certains les croient édictés par la loi et dont l'effet est sclérosant. Il s'agit ensuite de permettre de séparer autant que possible les problèmes de couples, mariés ou non mariés, des problèmes relatifs aux enfants. Certes, les deux séries de questions sont liées, mais il paraît opportun de favoriser l'émergence d'accords au sujet des enfants, même si, pour le reste, le juge peut être appelé à trancher.

Pour autant le juge conserverait sa mission de gardien de l'intérêt de l'enfant : la convention devrait être homologuée et le juge pourrait refuser l'homologation si les prévisions des parents lui semblent contraires à l'intérêt de l'enfant.

2. Donner plus de souplesse aux aménagements de l'exercice en commun de l'autorité parentale en supprimant l'exigence d'une résidence habituelle.

L'exigence de la détermination d'une résidence habituelle de l'enfant en cas de séparation paraît à beaucoup relever du bon sens. Son inscription dans les textes n'est cependant pas sans inconvénient. De fait, on constate que trop souvent les débats se focalisent sur la désignation de cette résidence habituelle qui donne à son titulaire l'impression d'être un parent principal et à l'autre parent celle de ne jouer qu'un rôle secondaire. Quant aux tiers, il semblent n'avoir que trop tendance à ne traiter qu'avec le parent auprès de qui l'enfant a sa résidence habituelle. De ce point de vue, la résidence habituelle tend à se substituer à l'ancienne garde, au risque de nier ce qui fait l'essence même de l'exercice en commun de l'autorité parentale, c'est à dire le partage par les père et mère de leurs responsabilités de parents.

De plus, cette exigence bride la liberté des parents : ainsi certains juges refusent-ils de prévoir un partage de l'hébergement, qui ne serait pourtant nullement contraire in concreto à l'intérêt de l'enfant, sous prétexte que les textes exigent une « résidence habituelle », quitte à organiser de vastes « droits de visite et d'hébergement » au profit du parent « non résidentiel », ce qui revient en fait à un partage plus ou moins égalitaire de l'hébergement.

Il paraîtrait donc opportun de recourir à une formule très générale : seraient déterminées « les modalités d'exercice de l'autorité parentale », le juge veillant en toute hypothèse à ce que soit protégé l'intérêt de l'enfant. Une telle formule n'empêcherait nullement les parents ou le juge de fixer une résidence habituelle s'ils l'estiment nécessaire, du moins ne serait-ce plus une obligation.

Sur le plan social et fiscal, les conséquences de l'absence de mention d'une résidence habituelle (si telle est la solution adoptée par les parents) n'ont rien de rédhibitoires, dès lors du moins que seront dépassées certaines pratiques « routinières ». De fait, dans la plupart des cas, la mention d'une résidence habituelle dans une décision de justice permet seulement de laisser présumer que le parent concerné assume la charge de l'enfant. Mais seule compte la situation de fait de l'enfant. Après quelques difficultés d'interprétation, administration fiscale et caisses d'allocations familiales ont d'ores et déjà pris la mesure des conséquences de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale et accepté de se fier à l'accord des parents, dès lors du moins qu'il n'y a ni fraude ni abus.

Ainsi des consignes pragmatiques ont-elles été données par la Caisse nationale de sécurité sociale pour le remboursement des frais de maladie au parent qui en aurait fait l'avance. Pour leur part, les caisses d'allocations familiales ne connaissent qu'un seul allocataire par enfant. En cas d'hébergement partagé, les allocations sont versées au parent désigné d'un commun accord par les père et mère, à charge pour lui, le cas échéant, d'en reverser la moitié à l'autre. A défaut d'accord entre les parents, certaines caisses acceptent de verser les allocations alternativement, une année sur deux, à chacun des parents. Enfin, le bénéficiaire des allocations familiales peut en cas de désaccord entre les parents être désigné par le juge dans le cadre de ses attributions en matière de contribution à l'entretien de l'enfant.

En matière fiscale, il appartient aux parents de choisir d'un commun accord le foyer fiscal de rattachement de leurs enfants. Les parents peuvent aussi prendre en compte fiscalement le partage de l'hébergement, dans le respect du principe de l'annualité de l'impôt, en répartissant entre eux l'attribution du quotient familial par année d'imposition. A défaut d'accord, l'Administration fiscale choisit de rattacher les enfants au parent déclarant le plus fort revenu. Rien n'empêche alors les parents de s'entendre pour partager à l'amiable l'avantage fiscal ou pour en tenir compte dans l'appréciation de leurs contributions respectives à l'entretien de l'enfant. En cas de désaccord, le juge peut être appelé à trancher. On pourrait suggérer que s'il y a hébergement partagé, les parents soient autorisés à partager par moitié la part fiscale correspondant à l'enfant. Mais l'Administration n'est pas favorable à une solution qui, en instituant des quarts de part, irait, selon elle, à l'encontre de la volonté d'une plus grande simplification des règles d'imposition.

La notion de résidence habituelle joue également un rôle en matière procédurale. S'agissant de la compétence territoriale dans le contentieux post-divorce, est compétent, selon l'article 1072, le juge du lieu où réside l'époux qui a l'exercice de l'autorité parentale ou, en cas d'exercice en commun, l'époux chez qui a été fixée la résidence habituelle des enfants mineurs. Mais, précise le texte, est compétent « à défaut, le juge aux affaires familiales du lieu où réside l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande ». Ce retour au principe général de la compétence du juge de la résidence du défendeur pourrait servir de règle dans toutes les hypothèses de séparation des parents, en l'absence de détermination d'une résidence habituelle.

Quant à l'article 108-2 du code civil selon lequel « Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside », il semble renvoyer à une appréciation des circonstances de fait dans l'hypothèse où les parents, ou le juge, n'auraient pas déterminé de résidence habituelle.

Réaffirmer le principe de coparentalité passe aussi par la volonté d'assurer le respect de la fonction parentale.

Propositions :

- **Affirmer que « le divorce n'emporte par lui-même aucun effet sur les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, ni sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».**
- **Dans la famille construite hors mariage : poser le principe que les père et mère exercent en commun l'autorité parentale dès lors que la filiation a été établie dans l'année de la naissance (supprimer l'exigence de vie commune lors de la seconde reconnaissance).**
- Dans tous les cas de séparation (en particulier, quel que soit le type de divorce), permettre aux père et mère de soumettre à l'homologation du juge aux affaires familiales une convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale.
- **Supprimer le caractère obligatoire de la mention d'une résidence habituelle lors de la séparation et permettre un partage de l'hébergement.**

§ 2. Assurer le respect de la fonction parentale

Il s'agit d'assurer le respect de la fonction parentale par les tiers, mais aussi par les parents eux-mêmes.

A. Assurer le respect de la fonction parentale par les tiers

Au cours des auditions, la Commission a bien senti une sorte de tendance naturelle des tiers, notamment des administrations, à rechercher un référent unique pour l'enfant, notamment dans les familles divorcées et dans les familles constituées hors mariage. C'est pour lutter contre cette tentation, qui nie le principe même de l'exercice en commun de l'autorité parentale, qu'il est proposé non seulement de généraliser l'exercice en commun de l'autorité parentale, notamment pour les parents qui ne sont pas mariés, mais aussi de supprimer l'exigence de fixation d'une résidence habituelle, les tiers considérant trop souvent le parent auprès duquel l'enfant a sa résidence habituelle comme leur seul interlocuteur³⁷.

Dépassant le strict cadre du Code civil, la Commission souhaiterait que les administrations, notamment l'Education nationale, les Caisses d'allocations familiales, les services sociaux ou l'Administration fiscale, prennent davantage conscience, jusque dans leurs imprimés, que l'enfant a un père et une mère dans la famille unie, une mère et un père dans la famille désunie.

De façon symbolique, il est également proposé d'inscrire en tête des dispositions relatives à l'autorité parentale un article 371-1 alinéa 2 selon lequel : « Sauf disposition légale ou décision judiciaire, nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les père et mère de leurs droits et devoirs de parents, ni les dispenser de leur accomplissement ».

Valable pour les tiers, ce texte le serait aussi pour les parents eux-mêmes.

Assurer le respect de la fonction parentale par les parents eux-mêmes

Trop souvent, la séparation conduit à un relâchement progressif des liens entre l'enfant et l'un de ses parents. Les situations sont diverses : tantôt le parent qui vit avec l'enfant tente d'exclure l'autre parent, tantôt ce dernier se désintéresse de l'enfant, tantôt les deux phénomènes se conjuguent pour priver l'enfant d'un de ses parents. Alors que se multiplient les séparations, alors que plus de liberté est laissée aux individus dans leur vie de couple, il paraît important que la loi réaffirme l'obligation pour chaque parent de respecter la fonction de l'autre, mais aussi de respecter sa propre fonction.

1. Respecter les droits et devoirs de l'autre parent

Le problème se pose notamment en cas de divorce. Des associations souhaiteraient que soit repris en droit français le principe posé par certaines législations américaines et que l'avantage soit donné au parent qui respectera le mieux les relations de l'enfant avec l'autre parent. Sans aller aussi loin, plusieurs dispositions pourraient être adoptées afin de bien marquer cette exigence de respect de l'autre parent, dans l'intérêt de l'enfant.

³⁷ cf. *supra*

- Ainsi l'article 371-1 alinéa 2 proposé, selon lequel « hors dispositions légales ou décision judiciaire, nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les père et mère de leurs droits et devoirs de parents, ni les dispenser de leur accomplissement », concerne non seulement les tiers mais aussi les parents.

- La suppression de la référence obligatoire à la résidence habituelle devrait concourir au respect par les père et mère des droits et devoirs de l'autre en évitant de placer le parent « résidant » dans la situation de l'ancien parent gardien. Certes, il est difficile d'empêcher une tendance toute naturelle à la prédominance du parent qui vit avec l'enfant. Du moins peut on éviter que le droit ne conforte le fait³⁸.

- A de nombreuses reprises au cours des auditions est revenu le problème du changement de résidence du parent avec qui vit l'enfant, en raison par exemple du départ dans une autre région pour des raisons professionnelles. Il arrive souvent en effet que l'autre parent ne soit ni consulté ni parfois même informé, alors même que ce changement peut bouleverser les relations que ce dernier entretient avec l'enfant. Pour bien marquer qu'une décision aussi importante que le changement de résidence de l'enfant suppose que les deux parents en aient au moins discuté, la Commission suggère que soit posé le principe selon lequel : « Tout changement de résidence de l'enfant qui entraîne un réaménagement des relations entre l'enfant et l'un de ses parents, nécessite l'accord des père et mère. En cas de conflit, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statuera selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant ».

Il n'est cependant pas question de brider de manière excessive la liberté des père et mère. D'une part en effet l'accord n'est exigé que si le changement de résidence de l'enfant a un impact direct sur les relations de l'enfant avec l'autre parent. D'autre part, en cas de désaccord, il appartiendrait au juge d'apprécier si le réaménagement des modalités d'exercice de l'autorité parentale ou le réaménagement des relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent est ou non nécessaire. Il n'est pas question d'interdire à un parent de déménager, mais seulement de permettre aux parents de s'organiser à l'avance. En pratique, le juge pourrait se servir d'un tel fondement textuel pour sanctionner les coups de force de l'un des parents.

- De façon tout aussi symbolique, la Commission propose que soit affirmée la règle selon laquelle, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, chacun des père et mère doit respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent. La règle s'imposerait au premier chef au parent avec lequel vit l'enfant : qu'il y ait exercice en commun ou exercice unilatéral, le père ou la mère qui assume quotidiennement la charge de l'enfant doit faire toute sa place à l'autre parent et, au premier chef, respecter sa fonction de parent ainsi que ses relations avec l'enfant. La formulation proposée tend à éviter que l'on oppose les droits de l'un aux droits de l'autre : partant de l'enfant et non des parents, le texte consacre le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et à conserver de relations personnelles avec chacun d'eux (cf. la Convention internationale sur les droits de l'enfant). De plus, le terme de liens est assez large pour englober non seulement les temps d'hébergement, mais aussi des relations affectives et, au delà, la fonction parentale dans son ensemble.

³⁸ cf. *supra*

Mais le texte vaut aussi pour le parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant ou qui n'exerce pas l'autorité parentale : lui aussi doit respecter la place de l'autre parent, sa fonction et, au delà, son image de parent.

En cas de conflit irréductible ou récurrent la réponse judiciaire est rarement satisfaisante. Aussi la Commission propose-t-elle de donner au juge le pouvoir d'ordonner une rencontre entre les parents en présence d'un médiateur. Il ne s'agirait nullement d'une « médiation obligatoire » (le rapprochement des deux termes aurait d'ailleurs quelque chose de surprenant, voire de choquant) mais d'amener les parents à se parler et à tenter de trouver une solution grâce à l'intervention d'un tiers qui ne soit pas le juge. La recherche, fût-elle contrainte, du dialogue, devrait permettre de débloquer des situations qui sinon se termineraient par le triomphe du fait sur le droit (l'autre parent se détachant peu à peu de l'enfant ou se résignant à subir la loi de l'autre) ou par une procédure pénale qui bien souvent ne fait qu'aggraver les choses.

Le souci de permettre à l'enfant de conserver ses deux parents ne conduit pas seulement à inviter chacun des parents à respecter l'autre, mais aussi à les inciter à respecter leurs propres droits et leurs propres devoirs.

2°. Respecter ses propres droits et ses propres devoirs à l'égard de l'enfant.

Trop souvent en effet le parent avec qui l'enfant ne vit pas quotidiennement se détache peu à peu de celui-ci, notamment parce qu'il est insatisfait de son rôle secondaire ou qu'il a fondé une nouvelle famille. Cette réalité se traduit par exemple par des difficultés dans l'exercice des « droits de visite et d'hébergement » (le parent concerné ne vient pas, ou vient en retard), ou par des retards ou des difficultés dans le paiement de la pension alimentaire. Une telle attitude n'est pas conforme au principe selon lequel « on est parent pour toujours », au droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents, à l'idée que la fonction parentale est un ensemble de droits et de devoirs indissolublement liés. A la limite, on pourrait concevoir que s'il existe un droit de visite et d'hébergement de l'enfant, il existe aussi un devoir de visite et d'hébergement de l'enfant dont les père et mère seraient débiteurs, et l'enfant créancier. Une telle analyse paraît cependant réductrice. Aussi la Commission n'a-t-elle pas souhaité affirmer le devoir de visite, assorti de sanctions civiles et/ou pénales, réclamé par certains. Elle propose en revanche d'inscrire dans les textes que quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant.

Là encore, au delà de sa valeur symbolique, le texte pourrait servir de support à des sanctions judiciaires contre le parent qui ne respecterait pas ses obligations.

Si le groupe de travail a été animé par la volonté de réaffirmer la place des parents, il lui est également apparu nécessaire de tenir compte d'une autre donnée sociale : la prise en charge, totale ou partielle, de l'enfant par des tiers, notamment par des beaux-parents.

Propositions :

- **Assurer le respect de l'autorité parentale (notamment de l'autorité du parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant) par les tiers en proclamant que sauf dispositions légales ou décision judiciaire, nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les père et mère de leurs droits et devoirs de parents.**
- Garantir le droit de l'enfant à conserver des relations personnelles avec ses deux parents en prévoyant que tout changement de résidence de l'enfant qui entraîne un réaménagement des relations entre l'enfant et l'un de ses parents, nécessite l'accord des père et mère.
- **Poser le principe que chacun des parents doit respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent**
- **Prévoir qu'en cas de violation manifeste et réitérée par un des parents des droits et devoirs de l'autre parent, le juge peut ordonner une rencontre entre les père et mère en présence d'un médiateur.**
- **Inscrire dans les textes que quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant.**

Section 3. Reconnaître la place des tiers

Actuellement, seuls quelques textes lacunaires concernent les personnes appelées à prendre en charge l'enfant au titre de l'assistance éducative, de la délégation de l'autorité parentale, de la tutelle ou d'une décision du juge aux affaires familiales notamment. En pratique, deux séries de problèmes peuvent se poser. D'une part, en dehors d'une décision judiciaire, les parents ne disposent d'aucun moyen juridique sûr qui leur permette de donner à un tiers un minimum de pouvoirs relativement à la personne de l'enfant : ainsi les beaux-parents ou les grands-parents qui seraient amenés à prendre provisoirement en charge l'enfant (pendant les vacances par exemple, ou dans la vie de tous les jours) ou auxquels les parents souhaiteraient confier telle ou telle mission, se trouvent dans une situation juridique précaire. D'autre part, lorsque le tiers est amené à prendre en charge l'enfant de façon plus durable, le droit positif oscille entre tout et rien. Si l'on met à part en effet l'assistance éducative qui ne concerne que l'enfant en danger, deux systèmes seulement sont envisagés par la loi : ou bien le tiers ne dispose que du pouvoir d'accomplir les actes usuels relativement à la personne de l'enfant³⁹, les parents ou l'un d'eux conservant l'exercice de l'autorité parentale, ou bien il se substitue plus ou moins complètement aux parents (en matière de tutelle ou de délégation).

Des solutions plus souples, mieux adaptées à chaque situation et juridiquement plus claires sembleraient opportunes afin de permettre au tiers de disposer des pouvoirs qui lui sont nécessaires, sans être obligé de recourir à des mesures plus lourdes qui dépouillent les parents des droits et devoirs d'autorité parentale qu'ils souhaitent ou peuvent conserver. Il s'agirait en quelque sorte de permettre, si tel est l'intérêt de l'enfant, une collaboration entre parents et tiers.

³⁹ Selon l'actuel article 373-4 c. civ. : « Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation »

Le problème se pose avec une acuité particulière lorsque l'enfant est pris en charge, en totalité ou en partie, par le conjoint ou par le concubin de son père ou de sa mère, ce qui pose la question de la traduction en droit du rôle assuré en fait, par le beau-parent.

§ 1. Quelle place pour le beau-parent ?

Bien que les situations de recompositions familiales soient de plus en plus fréquentes, il ne semble pas opportun que soient prévues des règles propres aux beaux-parents. L'instauration d'un statut du beau-parent n'a d'ailleurs pas été demandée par les personnes ou associations auditionnées.

De fait, la construction d'un statut juridique du beau-parent se heurte à un certain nombre d'objections. Tout d'abord, les situations paraissent trop diverses : les besoins de droit comme ses moyens d'intervention divergent selon que la reconstitution familiale est née d'un décès, d'une séparation de fait, d'un divorce ou d'une rupture de concubinage, selon que le couple parental a vécu longtemps ou non avec l'enfant, selon qu'il existe ou non des demi ou des « quasi » frères et sœurs, selon que chacun des parents ou l'un d'eux seulement a « refait sa vie », selon que le ou les nouveaux couples sont mariés ou non.

De même, les aspirations paraissent trop diverses : il y a ceux qui veulent que l'on reconnaisse leurs droits parce qu'ils se sentent mal à l'aise dans le flou des règles juridiques et ceux qui s'en accommodent, ceux qui attendent du droit qu'il leur permette de tirer un trait sur le passé et de reconstruire une famille « normale » dans laquelle le beau-parent prendrait la place d'un des parents, et ceux qui souhaitent seulement que le droit reconnaisse un rôle particulier au beau-parent, sans pour autant en faire un parent, ceux pour qui le beau parent ne doit être qu'un tiers parmi d'autres.

En fait, la question essentielle est la suivante : quelle place donner au beau-parent ? celle d'un troisième parent, disposant de droits et de devoirs sinon identiques, du moins « décalqués » de ceux des père et mère (une sorte de « mini parent ») ou celle d'un tiers assumant la charge de l'enfant ou concourant à son éducation ? Dans le premier cas, le risque est grand d'aller beaucoup trop loin par rapport aux besoins et aux attentes (cf. supra) ; de plus, il y aurait quelque incohérence à affirmer d'un côté le principe de coparentalité, à insister sur la place et sur le rôle du parent qui ne vit pas avec l'enfant et, de l'autre, à institutionnaliser une fonction de beau-parent qui risque fort d'entrer en concurrence avec la fonction parentale. Dans le second cas, il serait préférable de s'orienter de façon plus générale vers la création d'un statut du tiers.

De plus, qui dit droit dit également devoirs et responsabilité. Reconnaître des droits d'autorité parentale a nécessairement des prolongements en matière de responsabilité ou d'obligation alimentaire...

Enfin, se pose le problème du fondement d'un éventuel statut du beau-parent : faut-il le fonder sur le mariage (mais serait-il opportun de laisser la famille hors mariage en marge du droit ?), faut-il la fonder sur le fait (mais comment constater le fait ?), faut-il

le fonder sur la volonté (une déclaration du beau-parent, mais dans quelles conditions et avec quels contrôles ?) ?

Consciente des difficultés et de l'inopportunité d'un statut spécifique du beau-parent, consciente également que la nécessité de repenser les droits et devoirs de celui qui assume totalement ou partiellement la charge de l'enfant dépasse largement la situation du beau-parent, la Commission propose de construire un statut du tiers : des règles souples, adaptées à la diversité des situations, laissant une large place aux accords des intéressés, sous le contrôle du juge gardien de l'intérêt de l'enfant.

Dans le prolongement de ce statut, il paraît nécessaire de réaffirmer l'importance pour l'enfant de conserver des liens personnels avec certains tiers parents ou non.

§ 2. Construire un statut du tiers

Comme on l'a souligné supra, un tel statut manque cruellement en droit français. Pour autant, il faut tenir compte de la diversité des situations et des besoins : le statut du tiers ne doit pas être un statut monolithique, mais un ensemble de règles souples et diversifiées permettant une collaboration entre parent et tiers et, au besoin, une prise en charge de l'enfant par le tiers.

A. Permettre une collaboration entre parents et tiers

Actuellement, les tiers, grands parents ou beaux-parents par exemple, n'ont, en dehors bien sûr d'une décision leur confiant l'enfant, aucun pouvoir juridiquement reconnu. Certes, le père ou la mère de l'enfant peut leur donner mandat pour accomplir tel ou tel acte relativement à l'éducation, à la santé, aux allers et venues de l'enfant etc. Mais ces pratiques, sans fondement juridique précis, sont douteuses pour les actes graves et pourraient se heurter aux dispositions de l'article 376 actuel⁴⁰. Soit par exemple un beau-père ou une belle-mère qui, avec l'accord de son conjoint ou concubin, père ou mère de l'enfant, veut passer tel ou tel acte (inscrire l'enfant dans un club de sport, lui faire donner des soins, par exemple) : il risque de se heurter à un refus ou tout au moins à de fortes résistances de tiers soucieux de ne pas engager leur responsabilité en acceptant de passer l'acte avec une personne aux pouvoirs juridiques incertains ; et sa situation risque d'être très ambiguë par rapport à « l'autre » parent.

Il paraîtrait donc opportun de prévoir la possibilité pour les parents ou pour l'un d'eux de donner mandat à un tiers pour accomplir tel ou tel acte particulier ou telle ou telle série d'actes. Ce mandat permettrait au tiers (beau-parent ou grand-parent), d'accomplir un certain nombre d'actes, usuels ou non, relatifs à la personne de l'enfant. Il serait donné par le ou les parents exerçant l'autorité parentale. Il pourrait cependant arriver que dans une famille recomposée, le père ou la mère qui vit avec l'enfant souhaite donner mandat à son conjoint ou concubin, mais que l'autre parent, également titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, s'y oppose. Afin d'éviter un tel blocage, il est proposé d'étendre au mandat les règles de résolution des conflits

⁴⁰ Selon l'article 376 c. civ. : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessus ».

posées par l'actuel article 372-1-1 du code civil : les parents seraient invités à suivre la pratique antérieure ; à défaut d'une telle pratique, ou en cas de contestation sur son existence ou sur son bien fondé, il appartiendrait au juge de trancher, dans l'intérêt de l'enfant.

Quant à l'étendue du mandat, le raisonnement pourrait être le suivant : en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, le parent mandant peut confier au mandataire le pouvoir de faire tout acte qui rentre dans ses attributions, sous réserve de respecter le droit de surveillance de l'autre parent. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, il conviendrait de combiner les règles du mandat et celles de l'actuel article 372-2 d'après lequel « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». En conséquence, si le mandat porte sur un acte usuel, l'accord de l'autre parent est présumé ; sinon, son consentement est nécessaire. En cas de conflit, l'article 372-1-1 précité trouverait une nouvelle fois à s'appliquer.

Le mandat prendrait fin par la volonté du mandant ou du mandataire, en cas de décès du mandant ou de perte par celui-ci de l'exercice de l'autorité parentale (c'est à dire de la source de ses pouvoirs de mandant), ou sur décision du juge aux affaires familiales à la demande d'un parent, du tiers auquel l'enfant aurait été confié ou du ministère public.

B. Faciliter la prise en charge de l'enfant par le tiers

Dans des circonstances très particulières (après décès d'un des parents, après séparation, en cas de maladie grave ou d'impossibilité matérielle ou psychologique pour les parents de vivre avec l'enfant), il arrive que l'enfant soit pris en charge par un tiers, parent ou non. Pareille situation doit rester exceptionnelle car il appartient aux père et mère d'assumer leur fonction de parents. L'intérêt de l'enfant exige cependant que soient assouplies les règles actuelles.

Deux situations doivent être distinguées. Dans certains cas, l'enfant est pris en charge par un tiers sur décision du juge, mais les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale. Dans d'autres cas, le tiers se voit déléguer en totalité ou en partie l'exercice de l'autorité parentale.

1. Favoriser la coopération entre le tiers et le ou les parents qui exercent l'autorité parentale

En pratique, un tiers peut se voir confier l'enfant par décision du juge aux affaires familiales dans deux hypothèses : en cas de séparation des parents d'une part, en prévision du décès de l'un d'eux d'autre part. L'insuffisance des règles actuelles apparaît tant au niveau des conditions dans lesquelles une telle décision peut intervenir qu'au niveau des pouvoirs du tiers et des rapports qu'il entretient avec l'enfant.

a). Elargir les cas de prise en charge de l'enfant par un tiers

En cas de divorce ou de séparation de corps, le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, confier l'enfant à un tiers, membre de la famille ou non, ou, si cela s'avérait impossible, à un établissement d'éducation⁴¹. Une telle possibilité mériterait d'être élargie à toutes les hypothèses de séparation : séparation des concubins ou séparation de fait des époux.

En cas de décès d'un des parents, l'actuel article 373-3 dispose que le juge peut décider que l'enfant ne sera pas confié au survivant mais à un tiers qu'il désigne. Bien plus, le juge peut anticiper les conséquences du décès du parent avec qui vit l'enfant et décider à l'avance que dans des circonstances exceptionnelles (si par exemple l'enfant a été abandonné par son père ou par sa mère), l'enfant ne sera pas confié à l'autre parent mais à un tiers. Certains peuvent trouver choquant que le père ou la mère soit dépouillé à l'avance d'une charge qui lui revient naturellement. Une telle mesure peut cependant permettre à un père ou à une mère qui se sait condamné d'organiser la vie de ses enfants pour le temps où il ne sera plus. De plus, elle peut rencontrer l'accord des deux parents : soit par exemple une famille recomposée : l'enfant vit avec un de ses parents, le conjoint et les enfants du couple ; l'autre parent a « refait sa vie ». En cas de décès du père ou de la mère de l'enfant, l'autre parent peut estimer préférable, dans l'intérêt de l'enfant, que celui-ci demeure dans son milieu habituel de vie.

Il conviendrait d'une part d'étendre le texte à toutes les hypothèses de décès d'un des parents (époux divorcés, époux séparés de fait, concubins séparés), d'autre part de renforcer son caractère exceptionnel en prévoyant que quel que soit le moment auquel est prise la décision, elle ne peut intervenir que dans des circonstances exceptionnelles et si l'intérêt de l'enfant le commande. En toute hypothèse, le parent survivant conserve l'exercice de l'autorité parentale : le tiers ne dispose que de pouvoirs restreints, qui risquent de se révéler insuffisants.

b). élargir les pouvoirs du tiers qui assume la charge de l'enfant

Le tiers à qui le juge aux affaires familiales confie l'enfant ne dispose actuellement que du pouvoir d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant. Tout acte plus important doit être passé par le ou les parents restés titulaires de l'autorité parentale ou suppose à tout le moins leur accord. Face au refus ou au désintérêt d'un des parents, le tiers risque donc d'être paralysé. On peut

⁴¹ Art. 288 c. civ.

supposer qu'un recours au juge aux affaires familiales est possible pour débloquer la situation. Mais les textes n'en disent rien et la décision peut être bien tardive.

En pratique, le tiers qui souhaite disposer de plus de pouvoirs doit recourir à des solutions beaucoup trop lourdes et le plus souvent inadaptées, telles qu'une délégation « forcée », une mesure d'assistance éducative, voire un retrait de l'autorité parentale suivi de l'ouverture d'une tutelle. Les conditions de telle mesures ne sont d'ailleurs pas toujours remplies ; dès lors de deux choses l'une : ou bien le juge accepte de « tordre » les textes et prend la mesure, ou bien le tiers est condamné à l'inaction... ou passe un acte irrégulier.

Afin de donner au tiers les moyens d'accomplir sa mission, il serait opportun que le juge puisse à l'avance ou en cas de difficulté, investir le tiers du pouvoir d'accomplir tel acte ou telle catégorie d'actes relatifs à la personne de l'enfant. Parallèlement, il conviendrait d'ouvrir au juge des enfants la possibilité de donner ponctuellement pouvoir à l'établissement ou au particulier auquel l'enfant a été confié, d'accomplir les actes d'autorité parentale dans les conditions de l'article 373-7 al. 2.

Mais il convient parfois d'aller plus loin et de confier à un tiers l'exercice de l'autorité parentale.

2. Assouplir les règles de la délégation

La délégation de l'autorité parentale est actuellement régie par les articles 377 et s. du Code civil. Les conditions légales dans lesquelles une telle mesure peut être prise sont cependant si strictes qu'il est peu probable qu'elles soient respectées en pratique. En fait, l'ensemble des règles paraît marqué par l'idée que la délégation constitue plus ou moins une forme d'abandon de l'enfant par des parents qui ne peuvent ou ne veulent en assumer la responsabilité.

Il semblerait au contraire opportun de faire de la délégation un mode d'organisation souple et efficace de prise en charge de l'enfant par un tiers, notamment par les grands-parents ou par les beau-parents, en cas de difficultés ou de défaillance, parfois temporaire des parents. En cela la délégation rénovée et allégée constituerait une des pièces maîtresse du statut du tiers. Une telle rénovation porterait à la fois sur les conditions et sur les aménagements de la délégation.

a). ouvrir les cas de délégation

Comme il a été dit supra, les conditions actuelles de la délégation sont particulièrement lourdes ; de plus mêlant délégation volontaire et délégation « forcée », elles correspondent plus ou moins à l'idée d'une délégation-abandon, voire d'une délégation-sanction.

Il serait opportun de bien distinguer deux types d'hypothèses : celles dans lesquelles il y a délégation volontaire stricto sensu, c'est à dire voulue ou tout au moins acceptée par les parents ou par l'un d'eux, d'une part, celles dans lesquelles il y a délégation « forcée », c'est à dire imposée par le juge à la demande du tiers. Encore faut-il préciser qu'en toute hypothèse une décision du juge est nécessaire.

En ce qui concerne la délégation volontaire, serait notamment supprimée la condition de remise de l'enfant par les père et mère⁴². De fait, cette exigence ne correspond pas toujours à la réalité (ainsi l'enfant dont le père ou la mère est décédé et qui reste au sein de sa « seconde famille » n'a pas été « remis » au beau-parent par le parent survivant) et renvoie trop à l'idée d'abandon évoquée supra. Il appartiendrait au juge d'apprécier si la demande conjointe du délégant et du délégataire correspond ou non à l'intérêt de l'enfant.

Dans l'hypothèse où la délégation serait demandée par un seul des parents, l'autre parent s'y opposant ou se désintéressant de la situation, la délégation n'aurait en principe d'effet qu'à l'égard du délégant. L'autre parent serait cependant appelé à l'instance. De plus le juge pourrait décider, dans des circonstances exceptionnelles, que le délégataire exercerait seul l'autorité parentale : il y aurait ainsi délégation volontaire à l'égard du parent délégant, délégation forcée à l'égard de l'autre parent.

Quant à la délégation forcée, les articles 377 al. 3 et 377-1 actuels prévoient un système extrêmement lourd. L'article 377 al. 3⁴³ suppose en effet que l'enfant soit remis au tiers par les père et mère. Tel n'est pas toujours le cas (cf. l'hypothèse d'un enfant resté chez son beau-parent après décès de son père ou de sa mère, ou de l'enfant recueilli par un membre de la famille). La condition de désintérêt pendant au moins un an, prévue par le même texte, est également très lourde : en général, le père ou la mère de l'enfant conserve, au moins épisodiquement, des liens avec l'enfant. Quant à l'article 377-1⁴⁴, il exige que le tiers qui a recueilli l'enfant (dans ce cas, il n'y a pas eu remise de l'enfant par ses père et mère), fasse une déclaration à l'autorité administrative du lieu sous huitaine, cette déclaration permettant à ladite autorité d'accomplir les démarches nécessaires auprès des parents. Il est peu probable qu'une telle démarche soit faite en pratique, surtout dans le bref délai prévu par le texte.

Là encore les règles de l'article 377-1 semblent correspondre au schéma traditionnel de délégation-abandon. Il serait opportun d'assouplir ce système pour faire de la délégation un instrument de prise en charge de l'enfant par un tiers, lorsque, exceptionnellement, tel paraît être son intérêt. On pourrait s'inquiéter du pouvoir ainsi donné au juge de dépouiller les parents de leurs prérogatives. Encore faut-il observer que, le plus souvent, le tiers délégataire assume déjà de facto la charge de

⁴²Selon l'actuel article 377 al. 1 c. civ. : « Les père et mère, ensemble ou séparément, ou le tuteur autorisé par le conseil de famille, peuvent, quand ils ont remis l'enfant mineur de seize ans à un particulier digne de confiance, à un établissement agréé à cette fin, ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance, renoncer en tout ou partie à l'exercice de leur autorité ».

⁴³Art. 377 al. 3 : « La même délégation » (que celle qui est prévue à l'alinéa 1, cf. *supra*), « peut être décidée, à la seule requête du délégataire, lorsque les parents se sont désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an ».

⁴⁴Art. 377-1 : « La délégation de l'autorité parentale peut aussi avoir lieu quand le mineur de seize ans a été recueilli, sans l'intervention des père et mère ou du tuteur. Mais il faut, en ce cas, que le particulier ou l'établissement, après avoir recueilli l'enfant, en ait fait la déclaration à l'autorité administrative du lieu.

Cette déclaration est faite dans la huitaine (...) ».

l'enfant : il s'agirait seulement de lui donner les moyens juridiques d'assumer sa mission. On éviterait ainsi de le contraindre à recourir à des mesures inadaptées (l'assistance éducative par exemple) ou aux conséquences infiniment plus graves (tel qu'un retrait de l'autorité parentale pour défaut de soins, art. 378-1). Afin de bien marquer qu'une telle mesure ne peut être prise que si l'intérêt de l'enfant l'exige, pourrait-être posée l'exigence de circonstances exceptionnelles.

b). permettre une collaboration entre parents et tiers délégataire

Les textes actuels prévoient déjà que la délégation de l'autorité parentale peut être totale ou partielle. Une telle possibilité paraît tout à fait opportune. Allant plus loin, certains praticiens ont souligné devant la Commission qu'il est des cas où les parents en difficultés n'ont pas besoin d'être remplacés mais plutôt épaulés par un tiers, des grands-parents par exemple. Dans de telles circonstances, on pourrait imaginer que soit prévu non pas un « dépeçage » de l'autorité parentale, mais un exercice en commun de cette autorité par le ou les délégants et le ou les délégataires. Il appartiendrait bien sûr au juge d'apprécier l'opportunité d'une solution qui permettrait d'assurer la protection de l'enfant grâce à une coopération entre parents et tiers, dans le respect de l'intangibilité de la fonction parentale.

Propositions :

- **Construire un statut du tiers chargé de prendre l'enfant en charge.**
- Favoriser la collaboration entre parents et tiers en créant un système de mandat permettant au tiers (notamment au beau père) de passer tel acte ou telle catégorie d'actes.
- **Elargir les possibilités de prise en charge de l'enfant par un tiers (beau-parent ou grand-parent notamment) en cas de décès d'un des parents.**
- **Donner au tiers à qui l'enfant a été confié la possibilité de demander au juge aux affaires familiales les pouvoirs nécessaires pour accomplir sa mission.**
- **Assouplir les règles de la délégation volontaire et de la délégation « forcée » de l'autorité parentale.**
- **Permettre une collaboration entre les parents et le tiers auquel l'autorité parentale a été déléguée en permettant au juge d'aménager un partage entre eux de cette autorité.**

§ 3. Affirmer le droit de l'enfant à des relations personnelles avec certains proches

Si la famille tend à se resserrer autour du couple, les évolutions contemporaines ont donné à certaines personnes une place très importante auprès de l'enfant. Or les difficultés familiales, les séparations, les recompositions, conduisent parfois le juge à intervenir pour régler, dans l'intérêt de l'enfant, les relations personnelles de l'enfant avec ces tiers. On songe bien sûr aux grands-parents. Mais le problème se pose également, compte tenu de l'augmentation du nombre des divorces ou des séparations, pour les frères et sœurs ou les demi-frères et sœurs. Il se pose enfin de plus en plus souvent pour les personnes, parents ou non, qui ont pris en charge l'enfant ou ont collaboré à cette prise en charge, en particulier les beaux-parents.

A priori, il appartient aux père et mère en tant que titulaires de l'autorité parentale, de veiller aux relations de l'enfant, fût-ce avec des membres de la famille, et au besoin,

de les organiser, voire de les interdire si elles leur semblent nocives pour l'enfant. Il n'est évidemment pas question d'ôter cette mission aux père et mère, ni de multiplier les interventions judiciaires dans la famille. Il semblerait opportun en revanche de reformuler les principes posés par la loi en 1970 à l'article 371-4 du Code civil, d'y intégrer les acquis de la jurisprudence et de compléter par un assouplissement des règles relatives au droit de visite et d'hébergement le statut du tiers proposé par la Commission.

De fait, le législateur a déjà affirmé la place de certains tiers privilégiés. Ainsi l'article 371-4 actuel affirme-t-il que « Les père et mère ne peuvent sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut, d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales ». Issu des travaux du Parlement des enfants l'article 371-5 dispose quant à lui que « L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs ». Quant aux autres tiers, l'article 371-4 al. 4 prévoit que « En considération de situations exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ».

Or l'ensemble de ces dispositions est formulé de façon à la fois négative et ambiguë. Les relations personnelles entre l'enfant et les tiers apparaissent en effet comme autant de restrictions aux pouvoirs des père et mère. Dans le cas des grands-parents, elles apparaissent même comme une sorte de droit des grands-parents qui s'imposerait, sauf arbitrage du juge, aux parents de l'enfant.

Il paraîtrait opportun de reprendre ces textes pour les reconstruire à partir de l'enfant. Pour autant il convient de distinguer deux séries d'hypothèses. Tantôt l'intérêt de l'enfant est a priori d'entretenir des relations personnelles avec certains tiers : tel est le cas des grands-parents ou des frères et sœurs. Tantôt seules des circonstances particulières à l'espèce font que le juge peut être amené à intervenir pour organiser les relations de l'enfant avec telle ou telle personne.

Le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses grands parents et ses frères et sœurs

Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents apparaissent comme un véritable droit de l'enfant. La Commission propose de remplacer la formule négative actuelle⁴⁵ par une formulation positive telle que « L'enfant a droit à des relations personnelles avec ses grands-parents et avec ses frères et sœurs. A défaut d'accord, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales ». En complément, l'article 371-5 disposerait que « Dans toute décision qui concerne l'enfant, le juge veille à préserver les liens entre l'enfant et ses frères et sœurs ».

Serait ainsi consacrée une certaine analyse doctrinale et jurisprudentielle selon laquelle les relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents sont un droit de l'enfant et non un droit des grands-parents qu'ils exerceraient contre les père et

⁴⁵ Art. 288 c. civ.

mère. En cas de désaccord, le juge apprécierait quel est l'intérêt de l'enfant pour se prononcer sur le principe même d'un droit de visite et d'hébergement (ou tout autre moyen permettant d'assurer des relations personnelles), et leurs aménagements.

Aux grands-parents, il est proposé de joindre les frères et sœurs. Serait ainsi affirmé un principe particulièrement important en des temps où, compte tenu de la multiplication des séparations et des recompositions familiales, de plus en plus d'enfants risquent d'être séparés de leurs frères et sœurs ou de leurs demi frères et sœurs. Il appartiendrait bien sûr au juge d'arbitrer les conflits éventuels.

L'intérêt de l'enfant à conserver des relations personnelles **avec certains proches**

Hors du cas particulier des grands-parents et des frères et sœurs, il appartient au tiers concerné de faire état des circonstances particulières qui fondent sa demande, dans l'intérêt de l'enfant. Pour autant, il semble excessif d'exiger, comme le fait l'actuel article 371-4 al. 2 la preuve de circonstances exceptionnelles. Au cours des travaux de la Commission, il a été proposé, que soit retenu, dans la ligne de certaines législations étrangères, le critère de « lien d'affection privilégié ». Mais l'expression paraît quelque peu ambiguë. Surtout, elle risquerait de limiter inutilement les hypothèses dans lesquelles un droit de visite et d'hébergement pourrait être accordé dans l'intérêt de l'enfant. Il semblerait donc préférable de retenir un texte très ouvert disposant par exemple que « Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales peut également fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

Certains s'inquiéteront de l'atteinte qui serait ainsi portée à la fonction parentale. Mais le juge garde tous ses pouvoirs d'appréciation en opportunité, selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant.

Propositions :

- **Réaffirmer l'importance des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents en faisant un droit à l'enfant.**
- **Affirmer le droit de l'enfant à des relations personnelles avec ses frères et sœurs.**
- Reformuler les textes de façon positive pour permettre à l'enfant de conserver, dans son intérêt, des relations personnelles avec certains de ses proches (notamment avec le beau-parent).

Section 4. Promouvoir les droits de l'enfant

Comme il a été souligné dans l'introduction de ce rapport, les membres de la Commission ont eu pour souci premier les droits de l'enfant. Il s'agit donc de tirer toutes les conséquences du mouvement contemporain de reconnaissance et d'affirmation des droits de l'enfant, à travers notamment des textes tels que la Convention internationale des droits de l'enfant. Pour autant, les droits de l'enfant s'inscrivent dans ce qui leur donne sens : l'enfant n'est pas un adulte ; il est un être en devenir qui sera lui-même un adulte un jour. Il est une personne à part entière, mais son statut d'enfant tient au sens que la société donne à la différence entre l'adulte et l'enfant, entre les parents et les enfants.

Au lieu de s'enfermer dans une opposition stérile entre droits de l'enfant et autorité parentale, il importe de rechercher une meilleure harmonie entre les droits de l'enfant et les règles consacrées à sa protection en tant que personne juridiquement « incapable ».

A cette fin, il est non seulement proposé d'affirmer ou de réaffirmer certains droits fondamentaux de l'enfant (droit d'être élevé par ces deux parents, droit de conserver

des relations avec certains proches notamment⁴⁶), mais encore d'inscrire dans les textes un principe plus général : le droit de l'enfant d'être associé à l'œuvre d'éducation menée par ses parents. De plus, si le droit français a déjà proclamé en 1987 puis en 1993, le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire (cf. art. 388-1), il convient d'assurer une meilleure prise en compte de sa parole.

§ 1. Associer l'enfant à l'œuvre d'éducation menée par ses parents

Avant 18 ans, l'enfant est juridiquement incapable. A 18 ans accomplis, il est capable de tous les actes de la vie civile. En réalité, le statut de l'enfant est plus complexe. Au fur et à mesure qu'il grandit, la loi et la jurisprudence, mais aussi la coutume, lui reconnaissent une indépendance croissante.

Certains ont proposé d'aller beaucoup plus loin et d'instaurer en droit une prémajorité qui tiendrait compte de la capacité de fait du grand adolescent et qui constituerait une sorte d'étape sur la route de la pleine capacité. Cette prémajorité pourrait être plus ou moins large, ou à l'inverse spécialisée dans tel ou tel domaine (en matière religieuse par exemple). Aussi intéressantes soient-elles, de telles idées ne semblent pas pleinement satisfaisantes. D'une part en effet, il est difficile de fixer un âge pour cette prémajorité ; et tout âge déterminé laisse entier le problème de l'avant prémajorité. D'autre part, il est tout aussi délicat de délimiter le domaine de cette capacité anticipée : faut-il plus de maturité, pour choisir sa religion ou vendre un de ses biens ? Et quel est l'acte le plus important pour l'avenir de l'enfant ?

Plutôt que d'instaurer des prémajorités plus ou moins larges, plus ou moins précoces, il semblerait opportun d'affirmer, de façon générale, que les père et mère ont aussi pour mission d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, en considération de son âge et de son degré de maturité.

Symboliquement, une telle règle, inscrite parmi les textes placés en tête des dispositions relatives à l'autorité parentale, permettrait de bien marquer la place de l'enfant : l'enfant n'est pas seulement sujet passif de protection, mais aussi, au fur et à mesure qu'il grandit, acteur dans l'œuvre d'éducation menée par ses parents. L'enfant n'est cependant pas une personne qui se trouverait à égalité (au sens d'égalité de droits et de devoirs) avec ses père et mère : l'enfant reste un enfant, que ses père et mère associent aux décisions qu'ils prennent eux-mêmes, selon son âge et sa maturité, afin de le rendre peu à peu autonome.

Au delà de sa forte valeur symbolique, le texte pourrait servir de support aux parents et au juge en cas de conflit familial : lorsque, par exemple, se pose le problème d'un choix relatif à la religion de l'enfant, à l'orientation de ses études ou au type d'établissement dans lequel il sera éduqué.

Proposition :

- Poser en principe que les père et mère associent l'enfant aux décisions qui le concernent, en considération de son âge et de son degré de maturité

§ 2. Mieux faire entendre la parole de l'enfant

⁴⁶cf. *supra*

La participation de l'enfant aux décisions qui le concernent passe également par une meilleure prise en compte de sa parole par le juge. La Convention internationale sur les droits de l'enfant pose en la matière un principe fondamental : l'enfant doit avoir « la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant soit directement soit par l'intermédiaire d'un représentant » (art. 12 2°). La mise en œuvre de ce principe dans la réalité des procédures a suscité en France de nombreuses difficultés.

Tout d'abord, la Cour de cassation considère, dans une jurisprudence constante, que la Convention de New York ne peut être directement invoquée par les particuliers devant les juridictions internes. Le Conseil d'Etat adopte une position beaucoup plus nuancée et distingue parmi les dispositions de la Convention celles qui sont d'applicabilité directe et celles qui ne le sont pas. On ne peut que souhaiter une harmonisation de la position des deux hautes juridictions.

Ensuite, la traduction dans les textes du principe posé à l'article 12 2° de la convention précitée pose des problèmes délicats. De façon générale, l'impératif de prise en compte de la parole de l'enfant, et au delà, de ses besoins d'expression et d'information, doit être concilié avec la nécessité de protection du mineur qui ne saurait être privé de son enfance et être contraint à prendre lui-même des décisions ou à opérer des choix trop lourds pour lui. Faut-il prévoir un seuil d'âge pour l'audition ? Le juge peut-il la refuser s'il l'estime inopportune ou contraire à l'intérêt de l'enfant ? Doit-elle être automatique ou doit-elle être demandée, mais par qui ? Quelle est la qualité procédurale du mineur ? Quel sera le statut de son audition dans la procédure, etc. ? A deux reprises, en 1987 et en 1993, le législateur français est intervenu sur cette question. Même s'ils ont servi de support à des expériences passionnantes, associant magistrats, avocats, travailleurs sociaux et spécialistes de l'enfance, les textes ont suscité critiques et interrogations : il semble que le système doive et puisse être amélioré, dans l'esprit notamment de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

Enfin, faut-il, comme le souhaiteraient certains, aller plus loin et élargir la capacité de l'enfant à agir en justice afin de lui permettre d'intervenir en tant que partie dans les procédures mettant en jeu ses intérêts ?

A. Rendre effectif le droit de l'enfant à être entendu dans les procédures qui le concernent

Depuis la loi du 8 janvier 1993, l'article 388-1 du code civil dispose que « Dans toutes procédures le concernant, le mineur capable de discernement peut (...) être entendu par le juge ou une personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si le choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne ». Si le principe de l'audition est ainsi posé, ses modalités de mise en œuvre ont pu faire douter de son effectivité, qu'il s'agisse de la question du discernement de l'enfant entendu, de la possibilité pour lui d'exiger son audition, de son accompagnement lors de l'audition ou des

conséquences de cette audition. Sur tous ces points, la Commission propose d'apporter un certain nombre de modifications.

1. Supprimer le critère de discernement et affirmer la possibilité d'une audition de l'enfant quel que soit son âge

En 1987, le législateur avait soumis l'audition de l'enfant à un seuil d'âge : l'enfant de plus de 13 ans devait être entendu, sauf décision spécialement motivée, l'audition des enfants plus jeunes étant laissée à l'appréciation du juge. En 1993 ce système rigide et, en théorie du moins, excessivement lourd pour le juge, a été remplacé par une règle plus souple, centrée sur la notion de discernement, d'ailleurs évoquée par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. En pratique, cette modification est apparue comme un obstacle à l'audition. En effet, comment le juge peut-il apprécier le discernement de l'enfant sans avoir eu des contacts personnels avec lui ? Ce nécessaire préalable à l'audition a conduit les juges aux affaires familiales à adopter des positions totalement différentes : certains refusent quasi systématiquement d'envisager une audition et préfèrent une « audition différée » par le biais de l'expertise psychologique ou de l'enquête sociale ; d'autres acceptent systématiquement d'entendre l'enfant même très jeune ; la plupart retiennent sans l'exprimer le critère d'âge. De plus, la décision d'entendre ou non l'enfant n'est pas susceptible de recours⁴⁷.

Face à ce constat, la Commission s'est prononcée pour la suppression du critère de discernement, notion qui paraît trop floue et qui engendre des pratiques totalement différentes que les justiciables ne comprennent pas. Il semblerait préférable de poser comme principe que dans toute procédure qui le concerne, l'enfant, quel que soit son âge, peut être entendu par le juge ou par une personne désignée par le juge à cet effet. Le juge pourrait cependant refuser cette audition, si l'enfant ne lui semble pas susceptible de pouvoir être entendu en raison de son jeune âge ou si cette audition paraît contraire à son intérêt (lorsqu'il risque de faire l'objet d'une instrumentalisation par ses parents, notamment).

Le refus devrait être motivé. Il pourrait faire l'objet d'un recours. Toutefois, en raison de son incapacité, l'enfant ne peut faire lui-même appel de la décision. En principe, cette charge devrait revenir à ses représentants légaux, c'est à dire à ses père et mère ou à son tuteur, à moins que ne soit nommé à l'occasion un administrateur ad hoc. Afin d'éviter que la possibilité d'un recours n'alourdisse encore la procédure ou, surtout, n'envenime le débat, il est proposé de confier l'initiative de l'appel au Ministère public qui, de façon générale, constitue déjà en matière civile le canal par lequel peuvent passer les parents, les tiers, et l'enfant, pour accéder au juge et assurer la protection de ce dernier. Une telle solution supposerait cependant une information des parties, de l'enfant ou de la personne qui accompagne l'enfant sur le rôle du Ministère public.

En toute hypothèse, le juge ne pourrait refuser l'audition lorsqu'elle est demandée par l'enfant lui-même s'il a plus de treize ans.

⁴⁷ cf. *infra*

2. Reconnaître à l'enfant de plus de treize ans le droit d'être entendu dans toute procédure qui le concerne

Les textes actuels disposent que « lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision motivée ». Cette disposition permet au juge de refuser éventuellement d'entendre l'enfant quelque soit son âge, même s'il s'agit d'un grand adolescent. Or, dès lors qu'un enfant, dont l'âge fait présumer la capacité de discernement, manifeste clairement sa volonté d'être entendu, il paraît contestable, dans la mesure où son audition est matériellement possible, de refuser de l'entendre. Certes, on peut craindre qu'il ne soit manipulé par ses parents, ou que l'audition fasse peser sur lui une pression trop forte. Mais il semble malgré tout préférable de lui permettre d'être entendu, à charge pour le juge de lui expliquer que si son audition est pour lui un élément essentiel dans l'appréciation de la situation, elle n'engage pas sa décision. Cette solution serait la seule à être vraiment conforme aux prescriptions de la Convention internationale sur les droits de l'enfant ; de plus elle éviterait qu'un refus, surtout s'il est sans recours, ne soit ressenti par l'enfant comme une frustration, voire comme un déni de justice.

Afin de traduire ce principe dans la réalité procédurale sans retomber dans les incertitudes de la notion de discernement, il est proposé de retenir un seuil d'âge : lorsqu'un enfant de plus de 13 ans demande lui-même son audition, celle-ci ne peut être refusée par le juge. On observera que le choix de l'âge de 13 ans, déjà retenu en 1987 mais dans un système tout à fait différent, s'explique par le souci d'harmoniser les dispositions relatives à l'audition avec les textes régissant les hypothèses particulières dans lesquelles le mineur doit donner son consentement à tel ou tel acte (changement de nom, art. 61-3 c. Civ. ou adoption, art. 345 et 360 C. civ. par exemple).

3. Mieux encadrer l'audition de l'enfant

a). quant aux personnes accompagnant l'enfant

Les textes actuels prévoient que l'enfant peut être entendu seul, avec un avocat ou avec une personne de son choix. Dans la pratique, la majorité des juges demandent la désignation d'un avocat pour l'enfant ou indiquent à celui-ci qu'il peut faire choix d'un avocat. Les auditions avec « une personne de son choix » sont l'exception.

La Commission n'estime pas opportun de supprimer la possibilité pour l'enfant de se faire accompagner de la personne de son choix, même si les risques de pression sur l'enfant à travers ce choix ne sont pas à négliger. La disposition actuelle permettant au juge de procéder à la désignation d'une autre personne si le choix de l'enfant ne paraît pas conforme à son intérêt, constitue, semble-t-il une garantie suffisante. On pourrait cependant envisager que soient précisées quelles personnes peuvent être choisies par l'enfant, en s'inspirant des dispositions de la loi n°98-498 du 17 juillet 1998 renforçant la prévention et la répression des infractions sexuelles.

b). quant aux conséquences de l'audition

La pratique de l'audition a notamment soulevé la question du procès verbal de l'audition, ainsi que des hésitations quant au statut procédural de l'enfant entendu.

En ce qui concerne le compte rendu de l'audition, les pratiques sont très différentes d'un tribunal à l'autre. Certains juges n'établissent pas de procès-verbal et se limitent à une simple mention de l'audition dans l'ordonnance ou le jugement rendu. D'autres, de manière plus ou moins succincte, font état de cette audition, celle-ci pouvant être portée à la connaissance des intéressés au greffe du tribunal. D'autres enfin considèrent que l'enfant qui a souhaité être entendu doit être « acteur » de la décision et établissent un procès verbal de sa présence, relu, voire modifié et signé par lui. Le procès verbal est alors considéré comme une pièce de la procédure et communiqué aux parties.

Fondamentalement, le problème du compte rendu de l'audition met en jeu deux principes essentiels : le respect du contradictoire qui exige que les parties aient connaissance de tous les éléments que le juge a pris en considération pour prendre sa décision, d'une part, la protection de l'intérêt de l'enfant, qui peut exiger une certaine « discrétion » quant au contenu de l'audition, d'autre part. Entre ces deux principes qui peuvent parfois se révéler antagonistes, la Commission a jugé qu'il fallait trancher en faveur de l'intérêt de l'enfant. Elle n'estime donc pas opportun d'exiger du juge qu'il dresse un véritable procès verbal d'audition. A lui, compte tenu de la situation, de trouver le meilleur mode de restitution de la parole de l'enfant.

c). quant à la qualité procédurale du mineur

Comme l'affirme l'article 388-1 al. 3, l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Ce principe est parfois critiqué au nom des droits de l'enfant. La Commission est cependant favorable à son maintien. La confusion entre le statut de l'enfant entendu et celui d'enfant partie serait en effet particulièrement regrettable. Le statut de l'enfant entendu comporte en effet l'immense avantage de lui permettre de participer aux procédures qui le concernent tout en n'étant pas responsable de la décision prise et sans l'entraîner dans les rouages de la procédure.

Elargir la capacité de l'enfant à agir par lui-même
en justice ?

Comme tout sujet de droit, l'enfant est partie à toutes les procédures dans lesquelles ses intérêts sont en jeu, mais la spécificité de sa situation tient dans le fait qu'étant incapable, il doit être représenté. Cette charge incombe à ses représentants légaux, père, mère ou tuteur. Il est cependant quelques hypothèses dans lesquelles l'enfant peut saisir lui-même le juge : tel est notamment le cas en matière d'assistance éducative. Par ailleurs, l'article 388-2 du Code civil dispose que « lorsque dans une procédure les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles ou à défaut le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter ». Mais encore faut-il, semble-t-il, qu'une procédure soit en cours : le problème de la possibilité pour le mineur d'engager lui-même une procédure, fût-ce par le biais d'un administrateur ad hoc reste donc entier.

Se posent donc deux séries de questions. D'une part, faut-il permettre à l'enfant d'agir par lui-même dans certaines hypothèses, tout particulièrement en matière

d'émancipation ? D'autre part, faut-il ouvrir à l'enfant la possibilité d'engager une procédure par le biais d'un administrateur ad hoc ?

1. Faut-il permettre à l'enfant de demander son émancipation ?

L'article 477 du Code civil impose seulement au juge d'entendre l'enfant de seize ans avant de décider ou non de son émancipation. Il ne lui permet pas de demander lui-même à être émancipé. Seuls ses parents peuvent formuler une demande en ce sens. Donner à l'enfant la possibilité de demander son émancipation peut sembler à la fois logique (l'émancipation rend le mineur capable de presque tous les actes de la vie civile et met fin à l'autorité parentale) et conforme à l'idée que le statut de l'enfant doit prendre en compte son âge et son degré de maturité : un enfant de seize ans qui demande son émancipation n'est-il pas conscient de la portée de son acte ? Et de toute façon, le juge dispose d'un entier pouvoir d'appréciation.

Après discussion, la majorité de la Commission a estimé qu'il fallait se garder de toute mesure qui donne à penser que l'enfant puisse demander à « divorcer » de ses parents (pour reprendre une formule souvent utilisée). Elle a donc écarté l'idée d'une demande d'émancipation par l'enfant lui-même. En revanche, afin que l'émancipation ne soit plus une faculté laissée à la discrétion des père, et mère, il est proposé de confier au Ministère public (informé notamment par des parents, des amis, des travailleurs sociaux, le juge des enfants... ou l'enfant lui-même), le droit de demander l'émancipation de l'enfant.

Reste la question de savoir s'il convient d'exiger l'accord de l'enfant à son émancipation. Afin d'éviter tout blocage, il semble opportun de laisser au juge le pouvoir d'apprécier la situation après audition de l'enfant ⁴⁸.

⁴⁸ cf. Art. 477 al. 2

2. Faut-il donner à l'enfant la possibilité d'initier une procédure ?

Le problème peut notamment se poser en matière de nom, de filiation, ou, surtout, d'autorité parentale.

La plus grande prudence s'impose également en ce domaine, tant sont grands les risques de manipulation. De plus une telle possibilité se heurte au principe selon lequel la protection de l'enfant appartient aux père et mère. Il est cependant des hypothèses où cette protection peut avoir des failles, sans que, pour autant, on se trouve dans des situations relevant de l'assistance éducative.

On pourrait donc tenter de trouver un système, qui tout en reconnaissant à l'enfant un droit d'initiative, présente suffisamment de garanties pour éviter tout dérapage. Dans cette perspective on aurait pu imaginer de donner à l'enfant la possibilité de demander à être entendu par le juge des tutelles (juge de l'incapacité) ou par le juge aux affaires familiales. Si celui-ci l'estime opportun il aurait pu désigner directement un administrateur ad hoc chargé de conduire la procédure, ou, si l'on souhaite encore plus de garanties, transmettre le dossier au Ministère public qui aurait décidé de l'ouverture ou non d'une procédure.

Après discussion, la majorité de la Commission a écarté une telle proposition qui aurait risqué de paraître en contradiction avec le souci de restaurer et de valoriser la fonction parentale. En toute hypothèse, il convient de ne pas oublier que le Ministère public une fois informé, éventuellement par l'enfant, peut lancer la procédure. Encore faudrait-il que le Ministère public remplisse pleinement les fonctions que lui reconnaissent les textes en matière de protection civile des mineurs ; de ce point de vue, les disparités semblent très fortes selon les juridictions. Une revalorisation du rôle du Parquet en ce domaine permettrait certainement de régler bien des difficultés.

Propositions :

- **Supprimer le critère de discernement et affirmer la possibilité d'une audition de l'enfant quelque soit son âge.**
- Reconnaître à l'enfant de plus de treize ans le droit d'être entendu dans toute procédure qui le concerne.
- **Mieux encadrer procéduralement l'audition de l'enfant.**
- **Donner au Ministère public le pouvoir de demander l'émancipation de l'enfant.**
- **Revaloriser le rôle du Parquet en matière de protection civile de l'enfant.**

DEUXIEME PARTIE : RESPECTER LA LIBERTE DES EPOUX

Dans l'esprit de nos contemporains, comme dans la législation moderne, le mariage n'est plus une structure patriarcale organisant une régulation contraignante des liens de couple. C'est avant tout la reconnaissance par la société des relations à la fois

affectives et matérielles librement consenties par deux adultes. Plus que jamais, liberté, égalité et responsabilité gouvernent les rapports entre époux.

Il convient de tirer les conséquences de cette évolution, d'abord en revoyant certaines règles de formation du mariage datant du Code Napoléon, pour mieux affirmer la responsabilité des époux, et d'eux seuls dans la formation du mariage.

La responsabilité se mesure aussi à l'aune des comportements adoptés par les époux qui se séparent. De plus en plus, les époux qui divorcent prennent en charge eux-mêmes non seulement la décision de divorcer mais aussi ses conséquences. Il convenait que la législation favorise ce mouvement qui permet aux époux d'être acteurs de leur destin.

Enfin, la place faite à chaque membre de la famille par le droit des successions et des libéralités traduit la vision que le législateur a de la famille. Il y a plusieurs dizaines d'années que la place insuffisante du conjoint survivant est dénoncée : en présence d'enfants communs, la loi lui accorde seulement le quart de la succession, mais en usufruit seulement. Sans doute, les dispositions de dernières volontés permettent-elles de remédier à cette carence. Il fallait néanmoins que la loi reconnaisse la place privilégiée du conjoint dans les liens d'affection du défunt. Quant au droit des libéralités, il manifeste une méfiance envers le conjoint, qui ne se justifie plus aujourd'hui.

CHAPITRE I

MODERNISER LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Le mariage n'est certes plus le pilier unique autour duquel s'organise le droit de la famille. Il en demeure cependant l'institution la plus achevée. Depuis trente ans, ce droit a connu une reconstruction complète. De cette évolution ressort une image contrastée du mariage.

Les juristes ont coutume de distinguer l'acte – l'échange des consentements, la célébration - et l'état – le statut des époux : on entre en mariage et on y vit⁴⁹. Loin de rester à l'écart des transformations qui ont donné naissance à la famille contemporaine, le statut matrimonial s'est au contraire trouvé en leur centre. Les lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 réformant les régimes matrimoniaux, mais aussi celle du 4 juin 1970 qui a substitué l'autorité parentale à la puissance paternelle et à un moindre degré celle du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce ont redessiné complètement la figure juridique des couples mariés, autour des valeurs d'égalité, d'autonomie et de solidarité. Il n'est pas de domaine, notamment, où le principe d'égalité de l'homme et de la femme n'ait trouvé une réalisation plus complète que dans le droit du mariage.

⁴⁹ Formule directement empruntée au plan du manuel de droit de la famille de M. Carbonnier (PUF. 1999) : titre I, l'entrée en mariage ; titre 2, la vie en mariage.

Il n'en est pas de même de l'acte de mariage lui-même, porteur cependant du sens de l'engagement des époux, et qui paraît curieusement resté totalement à l'écart de cette évolution.

Le code civil ne définit pas le mariage. L'abordant de manière concrète, il se contente d'en décrire les conditions de formation et les effets. Peu importe, car la place du mariage se définit d'elle-même tant qu'il est la seule organisation de la vie de couple instituée par le droit. Or, il n'en sera plus de même dans un avenir très proche. Prochainement, sera définitivement voté un texte qui crée le pacte civil de solidarité, et consacre l'existence juridique du concubinage. En d'autres termes, le pluralisme juridique qui depuis la loi du 11 juillet 1975 inspire le droit du divorce gagne en quelque sorte celui du mariage, ou plutôt celui de la formation et de l'organisation du couple – ce que Mme Théry a récemment appelé le contrat de genre⁵⁰. Aux yeux du droit civil lui-même, le mariage n'est plus un modèle exclusif. A ceux qui veulent un cadre pour y inscrire leur vie commune, s'offrent désormais plusieurs statuts. Incontestablement, il y a là une situation nouvelle qui invite à réfléchir sur la place qu'occupe aujourd'hui le mariage dans la famille (§1).

Quant aux textes qui énoncent les conditions de formation du lien conjugal, ils sont anciens : tous sont antérieurs à la seconde guerre mondiale. Bien des dispositions relatives à l'âge requis pour se marier, au consentement des parents, au droit de faire opposition... renvoient une image décalée des époux et de leur famille. Sans doute le prestige du mariage tient-il pour une part à sa pérennité. Il ne serait peut-être pas sans risque, cependant, de renoncer à s'interroger sur la manière dont il répond aux attentes des couples d'aujourd'hui. Une mise à jour au moins paraît nécessaire (§2).

Section 1 : Quel sens pour le mariage aujourd'hui ?

La vitalité du mariage est attestée par tous ceux qui le choisissent. Chaque année, sont célébrés plus de 280.000 mariages. Sur un peu moins de quinze millions de personnes vivant en couple, plus de douze millions sont mariées⁵¹. Pour elles, la forme et l'expression juridique sont une dimension essentielle de leur commune volonté. Mais il ne suffit pas que le mariage fasse sens pour ceux qui se marient. Il importe que soit clair aussi le sens que la loi lui donne.

Trois caractéristiques essentielles distinguent le mariage des autres formes de la communauté de vie. Acte de volonté, il est d'abord l'expression d'un consentement, par lequel les époux s'engagent l'un envers l'autre pour l'avenir. Cet engagement fondateur est la différence la plus significative qui sépare le mariage de l'union libre, où le consentement des personnes se manifeste d'une tout autre manière, au jour le jour par la cohabitation continuée. De cet acte de volonté, la solennité, et même le rite, sont une dimension essentielle. L'engagement conjugal est contracté devant l'officier d'état-civil, et à travers lui devant la société. En se soumettant au rite, les

⁵⁰ Couple, filiation et parenté, p. 22.

⁵¹ En 1998, sur 14 815 000 personnes vivant en couple, 12 386 000 étaient mariées. En 1997, 285 000 mariages ont été célébrés. Le nombre de couples se formant chaque année est plus difficile à évaluer avec précision (environ 550 000). Cf. C. Beaumel, R. Kerjosse, L. Toulemon, Des mariages, des couples et des enfants, INSEE Première, janvier 1999, n° 624.

époux eux-mêmes confèrent à leur union une portée sociale, allant au-delà de leurs personnes et de leur vie privée. Quant à son contenu, cette promesse qu'ils se font l'un à l'autre est orientée dans deux directions : la communauté de vie, assortie de droits et de devoirs réciproques, qui les unit, mais aussi l'engagement qu'ils prennent ensemble d'élever leurs enfants à venir. Car s'il est bien sûr qu'individuellement il est des mariages sans enfants qui ne sont pas moins dignes que les autres, socialement l'institution trouve bien sa justification dans la création d'une famille nouvelle et l'accueil des enfants futurs. La présomption de paternité, ainsi que l'article 213 c. civ.⁵², expriment cette unité profonde qui relie la création du lien conjugal aux obligations que les époux assument en qualité de parents. Ainsi pourrait-on définir le mariage comme un engagement réciproque, solennellement contracté devant l'officier de l'état-civil, par lequel un homme et une femme s'obligent mutuellement à une communauté de vie, et promettent ensemble d'élever leurs enfants.

Section 2 : Une actualisation nécessaire.

Unifier la capacité matrimoniale, actuellement fixée à des âges distincts pour les hommes et les femmes, simplifier le droit des oppositions ainsi que celui des nullités, tels sont, pour des raisons différentes, les deux points qui ont paru nécessaires à une modernisation du droit du mariage.

§ 1. Unifier l'âge du mariage

L'actuel article 144 du Code civil fixe l'âge du mariage à dix-huit ans pour les hommes et quinze ans pour les femmes. La première réforme suggérée est de poser une règle identique pour tous. La question ne concerne pas seulement l'égalité des sexes. Plus fondamentalement, une discordance profonde apparaît aujourd'hui entre la règle légale et la pratique sociale : l'âge du mariage est de plus en plus tardif, il n'y a pas grand sens à écrire dans la loi que les filles sont " nubiles " à quinze ans. En réalité, pour apprécier la capacité des futurs époux à contracter mariage, la maturité psychologique paraît plus significative que l'aptitude aux rapports conjugaux. La règle proposée présente en outre l'avantage de libérer définitivement le mariage de la pression familiale, puisque les futurs époux seront par hypothèse majeurs.

Cette première proposition en induit par conséquent une seconde : la question du consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs, sans disparaître car des dispenses d'âge restent possibles, devient tout à fait résiduelle. Actuellement, la loi ne consacre pas moins de onze articles à cette question, d'ailleurs marqués par un formalisme désuet. Sans rien changer sur le fond, notamment sans remettre en cause le principe selon lequel le désaccord entre les parents vaut consentement au mariage, ces règles pourraient utilement être allégées.

§ 2. Simplifier le droit des oppositions et des nullités

Les autres propositions du groupe ont un caractère plus technique. Il s'agit en premier lieu de simplifier le droit des oppositions, en supprimant les oppositions

⁵² Selon lequel « les époux assurent ensemble la direction matérielle et morale de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir . »

familiales pour ne laisser subsister que celles du ministère public. Il suffit aux proches des futurs époux des éventuels empêchements dont ils auraient connaissance ; si l'obstacle paraît sérieux, l'officier d'état-civil saisira lui-même le parquet.

En second lieu, une remise en ordre des nullités de mariage paraît utile. Deux points particuliers méritent une attention spéciale. D'une part, les causes d'annulation devront être adaptées à la modification de la condition d'âge. Si demain l'âge du mariage est fixé à dix-huit ans pour les femmes comme pour les hommes, la nullité " dite pour impuberté ", qui sanctionne le mariage d'un jeune homme ou d'une jeune fille n'ayant pas atteint l'âge minimum, et celle pour incapacité, qui frappe l'union d'un mineur contractée sans le consentement de sa famille, se recouvriront très largement. Il est donc proposé de soumettre au même régime la nullité du mariage d'un époux n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans, qu'il se soit marié sans dispense d'âge ou sans le consentement de sa famille. D'autre part, la commission suggère l'abrogation de l'article 190-1 c. civ. qui, depuis la loi du 24 août 1993, ouvre au ministère public ainsi qu'à l'époux de bonne foi une action en nullité du mariage célébré en fraude à la loi. Loin d'ouvrir en effet les possibilités de poursuivre les mariages frauduleux, ce texte les restreint singulièrement puisqu'il limite le droit d'agir à un an. Traditionnellement, la jurisprudence annule ce type d'union pour défaut de consentement, considérant que celui qui s'est marié dans le but d'obtenir un résultat étranger à la finalité de l'union matrimoniale n'a pas réellement consenti au mariage. Or, la nullité pour défaut de consentement est beaucoup plus largement ouverte, ce qui a contraint la jurisprudence à préciser que l'actuel article 190-1 n'interdit pas au ministère public d'agir sur ce fondement, même après l'expiration du délai d'un an. En d'autres termes, le texte actuel introduit un certain désordre dans le droit du mariage, sans renforcer l'efficacité de la lutte contre la fraude.

PROPOSITIONS :

- **FIXER A DIX-HUIT ANS, POUR LES FEMMES COMME POUR LES HOMMES, L'AGE REQUIS PAR LA LOI POUR SE MARIER**
- **SIMPLIFIER LES REGLE ORGANISANT LE CONSENTEMENT DE LA FAMILLE AU MARIAGE DES EPOUX MINEURS**
- **RESERVER AU MINISTERE PUBLIC LE DROIT DE FAIRE OPPOSITION AU MARIAGE**
- **ACTUALISER LE DROIT DES NULLITES DU MARIAGE**

CHAPITRE II

FAVORISER UNE ORGANISATION RESPONSABLE DU DIVORCE

La première question qui se pose est celle de la nécessité d'une réforme du divorce. La loi, en cette matière, ne date que de vingt-cinq ans et il peut paraître inopportun de revenir sur un texte qui n'est pas véritablement ancien, sauf à toiletter quelques dispositions dont l'application pratique laisse à désirer telle la prestation compensatoire.

Une telle position est cependant rapidement apparue insoutenable. En effet, l'attente de réformes qui ne soient pas seulement de détail est grande, tant chez les justiciables que parmi les praticiens du droit concernés. Il est assez généralement admis que les textes de 1975 n'ont que partiellement répondu aux espoirs qui étaient fondés sur eux, qu'ils sont en décalage avec l'état actuel de la société, et que le système judiciaire ne parvient que très difficilement à leur donner une application correcte.

La loi de 1975 avait pour objectif avoué de « dédramatiser » le divorce ; si celui-ci demeure une épreuve au plan personnel, la procédure judiciaire ne devait plus contribuer à aiguïser le conflit entre les époux mais, au contraire, à le dépasser. En sus de l'ancien divorce pour faute, le législateur de 1975 a en effet créé deux formes de divorce par consentement mutuel, l'une sur requête conjointe, (lorsque les époux sont d'accord sur tout, y compris les conséquences du divorce) et l'autre sur demande acceptée (si les époux ne s'entendent que sur le principe du divorce), ainsi qu'une procédure de divorce pour rupture de la vie commune.

Ces innovations auraient dû réduire le divorce pour faute à une place marginale. Or, force est de constater que, si le divorce sur requête conjointe s'est bien acclimaté dans notre paysage juridique, il ne représente pourtant qu'un peu plus de 40% des procédures. Le divorce sur demande acceptée plafonne à 13%, et le divorce pour séparation de fait à 2%. C'est donc encore près de la moitié des divorces qui sont prononcés pour faute, au terme de procédures dont certaines sont des comédies judiciaires vidées de leur sens, d'autres, au contraire, entretenant la haine et les rancoeurs dans des procédures démesurées et épuisantes.

Manifestement, la loi de 1975 n'est pas parvenue à éradiquer la tentation de plaider les « griefs » afin d'obtenir quelque avantage financier ou moral, ni à donner une issue satisfaisante à la situation de ceux qui sont d'accord sur le principe de la séparation, mais ne parviennent pas à trouver les modalités d'un accord global. Or, le divorce sur requête conjointe suppose que toutes les conséquences du divorce soient réglées avant qu'il ne soit prononcé, et il ne faut pas sous-estimer, à cet égard, les difficultés financières et fiscales résultant de l'obligation de partager les biens du ménage avant de divorcer. Le divorce demandé et accepté a été créé pour répondre à ces difficultés. Mais l'ambiguïté de son fondement, entre la faute et le consentement mutuel, de même que les défauts techniques de sa procédure, ont nui à sa diffusion.

La pratique recourt donc encore à de « faux » divorces pour faute. Il arrive, par exemple, qu'un divorce pour faute soit demandé par l'épouse sans ressources ayant obtenu le bénéfice de l'aide juridictionnelle, le mari étant tout à fait au courant de la procédure et d'accord pour divorcer, mais ne constituant pas avocat parce que ses ressources, juste au-dessus du plafond de l'aide juridictionnelle, ne le lui permettent pas.

Quant au divorce pour rupture de la vie commune, ouvert à la demande de chaque époux dès lors que le ménage est séparé de fait depuis six ans ou que l'un des conjoints est atteint d'une maladie incurable, il a été entouré par la loi de 1975 d'un ensemble de garanties financières et morales exorbitantes en faveur du défendeur. Il s'agissait à l'époque de conjurer le spectre de la répudiation de l'épouse âgé par

l'époux désireux de convoler à nouveau. Excessivement pénalisé par cette forme de divorce, les demandeurs l'évitent à tout prix. Le résultat est que le divorce pour séparation de fait, très courant dans de nombreux pays étrangers, est quasiment inexistant dans la pratique française.

Cette situation est devenue d'autant plus insupportable que l'état d'esprit de la société a évolué. L'idée que le divorce sanctionne une faute régresse au profit de la conception selon laquelle c'est la conséquence de l'échec du couple. L'absence de procédure de divorce correspondant à la simple constatation de ce que l'union a échoué fait l'objet de critiques de plus en plus vives. Certains, de plus en plus nombreux, vont même jusqu'à estimer qu'il n'est plus légitime pour un conjoint de refuser de divorcer lorsque l'autre ne supporte plus la vie commune. Ils voient là une atteinte intolérable à la liberté individuelle. Ce sont les mêmes qui refusent le concept même de faute conjugale cause de divorce, estimant que la désunion est toujours le fait des deux conjoints ; dans les cas où l'un des conjoints a commis des actes indubitablement fautifs (violences...) ce n'est pas au droit du divorce d'en tirer les conséquences mais à d'autres systèmes sanctionneurs. Il faut relever que ces opinions sont soutenues par un nombre non négligeable de Juges aux affaires familiales⁵³.

Parallèlement, le souci de donner un maximum d'effet aux accords des époux s'est fait jour. Il s'agit de reconnaître leur liberté et leur autonomie, conformément à une tendance générale du droit de la famille, mais aussi de préserver l'harmonie future des relations, particulièrement précieuse en présence d'enfants mineurs. On reproche aux procédures actuelles de ne pas suffisamment favoriser ces accords et de ne pas exploiter pleinement les ressources de la médiation familiale. Enfin, dans l'hypothèse où les deux époux sont d'accord non seulement sur le principe du divorce, mais sur les modalités concrètes de la séparation, la nécessité de soumettre cet accord à une homologation judiciaire fait l'objet d'une contestation de plus en plus vive, et ceci au sein même des magistrats chargés des fonctions de juge aux affaires familiales, à qui il semble que leur rôle et leur mission sont dévalorisés par ces interventions inutiles.

Autrement dit, toutes les bases du système mis en place en 1975 sont actuellement ébranlées puisque sont remis en cause tout à la fois le principe d'un divorce nécessairement judiciaire, et la délicate articulation entre divorce consenti et divorce sanction d'une faute.

Ces évolutions sont concomitantes à un certain malaise de l'institution judiciaire. Le contentieux familial représente plus de 60% de l'activité des chambres civiles des Tribunaux de Grande Instance et il souffre particulièrement de l'insuffisance de moyens de la Justice civile. De plus, il n'est pas certain qu'au sein des juridictions, son importance soit toujours pleinement reconnue, ni que l'ensemble du travail individuel et collectif de formation et de réflexion des juges des affaires familiales ait vraiment été perçu à sa juste valeur. Par ailleurs, la place de l'institution judiciaire face au phénomène du divorce est sujet à réflexion. Des débats internes existent sur

⁵³ Voir notamment D Ganancia, *Pour un divorce du XXIème siècle*, GP 19 avril 1997 ; A Bénabent, in *Droit de la famille, ne pas se tromper de réforme*, Rapport de la Commission des Lois du Sénat, n°481, 1997-1998

les questions de savoir s'il appartient ou non au juge de contrôler les accords des époux divorçants, si l'institution judiciaire n'est pas discréditée par ces interventions inutiles, ou encore sur la manière dont un tribunal peut et doit appréhender ce type de litige intime ressortissant à la vie privée des individus.

Quant à l'attitude des justiciables, elle traduit souvent un véritable mécontentement, relayé par de nombreux mouvements et associations. Il faut tenir compte du fait que les décisions judiciaires ne peuvent, d'évidence, satisfaire tous les plaideurs, et qu'il leur est assez malaisé de faire la part entre leur propre malheur et les réels dysfonctionnements judiciaires. Les doléances relatives au coût de la procédure sont également délicates à apprécier ; si la prestation des auxiliaires de justice correspond à un réel service, il est cependant difficile au justiciable de se rendre compte si le coût correspond effectivement au service rendu.. L'aptitude du système judiciaire à apaiser les conflits et à trouver des solutions équitables et efficaces est mise en doute. L'engouement pour la médiation ressortit à cette aspiration à une régulation non contentieuse. Enfin, les règlements pécuniaires de l'après-divorce sont l'objet de vives critiques. Le régime de la prestation compensatoire, qui avait été élaboré afin de tarir les litiges d'après-divorce, aboutit à des situations d'injustice. La dissociation entre l'attribution d'une prestation compensatoire et le règlement des autres intérêts pécuniaires des époux entraîne des litiges longs et complexes et permet parfois des fraudes d'un époux à l'encontre de l'autre.

Suivant les critiques et les aspirations dont se sont fait l'écho tant les associations de divorçants que les organismes représentatifs des professions judiciaires concernées, le groupe a travaillé dans trois directions : la promotion des accords entre époux divorçants, la dédramatisation et l'assouplissement des procédures dans toutes les hypothèses, et enfin la justice dans l'apurement des règlements financiers.

Avant d'entrer plus avant dans le détail des mesures proposées, il convient de rappeler que le groupe propose que les règles d'autorité parentale soient désormais communes à tous les enfants dont les parents ne vivent pas ensemble ; il est donc proposé de les sortir du chapitre relatif au divorce et de les transférer au chapitre relatif à l'autorité parentale. Mais, bien évidemment, la procédure de divorce continue d'englober le règlement des questions relatives aux enfants. Reconnaître les accords entre époux divorçants et dédramatiser la situation constituent des objectifs particulièrement importants pour le bien être des enfants.

Section 1 : Valoriser les accords entre époux divorçants

Il n'est pas inutile de rappeler que le divorce par consentement mutuel a fait l'objet d'une histoire mouvementée : autorisé au moment de la Révolution française, il n'avait pas été repris lors du vote de la loi Naquet rétablissant le divorce, en 1884. Pendant près d'un siècle, le divorce par consentement mutuel a été interdit. Il n'est dès lors pas surprenant que la loi de 1975, tout en rétablissant le divorce par consentement mutuel, ne se soit cependant pas départie d'une certaine attitude de défiance envers les accords entre époux.

Une telle attitude n'est évidemment plus de mise. Ces accords sont aujourd'hui considérés comme présentant de multiples avantages. D'abord, ils correspondent à la promotion de l'autonomie des volontés dans le domaine des rapports de couple, déjà évoquée. Ensuite, ils permettent généralement l'adoption de solutions mieux

adaptées aux situations particulières que les mesures souvent stéréotypées reprises dans les écrits judiciaires. Décidées librement, ces dispositions sont bien mieux appliquées en fait. Enfin, et c'est peut-être le plus important, ces accords attestent une attitude de responsabilité qui retentit très favorablement sur le devenir des enfants.

Ce tableau idyllique doit cependant être nuancé. En effet, ces accords peuvent être injustes, soit qu'ils aient été arrachés au conjoint en état de faiblesse par rapport à l'autre, soit que les époux ne se soient pas bien rendus compte de leurs conséquences. La question de leur contrôle demeure donc posée.

Toujours est-il que le temps paraît venu de donner leur plein effet aux conventions qui englobent tous les aspects du divorce, d'améliorer le régime des accords portant soit sur le principe du divorce, soit sur certains de ses effets, en favorisant l'émergence de tels accords à tout moment de la procédure.

§ 1. Donner leur plein effet aux accords globaux

Une réforme qui recueille un consensus à peu près unanime est celle qui consiste à alléger la procédure actuelle de divorce sur requête conjointe. En revanche, il n'y a pas d'unanimité au regard de la possibilité de supprimer le contrôle judiciaire de ces accords.

Alléger la procédure de divorce sur requête conjointe

Le législateur de 1975, en rétablissant le divorce par consentement mutuel, craignait qu'il ne soit décidé de manière irréfléchie. C'est pourquoi il a posé toute une série de garde-fous. Le premier est l'interdiction de recourir à cette forme de divorce dans les six premiers mois du mariage. La Commission n'a pas trouvé de raison de la remettre en cause.

Une autre règle fondamentale est l'obligation, dès le début de la procédure, de rédiger un projet de convention réglant les conséquences du divorce. C'est au vu du règlement équitable et complet des rapports entre époux et du sort des enfants que le divorce sera prononcé. Pour vérifier que le consentement des époux est bien réel et sérieux, sont prévues deux comparutions personnelles des époux devant le Juge des affaires familiales, séparées par un délai d'au moins trois mois. Corrélativement, cette convention, mûrement réfléchie et homologuée par le juge, devient totalement intangible par l'effet du divorce et ne peut faire ensuite l'objet d'aucune révision si ce n'est par accord entre les deux ex-époux.

L'expérience de ce type de procédure a montré que, dans une proportion significative de cas, la seconde comparution des parties devant le juge des affaires familiales est perçue comme inutile, aussi bien par les époux que par le juge et les avocats. Or, elle est source de retard, puisqu'un délai minimum de trois mois sépare les deux audiences, et de frais puisque le ministère d'avocat est nécessaire à chaque fois. De plus, elle n'est pas bien comprise, le juge ne faisant souvent qu'entériner la convention.

Le groupe de travail a donc repris la proposition émise par des commissions de praticiens⁵⁴, consistant à rendre facultative la seconde comparution devant le juge des affaires familiales. Il pourrait en effet, soit dispenser les époux de la seconde audience, soit les dispenser seulement de comparaître en personne lors de celle-ci. La dispense de seconde audience serait subordonnée à deux conditions :

- une volonté suffisamment ferme et éclairée des époux
- un règlement global et satisfaisant des effets du divorce.

Le principe des deux comparutions personnelles devant le juge séparées par un délai de réflexion étant maintenu, il serait désormais possible au juge des affaires familiales de moduler la procédure, à la demande des époux, selon la complexité de la situation et la qualité de leurs accords. On peut supposer qu'un grand nombre, pour ne pas dire la quasi-totalité des divorces de couples sans enfant ou sans patrimoine commun pourraient bénéficier de cette dispense, surtout si les époux sont séparés depuis déjà un certain temps.

Le juge des affaires familiales pourrait maintenir la seconde audience mais sans comparution personnelle des époux lorsque le règlement des intérêts pécuniaires ne lui semble pas achevé, ou si il lui paraît nécessaire d'éprouver la bonne application des mesures concernant les enfants avant de statuer de façon définitive.

Enfin, une seconde comparution en personne pourrait demeurer nécessaire lorsque le juge souhaite revoir avec les époux certaines dispositions de la convention définitive dont il a demandé la modification.

Il paraît préférable de conserver le principe de la double comparution, assorti de possibilités de dispense, plutôt que de réduire le divorce à une seule comparution, sauf décision contraire du juge. En effet, il a semblé important de signifier que c'est la qualité de l'accord des époux qui permet de réduire la procédure, plutôt que d'envisager au contraire des défauts dans les conventions ne permettant pas le prononcé immédiat du divorce.

Par contre, il a semblé inutile de conserver la référence à une tentative de conciliation, le groupe estimant que l'accord présenté au juge implique la volonté de divorcer.

Il faut insister sur le fait que cette procédure extrêmement légère pourrait être diligentée dans un délai de l'ordre de quelques semaines et pour un coût relativement modéré. Par ailleurs, la simplification de ce divorce le rendrait plus attractif lorsque les époux trouvent un accord en cours d'instance .

La Commission a également examiné un certain nombre de propositions et de suggestions, qui ne lui ont pas paru pouvoir être retenues. Ainsi, malgré certaines critiques, il n'a pas paru opportun de revenir sur la possibilité pour les époux de choisir de recourir à un avocat commun. L'avocat unique est aujourd'hui le choix d'une très grande majorité de couples (plus de 80%) et ils en sont très généralement

⁵⁴ Notamment Commission du droit de la famille du Barreau de Paris, *Propositions pour un nouveau divorce*, cahiers droit et procédure, 1998

satisfaits. Le groupe propose donc de laisser à l'avocat unique la responsabilité de représenter les deux époux dans un esprit de conciliation de leurs intérêts respectifs, ou d'inviter les époux à prendre chacun un avocat lorsque cette conciliation d'intérêt lui paraît déontologiquement impossible.

Une autre question soumise au groupe de travail concerne la situation très délicate dans laquelle se trouvent les époux qui ont omis ou volontairement sous-évalué un bien dans leur convention. En l'état du droit, l'homologation par le juge rend la convention inattaquable, et aucune modification ne peut y être apportée : aucune règle juridique ne permet donc de statuer sur les biens omis ; il en résulte un véritable vide juridique.

Mais il serait impossible de prévoir un système de correction qui ne remette pas en cause les deux fondements de ce type de divorce qui sont le règlement définitif et global préalable au divorce, et l'homologation judiciaire rendant cet accord totalement intangible. Par ailleurs il est certain qu'une grande partie des dissimulations a une origine fiscale et qu'il serait particulièrement dommage de modifier le droit civil pour rendre moins dangereuse la fraude fiscale !

B. L'éventualité de la création d'un divorce sans contrôle judiciaire

Cette « révolution » envisageable et déjà suggérée dans le rapport Théry a donné lieu à des débats beaucoup plus difficiles. L'exposé des arguments des uns et des autres a permis de dresser un tableau des difficultés théoriques et pratiques qui ont orienté la recherche de faisabilité.

1. les arguments échangés

Le premier ordre de difficultés est idéologique. Une opposition radicale existe sur le point de départ du projet, à savoir l'idée que des personnes adultes et responsables puissent régler elles-mêmes tant la décision de divorcer, que ses conséquences. Cette possibilité est considérée par certains comme la suite logique de l'admission, voici déjà vingt cinq ans, du divorce par consentement mutuel. L'un des intérêts évidents d'une telle procédure serait de reconnaître pleinement l'accord entre deux adultes consentants et responsables, sans qu'un tiers vienne dicter leur choix. L'obligation de saisir le juge, s'expliquant par une présomption d'incapacité des époux à pouvoir s'entendre de manière équitable, est parfois ressentie comme une forme de mise sous tutelle.

Pour d'autres, il s'agirait d'un pas supplémentaire dans la desinstitutionnalisation du mariage, sa relégation dans la sphère privée, et donc sa disparition puisque le mariage est, par essence, un acte social. La suppression du droit de regard systématique du juge sur la dissolution du mariage le rapprocherait des différentes formes de concubinage, et, en particulier, du pacte civil de solidarité, et serait donc source de confusion.

Mais il est rétorqué que favoriser le dialogue entre époux, desserrer les contraintes liées à la procédure de divorce peuvent tout autant valoriser le mariage. La possibilité de faire prononcer le divorce par l'officier d'état civil, tiers représentant l'Etat, qui recueillerait solennellement le consentement des époux au divorce et pourrait donner lecture de certains textes du code civil (notamment sur l'autorité

parentale) soulignerait le fait que ce divorce ne concerne pas seulement la sphère privée des époux.

Il est néanmoins certain que cette réforme risquerait d'être comprise ou présentée comme une politique destinée à favoriser l'instabilité des couples, ou en tous cas à ne plus la décourager, voire comme une politique de destruction de la famille. Aujourd'hui, les personnes qui se marient ne le font plus par conformisme mais par choix volontaire d'une structure juridique de protection, dont le divorce judiciaire semble faire partie. Mais dans la mesure où ce divorce ne serait qu'une faculté supplémentaire, les époux auraient toujours la possibilité de saisir le juge. Quant à l'idée selon laquelle on pourrait lutter contre le divorce par des procédures longues et difficiles, il y a longtemps que sa pertinence a été mise en doute.

Dans le sillage de cette première série de difficultés se situe donc immédiatement la controverse relative à la question de savoir si le contrôle du juge est ou non utile, et s'il est ou non bien accepté.

Certains assurent que, dans une proportion de divorces non négligeable, "il n'y a plus rien à régler", spécialement lorsque les époux sont séparés depuis longtemps, n'ont pas ou plus de patrimoine commun, ni d'enfants mineurs. L'intervention du juge est alors dévalorisée, sa mission étant de trancher un litige qui en l'occurrence n'existe pas. D'autres prétendent qu'il n'y a aucun divorce simple. Le passage devant le juge peut être vu soit comme une formalité inutile, soit comme un garde-fous indispensable, sans que l'on puisse savoir ce qui se passerait en l'absence de contrôle tant qu'on ne l'a pas expérimenté. Quant aux dysfonctionnements avérés dans certains cas, ils peuvent soit servir de point d'appui à un projet de déjudiciarisation, partant du principe qu'il n'est pas normal qu'autant de justiciables soient mécontents de la justice qui leur a été rendue, soit justifier une demande de réforme des institutions judiciaires au motif qu'un dysfonctionnement dans le divorce doit être corrigé, et non pas aboutir à la suppression d'un contrôle utile. Dans la grande majorité des auditions, ce n'est pas l'intervention de la Justice qui était remise en cause, mais ses modalités actuelles. Et certaines demandes de divorce sans juge peuvent inquiéter dans la mesure où il s'agit clairement d'échapper à la contrainte judiciaire pour procéder à des aménagements fondamentalement différents de ce qui est décidé actuellement par les juges aux affaires familiales. On peut, en effet, douter que ces règlements seraient nécessairement plus protecteurs que les mécanismes mis en place par les juges.

La question de la liberté réelle des époux divorçants, des pressions, voire violences que permettrait un divorce non judiciaire est en effet au cœur du débat. Elle n'est pas seulement soulevée par les juristes, mais aussi, par exemple, par les associations de défense des droits des femmes. On peut, d'ailleurs, l'aborder sous des angles différents : partant du principe que le contrôle actuel n'empêche pas ces pressions, mais que l'homologation judiciaire paralyse techniquement la remise en cause des conventions, certains vont jusqu'à dire qu'un système purement contractuel, qui permettrait ensuite la remise en cause des conventions inéquitables ou dolosives, serait plus juste!...De toute façon, il est totalement impossible de supputer le pourcentage de divorces par déclaration conjointe qui pourraient faire l'objet d'une remise en cause a posteriori. Il est certain qu'il y aurait des actions tendant à annuler des conventions, voire des divorces obtenus dans des conditions déloyales. On pourrait se trouver en présence d'époux qui s'étaient remariés entre-temps, et se retrouveraient bigames après annulation du divorce. Il n'est pas certain

que le trouble social serait quantitativement plus grave que celui résultant actuellement des annulations de mariage.

Les exemples que le groupe a pu tirer du droit comparé ne sont guère probants. Les documents relatifs aux droits européens disponibles en France n'ont pas permis de conclure à l'existence, à l'étranger, de formes de divorce analogues à celle que le groupe envisage. Il est avéré que certains pays scandinaves connaissent un divorce sans juge, mais il est soumis au contrôle d'une autorité administrative lorsque des enfants sont concernés, ce qui n'est pas concevable en France.

Enfin, le dernier élément du débat est la question de la liberté des couples face à la multiplicité des formes de divorce. S'il existait une forme de divorce plus simple et moins coûteuse que les autres, il y a fort à parier qu'elle serait plébiscitée. Il faudrait cependant éviter que, pour des raisons d'économie, des époux recourent à ce type de divorce alors qu'ils ne sont fondamentalement pas d'accord. Le divorce non judiciaire risquerait alors de devenir le « divorce des classes moyennes », les procédures judiciaires étant réservées à ceux qui bénéficient de l'aide juridictionnelle d'une part et à ceux qui peuvent en affronter le coût d'autre part. Le risque n'est pas purement théorique, car il a déjà été observé dans des pays, tels la Grande Bretagne, qui organisaient une procédure de divorce fondée sur l'accord résultant d'une médiation, beaucoup plus abordable financièrement que la véritable procédure contentieuse. On risquerait d'aboutir à un véritable déni de justice envers les classes moyennes.

2. les propositions concrètes envisagées

Les exigences ont été posées dans l'exposé de l'argumentaire : il faudrait impérativement que ce divorce soit sans risque pour ses utilisateurs, et qu'il intervienne dans des circonstances où il ne pourrait être interprété ni comme un divorce au rabais, ni une dévalorisation du mariage.

Une idée souvent émise est que le divorce non judiciaire ne pourrait concerner que les couples sans enfants et sans patrimoine. Cette proposition ne résiste cependant pas à l'examen.

Réserver le divorce sans juge aux couples sans enfants paraît impossible alors que les concubins, eux, peuvent se séparer sans que la situation des enfants soit obligatoirement réglée par le juge. Il faut d'ailleurs relever que les difficultés d'exercice de l'autorité parentale résultent de la séparation des parents plus que du divorce, et que le recours au juge aux affaires familiales demeure toujours possible en cas de désaccord, avant, pendant ou après le divorce. Autrement dit, il est exclu que des litiges ou difficultés concernant un enfant ne trouvent pas de solution judiciaire parce que ses parents auraient divorcé par déclaration conjointe. Ce qui est possible, par contre, est que le sort des enfants serve d'enjeu dans un chantage pécuniaire dont un époux serait victime, et que la disparition du contrôle judiciaire laisserait désarmé.

Admettre le divorce par déclaration conjointe en présence d'enfants signifie que la société renonce à contrôler systématiquement, en cas de divorce, la conformité des arrangements parentaux à l'intérêt de l'enfant. On peut saluer cette mesure comme ne créant plus de discrimination entre les enfants, puisqu'elle aligne la situation des

« enfants du divorce » sur celle des enfants de concubins, ou regretter la démission de la société qui, faute de pouvoir protéger tous les enfants, n'en protège plus aucun. Après tout, l'un des sens du mariage est aussi de donner à l'enfant la meilleure protection possible.

En second lieu, réserver le divorce sans juge aux couples sans patrimoine serait certainement impossible d'un point de vue constitutionnel car contraire au principe d'égalité. Et cela ne pourrait qu'inciter les époux à la fraude. Cependant, l'acuité des difficultés patrimoniales n'est pas forcément dépendante de la taille du patrimoine. Lorsque les époux sont endettés, les difficultés ne sont pas moindres : on peut tout d'abord redouter que les époux s'accordent pour une répartition des dettes, sans avoir conscience que celle-ci est inopposable aux créanciers communs. On peut aussi craindre des fraudes de la part de l'un des époux contre l'autre, ou des deux conjoints de connivence à l'encontre des droits des tiers, en particulier des créanciers et du Fisc.

Il semble que l'attribution d'une prestation compensatoire ne soit pas possible, faute de garantie aussi bien pour les époux que pour les tiers. Il est d'ailleurs très probable que le Fisc ne l'admettrait pas. Il serait donc beaucoup plus simple de l'exclure expressément, et les époux qui souhaiteraient une telle prestation sauraient que seule la voie judiciaire (éventuellement gracieuse) le leur permet. Poser un tel principe ne semble pas être un obstacle réel, dans la mesure où seulement 13% des divorces sont assortis d'une prestation compensatoire⁵⁵ ; cette règle aurait le mérite d'énoncer clairement que ce divorce ne s'adresse qu'à des époux indépendants financièrement.

La renonciation à une prestation compensatoire implique que la liquidation et le partage du régime matrimonial soient faits avant le divorce: seule, en effet, cette opération permet de renoncer en connaissance de cause à la prestation compensatoire.

Enfin, même si beaucoup de petits patrimoines ne semblent pas nécessiter l'intervention d'un juriste professionnel, la présence de ce dernier est indispensable pour déterminer le degré de complexité du partage, souvent méconnu par les époux. En particulier, seul un professionnel du droit peut indiquer aux époux quelle sera leur situation au regard des dettes communes après le divorce. La présence du notaire, exigée lors du contrat de mariage et lors du changement de régime matrimonial, s'impose aussi au moment de la dissolution du régime matrimonial et du partage. Elle est seule capable de limiter les hypothèses de remise en cause des partages tant à l'initiative des époux qu'à celle des tiers, que ce soit dans le cadre d'une nullité liée à une procédure de faillite, ou d'une action paulienne. Il serait certes concevable de limiter le caractère impératif de son intervention à l'hypothèse où la communauté de biens comporte des immeubles (comme dans le divorce sur requête conjointe), mais ce critère ne paraît cependant pas totalement pertinent, eu égard à l'importance de certaines fortunes mobilières et à la complexité juridique de certaines situations apparemment simples (immeuble acheté par l'un des époux avant le mariage et payé par la communauté ensuite par exemple.).

⁵⁵ Le divorce en 1996, Ministère de la Justice, SDSSED, 1999

Au total, le divorce non judiciaire impliquerait que les époux soient bien conscients de ce que les décisions qu'ils prennent à l'égard des enfants seront toujours modifiables à la demande de l'un ou de l'autre par décision du juge aux affaires familiales, qu'ils renoncent en connaissance de cause à toute prestation compensatoire et partagent leur patrimoine par acte notarié avant de divorcer. Mais il ne faut pas se cacher que les frais de partage et de notaire continueront de constituer un obstacle. L'obligation de partage préalable, de même d'ailleurs que le souci de vérifier la qualité de l'accord des époux, impose que la procédure ait une certaine durée. Dans la nouvelle architecture réfléchie par la Commission, le « divorce-flash » ne pourrait être que judiciaire, soit sur requête conjointe avec une seule comparution, comme il vient d'être exposé, soit sur demande unilatérale acceptée, comme il le sera ultérieurement. La présence du juge et des avocats est en effet de nature à écarter le risque de concessions déraisonnables arrachées à un conjoint pressé de divorcer. Au contraire, l'absence de ces garde-fous impose de prévoir, un peu comme en droit de la consommation, un délai de réflexion. Mais le groupe a eu beaucoup de mal à cerner le délai pertinent. Un délai d'un an semble minimal, pour éprouver la viabilité des accords des époux, et pour éviter que cette nouvelle procédure ne fasse trop bon marché des engagements du mariage. Il devrait permettre à chacun d'établir son nouveau budget, compte tenu des nouvelles dépenses et de la variation de l'impôt sur le revenu et des allocations familiales engendrées par la séparation. Cependant, dès lors qu'est posée une exigence de durée, aucun projet ne permet de répondre aux besoins des couples qui s'aperçoivent de leur erreur très vite après le mariage.

La mise en oeuvre de ces exigences pourrait se faire de plusieurs manières. On peut imaginer une première déclaration conjointe devant une autorité à déterminer, qui serait le point de départ du délai, le partage des biens qui aurait lieu ensuite, et, enfin, après l'expiration du délai, une seconde déclaration qui réaliserait la rupture du lien conjugal. L'inconvénient de cette solution est de créer une situation juridique extrêmement floue pour les époux entre la première et la seconde déclaration. Cet inconvénient pourrait être grave pour ceux qui, ne parvenant pas à un accord, demeureraient dans cette situation pendant une durée indéterminée.

Une autre approche a été tentée par la commission, à partir du cas des ménages séparés de fait depuis très longtemps. Pour ceux-là, les problèmes pratiques ont été résolus à l'amiable, par la force des choses. Par ailleurs, il existe un intérêt social évident à les inciter à divorcer car ces séparations de fait donnent une image totalement dévalorisée du mariage ; d'autre part, elles sont à l'origine de concubinages juridiquement adultérins qui sont certainement un désordre social et contiennent en germe de graves difficultés patrimoniales ultérieures. L'argument selon lequel le divorce sans juge serait une dévalorisation du mariage ne joue donc pas en ce cas, bien au contraire.

L'un des points délicats de ce nouveau divorce serait la détermination et, surtout, la vérification de la durée de la séparation de fait. Seul le notaire, qui est déjà habilité à délivrer des actes de notoriété en matière de succession, et à vérifier la durée de vie commune lorsqu'il reçoit des consentements à la procréation médicalement assistée, peut recevoir cette délicate mission. Une fois choisi le délai minimal exigé (trois ans ?) il faudrait qu'un texte réglementaire précise les éléments de preuve exigés, au

nombre desquelles les déclarations fiscales séparées semblent avoir une importance déterminante.

Quelle que soit l'option choisie se pose aussi la question du conseil juridique des époux divorçants. En effet, l'intervention du notaire ne dispense pas forcément de l'exigence d'une consultation juridique concernant les autres aspects du divorce. Il faut, en effet, que chacun soit dûment averti de l'étendue et de la consistance des droits auxquels il renonce en recourant à cette forme de divorce, et de la portée exacte des engagements qu'il prend. Or, s'agissant des enfants, et même des prestations compensatoires, il n'est pas sur que le notaire soit le mieux à même de donner ces informations. La question demeure cependant ouverte de savoir s'il faudrait imposer la consultation d'un avocat, ou si les renseignements délivrés par les Maisons de la Justice et du Droit pourraient suffire. Cette alternative a des prolongements en matière de responsabilité professionnelle si des conseils inadéquats étaient donnés : le problème serait particulièrement délicat si la consultation dommageable était délivrée dans le cadre d'une maison de la Justice et du droit. Il faut ici signaler la très grande réticence de certains professionnels du droit, et en particulier des avocats, à entrer dans cette démarche. Ils craignent de ne pas avoir les moyens juridiques d'accomplir leur mission avec toutes les garanties nécessaires, et redoutent les conséquences de cette situation en terme de responsabilité professionnelle. Par ailleurs, si l'option de la nécessité de consulter un avocat était retenue, il faudrait qu'elle puisse être prise en charge au titre de l'aide juridique (bien qu'il ne s'agisse pas d'un litige) par une nouvelle modification législative.

Enfin, le choix de l'autorité devant laquelle serait prononcée la déclaration finale est particulièrement difficile. On songe évidemment à l'officier d'état-civil, ce qui renouerait avec le système du divorce dans le Code civil d'origine. Cette solution aurait le mérite de la clarté, puisque le pacte civil de solidarité et les déclarations communes des concubins non mariés en matière d'autorité parentale auront lieu aux greffes civils, et que le mariage et ce divorce demeurerait de la compétence des officiers d'état-civil. Ceci impliquerait qu'aucune charge de vérification autre que purement formelle ne soit confiée aux maires, qui ne sont évidemment pas habilités à "juger" les accords des époux. Dans l'hypothèse (probable) où les maires refuseraient cette charge, il resterait la possibilité du greffe du tribunal de grande instance, voire du Tribunal d'Instance, ce qui présenterait l'avantage, et aussi l'inconvénient, de maintenir ce divorce dans une « atmosphère » judiciaire.

Des pré-projets de textes correspondant aux deux options décrites ont été rédigés. La majorité de la Commission a souhaité qu'ils ne figurent pas dans le rapport, par crainte d'y voir une alternative équivalente au projet qu'elle avait mis en place par ailleurs de simplification du divorce sur requête conjointe, qui lui paraissait présenter beaucoup plus de garanties pour les justiciables.

En définitive, la Commission, dans sa majorité, s'est en effet prononcée contre le divorce non-judiciaire. En effet, les exigences formulées, en termes de délais et d'intervention des professionnels du droit, en limitent considérablement l'intérêt et le sens, sans pour autant apporter les garanties considérées comme minimales. Seule une minorité de ses membres souhaite continuer à affiner les recherches dans cette voie.

Propositions :

- N'imposer qu'une seule comparution devant le juge aux affaires familiales dans les divorces sur requête conjointe, lorsque les accords des époux sont libres, complets et équilibrés.

- **Ne pas adopter, tout au moins sans réflexion complémentaire, de procédure de divorce sans contrôle judiciaire.**

§ 2. Améliorer le divorce demandé et accepté

Que beaucoup d'époux soient d'accord sur le principe d'une séparation, sans pouvoir pour autant en régler toutes les conséquences est une constatation d'évidence. La loi de 1975 avait créé, à leur effet, la procédure de divorce par consentement mutuel sur demande acceptée, qui n'a pourtant eu qu'un succès tout relatif. La Commission a donc essayé de la rendre plus attractive.

La commission a cherché à éradiquer les défauts qui ont entravé son développement statistique, alors même qu'il correspond, en fait, à une grande majorité de situations dans lesquelles les époux sont d'accord pour divorcer et pour ne pas chercher à s'imputer des « torts » mais ne parviennent pas à régler immédiatement toutes les conséquences du divorce.

A. Supprimer toute référence à la faute dans cette forme de divorce

Le fondement actuel de ce divorce est assez obscur. Situé dans la section relative au divorce par consentement mutuel, il repose sur un ensemble de faits rendant intolérable le maintien de la vie commune. Le Code de procédure civile impose la rédaction d'un mémoire exposant ces faits, sans qu'ils soient imputés à l'un ou à l'autre. Le Code civil exige que le conjoint défendeur « reconnaisse les faits », ce qui explique que ce divorce sous connu sous le nom de « divorce sur double aveu ». Enfin, une fois prononcé, il produit les effets d'un divorce « aux torts partagés ».

Il a semblé inutile de revenir sur l'exposé des faits qui ont entraîné la séparation, et de mettre plutôt l'accent sur l'acceptation d'un divorce sans torts. Dans cette optique, il ne devrait plus être question « d'aveu » ni de « torts partagés », et la formule proposée est plus clairement consensuelle que dans la loi de 1975.

Permettre l'accord sur le principe du divorce pendant toute la durée de la procédure

Les principales modifications sont procédurales. Cette forme de divorce n'a guère eu de succès parce que le demandeur court le risque, si sa demande est rejetée, d'avoir à recommencer toute la procédure sur un autre fondement. Dès lors, les demandeurs préfèrent fonder leur demande sur une prétendue faute du conjoint, pour conserver tous les atouts en main. Il fallait donc trouver une procédure qui permette à un époux de proposer à l'autre un divorce « sans torts », sans prendre aucun risque au cas où l'autre conjoint préférerait se placer sur le terrain de la faute ou refuser le divorce.

La solution proposée en définitive est de renoncer à la procédure particulière de ce divorce est de créer un tronc commun procédural qui permettrait à chaque époux de provoquer une audience de conciliation sans avoir à prendre parti au préalable sur le choix de la cause de divorce. Cet aspect sera étudié plus en détail dans la section relative à la procédure.

On éviterait ainsi d'avoir à choisir entre proposer la paix (le divorce demandé et accepté) ou la guerre (le divorce pour faute) avant même d'avoir pu sonder les intentions de l'autre conjoint. Les époux pourraient, lors de l'audience de conciliation ou par la suite, donner leur accord sur le principe du divorce en limitant les débats à ses conséquences. Dans la mesure où, comme on le verra, les conséquences patrimoniales de l'attribution des « torts » ont été réduites, on peut espérer de nombreux accords. Enfin, la possibilité donnée au demandeur initial d'invoquer les fautes du défendeur si celui-ci, loin d'accepter le divorce proposé, contre-attaque en demandant un divorce pour faute, en ferait désormais un divorce sans risque.

Il deviendrait possible, à tous les stades de la procédure, de demander au juge de statuer sur ce fondement, ce qui devrait sensiblement « mordre » sur les actuels divorces pour faute aux torts partagés sans énonciation de motifs. Par ailleurs, le défendeur pourrait accepter le divorce lors de l'audience de conciliation sans avoir pour autant l'obligation de constituer avocat ensuite. On peut espérer que cette pratique remplacerait avantageusement certains divorces pour faute par défaut, le défendeur n'étant pas représenté.

Enfin, rien n'empêcherait les époux de présenter ensemble leur demande en divorce⁵⁶. Par rapport à la requête conjointe du divorce par consentement mutuel, cette formule présenterait l'avantage de remettre à (un peu) plus tard le partage des biens, ce qui peut être fort attrayant (par exemple en donnant le temps de vendre l'immeuble commun).

La Commission propose donc de favoriser l'émergence d'accords sur le principe du divorce dans le cadre du divorce sur demande acceptée, en n'obligeant plus les époux à formuler des griefs lors de la requête initiale, et ouvrant à tous les stades du procès une passerelle vers cette forme de divorce « sans torts ».

Propositions :

- Réaménager la procédure de divorce demandé et accepté afin de la rendre attractive et sans risque
- Permettre aux époux, à tous les stades de la procédure, de saisir le juge de leur accord sur le principe d'un divorce sans torts

§ 3. Favoriser l'émergence d'accords sur les conséquences du divorce

Les suites du divorce concernent essentiellement l'organisation de la vie des enfants communs, et le règlement des questions patrimoniales. Dans l'un comme l'autre domaine, les textes actuels ne favorisent pas suffisamment la conclusion de conventions entre les époux.

⁵⁶ Selon les prescriptions de l'article 750 du NCPC, qui permet de saisir le juge par requête même en matière contentieuse.

A. La recherche d'un accord concernant la vie des enfants.

Quel que soit le type de procédure utilisée, l'exercice de l'autorité parentale et le versement de la contribution à l'entretien des enfants sont des domaines où les décisions imposées par le juge peuvent s'avérer d'une faible efficacité, ou au contraire d'une application trop rigide par les parents. Surtout, le refus de l'un des parents de s'y plier entraîne une atmosphère de litiges à répétition et de critiques systématiques de l'un des parents à l'encontre de l'autre dont, en définitive, les enfants font les frais.

Lorsque les époux ne parviennent pas spontanément à mettre entre parenthèses leurs griefs pour rechercher ensemble les mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant, il paraît nécessaire d'avoir plus souvent recours à la médiation familiale, dont les ressources ne sont pas encore totalement exploitées en France. D'ailleurs, au regard des textes, la loi de février 1995 ne vise pas explicitement la médiation familiale, bien qu'elle l'autorise.

Il a paru utile de faire expressément mention de la médiation familiale au titre des mesures que le juge peut prendre au moment de l'audience de non-conciliation. Le juge de la mise en état, pendant la suite de la procédure, peut également y recourir. Rien, d'ailleurs, ne limite aux litiges relatifs aux enfants le recours à la médiation et l'on peut très bien imaginer que certains conflits relatifs aux biens y soient intégrés. Dans ce contexte, le groupe n'a pas cru devoir déroger au principe général posé en 1995 selon lequel la médiation repose sur l'accord des parties.

En revanche, la Commission propose par ailleurs (V au Chapitre Autorité parentale) qu'une rencontre devant un médiateur puisse être imposée aux parents en cas de litige récurrent ou irréductible, postérieurement à la séparation ou au divorce. L'idée de médiation obligatoire pourra choquer. Mais il s'agit dans ce cas précis d'une ultime démarche de paix avant la saisine des juridictions pénales.

Au demeurant, ces propositions ne prendront évidemment corps que par le développement de structures de médiation efficaces et par l'habitude que prendront les juges aux affaires familiales d'y envoyer, plus ou moins fermement, les parents en litige.

B. La recherche d'un accord sur les conséquences patrimoniales du divorce

En ce domaine aussi, les règles actuelles ne sont pas de nature à favoriser la découverte d'un consensus. En application de l'article 1450 du code civil., les époux doivent passer par devant notaire toute convention relative au partage de leurs biens. Tout accord sous seings privés est radicalement sans valeur. Et, de surcroît, il ne leur est pas possible d'intégrer la prestation compensatoire dans le cadre de leurs arrangements conventionnels.

La Commission propose donc de rendre facultative la forme notariée lorsque la convention ne porte pas sur un immeuble, et de permettre aux époux de passer toutes sortes d'accords, partiels ou globaux, sous seing privé ou devant notaire,

intégrant tous les aspects de leurs relations patrimoniales dans un règlement d'ensemble. Ces accords ne seraient exécutoires qu' après homologation par le juge, qui conserverait le droit de les rejeter si ils lui paraissaient inéquitables ou incompatibles avec certaines dispositions du jugement (par exemple, mesures financières prises en considération d'une organisation relative aux enfants que le juge refuse).

Au total, le régime des accords entre époux pendant la procédure pourrait donc être considérablement assoupli. Il leur serait désormais possible soit de faire homologuer une convention complète, dans les termes du divorce sur requête conjointe, soit de conclure un accord sur le principe d'un divorce sans torts et sur certaines de ses conséquences, soit encore de procéder à tous accords partiels ou globaux, tant sur la prestation compensatoire que sur la liquidation du régime matrimonial.

Propositions :

- **Inciter les juges aux affaires familiales à proposer le recours à la médiation familiale lorsque les époux sont en conflit au sujet des enfants, et à imposer une rencontre entre les parents en cas de litige aigu et récurrent concernant les enfants.**
- **Donner un plein effet à tous les accords patrimoniaux entre époux, y compris sur la prestation compensatoire, et les dispenser de formalités.**

Section 2 : Dédramatiser le divorce et assouplir les procédures.

Il convient à titre préliminaire de rappeler que le souhait de dédramatiser le divorce ne doit en aucun cas être compris comme la négation de l'épreuve qu'il représente. Il signifie seulement que le système juridique ne doit pas contribuer à envenimer des situations qui sont déjà très douloureuses et qu'il doit avoir pour but et pour effet d'adoucir plutôt que d'aggraver ces maux.

La recherche de dédramatisation peut prendre deux directions, d'ailleurs non exclusives l'une de l'autre mais complémentaires. L'une est de réfléchir à nouveau sur les fondements du divorce : doit-il être la sanction d'une faute ou le simple constat de l'échec d'un couple ? l'autre est de travailler à une procédure qui ait pour effet d'apaiser les conflits plutôt que de les exaspérer.

§ 1. Divorce pour faute et/ou divorce-constat d'échec ?

A. Faut-il supprimer le divorce pour faute ?

Que l'architecture actuelle des procédures de divorce pour faute et pour rupture de la vie commune n'ait pas permis une véritable dédramatisation du divorce est une constatation d'évidence. Le divorce pour séparation de fait n'a pas, en droit français, la connotation neutre qui lui donnerait le caractère d'un divorce-faillite. Quant au divorce pour faute, on lui reproche d'exacerber l'animosité des époux dans une épuisante et stérile recherche de griefs. Le malaise est tel que l'option consistant à supprimer le divorce pour faute et à remplacer l'ensemble mis en place en 1975 par

une seule procédure de divorce-constat d'échec a été présentée par plusieurs praticiens et organismes professionnels⁵⁷.

Le groupe a été surpris par la suggestion de supprimer brutalement la procédure de divorce qui continue à drainer près de la moitié de l'ensemble des divorces. Il n'a pas été convaincu que les systèmes de remplacement proposés auraient la même flexibilité et répondraient aussi bien aux besoins des justiciables. En particulier, l'idée de voir les fautes conjugales sanctionnées par d'autres voies, pénales ou indemnitaires, a semblé peu judicieuse parce qu'encore plus contentieuse.

Plus profondément, ne plus faire de la violation des obligations conjugales une cause de divorce aurait modifié profondément la nature et le sens du mariage. Or, il ne semble pas qu'une telle évolution corresponde à une demande sociale majoritaire, alors qu'elle pourrait avoir des effets tout à fait négatifs en terme symbolique. La voie de la suppression radicale du divorce pour faute a donc été écartée par l'unanimité du groupe de travail.

Dans les propositions de la Commission, le divorce pour faute et le divorce pour rupture de la vie commune survivraient tous deux, mais le souhait exprimé par le groupe est que le premier régresse et que le second devienne en pratique un véritable divorce pour cause objective.

Proposition d'une nouvelle articulation entre divorce pour faute et divorce pour cause objective

La commission n'a pas renoncé à mettre en place des procédures ne présentant pas l'inconvénient majeur du divorce pour faute, qui exacerbe les conflits entre époux dans la logique d'un affrontement judiciaire, le tout au plus grand préjudice des enfants. On a vu à la section précédente que tous les moyens de favoriser les accords entre époux ont été recherchés. En conservant les logiques propres des divorces pour faute et pour rupture de la vie commune, un rééquilibrage a paru possible.

1. Le divorce pour rupture de la vie commune

Le divorce pour séparation de fait, (et pour maladie mentale incurable) avait fait l'objet de vives discussions, en 1975 parce qu'il paraissait alors difficile à admettre que l'un des époux impose le divorce à l'autre, même à l'issue d'une très longue séparation (six ans). La loi en a fait un divorce « à charge » qui prend même les allures d'un divorce aux torts exclusifs du demandeur⁵⁸. Il n'est dès lors pas

⁵⁷ Voir note 1 ; On peut aussi citer Mme Colcombet, président de la chambre à la Cour d'appel de Paris, et le Syndicat de la Magistrature, lors de leurs auditions par le groupe de travail.

⁵⁸ Ainsi, lorsque l'époux défendeur forme à son tour une demande reconventionnelle en divorce pour faute, le juge n'a pas le droit de partager les torts et ne peut que prononcer le divorce aux torts exclusifs du demandeur initial. L'époux défendeur ne reçoit pas de prestation compensatoire, mais il conserve le bénéfice du devoir de secours qui oblige le demandeur à continuer d'assurer ses besoins. S'il s'agit de l'épouse, elle conserve de plein droit l'usage du nom de son ex-époux.

étonnant que ce divorce n'ait eu aucun succès pratique, les demandeurs cherchant par tous les moyens à imputer des griefs à leur conjoint, plutôt que de choisir une procédure aussi dangereuse. De fait, cette procédure n'était envisageable que par des demandeurs dont la situation pécuniaire était tellement inférieure à celle de l'autre conjoint qu'ils ne risquaient rien ! Pour en faire un véritable divorce-constat d'échec, il fallait lui ôter ce caractère exceptionnel et discriminatoire.

La première grande modification proposée est la réduction du délai qui, de six ans, passerait à trois ans seulement, aussi bien dans le cas de séparation de fait que d'altération des facultés mentales.

Ce divorce serait ensuite « banalisé » par le fait que les demandes reconventionnelles obéiraient désormais au droit commun et pourraient donc, éventuellement, aboutir à un divorce aux torts partagés. Il n'y aurait plus non plus de régime dérogatoire au regard du nom patronymique.

Plus délicate est la question de la survivance du devoir de secours. Pour la majorité du groupe, le devoir de secours, qui a une connotation quelque peu misérabiliste et qui fait perdurer financièrement une union dissoute doit disparaître en faveur de l'allocation d'une prestation compensatoire (si les conditions en sont remplies).. Les propositions relatives à la prestation compensatoire, qui seront vues dans la dernière section, doivent permettre de répondre au cas particulier de l'époux abandonné sans ressources après une longue vie commune. Mais cette proposition ne fait pas l'unanimité, certains estimant que le devoir de secours constitue une meilleure garantie.

Dans la mesure où il peut s'agir d'un divorce imposé à un époux non fautif qui ne le souhaitait pas, le groupe propose cependant le maintien de trois règles spécifiques :

- La première est l'affirmation que le demandeur supporte « toutes les charges » du divorce, ce qui inclut en particulier les frais de procédure. Il deviendrait également possible d'allouer des dommages-intérêts au défendeur sans qu'il soit pour autant obligé de formuler une demande reconventionnelle en divorce pour faute.

- La seconde est l'interdiction absolue d'attribuer une prestation compensatoire au demandeur, qui serait ainsi moins bien traité que l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé. Il paraît, en effet, excessif qu'un époux puisse exiger le divorce contre la volonté de l'autre et, de surcroît, lui impose la compensation financière de cette séparation.

- Enfin, le groupe a proposé de maintenir la « clause de dureté » permettant au juge de refuser le divorce si le défendeur fait état de conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté. Il a paru cependant inutile de conserver la faculté qu'avait le juge de relever d'office l'exceptionnelle dureté en cas altération des facultés mentales.

La Commission espère que ces propositions transformeraient ce divorce en divorce pour cause objective, et que les époux souhaitant reprendre leur liberté seront moins tentés qu'auparavant de chercher à tout prix à imputer une faute à leur conjoint pour éviter les règles pénalisantes de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune.

2. le divorce pour faute

La commission n'a pas trouvé de raison qui justifie de modifier la définition de la faute cause de divorce, et propose de conserver le contenu de l'actuel article 242 du code civil, « le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune ». En revanche, le groupe propose de supprimer l'hypothèse de la condamnation pénale, l'existence d'une faute ne faisant pas de doute en ce cas.

Le groupe a travaillé à réduire les incidences financières de l'attribution des « torts » afin d'éviter des débats stériles sur les torts, motivés par des intérêts financiers. Il est d'abord proposé de supprimer la corrélation, d'ailleurs plus apparente que réelle faite par les textes actuels entre attribution des torts et régime des libéralités (V. Le chapitre relatif aux transmissions de biens entre époux).

La règle actuelle interdisant d'attribuer une prestation compensatoire à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé a fait l'objet de vives discussions. La suppression de ce lien est conforme à une forte demande de certains praticiens, mais cependant vivement combattue par d'autres. L'idée de voir compenser la disparité financière résultant d'un divorce dont est seul responsable celui qui en pâtit peut paraître au rebours de toute logique. Et le fait que les torts exclusifs n'aient plus de conséquences concrètes ne peut être considéré comme sans conséquences sur la notion même de faute conjugale, et par contrecoup sur le mariage.

La Commission propose cependant de supprimer l'interdiction d'allouer une prestation compensatoire à l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé, car cela lui paraît le seul moyen d'éradiquer toute « prime » au divorce pour faute. Le juge conserverait néanmoins la faculté de statuer en équité si l'attribution d'une prestation à l'époux fautif était par trop contraire au sentiment de justice.

Il ne fait pas de doute que ce soit un pas important sur le chemin vers le divorce objectif évoqué plus haut .

Enfin, la liberté, à la demande des époux, de ne pas énoncer les fautes dans le jugement doit être maintenue, même si la réforme du divorce demandé et accepté doit la rendre moins utile. Il faut noter qu'elle peut jouer même en cas de divorce aux torts exclusifs, si les deux époux y consentent.

Propositions :

- **Réduire à trois ans le délai au terme duquel la séparation de fait des époux ou l'altération des facultés mentales justifie le prononcé du divorce**
- **Rééquilibrer les conséquences du divorce pour rupture de la vie commune, afin qu'il ne soit pas pénalisant pour le demandeur, tout en tenant compte de ce qu'il est imposé par un époux à l'autre ;**
- **Conserver le divorce pour faute, en supprimant les avantages financiers liés à la notion de « torts exclusifs ».**

§ 2. Une procédure unifiée et moins contentieuse

La procédure de divorce est relativement longue et complexe. Elle se décompose en trois étapes : d'abord une requête par laquelle l'un des époux demande au Juge aux affaires familiales de fixer une date pour une audience de conciliation. Vient ensuite cette audience, au cours de laquelle le juge entend les époux hors puis en présence de leurs avocats. Elle débouche le plus souvent sur une ordonnance de non-conciliation par laquelle le juge constate que les époux ne se sont pas réconciliés, et prend les mesures nécessaires pour la suite de l'instance, en particulier à propos des enfants mineurs. La dernière étape est l'instance en divorce proprement dite, qui peut être initiée par chaque époux, et se déroule, elle aussi, devant le Juge aux affaires familiales. Elle s'achèvera avec le jugement de divorce, qui prononcera la dissolution de l'union et réglera ses conséquences, au regard des enfants et, éventuellement, de la prestation compensatoire.

Cette procédure a été voulue à l'origine longue et difficile afin de décourager les époux de divorcer. Actuellement, cet objectif est largement abandonné, mais sa durée est plutôt utilisée pour trouver les moyens de régler les problèmes pratiques et pour que les époux fassent le deuil de leur union. Une période de quelques mois ne paraît pas déraisonnable pour mettre fin à un mariage qui a pu durer plusieurs années, voire des dizaines d'années dans un contexte, il faut le rappeler, où les époux ne sont pas d'accord. Lorsque la durée des divorces est excessive, c'est en raison d'un engorgement des tribunaux ou des cours d'appel et non pas à cause de la malfaçon des textes. Enfin l'audience de conciliation est un moment fort de la procédure, et personne ne comprendrait qu'elle soit supprimée.

Tout en rappelant l'impérieuse nécessité de donner aux juridictions les moyens de traiter dans de bonnes conditions l'afflux de demandes en divorce, le groupe a donc estimé qu'aucun impératif ne justifiait de supprimer l'une des étapes de cette procédure.

Par contre, il a semblé possible d'améliorer sensiblement l'impact de cette procédure sur les relations des époux divorçants. Le point de départ du travail du groupe a été l'observation que l'énonciation des griefs, dès la requête initiale cristallise une atmosphère contentieuse et agressive. Tel époux qui aurait accepté de plus ou moins bon gré l'idée d'un divorce, se sent personnellement mis en cause et insulté par l'énoncé de griefs outrancièrement grossis pour convaincre le tribunal de l'existence de véritables et graves fautes. Dès lors, il va rendre coup pour coup et les espoirs d'apaisement deviendront illusoires.

Le seul moyen d'éviter cet engrenage fatal est de ne plus obliger les époux à énoncer la cause de divorce dans leur requête initiale, et de procéder à l'audience de conciliation avant qu'elle ait été déterminée. Ainsi, les possibilités d'accord soit sur un divorce sur demande acceptée, soit sur un divorce pour séparation de fait, seront préservées jusqu'au dernier moment..

Techniquement, cette possibilité a été recherchée dans un tronc commun procédural commun aux trois formes de divorce demandé par un époux : le divorce demandé et accepté, le divorce pour séparation de fait (ou altération des facultés mentales), et le divorce pour faute. Ces trois types de divorce ont pour fondement commun le fait que la vie commune est devenue intolérable. La première phase de la procédure,

centrée autour de l'audience de conciliation serait unifiée, afin de retarder au maximum l'invocation des griefs, si dévastatrice, et de favoriser les accords pendant toute la durée de l'instance.

A. L'unification de la phase préalable de conciliation

1. la requête initiale

Le requérant n'aurait pas, à ce stade, à indiquer sur quel cas de divorce il entend se fonder, bien qu'il le puisse s'il le souhaite. Il pourrait se borner à indiquer que, la vie commune étant devenue intolérable, il souhaite divorcer. Il devrait, par contre, impérativement indiquer la composition de la famille, la consistance du patrimoine des époux et les ressources et charges du ménage. Il devrait aussi proposer immédiatement des modalités d'organisation provisoire de la vie séparée des époux et des enfants.

Les nouvelles exigences en matière de requête initiale vont vers une nette dédramatisation à ce stade de la procédure et une transparence plus grande sur les ressources respectives des époux. Le parti a été pris de ne pas s'intéresser aux causes du divorce, ni, donc par conséquent aux preuves les établissant. On objectera peut-être que ces propositions ne permettent pas de faire respecter réellement le principe du contradictoire à l'audience de tentative de conciliation. L'absence de motivation de la requête ne permettra pas au Juge de comprendre le degré de responsabilité de la rupture. Les mesures provisoires seront donc prises sans aucune considération des circonstances ayant amené au divorce. Bien que la notion de faute soit indépendante des mesures provisoires, il pourra être mal compris, dans certains cas, que ces mesures certes provisoires mais combien importantes soient prise sans aucune considération sur les circonstances de la rupture et sans que les allégations éventuelles des époux à ce sujet soient étayées par des preuves. Enfin, cette nouvelle procédure risque, si elle était adoptée, d'accréditer l'idée que l'on peut divorcer sans motifs, puisque l'on n'aura pas à les donner immédiatement .

Mais les juges aux affaires familiales, à l'heure actuelle, ne veulent tenir aucun compte des causes de la rupture dans l'organisation des mesures provisoires et refusent tout débat sur les torts lors de l'audience de conciliation. S'il existe indéniablement une atteinte au principe du contradictoire, et à la tendance actuelle qui est d'imposer le plus tôt possible l'échange des pièces, c'est le prix à payer pour ne pas avoir à énoncer les griefs, énoncé dont on sait combien il est dévastateur.

2. la suppression des mesures non-contradictoires

A l'heure actuelle, l'époux qui forme une requête en divorce peut, avant même que son conjoint soit averti de l'existence d'une procédure, obtenir du juge des mesures urgentes prises sans que ce conjoint soit appelé à la procédure. Sans doute ces mesures sont-elles juridiquement provisoires. Il n'empêche que, s'agissant très souvent de l'attribution du logement familial et de la résidence des enfants, elles sont d'une grande importance. Or, beaucoup de praticiens reconnaissent qu'elles permettent de notables abus, surtout au regard de la résidence des enfants, le

défaut de contradiction pouvant entraîner des mesures parfois injustes, qui seront pourtant très difficiles à remettre en cause par la suite.

Après discussion approfondie, il a semblé au groupe que des mesures non-contradictoires, parfois indispensables en matière patrimoniale pour éviter des fraudes, ne peuvent être admises s'agissant du sort des enfants et du logement commun. La Commission propose donc la suppression des mesures provisoires qui peuvent actuellement être prises de façon non-contradictoire avant l'audience de conciliation.

Conscient néanmoins de la nécessité de prendre parfois des mesures urgentes en ces domaines, spécialement en cas de violence de l'un des époux, le groupe préfère proposer un texte permettant au juge de dispenser en ce cas un époux de l'obligation de cohabiter, et même d'interdire, si nécessaire, à l'autre conjoint de paraître à la résidence de la famille, mesure demandée depuis bien longtemps par les associations de protection des femmes violentées. Une autre disposition inscrirait dans la loi la possibilité pour un époux de quitter le domicile conjugal lorsqu'il y est victime de violences, droit trop souvent méconnu des conjoints comme de leurs conseils à l'heure actuelle. L'avantage de ces propositions serait, en outre, de montrer que les mesures urgentes et provisoires ne sont pas nécessairement l'antichambre du divorce.

3. L'audience de conciliation

Elle aurait désormais deux objectifs, selon les circonstances.

- Le principe du divorce peut être acquis si les époux reconnaissent tous deux le caractère intolérable du maintien de la vie commune et acceptent tous deux le principe d'un divorce sans torts. Il faut relever que l'accord donné par le défendeur à un divorce sans torts ne peut empêcher le demandeur initial de poursuivre son instance sur un autre fondement, spécialement pour faute si il y tient absolument. On peut espérer néanmoins que les conseils sauront indiquer à leurs clients, en ce cas, les avantages d'un accord immédiat quant au principe du divorce par rapport à la poursuite aléatoire d'une instance fondée sur les torts de l'autre, qui a toutes les chances d'aboutir à un partage des torts, après beaucoup de difficultés procédurales inutiles (recherches de preuve, attestations de tiers...). Les conséquences pécuniaires du divorce n'étant plus, dans les propositions du groupe, liées à ces torts, on peut espérer que de nombreux accords seront donnés dès ce stade de la procédure.

- A défaut, l'audience permettrait, comme auparavant, de constater que la conciliation est impossible. Dans tous les cas, le juge aux affaires familiales prendra un certain nombre de mesures pour organiser la vie séparée et préparer la procédure ultérieure.

Le groupe souhaite que soit maintenu le devoir pour le juge, s'il constate que la réconciliation est impossible, d'amener les époux à régler à l'amiable les modalités de leur séparation, et la confidentialité des débats.

Au titre des mesures provisoires, le groupe propose d'abord d'obliger le juge à préciser les conditions financières d'occupation du logement par l'un des époux. Une jouissance apparemment gratuite peut s'avérer un piège si son bénéficiaire d'une part doit déclarer sa valeur au titre de l'impôt sur le revenu et, d'autre part, se voit réclamer une indemnité d'occupation pour la période postérieure à l'assignation en divorce, lors de la liquidation du régime matrimonial. Il vaudrait souvent mieux que chaque conjoint déménage dans un logement plus adapté à ses nouveaux besoins et à ses nouvelles ressources et que l'immeuble commun soit immédiatement mis en vente.

Le groupe propose également d'introduire la possibilité de nommer un médiateur avec l'accord des parties (V. Section précédente). Enfin, le juge aux affaires familiales pourrait, dès ce stade de la procédure, nommer un notaire ou un professionnel qualifié pour commencer à faire des propositions sur les conséquences financières du divorce (V section suivante)

Pour résoudre le problème irritant des dettes ménagères, qui continuent d'engager solidairement les époux jusqu'au prononcé du divorce⁵⁹ et donnent lieu à des litiges nombreux, le groupe propose que l'ordonnance de non-conciliation puisse être publiée au répertoire civil. A cette condition, la solidarité ménagère des époux pourrait cesser, cette mesure de publicité permettant aux tiers d'être avertis.

La diversité des instances en divorce

1. les différentes demandes en divorce

C'est seulement au stade de l'instance, après l'audience de non-conciliation, que l'époux demandeur aurait à préciser le cas de divorce sur lequel il entend se fonder. Il devra également, dès l'assignation, faire des propositions précises tant au regard de la prestation compensatoire qu'au sujet de la liquidation du régime matrimonial. L'obligation serait encore plus forte pour le demandeur sollicitant un divorce pour rupture de la vie commune.

Toutes les sortes de divorce pourraient pouvoir être introduites par requête contentieuse conjointe (voir note n°). Ce serait possible, bien sûr, dans le cas de divorce demandé et accepté, mais encore si les deux époux s'accordent sur le principe d'un divorce aux torts exclusifs de l'un d'eux, ou s'ils demandent conjointement un divorce pour séparation de fait.

On rappelle enfin, pour mémoire, que pendant toute la durée de la procédure, les époux peuvent soit saisir le juge aux affaires familiales d'une requête conjointe gracieuse, soit donner leur accord à un divorce sur demande acceptée, soit procéder à tous accords quant à la situation des enfants et au regard de leurs relations patrimoniales (V section précédente).

2. L'issue de la procédure

La possibilité pour le juge d'organiser la séparation de fait des époux lorsqu'il rejette la demande en divorce serait maintenue : les déboutés demeurent tout à fait

⁵⁹ Cette solidarité résulte de l'article 220 du Code civil

possibles et marquent, d'une certaine façon, que le divorce n'est pas encore un « droit » pour chaque époux.

Le groupe a travaillé sur la délicate question de la date des effets du divorce. Il n'a pas réussi à trouver une solution adéquate aux problèmes posés par les recours qui peuvent porter sur les seules conséquences du divorce (auquel cas les époux sont divorcés et peuvent faire transcrire la décision et se remarier) ou sur le principe même du divorce (hypothèse où il faut attendre l'épuisement de toutes les voies de recours pour procéder à cette transcription). La seule solution serait, en effet, de reporter dans tous les cas la date de transcription du divorce à la fin des voies de recours, ce qui causerait dans certains cas un retard inutile et préjudiciable.

En revanche, il a semblé qu'entre les époux, la date des effets du divorce devrait être fixée à l'ordonnance de non-conciliation : cela simplifierait considérablement les choses, car la survivance du régime de communauté pendant la période qui s'étend entre l'ordonnance de non-conciliation et l'assignation en divorce est source de complications et d'incompréhension. Lorsque l'ordonnance sera publiée au répertoire civil, la cessation de la solidarité ménagère et la fin du régime de communauté auront lieu à la même date, ce qui sera parfaitement cohérent.

Le mécanisme de report rétroactif de la date des effets du divorce de l'actuel article 262-1 du Code civil a néanmoins été conservé car il est facteur de justice entre les époux. Mais il est proposé de supprimer l'article 262-2, permettant d'annuler les actes frauduleux effectués par un époux pendant la durée de l'instance, parce qu'il est largement redondant par rapport à d'autres règles et, en particulier, à celles des régimes matrimoniaux.

Propositions :

- **Supprimer les mesures urgentes non-contradictaires**
- **Donner au juge les moyens de protéger l'époux(se) et les enfants contre la violence de l'autre conjoint, le cas échéant en interdisant à ce dernier de paraître au domicile commun, même en dehors de toute procédure de divorce.**
- **Réaffirmer le droit pour un époux de quitter le domicile commun en cas de violence conjugale sans attendre la requête en divorce**
- **Créer un tronc commun procédural retardant après l'audience de conciliation l'énoncé de la cause du divorce afin de favoriser l'acceptation d'un divorce sans torts**
- **Clarifier les relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce : mettre fin à la solidarité ménagère ; préciser les conditions financières de l'occupation du logement commun ; fixer à la date de l'ordonnance de non-conciliation la date des effets pécuniaires du divorce entre les époux.**
- **Permettre à tout moment aux époux de saisir le juge aux affaires familiales de leur accord, complet ou non, sur les différents aspects du divorce**
- **Autoriser les époux à demander le divorce, s'ils le souhaitent, par requête conjointe plutôt que par assignation dans tous les cas de divorce.**

Section 3 : L'amélioration de la transparence et de l'équité des règlements pécuniaires entre ex-époux

Les effets pécuniaires du divorce suscitent actuellement de très graves difficultés. L'intangibilité des prestations compensatoires, voulue en 1975 pour assainir l'après-divorce a créé à l'expérience des situations humainement intolérables. Au fil du temps, l'évolution des situations respectives du créancier et du débiteur creuse des iniquités grandissantes. Le décès du débiteur oblige ses héritiers à continuer le versement de la prestation, ce qui est très mal vécu lorsque c'est la seconde épouse et les enfants de la seconde union qui doivent assurer une charge financière perçue comme injuste, quand elle n'est pas démesurée.

Les praticiens relèvent aussi les retards et litiges dans le partage des biens du ménage, et les fraudes que peut permettre le régime actuel des libéralités. La commission propose un ensemble de solutions coordonnées qui devraient, si elles sont toutes appliquées, résoudre une bonne partie des difficultés actuelles.

La première pièce de l'ensemble est la suppression de la révocabilité des donations de biens présents entre époux, proposée dans le Chapitre relatif aux transmissions de biens entre époux. Si, dans le cadre d'une instance en divorce, une injustice résulte du maintien d'une libéralité, elle pourra être compensée par d'autres voies et en particulier par une prestation compensatoire. Outre sa très grande simplicité, facteur de transparence et de prévisibilité, cette réforme présenterait l'avantage non négligeable de dissocier complètement le sort des avantages que les époux ont pu se faire des causes du divorce et, spécialement, des « torts ».

§ 1. le nouveau régime de la prestation compensatoire

La prestation compensatoire est « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective »⁶⁰. Ses conditions d'attribution et son mode de calcul sont déterminés avec un assez grand luxe de détails par le Code civil, qui inclut dans les critères retenus des facteurs tels que l'âge des époux, leur qualification professionnelle, leur patrimoine et leurs perspectives en matière de retraite. Il existe des propositions de redéfinition, que le groupe a examinées avec attention. Elles ne lui ont pas, en définitive, semblé apporter de véritable solution aux problèmes actuels. La question centrale, en effet, n'est pas de savoir dans quels cas elle doit être allouée puisque seuls 13% des jugements de divorce la prévoient⁶¹. Le malaise des prestations compensatoires provient plus de leur forme que de leur principe.

Le Groupe ne propose donc pas de modifier substantiellement ses conditions d'attribution, en dehors des deux points précédemment évoqués à savoir l'extension de son champ d'application aux divorces pour rupture de la vie commune et l'absence d'incidence de l'attribution des torts exclusifs à l'un des époux. Tout au plus propose-t-on d'intégrer la durée du mariage au nombre de ses critères, consacrant ainsi une jurisprudence bien établie.

Par contre, le groupe a tenté de trouver des solutions au problème posé par le caractère forfaitaire des prestations compensatoires. Il faut se souvenir que les divorces antérieurs à 1975 entraînaient l'attribution éventuelle de pensions

⁶⁰ art 270 actuel C.Civ.

⁶¹ Voir note 3

alimentaires, révisable selon les ressources et les besoins des deux parties et supprimées par le remariage du créancier. Elles avaient donné lieu à des litiges à répétition, envenimant l'après-divorce. La loi de 1975 avait donc posé le principe inverse du caractère forfaitaire de cette prestation, qui, interdisant les révisions, devait éviter les litiges. Corrélativement, était posé une règle selon laquelle la prestation compensatoire devait prendre la forme d'un capital.

Pour différentes raisons, les prestations n'ont pas effectivement pris cette forme, et une majorité d'entre elles sont allouées sous forme de rente⁶². Les rentes viagères, bien que peu fréquentes, sont potentiellement sources d'injustices, et leur charge apparaît, au fil du temps, insupportable. La loi actuelle ne permet les révisions que de façon très limitée, uniquement dans les cas « d'une exceptionnelle gravité », ce qui n'inclut pas toutes les hypothèses où le créancier revient à meilleure fortune. L'un des cas de figure les plus courants est celui où le créancier a vu sa situation personnelle ou professionnelle s'améliorer, alors qu'en parallèle celle du débiteur se dégradait (perte d'emploi, charge d'enfants issus d'une nouvelle union...). Le caractère forfaitaire de la prestation qui perdure apparaît alors dans toute son injustice.

Les propositions qui suivent tendent à remédier à ces difficultés.

Les mesures proposées pour que la prestation compensatoire **soit versée en capital**

Le versement de la prestation en capital était la forme voulue par le législateur de 1975, les prestations sous forme de rente ne devant être allouées qu'à défaut de capital. Sous l'influence conjuguée de la jurisprudence de la Cour de cassation, de l'impécuniosité de la plupart des divorçants, et de mesures fiscales dissuasives, les prestations en capital sont demeurées ultra-minoritaires, au détriment de rentes dont la prolongation a causé de graves difficultés

Or, au moment du divorce, les époux ont souvent un capital dont ils pourraient disposer, constitué de l'ensemble des biens acquis pendant le mariage qu'ils doivent partager. Mais, à l'heure actuelle, les deux opérations -partage des biens et fixation de la prestation compensatoire- sont totalement séparées. La prestation est fixée avant le divorce, alors que le juge ne dispose pas de l'état du patrimoine des époux, le partage ayant lieu ultérieurement. La réalisation du partage, par convention ou décision judiciaire, pourrait intégrer le versement de la prestation compensatoire, à condition de réunir ces deux opérations

La commission propose donc de créer un lien entre la prestation compensatoire et le partage des biens des époux, l'attribution d'un bien commun ou indivis en tant que prestation compensatoire devenant progressivement la règle. Le partage du patrimoine du ménage, en effet, donne une grande liberté aux époux, ou, à leur défaut, au juge, qui peut attribuer certains bien à l'un des époux. Cette pratique est

⁶² Le capital seul n'est octroyé que dans 20% des jugements allouant une prestation compensatoire, alors que la rente mensuelle fixe représente 61% des cas. Parmi ces rentes, 31% sont versées à vie (soit 3336 décisions sur un total de près de 120 000 divorces en 1996). Rapport « le divorce en 1996 », Ministère de la Justice, SDSSED, 1999

fort développée actuellement dans les divorces sur requête conjointe, et donne tout à fait satisfaction aux époux. Dans les autres formes de divorce, elle impliquerait que le juge tienne compte du résultat de la liquidation du régime matrimonial avant de fixer la prestation compensatoire, et que le versement de cette prestation puisse être différé jusqu'à la liquidation du régime matrimonial. Cette liaison entre prestation compensatoire et liquidation du régime matrimonial permettrait enfin d'obtenir que les prestations prennent effectivement la forme d'un capital.

Dans cette perspective, l'époux qui demande le divorce devrait, dès l'introduction de l'instance, formuler des propositions concrètes concernant à la fois le partage des biens et la prestation compensatoire.

Quand la prestation prendrait la forme d'une somme d'argent, il est proposé de porter à cinq ans la durée de constitution du capital, et d'étudier les moyens permettant d'en garantir le versement, entre autres moyens, par une assurance-vie. Enfin, il est probable que la création d'une déduction fiscale des emprunts destinés à verser une prestation compensatoire pourrait être le « déclic » contribuant à orienter en ce sens la pratique.

Le régime dérogatoire des prestations compensatoires versées sous forme de rente

Après examen de toutes les suggestions faites au groupe lors des auditions, et en particulier des ressources potentielles de la capitalisation, le groupe a raisonné à partir de deux constatations :

La première est que la rente ne peut se justifier que lorsque le divorce laisse l'un des époux dans une situation telle qu'il est nécessaire de lui procurer des ressources vitales, alors cependant que le débiteur ne peut constituer un capital correspondant à ces besoins. C'est le cas de l'épouse qui n'a jamais eu d'activité professionnelle et se voit divorcée sans l'avoir voulu alors qu'aucune possibilité de reconversion professionnelle ne s'offre à elle.

La seconde est que les rentes viagères allouées dans de telles circonstances ayant nécessairement pour partie une fonction alimentaire, et les situations respectives des deux parties pouvant varier considérablement avec le temps, l'absence de révision ne peut qu'entraîner les catastrophes observées depuis 1975.

Tirant les conclusions de ces observations, la Commission propose de poser en principe que les rentes de prestation compensatoire ne pourraient plus être allouées que par décision judiciaire spécialement motivée constatant que le créancier se trouve, du fait du divorce, sans ressources suffisantes et sans aucun moyen de s'en procurer. On pense spécialement aux cas de divorce pour rupture de la vie commune.

Dans une telle situation, la rente serait variable à la baisse en cas de modification notable des situations respectives des parties. Une discussion s'est élevée et n'a pas été tranchée concernant le remariage ou le concubinage du créancier qui, pour certains, doit immédiatement faire cesser la rente de prestation compensatoire, alors que, pour d'autres, la suppression de la rente ne doit être qu'une faculté pour le

juge. Il est de fait très mal compris par les débiteurs (et leurs nouveaux conjoints) de devoir continuer à verser une rente à quelqu'un qui a retrouvé un autre partenaire. Une autre discussion, évoquée plus haut, est relative au divorce pour rupture de la vie commune, qui, pour certains, devrait continuer d'entraîner des rentes pouvant varier à la hausse. Pour les raisons exprimées plus haut et tenant au désir de voir ce divorce se banaliser, la Commission dans sa majorité n'a pas retenu cette proposition.

Enfin, au décès du débiteur, il n'est pas possible de supprimer la rente sauf à créer une situation extrêmement difficile pour le créancier, par hypothèse lui-même âgé et sans ressources. Mais il est proposé de soustraire de plein droit du montant de cette rente la pension de réversion éventuellement versée du chef du conjoint décédé et le projet ouvre plusieurs possibilités pour que le surplus de la rente soit prélevé sur l'héritité, par capitalisation ou affectation du produit de certains biens, sans que les héritiers aient donc à effectuer les versements sur leurs propres revenus. Ainsi, les conditions d'existence du créancier seraient préservées, sans que cela prenne la forme déplaisante d'un entretien de la première épouse par la seconde famille.

Il est évident que, même en cantonnant la possibilité de révision à une modification notable de la situation des parties, un nombre considérable de demandes seront formées, tout au moins dans les premiers mois d'application de la loi. Pour l'avenir, en effet, on peut supposer que la variabilité à la baisse des rentes de prestation compensatoire serait un argument supplémentaire amenant les créanciers à préférer le capital qui, lui, est attribué une fois pour toutes, et dont les revenus continueront d'être perçus même en cas de remariage ou de concubinage.

Ces propositions gagneraient à être accompagnées par un volet fiscal substantiel. A l'heure actuelle, le versement de la prestation sous forme de rente est tellement attractif fiscalement que l'on a vu des versements en capital déguisés en rente ! L'administration fiscale continue de suspecter des libéralités déguisées en cas d'attribution d'un bien personnel ou propre d'un époux à titre de prestation compensatoire, et à justifier la fiscalité dissuasive par une comparaison avec la situation du conjoint survivant. La nature juridique de la prestation compensatoire, ordonnée, faut-il le rappeler par décision judiciaire pour compenser la disparité créée par le divorce, n'a pourtant rien à voir avec les libéralités consenties en toute liberté par un époux envers l'autre. L'éventualité de fraudes fiscales reposant sur de faux divorces paraît pour le moins peu plausible et tout au plus justiciable de redressements fiscaux en cas d'abus démontrés.

§ 2. L'accélération des procédures de liquidation

La durée excessive des liquidations consécutives aux divorces est souvent critiquée. Pour peu que l'un des époux ait un comportement d'obstruction, ou simplement de passivité, le notaire est démuné de moyens et la saisine du tribunal de grande Instance (et non plus du juge aux affaires familiales) pour un second procès ne peut être évitée.

Par ailleurs, la séparation entre les phases de divorce, avec la fixation de la prestation compensatoire, et de liquidation du régime matrimonial, est propice à toutes les fraudes. Tel conjoint qui a acquis un immeuble au nom de l'autre pendant

le mariage et n'a, pour cette raison, pas à lui verser une prestation compensatoire, peut en toute tranquillité intenter ensuite un procès en annulation de cette opération afin de récupérer la propriété du bien !

La Commission a donc tenté de trouver les moyens d'une plus grande rapidité et d'une plus grande transparence en concentrant l'ensemble des procédures pécuniaires au moment du prononcé du divorce. Afin que la liquidation puisse avoir lieu dans un temps voisin du divorce, et que le juge ait une idée assez exacte de son résultat, il conviendrait qu'un projet d'état liquidatif soit dressé le plus tôt possible. On a vu que le juge aux affaires familiales pourrait commettre un notaire dès l'ordonnance de non-conciliation, et qu'il serait demandé aux époux, dans tous les types de procédure, de proposer des modalités de partage des biens communs ou indivis dès l'assignation en divorce.

Corrélativement, la liquidation serait enfermée dans un délai légal d'un an après de divorce, pouvant être porté à trois ans par décision du juge aux affaires familiales. Passé ce délai, en cas de litige ou de passivité des époux, le notaire serait invité à fournir au juge un projet d'état liquidatif que ce dernier homologuerait. On remarque que la liquidation du régime matrimonial serait ainsi transférée à la compétence du juge aux affaires familiales, ce qui serait également facteur de souplesse et de rapidité.

Il est encore proposé que toute créance entre époux non réclamée pendant la procédure de divorce soit réputée éteinte, et que les dommages-intérêts soient impérativement demandés avant que le jugement soit rendu. Il ne serait donc plus possible de plaider la nullité d'une libéralité, ou une demande d'indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause, après que la prestation compensatoire ait été définitivement accordée (ou refusée). Un état complet et définitif des relations pécuniaires entre ex-époux doit pouvoir être dressé dans ce jugement.

Il faut enfin garder conscience de ce que le divorce entraîne toujours des difficultés financières considérables, au sein desquelles l'impact des règles fiscales est souvent méconnu, alors que le coût fiscal de la liquidation du régime matrimonial peut être supérieur au montant de la procédure judiciaire proprement dite. On a vu plus haut que c'est l'un des obstacles à la déjudiciarisation de la procédure de divorce. Une réflexion générale sur la fiscalité des divorces pourrait certainement être menée avec profit par les administrations compétentes.

Propositions :

- Imposer à la prestation compensatoire la forme d'un capital, sauf décision spécialement motivée lorsque le créancier n'a aucune source de revenus.

Intégrer le versement de la prestation compensatoire à la liquidation du régime matrimonial

- **Permettre la révision à la baisse des prestations compensatoires sous forme de rente viagère en cas de modification notable de la situation respective des parties**

- **Déduire de plein droit le montant de la pension de réversion de la rente de prestation compensatoire au décès du débiteur. Prélever le solde sur les biens de la succession.**

- Exiger des époux des propositions concrètes au regard du partage des biens et de la prestation compensatoire dès l'introduction de l'instance
- Réputer éteinte toute créance entre époux non-réclamée au moment du divorce
- Enfermer la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux dans le délai d'un an après le divorce , pouvant être porté à trois ans par décision du juge aux affaires familiales
- Procéder à une étude complète des incidences des règles fiscales actuelles, et les repenser dans un esprit de souplesse et d'équité envers les époux divorçants.

CHAPITRE III

AMELIORER LE STATUT PATRIMONIAL DU CONJOINT

Améliorer le statut du conjoint, c'est principalement se préoccuper de sa protection lorsque le mariage vient à être dissous par la mort d'un époux. C'est aussi traiter les gens mariés comme des personnes responsables, en respectant leur volonté lorsque celle-ci s'est exprimée légitimement dans un cadre contractuel.

Section 1 : Renforcer la protection du conjoint survivant

1 - CONCRETEMENT, LA DIVERSITE DES SITUATIONS AUXQUELLES IL FAUT REpondre AU DECES D'UN EPOUX EST EXTREME : COMME ON L'A OBSERVE AVEC BEAUCOUP DE REALISME, LA POPULATION DES CONJOINTS SURVIVANTS EST LOIN D'ETRE HOMOGENE. L'AGE DU CONJOINT ET SON ESPERANCE DE VIE, SES RESSOURCES PROPRES, LES CHARGES AUXQUELLES IL DOIT FAIRE FACE LORSQU'IL LUI FAUT ASSUMER SEUL DESORMAIS L'EDUCATION DE JEUNES ENFANTS, ET MEME LES CHANCES QU'IL PEUT AVOIR DE REFAIRE SA VIE, CONSTITUENT LES ELEMENTS D'UN TABLEAU VARIANT A L'INFINI. LA PRESENCE D'ENFANTS ISSUS D'UNE PRECEDENTE UNION DU DEFUNT REND PLUS DIFFICILE UN REGLEMENT HARMONIEUX : LA SITUATION EST NATURELLEMENT PORTEUSE DE CONFLITS D'INTERETS, SURTOUT SI LE CONJOINT ET LES ENFANTS SONT DU MEME AGE. DE MEME, LA COMPOSITION DES PATRIMOINES CONTRIBUE A LA COMPLEXITE DES QUESTIONS A RESOUDRE. SI DANS BEAUCOUP DE PATRIMOINES MOYENS LA PREOCCUPATION PRINCIPALE EST CELLE DE L'ATTRIBUTION DU LOGEMENT, EN PRESENCE DE BIENS PROFESSIONNELS OU D'ENTREPRISES, LA TRANSMISSION SUCCESSORALE EST SOUVENT UNE PHASE CRITIQUE.

Le plus grand risque serait sans doute, sous prétexte d'apporter des réponses simples, de méconnaître cette complexité de la réalité. Il importe de ne pas perdre de vue, tout d'abord, que la situation de l'époux survivant à la mort de son conjoint n'est pas facilement dissociable d'une vision d'ensemble du droit des successions et des libéralités. Le groupe de travail a considéré qu'une réforme d'ensemble du droit successoral excédait certainement les limites de sa mission. Il s'est rapidement persuadé cependant que traiter isolément la question du conjoint pourrait être source d'incohérences ou de déséquilibres. C'est pourquoi il a unanimement souhaité que la nécessité d'une réforme globale ne soit pas méconnue, et que ne soit pas abandonnée en cours de route une réflexion entamée depuis longtemps.

Il ne faut pas oublier non plus que le droit successoral n'est pas seul à définir la situation du conjoint survivant. D'une part, la majorité des couples sont mariés sous un régime communautaire. Comme le patrimoine conjugal est aujourd'hui essentiellement composé d'acquêts, le survivant conserve en qualité d'époux commun en biens la moitié des biens ayant appartenu au ménage. S'y ajoute souvent l'attribution de divers droits para-successoraux : assurance-vie, pensions de réversion, prestations sociales... D'autre part, la faiblesse de ses droits légaux est partiellement compensée par la faveur aux libéralités entre époux. La quotité disponible bénéficiant au conjoint est bien plus large que celle du droit commun. Les instruments juridiques permettant d'avantager le conjoint sont aussi plus divers et plus avantageux : donations " au dernier vivant ", clauses incluses dans un contrat de mariage, changement de régime matrimonial. Plus de 80 % des époux sont en réalité protégés par une disposition de dernière volonté⁶³. L'état actuel du droit peut s'analyser comme un renvoi du législateur aux volontés privées. Selon le sentiment du groupe, cette liberté doit absolument être conservée. Quelle que soit la solution qui sera finalement retenue dans la dévolution légale, il importe de laisser la place la plus étendue à l'autonomie des volontés, parce qu'elle seule, justement, rend possible une transmission du patrimoine adaptée à la variété des situations particulières.

2 - Il serait évidemment satisfaisant de trouver dans une réflexion sur le fondement des droits successoraux du conjoint un fil directeur, permettant de s'orienter dans la multiplicité des questions à résoudre. Ou bien ces droits sont vus comme le prolongement des rapports entre époux au cours du mariage : une expression du devoir de solidarité conjugale, qui se poursuit au-delà de la mort. Leur finalité essentielle est alors de procurer au conjoint le maintien de ses conditions d'existence, ou en tout cas des revenus assurant sa subsistance, sans toucher à la transmission finale des biens : le conjoint n'est qu'un passant dans la succession. Ou bien ils sont de même nature que ceux d'un héritier quelconque : il n'y a pas alors de raison pour que le conjoint ne soit pas investi de droits transmissibles à ses propres héritiers.

Si l'on part de cette idée simple que le fondement du droit successoral est en général d'organiser la transmission des patrimoines des générations les plus âgées vers les générations plus jeunes, la succession conjugale s'insère habituellement très mal dans ce schéma. Il paraît plus juste de penser le droit du conjoint dans le prolongement des effets du mariage. De quelque manière qu'on le considère, le conjoint n'est pas un héritier comme les autres, tout simplement parce que sa place dans la famille est unique. A partir de cette analyse, on est conduit à préférer une vocation en usufruit plutôt qu'en propriété⁶⁴, ou à définir un droit à « maintenance », c'est à dire un droit au maintien de ses conditions de vie qui prendrait la forme d'une créance contre la succession⁶⁵. Cette réflexion est sans doute trop abstraite, voire trop réductrice, pour rendre compte de toutes les situations. Néanmoins, elle permet de circonscrire le débat.

⁶³ Voir sur ce point le rapport de la 4^e commission au 95^e congrès des notaires de France n° 4068 et 4097 et s..

⁶⁴ C'est l'analyse d'Irène Théry in *Couple, Filiation et Parenté*, p. 150.

⁶⁵ V. sur ce point la forte argumentation de M. Grimaldi, *Droit des successions*, n° 179.

Il serait vain d'espérer poser une règle qui réponde à toutes les questions. L'objectif poursuivi doit être plus modeste. En ce domaine comme dans tous les autres, la loi doit jouer son rôle normatif. La loi successorale, en particulier, par les règles de dévolution qu'elle pose, renvoie une image de la famille. Redéfinir la place du conjoint dans la succession légale, c'est tout simplement dire qu'il fait partie de la famille, c'est réaffirmer le sens et la valeur du mariage comme fondateur de droits et de devoirs pour les époux.

C'est pourquoi, tout en laissant un large champ aux volontés individuelles, la loi doit prendre en charge la protection du conjoint survivant, d'abord en l'insérant mieux qu'il ne l'est actuellement dans la dévolution légale (§1), ensuite en instituant à son profit un minimum garanti (§2).

§ 1. Insérer le conjoint dans la dévolution légale

Deux questions sont à résoudre selon que le défunt laisse ou non des descendants. En l'absence de descendants, le consensus se réalise aisément pour souhaiter une remontée sensible du conjoint dans la hiérarchie successorale. En présence d'enfants ou petits-enfants au contraire, la conciliation nécessaire de leurs intérêts avec ceux du conjoint suscite des débats difficiles à trancher.

En l'absence de descendants :

Elever la place du conjoint dans l'ordre des successibles

En l'absence de descendants, les biens du défunt sont actuellement recueillis par ses ascendants – en général, ses père et mère mais éventuellement si la situation s'y prête des grands parents - , et par ses frères et sœurs (art. 765 et 766). Dans toutes ces hypothèses, l'époux survivant ne se voit attribuer qu'un usufruit de moitié. C'est seulement si le défunt ne laisse aucun collatéral privilégié (frères ou sœurs, neveux) et qu'il n'y a pas d'ascendants dans les deux lignes (paternelle et maternelle), que le conjoint recueille des droits en propriété dans la succession⁶⁶. Or, ce rang très défavorable ne correspond certainement plus à la place qu'il occupe réellement dans la famille, non plus d'ailleurs qu'à la composition des patrimoines qui aujourd'hui doivent presque toujours plus à l'activité du défunt lui-même, et indirectement par là à la collaboration des époux, qu'à la transmission familiale. Une " remontée " significative du conjoint dans la hiérarchie successorale est unanimement souhaitée, par le groupe et même au-delà. Toutes les associations représentatives qui se sont exprimées sur cette question en ont souligné très fortement la nécessité⁶⁷.

⁶⁶ Exemples. Le défunt laisse son père et son conjoint : chacun d'eux recueille la moitié de la succession en pleine propriété. Mais si les père et mère sont tous les deux en vie, ils se partagent la succession, et le conjoint n'a que de l'usufruit. Bien sûr, s'il n'y a ni frères et sœurs ni ascendant survivant, le conjoint recueille la totalité de la succession.

⁶⁷ Notamment la Fédération des Associations des Veuves Civiles Chefs de Famille (audition du 5 octobre 1998), ainsi que la totalité des Associations Familiales. Voir aussi sur ce point I. Théry, p. 149.

Dans la solution proposée par le groupe, le conjoint viendrait en concours avec les père et mère du défunt, et primerait les collatéraux privilégiés (frères et sœurs, neveux et nièces...). Pratiquement, l'insertion de cette règle dans le mécanisme de la dévolution successorale s'opère sans difficulté majeure. Il faut bien voir cependant qu'elle modifie de manière substantielle, non seulement la place du conjoint, ce qui est une évidence, mais aussi les relations, d'égalité ou de hiérarchie, des autres héritiers entre eux. Elle obligera par conséquent à repenser l'ensemble des règles qui gouvernent la dévolution.

Dans l'état actuel du droit en effet, les père et mère et les frères et sœurs du défunt se trouvent réunis au sein d'un même ordre (le deuxième, après les descendants), et se partagent la succession. En d'autres termes, la loi place sur le même rang ascendants et collatéraux, dès lors qu'il s'agit de parents très proches du défunt. En s'intercalant entre eux, le conjoint provoquerait évidemment une scission, obligeant le législateur à différencier le traitement qu'il leur réserve. Les père et mère conserveraient leur droit, invariablement fixé pour chacun d'eux au quart de la succession (articles 751 et 752 c. civ.). L'époux survivant recueillerait tout le reste (un quart ou la moitié selon qu'un seul des père et mère est en vie ou les deux), évinçant les collatéraux privilégiés qui ne viendraient plus à la succession qu'en l'absence de conjoint⁶⁸.

La différence qui serait ainsi introduite entre ascendants et collatéraux privilégiés se justifie aisément. Les père et mère sont des héritiers réservataires : à leur égard, tout enfant est tenu jusqu'à la mort d'obligations impérieuses auxquelles rien ne lui permet de se soustraire, pas même le mariage. Ce serait méconnaître de façon excessive la réciprocité des droits qui procèdent de la filiation que d'admettre une exclusion complète des parents du défunt au profit du conjoint. En revanche, entre frères et sœurs, la loi n'impose aucune obligation d'aucune sorte. Le lien qui s'est créé dans le mariage l'emporte ici légitimement sur le lien du sang.

Par ailleurs, la solution proposée écarte complètement les grands-parents et autres ascendants plus éloignés au profit du conjoint, ce qui constitue une autre rupture par rapport à l'état actuel du droit. En l'absence de frères et sœurs ou descendants d'eux, les rapports entre ascendants sont régis par un principe d'égalité des lignes, sans que les père et mère ne bénéficient plus d'aucun privilège. C'est cette égalité entre ascendants que viendrait briser le droit du conjoint⁶⁹. Le choix du groupe s'explique essentiellement par des considérations de fait : l'hypothèse d'un concours

⁶⁸ Exemple. Le défunt laisse sa mère, son épouse, et deux sœurs. En l'état actuel du droit, la mère reçoit un quart de la succession en pleine propriété ; les deux sœurs recueillent ensemble le surplus des biens, soit trois huitièmes pour chacune d'elles ; l'épouse ne peut prétendre à aucun droit en propriété, mais seulement à un usufruit portant sur la moitié des biens successoraux, qui s'exercera à due concurrence sur les biens recueillis par les sœurs du défunt. Selon la solution proposée, les droits de la mère restent inchangés ; l'épouse recueille tout le reste, soit trois quarts en pleine propriété ; les deux sœurs ne reçoivent rien.

⁶⁹ Exemple. Le défunt laisse son épouse, son père et ses grands parents maternels. En l'état actuel du droit, le père recueille la moitié de la succession ; les grands parents maternels se partagent l'autre moitié ; le conjoint n'a, comme dans l'exemple précédent, qu'un droit d'usufruit de moitié. Selon la solution proposée, le père recueillerait comme précédemment un quart en pleine propriété, l'épouse tout le reste, les grands parents ne recevant plus rien.

dans une même succession entre les grands-parents du défunt et son conjoint est si rare que poser une règle pour cette hypothèse a paru un exercice vain⁷⁰. Il ne faut pas se dissimuler qu'il peut susciter des objections. D'un point de vue pratique, on peut trouver opportun que le droit successoral s'efforce d'assurer aussi l'autonomie patrimoniale des générations les plus âgées, plutôt que de les laisser à la charge de la collectivité nationale. D'un point de vue anthropologique, on peut vouloir affirmer que le devoir de famille s'étend, en ligne directe, à l'infini, et qu'il est donc choquant d'écarter des ascendants, même éloignés.

Propositions :

- Reconnaître au conjoint des droits en propriété dans la succession en concours avec les père et mère du défunt, et avant ses frères et sœurs.

B. En présence de descendants : à la recherche d'un équilibre

Lorsque le défunt laisse des enfants ou petits-enfants, la situation du conjoint dans la succession légale apparaît comme vraiment défavorable : il n'est alors pourvu que d'un usufruit portant sur le quart des biens successoraux, que sa liquidation complexe et désuète réduit d'ailleurs souvent à presque rien. Il n'est pas difficile d'obtenir un consensus pour constater l'insuffisance criante de ces droits. Mais la question de savoir comment les améliorer est beaucoup plus épineuse. La diversité des situations tant familiales que patrimoniales auxquelles il faut répondre est telle qu'il est illusoire d'espérer découvrir une règle " tombant juste " en toutes circonstances. Notamment, l'allongement de la vie humaine d'une part, et la multiplication des familles recomposées d'autre part, conduisent à des préoccupations contradictoires.

Au demeurant, les propositions de réforme existent. Additionnées, elles font à peu près le tour des solutions techniquement possibles. Le notariat a longtemps préconisé un usufruit portant sur la totalité des biens composant la succession, même si sa position actuelle semble plus hésitante⁷¹. D'autres propositions préfèrent l'attribution de droits en pleine propriété. Dès 1953, l'avant-projet de réforme du Code Civil reconnaissait au conjoint un droit égal à " une part d'enfant légitime le moins prenant ", sans pouvoir descendre au-dessous d'un quart. Récemment, la lettre rectificative au projet de loi n° 1941 présentée par M. J. Toubon, Ministre de la Justice, lui accordait un droit toujours fixé à un quart, quel que soit le nombre d'enfants. Mais on peut aussi tenter de combiner l'usufruit et la propriété⁷². Telle est la solution retenue par les projets de loi n° 2530 et 1941, rédigés sous l'autorité de MM. Carbonnier et Catala, qui ouvre au conjoint une option entre le quart des biens existant au décès en pleine propriété et la totalité en usufruit. Tout dernièrement, M.

⁷⁰ Cf. le rapport précité de la 4^e commission au 95^e congrès des notaires de France n° 4081.

⁷¹ Cf. le 84^e congrès des notaires de France, rapport de Me Leroy, et comp. le rapport de la 4^e commission au 95^e congrès, notamment n° 4092 et 4096 et s. L'usufruit universel est aussi soutenu par le Conseil National des Barreaux (audition du 25 janvier 1999).

⁷² On pourrait d'ailleurs songer à combiner l'usufruit et la propriété non sous la forme d'une option mais d'un cumul, le conjoint recevant par exemple un quart en propriété plus l'usufruit du logement. A priori séduisante, cette solution présente un inconvénient majeur : l'étendue des droits du conjoint varie très fortement avec la composition du patrimoine, selon que le logement dépend ou non de la succession du prémourant.

Catala a proposé d'assortir cette option d'une protection spéciale au bénéfice des enfants qui, n'étant pas issus du mariage, n'hériteront pas de l'époux survivant. Ceux-ci se verraient reconnaître le droit d'exiger leur réserve en pleine propriété ; l'usufruit du conjoint, s'il opte en ce sens, se trouverait alors cantonné à la quotité disponible et la réserve des enfants communs⁷³.

Il est hors de question d'entreprendre ici le commentaire de tous ces projets. Il suffit de souligner à quel point la multiplicité même des solutions qui ont été tour à tour envisagées démontre la difficulté d'un consensus. Une autre preuve en est fournie par les opinions extrêmement contrastées des différents mouvements et associations représentant les familles qui se sont exprimées au cours des auditions⁷⁴. Paradoxalement, ce consensus paraît bien plus aléatoire aujourd'hui qu'il y a vingt ans, tant se sont diversifiés les modèles familiaux.

Cette revue des propositions existantes permet en tout cas de poser les deux questions principales qui dominent le débat. La première est récurrente : le conjoint doit-il être pourvu en usufruit ou en propriété ? L'un et l'autre continuent d'avoir leurs partisans et leurs adversaires déterminés. Sans être nouvelle, la seconde prend une importance croissante dans la configuration actuelle des familles : tous les enfants du défunt, communs ou non, doivent-ils être également traités ? Ou les enfants qui ne sont pas issus du mariage méritent-ils une protection spéciale ? Ces deux questions seront analysées séparément avant de présenter la proposition du groupe de travail.

Les droits du conjoint : usufruit ou propriété ?

a) Les avantages de l'usufruit sont connus depuis longtemps. à la condition de porter sur l'ensemble des biens laissés par le défunt, c'est lui généralement qui répond le mieux à la finalité communément attendue des droits successoraux du conjoint. Il se place clairement en effet dans le prolongement des effets du mariage. Le survivant des époux conserve son cadre de vie et des conditions d'existence aussi proches que possible de sa situation antérieure⁷⁵. En même temps, la transmission familiale des biens au profit des descendants du défunt, qu'ils soient ou non issus du mariage, est préservée. Ce n'est d'ailleurs pas sans raison que cette solution est presque toujours retenue en pratique, lorsqu'il y a une donation entre époux.

Mais les inconvénients économiques de l'usufruit, non moins connus, se trouvent maintenant décuplés tant par l'allongement de la vie humaine que par l'évolution des structures familiales et patrimoniales. L'allongement de la durée de vie risque de conduire à de vraies situations de blocage du patrimoine, si l'usufruitier n'est plus en état d'en assurer la gestion. En outre, pour des raisons fiscales, beaucoup de ménages sont conduits à privilégier dans la constitution de leur patrimoine les actifs

⁷³ P. Catala, article précité, n° 9.

⁷⁴ Une analyse très fine, mais très en retrait sur l'ensemble des projets de réforme antérieurs, a été notamment développée par l'UNAF au cours de son audition du 30 novembre 1998.

⁷⁵ Cf Catala, Pour une réforme des successions, Rép. Defrénois 1999, art. 36964, p.449, spécialement n° 4 p. 450.

ne dégagant aucun revenu⁷⁶ : un droit en usufruit n'est alors d'aucun secours pour le survivant. Par ailleurs et surtout, l'usufruit réduit les enfants du prémourant à la situation peu enviable de nu-proprétaire à vie⁷⁷ lorsqu'ils ont le même âge que le conjoint ou sont plus âgés que lui, hypothèse qui n'est pas rare en cas de mariages successifs.

Ces objections toutefois ne sont pas irréfutables. Car, à supposer même que les enfants du défunt ne retrouvent jamais la libre disposition des biens qui composent leur héritage, il reste que la transmission du patrimoine s'opère à l'intérieur de la famille : à l'extinction de l'usufruit, elle profitera aux petits-enfants. La finalité principale du droit successoral n'est aucunement méconnue. Au demeurant, il suffit à la règle de dévolution légale de répondre aux situations les plus usuelles. Si la structure de la famille ou la composition du patrimoine appellent des solutions très spécifiques, les libéralités conjugales sont là pour y pourvoir.

b) En contrepoint, l'avantage le plus évident de la propriété est de séparer immédiatement et définitivement les intérêts du conjoint de ceux des enfants. Elle évite ainsi la cohabitation entre usufruitier et nu-proprétaire, inévitablement délicate quand ils ne sont pas unis par des liens affectifs suffisamment forts. Elle restitue à chacun la pleine liberté de gérer comme il l'entend les biens qui lui sont attribués. Il n'est pas sans intérêt de souligner que plusieurs pays européens ayant récemment réformé leur droit successoral se sont engagés dans cette voie⁷⁸.

Mais cet avantage a, pour tous, des contreparties très lourdes. Du point de vue des enfants, tous ceux qui ne sont pas appelés à la succession du conjoint perdent définitivement les biens attribués à ce dernier. Du point de vue du conjoint lui-même, son droit se trouve inéluctablement réduit à une quotité restreinte de la succession. En effet, les droits qui pourront lui être dévolus viendront inévitablement buter sur la réserve des descendants. Franchir cette limite appellerait une réflexion globale sur l'actualité de la réserve, qui dépassait le cadre de la mission du groupe de travail.

On se contentera de souligner à cet égard que, dans les rapports des descendants entre eux, la réserve remplit une fonction essentielle de rempart de l'égalité successorale. Cette fonction égalitaire constitue certainement aujourd'hui sa justification la plus solide, et elle s'impose avec d'autant plus de force que croît la complexité des situations familiales. Dans ces conditions, il y aurait une véritable incohérence à reconnaître au conjoint, dans la succession légale, une vocation en propriété qui, excédant le disponible, viendrait nécessairement amputer la réserve des enfants.

⁷⁶ Par exemple, les SICAV de capitalisation ne procurent aucun revenu, mais seulement des plus-values en capital ; or, l'usufruitier n'a de droit que sur les revenus du bien, les plus-values en capital reviennent au nu propriétaire. J. Aulagnier, *Stratégies patrimoniales et protection du conjoint survivant*, conférence CARDIF, 20-1-1994.

⁷⁷ La formule est de P. Catala, loc. cit. n° 8

⁷⁸ Notamment l'Italie qui, depuis une loi du 19 mai 1975, reconnaît au conjoint une vocation en propriété de moitié en présence d'un seul enfant, et d'un tiers s'ils sont plusieurs. Au Danemark, une loi du 1^{er} septembre 1986 lui accorde en présence de descendants un droit d'un tiers en pleine propriété. Au contraire, l'Espagne et la Belgique, qui ont l'une et l'autre modifié leur droit en 1981, sont restées fidèles à la technique de l'usufruit.

On peut ainsi envisager ou bien de fixer uniformément cette vocation au quart de la succession, correspondant au montant minimum de la quotité disponible, ou bien de la moduler sur l'étendue de celle-ci, variant en fonction du nombre d'enfants. Quelle que soit la solution retenue, elle n'assurera pas au conjoint le maintien de ses conditions d'existence. Elle impose un partage et, même combinée avec des mécanismes d'attribution préférentielle, elle risque dans de nombreux cas de ne pas permettre la conservation du logement. En outre, un droit en propriété se révélera inopérant toutes les fois que le défunt aura employé la quotité disponible à faire des libéralités.

c) Concluons que le débat est sans fin, car si les solutions techniques ne sont pas en nombre indéfini, aucune d'elles ne s'impose avec la vigueur de l'évidence, ni sur le plan des principes ni sur le plan pratique. Plus précisément, il apparaît que, si l'on se réfère à la population actuelle des conjoints survivant, l'usufruit universel demeure, pour la majorité d'entre eux, la solution la mieux adaptée à leurs besoins⁷⁹. Mais on ne peut assurer que cette situation est appelée à perdurer sans changement. Pour des raisons déjà évoquées (allongement de la vie humaine, multiplication des remariages), les inconvénients inhérents à l'usufruit risquent de se manifester plus nettement dans un proche avenir.

Cette incertitude relative n'est cependant pas un aveu de carence. Elle conduit seulement à rejeter les solutions trop rigides pour proposer une règle admettant un certain " jeu " dans son application, permettant ainsi d'équilibrer les intérêts en présence. C'est précisément la nécessité d'équilibrer les intérêts du conjoint avec ceux des enfants du défunt qui conduit à s'interroger sur les rapports des enfants entre eux : la loi leur doit-elle à tous une égale protection ?

2. UNE PROTECTION SPECIFIQUE POUR LES ENFANTS NON COMMUNS ?

Que les enfants du défunt ne soient pas tous, en fait, dans une situation identique face au conjoint survivant, c'est là une évidence : héritiers des deux époux, les enfants issus du mariage espèrent retrouver dans la seconde succession les biens dont ils auront été privés dans la première. Les autres voient ces mêmes biens leur échapper définitivement. Cette considération a marqué d'une empreinte forte le droit positif. Jusqu'à la loi du 3 janvier 1972, la quotité disponible applicable aux libéralités conjugales n'était pas la même, selon que les descendants du disposant étaient ou non communs aux deux époux. Aujourd'hui encore, lorsque l'un des époux avantage son second conjoint, la loi ouvre aux enfants issus de son premier mariage un ensemble de protections qu'elle refuse aux enfants communs. La multiplication des recompositions familiales donne à cette question une incontestable actualité. Si l'on veut accroître les droits du conjoint survivant, faut-il déterminer ces droits par une règle uniforme, quelle que soit la descendance du défunt ? Faut-il poser une règle " à géométrie variable ", selon l'origine de ces descendants ?⁸⁰

Le groupe de travail a délibérément écarté cette solution. A partir d'un droit de la filiation construit sur le principe fondateur de l'égalité, il deviendrait en effet très

⁷⁹ Cf. l'analyse approfondie et très argumentée de M. Catala, loc. cit. n° 3 et s.

⁸⁰ Voir en ce sens la dernière proposition de M. Catala, article précité, n° 9.

difficile de réintroduire des discriminations prenant appui sur les conditions de la naissance. Ce serait, inévitablement, créer une catégorie d'enfants " plus égaux que les autres ". Si demain le droit de la filiation est unifié, il sera plus difficile encore de comprendre pourquoi les enfants communs aux deux époux devraient subir les effets d'une règle particulière, qui leur serait préjudiciable puisque leurs droits face au conjoint seraient moindres. L'argument se renforce si l'on réfléchit à la situation particulière de l'enfant adultérin. Nul ne pourra se scandaliser de ce que, vingt-sept ans après la loi de 1972, lui soit reconnu le bénéfice de l'égalité de droits. Mais nul ne pourrait comprendre que la loi lui accorde des prérogatives qui seraient refusées aux enfants du mariage.

C'est la raison pour laquelle il nous est apparu que les droits du conjoint devaient être déterminés de manière identique, quelle que soit la qualité des descendants laissés par le défunt. Mais il importe que la règle qui sera posée réalise un juste équilibre entre les attentes légitimes du conjoint et la protection des droits des enfants.

3. La proposition du groupe de travail

Le groupe de travail a également écarté la proposition du projet de loi n° 1941 (V. supra), celle d'une option, ouverte au conjoint, entre l'usufruit universel et un droit en pleine propriété portant sur le quart des biens existant au décès. Certes, l'avantage d'une option est de permettre une meilleure adaptation de la règle à la diversité des situations concrètes. Elle est néanmoins d'un maniement délicat. La principale difficulté qu'elle suscite est de décider à qui elle doit appartenir. En première analyse, la meilleure solution serait qu'elle soit exercée par le défunt, car il serait après tout normal, surtout dans les situations familiales complexes, qu'il dise lui-même comment il entend articuler les droits de son conjoint avec ceux de ses enfants. Mais cette hypothèse est hors de propos dans les successions légales où, par hypothèse, le défunt n'a exprimé aucune volonté. Dans ces conditions, quel que soit son aménagement, l'attribution de l'option aura inévitablement pour effet de placer l'une des parties à la discrétion de l'autre, situation qui risque d'être source de conflits.

C'est pourquoi la solution proposée préfère articuler l'usufruit et la propriété, non sous la forme d'une option, mais d'une faculté reconnue aux enfants d'exiger leur réserve en pleine propriété en contrepartie d'un avantage qu'ils consentiraient au conjoint. La loi poserait comme principe que l'époux survivant reçoit l'entier usufruit des biens existant au décès. En dépit des critiques plus ou moins fondées qu'il suscite et des inconvénients qu'il peut en effet présenter dans certaines situations particulières, l'usufruit universel répond, dans la généralité des cas, aux besoins et aux désirs du conjoint, assuré de conserver son mode de vie. En même temps, il préserve autant que possible les intérêts de tous, et notamment l'égalité entre enfants lorsqu'ils sont de lits différents. Néanmoins, parce qu'il ne paraît pas souhaitable d'enfermer les ayants droit du défunt dans un tel démembrement, il serait reconnu à chacun des enfants ou descendant la faculté d'exiger sa part réservataire en pleine propriété. L'exercice de cette faculté ne serait pas discrétionnaire, afin de ne pas placer le conjoint dans la dépendance de la décision des enfants. Celui qui l'exerce devrait en contrepartie renoncer à ses droits dans la quotité disponible (suivant le nombre d'enfants, entre la moitié et un quart). Ainsi obtiendrait-il un avantage immédiat : la libre disposition des biens composant sa

réserve, au prix d'un sacrifice d'une partie de ses droits. Mais de ce sacrifice que la loi lui imposerait, il ne saurait se plaindre : d'une part parce que ce serait le fruit d'un libre choix, d'autre part parce qu'il serait en tout état de cause assuré de recevoir la part minimum sur laquelle il sait pouvoir compter.⁸¹

Quelle que soit la solution qui sera retenue dans le cadre de la succession légale, il faudra s'interroger sur les répercussions qu'elle aura dans le domaine des libéralités conjugales. Y-a-t-il lieu de redéfinir la quotité disponible entre époux ? Là encore, une telle question ne peut être tranchée en-dehors d'une réflexion globale sur la réserve et la quotité disponible. Observons tout de même que cette redéfinition ne s'impose pas : les avantages dont peut bénéficier le conjoint survivant sont déjà considérables ; les augmenter encore conduirait à abaisser de manière sans doute excessive le seuil de protection qu'assure la réserve.

Bien sûr, le supplément de droits qu'une donation ou un testament assurerait à son bénéficiaire serait moindre. Toute réforme qui voudra renforcer les droits légaux du conjoint mènera de toute façon à ce résultat, dès lors que la loi prendra en charge la protection de l'époux survivant jusqu'ici abandonnée à l'initiative de la volonté. Pour autant, les libéralités conjugales ne perdraient pas leur utilité. Au moyen d'une disposition de dernière volonté, chaque époux pourra décider s'il entend que son conjoint, en cas de survie, soit pourvu en propriété ou en usufruit. Après tout, un tel choix relève d'une responsabilité qui lui incombe naturellement. Bien entendu, ce choix n'a de sens qu'à la condition de s'imposer aux descendants, qui perdraient par là même la faculté d'exiger leur part en pleine propriété que leur ouvrirait la succession légale.

Proposition :

- Reconnaître au conjoint survivant un usufruit portant sur la totalité des biens successoraux.

⁸¹ Exemples. Si le conjoint se trouve face à un enfant unique du défunt, issu ou non du mariage, cet enfant peut réclamer que sa réserve (la moitié de la succession) lui soit immédiatement fournie en pleine propriété, mais il abandonne alors au conjoint la pleine propriété du disponible (l'autre moitié) ; la succession se partage donc également entre eux. Si les enfants sont plusieurs (deux ou trois), chacun d'eux peut pareillement exiger sa part réservataire en pleine propriété (un tiers ou un quart), mais il abandonne en même temps ses droits en propriété dans le ; si tous exercent cette faculté, le conjoint recueillera lui-même un tiers ou un quart, soit une part égale à celle des enfants. Au-delà, la réserve globale ne changeant plus, la part de réserve à laquelle peut prétendre chaque enfant diminue quand leur nombre augmente, mais la part du conjoint ne descend jamais au-dessous d'un quart de la succession.

Le fonctionnement de la règle proposée est un peu plus complexe en présence de libéralités. Si l'un des enfants a été avantagé, la libéralité qu'il a reçue est censée lui fournir sa réserve à concurrence de son montant : il ne conserve que la faculté d'exiger le complément. S'il s'agit de libéralités faites à d'autres personnes, elles absorbent la quotité disponible. Les enfants ne peuvent plus renoncer à des droits qu'ils n'ont pas. Le conjoint peut alors se trouver privé de tout droit. Mais à la vérité, ce résultat est inévitable sauf à faire du conjoint lui-même un héritier réservataire. Par définition, toute libéralité prise dans la quotité disponible a pour effet d'évincer les héritiers qui n'ont pas de droits dans la réserve.

- Ouvrir à tous les descendants du défunt la faculté d'exiger leur part de réserve en pleine propriété, sous condition de faire abandon au profit du conjoint de leurs droits dans la quotité disponible.

§ 2. INSTITUER UN MINIMUM GARANTI

La question se pose de savoir quelle intensité il faut reconnaître à la protection que la loi voudrait assurer au conjoint survivant. Cette protection doit-elle prévaloir sur une volonté délibérée, qui pourrait aller jusqu'à l'exclusion totale ? En d'autres termes, faut-il faire du conjoint un héritier réservataire, c'est à dire lui attribuer une part minimum qui ne pourrait lui être retirée ?

La réponse n'est pas simple. A priori, le domaine des relations conjugales est celui de la liberté des sentiments, plutôt que celui des interdits. Au fond, il serait tout de même paradoxal de poser à la fois que le divorce est un droit, et qu'il est impossible de priver son conjoint de droits dans sa succession. Mais, en même temps, il serait choquant d'abandonner sans aucune ressource l'époux survivant. Après de nombreux débats, un consensus semble se dégager autour d'une position nuancée. L'attribution d'une réserve sous la forme d'une fraction abstraitement définie doit être exclue. Elle introduirait une rigidité excessive dans le règlement des successions, et elle contredirait trop directement l'esprit de liberté qui inspire le droit du mariage. Pour autant, le conjoint survivant ne peut être laissé dans le dénuement. Un minimum garanti doit être institué, qui lui assure la dignité de ses conditions d'existence.

a) De nombreux arguments militent contre l'attribution d'une réserve au conjoint. De façon quasi unanime d'ailleurs, les personnalités auditionnées par la commission en ont souligné les inconvénients.

- Une réserve fixée en quotité n'aurait qu'une efficacité très restreinte parce qu'elle sera nécessairement limitée, sauf à paralyser la quotité disponible ou à réduire excessivement la réserve des enfants, ou les deux.

- Elle introduirait une rigidité nouvelle empêchant la transmission concertée du patrimoine et spécialement les donations-partages conjonctives, par lesquelles deux époux réunissent leurs biens pour les distribuer ensemble entre leurs enfants. Au décès du premier, le survivant se trouverait dans la situation, fort étrange, de pouvoir remettre en cause comme réservataire une donation à laquelle il aurait participé comme donateur. Or, les donations-partages conjonctives sont un instrument privilégié de l'organisation des successions dans un cadre familial. Pour qu'elles demeurent possibles, il faudrait en tout cas, permettre aux époux de renoncer par anticipation à leurs droits. Mais l'ordre public étant de l'essence de la réserve, une réserve à laquelle on peut renoncer par anticipation mérite-t-elle encore son nom ?

- Elle apparaît radicalement hors de propos lorsque les époux s'étaient séparés sans pour autant divorcer, spécialement si cette séparation est suivie de concubinage. Il faudrait là encore prévoir que le survivant peut être privé de ses droits en cas de séparation prolongée et de fautes graves commises à l'encontre du défunt. L'objection est alors la même que précédemment : une réserve dont on peut être privé au moins dans certaines circonstances est-elle toujours une réserve ?

b) L'idée d'un droit au maintien des conditions d'existence suggérée par le projet de loi n° 1941 ne se heurte pas aux mêmes objections. Il est a priori mieux en cohérence avec la position spécifique du conjoint dans la succession. Sur le plan pratique, il a suscité néanmoins de très nombreuses critiques en raison de son indétermination.

En revanche, on pourrait poser le principe d'un minimum garanti sous une double forme :

- Un droit au logement :

Celui-ci se réalise sans difficulté lorsque le logement est en location. Pour les baux relevant de la loi du 1^{er} septembre 1948, l'article 5 de celle-ci reconnaît au conjoint le bénéfice du maintien dans les lieux en cas de décès du locataire. Quant à la loi du 6 juillet 1989, elle organise dans la même hypothèse le transfert du contrat de location (art. 14). Il suffirait de préciser ce dernier texte, de manière à garantir au conjoint survivant une priorité sur toutes les autres personnes pouvant aussi prétendre à la poursuite du contrat.

Lorsque le logement dépend de la communauté conjugale ou d'une indivision entre époux, le droit du conjoint est assuré par l'application des règles du partage : attribution préférentielle ou maintien dans l'indivision. Il serait utile de créer une attribution préférentielle en usufruit seulement pour en alléger le poids financier. Reste le problème le plus délicat : celui du logement qui constitue un bien personnel au défunt. On pourrait alors reprendre une proposition figurant dans le projet n° 1941, où elle constituait l'un des éléments du droit à maintenance. Le conjoint devrait se voir reconnaître un droit à obtenir un bail sur ce local, par convention avec les héritiers ou, à défaut, par décision judiciaire. Ce bail pourrait être prolongé jusqu'au décès du conjoint ou être résilié si les circonstances le justifient.

- Un droit au maintien du devoir de secours à la charge de la succession si le conjoint se trouve, du fait du décès, en état de besoin. Ce devoir pourrait s'exécuter sous la forme d'une rente ou d'une attribution de biens, par exemple sur le modèle de ce que prévoit la loi actuelle pour l'exécution des pensions alimentaires après divorce (cf. les actuels articles 285 et 294 c. civ.), et devrait prendre fin par le remariage du créancier, conclusion d'un pacte civil de solidarité ou situation de concubinage.

PROPOSITIONS :

- **CONSACRER LE DROIT DU CONJOINT SURVIVANT AU MAINTIEN DE SON LOGEMENT**
- **AFFIRMER QUE LE DEVOIR DE SECOURS ENTRE EPOUX SURVIT A LA CHARGE DE LA SUCCESSION AU PROFIT DU CONJOINT QUI SE TROUVE DU FAIT DU DECES DANS LE BESOIN**

SECTION 2 : RESPECTER LA VOLONTE DES EPOUX

Les rapports contractuels entre époux restent marqués par une très ancienne défiance, tantôt justifiée par la crainte de l'influence abusive que l'un d'eux peut exercer sur l'autre, tantôt par celle d'une connivence frauduleuse entre eux au préjudice des tiers. Cette défiance se manifeste tout particulièrement dans le domaine des donations : celles que se consentent les époux demeurent librement révocables ; en outre, lorsqu'elles sont déguisées, elles sont nulles, alors pourtant que la validité des donations déguisées n'est pas contestée en droit commun. C'est

aussi cette même défiance qui justifie que les modifications apportées en cours de mariage au régime matrimonial soient soumises à un contrôle judiciaire.

Or, on comprend mal aujourd'hui pourquoi les époux ne sont pas des contractants comme les autres, pleinement capables et responsables de leurs actes. Le contraste devient saisissant avec la situation des couples de concubins, qui jouissent pleinement de la liberté contractuelle. Depuis un arrêt récent de la cour de cassation notamment⁸², les donations que se consentent deux concubins ne connaissent aucun risque d'annulation en raison du concubinage : la nature des relations existant entre les intéressés n'a plus aucune incidence ni sur la validité du contrat qu'ils passent, ni sur sa stabilité. Il paraît donc nécessaire d'abroger de la même manière les restrictions qui sont propres aux relations conjugales, le droit commun comportant par ailleurs tous les instruments nécessaires pour sanctionner s'il y a lieu le vice de consentement ou la fraude.

§ 1. Consolider les donations entre époux

Il est proposé d'abroger l'ensemble des dispositions dérogatoires qui fragilisent les donations entre époux⁸³.

Etendre aux donations entre époux la règle de l'irrévocabilité des donations.

Le groupe de travail suggère en premier lieu de revenir sur la libre révocabilité des donations entre époux (article 1096 al. 1). Ce texte apparaît aujourd'hui comme la survivance d'une très ancienne hostilité du législateur envers les libéralités conjugales, dont la justification ne se comprend plus.

Toutefois, les donations entre époux recouvrent des opérations bien différentes par leurs effets et par leur but. Si l'on veut abroger cette règle, des distinctions sont à faire, notamment dans le cadre du divorce.

1. De ce point de vue, les donations dites " au dernier vivant " qui constituent l'un des actes les plus usuels du droit familial posent en effet un problème très particulier. Ces donations ont pour seul but d'organiser la transmission de la succession du donateur ; elles ne produisent aucun effet immédiat. Malgré leur apparence contractuelle, elles sont plus proches d'un acte testamentaire. Or, la révocabilité est de la nature des dispositions à cause de mort, parce que la liberté d'exprimer ses dernières volontés, qui participe des libertés fondamentales de la personne, doit demeurer entière jusqu'au moment ultime. Il importe donc de distinguer entre deux types d'opérations dont les finalités sont très différentes : les donations de biens présents, qui transfèrent immédiatement au donataire la propriété du bien donné, doivent demeurer irrévocables entre époux comme en droit commun ; les donations de biens à venir, à but successoral, ne peuvent certainement pas l'être.

Sur un plan plus technique, il faut souligner que ces donations de biens à venir, interdites en droit commun, ne sont licites qu'entre époux, précisément parce que

⁸² Civ. 1^e 3 février 1999, au rapport de M. le conseiller X. Savatier.

⁸³ Cf. I Théry, p. 153.

révocables. Aucun texte pourtant ne les valide expressément : leur licéité découle en quelque sorte de leur révocabilité. Si donc l'actuel article 1096 venait à être abrogé, il serait souhaitable de "légaliser" cette pratique en insérant, par exemple à la suite de l'article 1093, un texte qui en affirme expressément la validité, tout en maintenant pour elles seules la liberté de les révoquer.

Une difficulté supplémentaire apparaît ici : le plus souvent ces donations au dernier vivant sont faites à titre réciproque. Il est quelques fois jugé choquant que ce qui a été fait à deux puisse être révoqué unilatéralement. Pour y parer, on pourrait songer à organiser une notification de la révocation au bénéficiaire de la donation concernée. Mais il ne faut pas se leurrer : il est impossible de subordonner l'efficacité de la révocation à sa notification effective. L'atteinte portée à la liberté testamentaire serait trop forte, et l'application pratique d'une telle disposition soulèverait de nombreuses difficultés.

2. La même distinction entre les donations de biens présents et à venir devrait s'imposer dans le cadre du divorce. S'agissant des donations de biens présents, il n'y a aucune raison que le divorce en permette la révocation. Pas plus qu'un concubin ne peut à l'occasion d'une séparation reprendre ce qu'il a donné, on ne comprend pourquoi un époux pourrait, lors de la rupture du mariage, remettre en cause une donation qui, à l'époque où elle a été faite, répondait certainement à une volonté réelle de donner. Ne restera, dans les cas graves (très graves), que la révocation de droit commun pour ingratitude du donataire. Si une injustice résulte du maintien d'une libéralité, elle pourra être compensée par d'autres voies, en particulier par une prestation compensatoire.

Au contraire, s'agissant de dispositions à cause de mort, les donations de biens à venir doivent être dans tous les cas révoquées de plein droit par l'effet du divorce. Il est en effet particulièrement malsain de voir une personne divorcée venir à la succession d'un ancien conjoint, au motif qu'elle bénéficie d'une libéralité qui n'a jamais été révoquée. Quant aux avantages matrimoniaux, c'est à dire les avantages qui résultent pour un époux de l'application d'une clause particulière du contrat de mariage, ils devraient pareillement être révoqués de plein droit par le divorce, en tout cas lorsqu'ils constituent des gains de survie. Ces clauses, profitant au conjoint survivant, ne devraient trouver à s'appliquer qu'en cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux. C'est là une règle de bon sens, d'ailleurs presque toujours prévue dans les contrats, et qu'il est suggéré d'intégrer dans la loi.

L'ensemble de ces propositions relatives au divorce seraient facteur de transparence et de prévisibilité dans les rapports entre époux, et présenteraient en outre l'avantage, non négligeable de dissocier complètement le sort des avantages que s'étaient consentis les époux des causes du divorce, et spécialement des "torts".

Propositions :

- **Déclarer irrévocables les donations de biens présents entre époux, même dans le cadre du divorce**
- **Valider la pratique des donations de biens à venir entre époux**
- **Décider que seront révoquées de plein droit par le divorce toutes les dispositions à cause de mort entre époux.**

B. Valider les donations déguisées entre époux

Les donations déguisées entre époux sont nulles, alors qu'elles sont valables en droit commun (art. 1099 al. 2). En réalité, cette règle n'est autre qu'un corollaire de la précédente : c'est parce qu'il craint que les époux ne cherchent à contourner la révocabilité en dissimulant les avantages qu'ils se consentent que le législateur sanctionne le déguisement. Pas plus que la précédente, cette règle ne paraît justifiée aujourd'hui, alors que son application donne lieu à beaucoup d'incertitudes et ouvre la porte à la mauvaise foi.

De même, devraient être abrogées les présomptions d'interpositions de personnes. En effet, lorsqu'un époux consent une donation à l'enfant de son conjoint, la loi présume qu'il a en réalité voulu avantager ce conjoint. La donation est alors nulle, car l'interposition de personne est assimilée à un déguisement⁸⁴. Ces présomptions sont en effet unanimement jugées plus gênantes qu'utiles, en ce qu'elles font obstacles à des libéralités à la fois légitimes et opportunes : notamment, dans les familles recomposées où l'article 1100 interdit à un beau-parent de gratifier les enfants de son conjoint.

Propositions :

- **Soumettre au droit commun les donations déguisées entre époux**
- **Abroger les présomptions d'interposition de personnes.**

§ 2. Libérer le changement de régime matrimonial

Depuis qu'une loi du 28 octobre 1997 autorise les époux à modifier librement en cours de mariage leur régime matrimonial, dès lors qu'ils relèvent de la convention de La Haye du 4 janvier 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (cf. art. 1397-4), l'exigence d'un contrôle judiciaire pour les couples " franco-français " apparaît comme une contrainte devenue difficile à justifier. Libérer le changement de régime offrirait des avantages pratiques indéniables, en facilitant son adaptation à des circonstances nouvelles, par exemple une modification de l'activité professionnelle de l'un des époux. Le risque de fraude aux droits des créanciers ne constitue pas un obstacle dès lors qu'il est reconnu que, dans l'état actuel de la loi, la procédure judiciaire ne les protège aucunement⁸⁵. La publicité de la convention modificative et la faculté d'intervenir au partage suffit à préserver leurs intérêts.

L'élargissement du changement de régime matrimonial pose la question du champ de l'action en retranchement, qui protège les enfants d'un époux contre les avantages matrimoniaux consentis à son conjoint. La loi ouvre cette action aux seuls enfants issus d'un précédent mariage de l'époux décédé, et la refuse aux enfants communs. S'appuyant sur une lecture étroite de ce texte, la cour de cassation la refuse également aux enfants naturels, créant ainsi une injustice incompréhensible. Cette action doit être ouverte à tous les enfants qui ne sont pas héritiers des deux époux.

⁸⁴ Elles figurent aux articles 1100 et 911 du Code civil

⁸⁵ Voir sur ce point la démonstration de F. Vauvillé, *Droit et Patrimoine* 1996 n° 40.

Plus généralement, il apparaît que toute la théorie des avantages matrimoniaux mériterait d'être repensée. Dans la pratique actuelle, le changement de régime matrimonial est principalement utilisé pour organiser la protection du survivant des époux. Il constitue dans cette hypothèse une simple alternative aux dispositions à cause de mort. Cette pratique pourrait être amenée à se développer encore si l'exigence d'un contrôle judiciaire vient à disparaître. Or, en présence d'enfants issus du mariage, cette technique permet d'avantager le survivant bien au-delà des limites de la quotité disponible entre époux. Il peut paraître étrange et peu cohérent que, selon le moyen choisi pour gratifier son conjoint, les résultats auquel on parvient soient aussi différents. La logique voudrait sans doute que tout avantage matrimonial, au moins lorsqu'il constitue un gain de survie, retombe sous l'empire du droit commun des libéralités conjugales. Mais cette question, très technique, implique en effet une réflexion plus générale sur le droit des libéralités et la réserve héréditaire.

Au contraire, c'est délibérément qu'a été exclue toute intervention des enfants des époux au moment de la convention modifiant le régime matrimonial. Celui-ci a pour fonction principale d'organiser les relations des époux au cours de leur vie conjugale. A cette époque, les enfants n'ont aucun droit actuel sur les biens appartenant à leurs parents. Requérir leur consentement serait superfétatoire et dangereux. C'est au décès de leur auteur et par les moyens du droit successoral et du droit des libéralités que leurs intérêts doivent être protégés.

PROPOSITION :

- SUPPRIMER LE CONTROLE JUDICIAIRE SUR LE CHANGEMENT DE REGIME MATRIMONIAL

TROISIEME PARTIE : GARANTIR L'EFFECTIVITE DES DROITS

Il ne sert à rien d'être titulaire de droits si l'on ne peut les exercer réellement. La question de la mise en oeuvre des droits revêt une particulière acuité dans le domaine familial, par nature rebelle aux contraintes extérieures. L'étude des moyens propres à assurer l'effectivité des droits ne doit donc pas être négligée.

Les liens familiaux ont des implications pécuniaires fortes. A l'heure où les jeunes adultes demeurent de plus en plus longtemps dépendants économiquement de leurs parents, et dans une société qui réactive les solidarités en faveur des plus âgés, il était nécessaire d'examiner comment réaffirmer ces solidarités familiales.

La mise en oeuvre des droits suppose malheureusement parfois l'intervention du juge. En droit de la famille, c'est le juge aux affaires familiales qui est le maître d'oeuvre de tout le contentieux du divorce, de l'autorité parentale et des obligations alimentaires. Malgré des réformes récentes, les procédures devant ce juge sont encore trop souvent lourdes et complexes. La Commission propose quelques mesures facilitant l'accès au juge en matière familiale.

Enfin, dans les hypothèses de mauvaise volonté manifeste, il faut bien recourir à des moyens de coercition. Le contexte familial nécessite de tout faire pour que le remède

ne soit pas pire que le mal, et que les mesures destinées à assurer le respect des obligations familiales n'aient pas pour résultat de démolir encore plus le tissu familial.

CHAPITRE I

REAFFIRMER LES SOLIDARITES FAMILIALES

Les obligations alimentaires, c'est à dire l'expression matérielle des solidarités familiales en droit civil, sont étroitement liées à la conception même qu'une société se fait de la famille. En des temps de séparation des couples, de précarité de l'emploi et des ressources, de vieillissement de la population, cette question redevient un enjeu essentiel, tant il est vrai que s'impose une redéfinition des rapports entre solidarités familiales et solidarités collectives.

Ce vaste champ d'investigation n'était que très partiellement ouvert à la Commission. Celle-ci a seulement souhaité d'une part tirer les conséquences des principes nouveaux qu'elle proposait en matière de filiation (notamment pour les familles créées hors mariage), de séparation en général et de divorce en particulier, d'autre part engager une réflexion sur la question complexe du mode de calcul et du recouvrement des pensions alimentaires et de l'obligation parentale d'entretien. Il ne s'agit là que des prémices de recherches qu'il appartiendra à d'autres de mener plus avant.

Section 1. : Refonder les obligations alimentaires sur la parenté et sur l'alliance

L'évolution des modes de vie en famille, tout particulièrement le développement des familles créées hors mariage rend obsolète la présentation actuelle des obligations alimentaires, inscrites dans le Code civil au titre des obligations qui naissent du mariage. Il apparaît indispensable d'affirmer clairement que ces obligations naissent de la parenté et de l'alliance. Par ailleurs, la multiplication des séparation et des recompositions familiales conduit à s'interroger sur le domaine des obligations alimentaires, notamment sur les liens de solidarité matérielle entre enfants et beaux-parents.

§. 1. Créer un titre consacré aux obligations nées de la parenté et de l'alliance

Les articles 203 et suivants du Code civil relatifs à l'obligation parentale d'entretien et aux obligations alimentaires se situent au sein d'un chapitre actuellement intitulé " Des obligations qui naissent du mariage ". La jurisprudence a cependant toujours fait une lecture raisonnée des textes qui rend inutile une réforme complète du système. Quoique l'article 203 en fasse littéralement une conséquence du mariage, l'obligation parentale d'entretien a en effet été reconnue au profit des enfants nés hors mariage : c'est un effet du lien de parenté et non du mariage. Un simple toilettage des textes, consacrant l'œuvre de la jurisprudence devrait donc suffire. En revanche, il ne serait ni cohérent juridiquement ni compréhensible par les personnes intéressées, de conserver les textes à leur emplacement actuel. Afin de mettre en harmonie la localisation des dispositions avec leur fondement tout en soulignant

l'importance de ces questions, il est proposé de créer dans le Livre I du code civil consacré aux personnes, un titre IX bis intitulé “ Des obligations qui naissent de la parenté et de l'alliance ” et regroupant les dispositions relatives aux obligations alimentaires et à l'obligation parentale d'entretien.

L'obligation parentale d'entretien viendrait ainsi logiquement à la suite du titre consacré à l'autorité parentale intrinsèquement liée elle aussi à la paternité et à la maternité. Pour autant obligation parentale d'entretien et autorité parentale n'ont pas tout à fait le même domaine, puisqu'il est admis que l'obligation parentale d'entretien se prolonge au delà de la majorité, ce que la Commission jugerait d'ailleurs bon de préciser, tout en laissant à la jurisprudence le soin d'en fixer le terme compte tenu des circonstances de chaque espèce.

Par ailleurs, les dispositions relatives aux obligations alimentaires, qui concernent la parenté au sens large et l'alliance, précéderaient les textes sur la minorité et la tutelle qui précisent également certaines obligations incombant à la famille élargie.

§. 2. Redéfinir le champ de l'obligation alimentaire ?

La délimitation du champ des obligations alimentaires est ancien. Il reflète une conception très traditionnelle des rapports familiaux : on peut être surpris d'y trouver les gendres et belles-filles à l'égard des père et mère de leur conjoint — cette obligation réciproque cessant cependant “ lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ” (art. 206 c. civ.) —, alors que les frères et sœurs n'y figurent pas.

Comme on l'a souligné, il n'entraîne pas dans les compétences de la Commission de mener une réflexion d'ensemble sur les solidarités familiales. Deux questions sont cependant apparues au travers des auditions et des débats. Faut-il supprimer l'obligation alimentaire des gendres et des brus à l'égard des père et mère de leur conjoint ? Surtout, faut-il créer une obligation alimentaire entre enfant et beau-parent (au sens de conjoint ou de concubin du père ou de la mère de l'enfant) ?

A. Faut-il supprimer l'obligation alimentaire entre le gendre ou la bru⁸⁶ et les père ou mère de son conjoint ?

Une telle suppression n'a pas paru opportune à la majorité de la Commission. D'une part en effet, l'obligation alimentaire entre gendre ou bru et père ou mère du conjoint vivant ou décédé (mais non divorcé) constitue un des effets traditionnels du mariage : elle marque que l'union matrimoniale lie non seulement deux personnes, mais au delà deux familles, ce qui la distingue d'autres formes d'union. D'autre part, la promotion successorale du conjoint survivant proposée par la Commission, devrait placer celui-ci dans une situation très avantageuse ; en présence d'enfants issus de l'union, la disparition de l'obligation alimentaire visée à l'article 206 risquerait de faire peser sur les seuls enfants ou petits enfants le poids de la pension alimentaire due

⁸⁶ On utilisera ici les termes de gendre, bru, père et mère de son conjoint au sens de parents du conjoint ou conjoint d'un enfant pour les distinguer des beaux-enfants et des beaux-parents dans les familles recomposées, c'est à dire enfants du conjoint ou concubin, et le conjoint ou concubin d'un parent.

aux parents du défunt, alors que le conjoint survivant jouirait de la totalité de l'usufruit des biens laissés par son conjoint.

B. Faut-il créer une obligation alimentaire entre enfant et beau parent ?

Si, pendant la vie commune, il y a, dans la plupart des cas, mise en commun des ressources et des moyens d'existence, et donc, de façon plus ou moins large, transfert " indirect " de patrimoine en faveur des enfants du conjoint ou du concubin, la consécration juridique de ces solidarités familiales spontanées suscite de nombreuses interrogations. On pourrait certes songer à faire entrer la charge des enfants du conjoint dans le cadre de l'obligation faite aux époux " de nourrir, entretenir et élever leurs enfants " ⁸⁷; mais cette orientation, dont on pourrait d'ailleurs discuter le bien fondé, laisserait entière la question des familles recomposées hors mariage. Or, comme on l'a souligné à propos de l'autorité parentale, il ne paraît pas cohérent de construire un statut du beau-parent sur le seul mariage.

Le problème est plus délicat encore en cas de séparation de la famille recomposée. C'est d'ailleurs en général dans cette hypothèse que se posera devant le juge la question de l'entretien de l'enfant par le beau-parent. Faut-il voir dans le fait pour le beau-parent d'avoir, pendant un certain temps, contribué à la prise en charge de l'enfant une sorte d'engagement de fait (d'obligation naturelle ?) que le législateur pourrait consacrer en droit ? Mais quel serait le fondement de cette obligation : le mariage entre le père ou la mère de l'enfant et le beau-parent, ou une sorte de possession d'état de beau-parent, ce qui permettrait d'inclure les recompositions familiales hors mariage ? S'agirait-il d'une véritable obligation alimentaire (sans limitation de durée... et réciproque) ou d'une " obligation beau-parentale d'entretien " destinée uniquement à subvenir aux besoins de l'enfant mineur ? Cette obligation serait-elle subsidiaire par rapport à celle des parents ou prendrait-elle rang aux côtés de l'obligation parentale d'entretien (la question se posant non seulement dans les rapports entre l'enfant et le beau-parent, mais aussi dans les rapports du beau-parent à l'égard de ses propres enfants) ?

De façon plus générale, la création d'une obligation alimentaire spécifique entre enfant et beau-parent se heurte aux mêmes objections que la construction d'un statut du beau-parent en matière d'autorité parentale. Les situations sont extrêmement diverses, tout comme les attentes et les besoins. Le fondement d'une telle obligation est des plus incertain. Et il y a risque de confusion entre la parenté — d'où découle la fonction d'autorité parentale et l'obligation parentale d'entretien — et la contribution à la prise en charge d'un enfant : si celle-ci peut justifier, pour des raisons pratiques, que le droit reconnaisse au beau-parent un certain nombre de pouvoirs afin de lui permettre d'assurer cette mission, elle ne semble pas pouvoir fonder une obligation alimentaire, qui ressortit des structures mêmes de la famille.

Pour toutes ces raisons, la Commission ne juge pas opportun que soit reconnue une obligation alimentaire entre enfant et beau-parent.

Section 2. : Engager une réflexion sur le calcul et la mise en œuvre des obligations alimentaires

⁸⁷ Art. 203 C. civ.

Hormis le rajeunissement de quelques textes et des améliorations destinées à faciliter des pratiques jugées positives, la Commission estime qu'aucune réforme d'ampleur n'est actuellement indispensable. Une telle réforme supposerait d'ailleurs que soit engagée une réflexion d'ensemble sur les solidarités familiales ce qui, comme on l'a souligné, n'entraîne pas dans le champ des compétences de la Commission. Au demeurant, il semble que ce soient moins les textes civils qui posent des difficultés que la législation de l'aide sociale et la politique sociale à mettre en place pour aider certaines familles.

Deux questions ont cependant retenu l'attention de la Commission. D'une part, le souci de développer les accords entre parents a conduit la Commission à s'interroger sur les moyens d'encourager les parents à fixer eux-mêmes le montant de leur contribution à l'entretien de l'enfant, en dehors éventuellement d'une intervention judiciaire. D'autre part, la nécessité de plus de transparence et d'unité dans la fixation du montant de ces contributions appelle une réflexion sur l'élaboration éventuelle de barèmes de référence.

§. 1. Encourager la fixation amiable de la contribution parentale d'entretien

La fixation amiable de la contribution parentale d'entretien devrait permettre de limiter le contentieux qui empoisonne la vie de bien des familles séparées. On songe bien sûr aux problèmes de non paiement d'une pension que le débiteur rechigne d'autant plus à verser qu'il ne comprend pas en fonction de quels critères elle a été fixée, mais aussi aux demandes de modification de son montant.

De façon générale, la Commission propose de donner aux père et mère la possibilité de soumettre à l'homologation du juge une convention réglant les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution de chacun à l'entretien et à l'éducation de l'enfant⁸⁸. La règle vaudrait dans toutes les hypothèses de séparation (séparation des concubins, séparation de fait, séparation de corps et divorce, quel que soit d'ailleurs le cas de divorce), dans le cadre d'une procédure judiciaire existante (une procédure de divorce par exemple) ou dans le cadre d'une procédure entamée spécifiquement à cette fin.

Mais la Commission tient à souligner qu'un accord amiable, sans aucune intervention du juge, et une exécution spontanée de l'obligation parentale, sont parfaitement envisageables. L'administration fiscale a ainsi admis que lorsque les époux font l'objet d'impositions distinctes, " les sommes qu'ils versent pour l'entretien de leurs enfants mineurs dont ils n'ont pas la garde de fait " (sic) sont " déductibles de leur revenu global s'ils sont en mesure de justifier du versement effectif des sommes en cause et à condition que ces versements revêtent la forme d'une pension alimentaire au sens des articles 205 et suivants du code civil⁸⁹ ".

La constitution de barèmes de référence pourrait aider les parents dans la fixation amiable de leur contribution.

⁸⁸ cf. *supra*

⁸⁹ Rép. min. n°25867, JO AN 3 05 1999, p. 2652

§. 2. Réfléchir à l'unification des pratiques par l'élaboration de barèmes

Alors que pendant très longtemps, la question centrale en matière alimentaire a été pour le législateur, le recouvrement des pensions impayées, cette question semble aujourd'hui résolue en droit. Reste bien sûr en pratique à assurer la mise en œuvre des mesures d'exécutions qui figurent dans la loi. En revanche, la question du mode de calcul des pensions alimentaires en général et de l'obligation parentale d'entretien en particulier reste entière et le contentieux engendré par des demandes de révision risque d'aller croissant avec la multiplication des familles séparées. Or une partie de ce contentieux est constitué par des recours en révision qui semblent irrémédiablement voués à l'échec mais qui sont provoqués en partie par un sentiment d'injustice dû à l'absence de références claires.

L'uniformisation sur le plan national des pratiques judiciaires relatives à la fixation du montant de la contribution parentale d'entretien contribuerait certainement à réduire ce sentiment d'injustice, voire d'arbitraire, et, par conséquent, le nombre des recours inutiles aux tribunaux. Certains pays étrangers se sont engagés sur la voie de la confection et de la diffusion de barèmes de références dont la consultation donne au juge des repères non contraignants mais précieux en tant qu'aide à la décision. Pour les parties et leurs conseils ils constituent en élément de prévisibilité et un point de comparaison. On peut craindre cependant que ces barèmes indicatifs ne soient peu à peu érigés en norme de référence quasi impérative par les juges et surtout par les administrations ou les caisses d'allocations familiales ce qui enlèverait toute souplesse au système, notamment en cas de fixation amiable de la contribution parentale d'entretien⁹⁰. Il s'agit donc d'une question particulièrement complexe. La Commission suggère que soit créé un groupe de travail chargé de réfléchir au problème et d'analyser les expériences étrangères.

Propositions :

- Créer un titre IX bis dans le Livre I du Code civil, consacré aux “ obligations nées de la parenté et de l'alliance ”, reprenant l'ensemble des dispositions relatives aux obligations alimentaires et à l'obligation parentale d'entretien.
- **Encourager la fixation amiable du montant de l'obligation parentale d'entretien dans le cadre d'une convention judiciairement homologuée ou en dehors de toute procédure judiciaire.**
- Mettre en place un groupe de travail chargé de réfléchir à l'élaboration de barèmes indicatifs pour le calcul du montant de l'obligation parentale d'entretien.

CHAPITRE II

SIMPLIFIER L'ACCES AU JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES

La loi du 8 janvier 1993 a institué un juge aux affaires familiales : attendue depuis plusieurs années, cette réforme avait pour objectif de faciliter l'accès à la justice familiale en réunissant entre les mains d'un seul juge des contentieux partagés

⁹⁰cf. *supra*

jusqu'alors entre de multiples juridictions, Tribunal d'instance, Tribunal de Grande Instance, président du Tribunal de Grande Instance, juge des référés, juge des tutelles, juge aux affaires matrimoniales...

Malheureusement, cette réforme ne s'est pas accompagnée d'une refonte des procédures, faute d'accord sur le choix entre la procédure solennelle du Tribunal de Grande Instance avec assignation, mise en état et ministère obligatoire de l'avocat et une procédure plus simple sur requête.

Depuis 1994, les justiciables et les professionnels se heurtent à un véritable chaos procédural. La procédure applicable devant le juge aux affaires familiales demeure celle en vigueur avant la loi de 1993 devant chacune des juridictions précédemment compétentes. Ces diverses procédures sont recensées dans un ouvrage édité par l'Ecole Nationale de la Magistrature : vingt tableaux détaillent les diverses règles de compétence territoriale, les modes de saisine (assignation, requête, requête conjointe, déclaration au greffe écrite ou verbale, simple demande, saisine par le Ministère Public...), les cas où l'avocat est obligatoire, facultatif, ceux où il peut être désigné d'office, le rôle variable du Ministère Public, la nature des décisions rendues (jugement contentieux, gracieux, ordonnances), leurs modes de signification (notification par le greffe, signification...) sans délai ou selon des délais variables, les délais de recours d'un mois, de quinze jours, les cas d'exécution provisoire de plein droit, ceux où une décision du juge est nécessaire...

La simple lecture de ces vingt tableaux démontre la nécessité d'unifier le plus grand nombre possible de ces procédures.

Comment en effet expliquer aux justiciables et en amont à ceux chargés de les informer, que, par exemple, un enfant majeur doit passer par un huissier pour réclamer une pension alimentaire à l'un de ses parents, alors qu'une mère, pour demander au père de son enfant une pension peut saisir le juge par simple lettre ? Comment justifier que dans le premier cas la décision soit signifiée par acte d'huissier et l'appel possible dans un délai d'un mois, alors que dans le second il s'agira d'une ordonnance notifiée par le greffe par lettre avec accusé de réception, dont le délai d'appel est de quinze jours.

Section 1 : Unifier les procédures

Les choix procéduraux sont intimement liés à la place que l'on assigne au juge dans les conflits familiaux.

L'accroissement permanent du contentieux familial, qui constitue plus de la moitié du contentieux civil des Tribunaux de Grande Instance, témoigne d'une intervention judiciaire massive et répétée.

Face à cette situation, on peut souhaiter limiter l'accès au juge, rendre plus rare son intervention afin d'en revaloriser la portée : la spécificité de l'intervention judiciaire ne réside-t-elle pas dans l'organisation d'un débat contradictoire de qualité, la délibération et la production de décisions pouvant faire référence dans d'autres situations similaires ?

L'accès au juge peut être limité par le choix d'une procédure lourde et plus coûteuse. Dans l'immédiat, un tel choix représenterait un coût social indéniable au travers des dépenses de l'aide juridictionnelle, fortement sollicitée par le contentieux familial⁹¹.

Au-delà de ces considérations économiques, il serait dangereux de limiter l'accès à la justice avant d'avoir mis en place et développé d'autres modes de réponse aux demandes formulées par les justiciables.

Rendre plus difficile l'accès au juge à des débiteurs de pension alimentaire qui ont vu leurs revenus chuter, à des mères contraintes de réclamer des aliments pour leurs enfants, à des pères qui ne peuvent voir leur enfant ne peut s'envisager à court terme sans dommage.

Il semble dès lors préférable d'envisager la réduction du contentieux familial par le développement de réponses apportées en amont de l'intervention judiciaire : la connaissance des règles de l'autorité parentale, l'adaptation des pensions alimentaires aux fluctuations des situations économiques des parents doivent dans bien des cas pouvoir s'organiser en dehors de toute instance judiciaire.

De nombreuses procédures sont induites par une méconnaissance du droit de la famille : l'accès à la connaissance des règles de droit concernant le couple, l'autorité parentale, la filiation doit être développé dans le cadre des consultations d'avocat, des associations d'accès au droit et même avant que les conflits n'apparaissent, lors du mariage, lors de la reconnaissance des enfants.

Le contentieux purement alimentaire pourrait sans doute être réduit par la définition de barèmes de référence (cf supra) : il appartient aux pouvoirs publics, en concertation avec les associations familiales, d'établir ces lignes directrices qui permettront le calcul des pensions par les parties ou leurs conseils, le juge n'intervenant plus que dans des situations atypiques ou de conflit de droit.

Enfin l'encouragement de la médiation familiale avant toute procédure devrait permettre aux intéressés de traiter eux-mêmes et le plus tôt possible leurs conflits familiaux.

Au terme de cette évolution qui réservera l'intervention du juge aux situations les plus conflictuelles, le débat judiciaire pourra sans doute s'organiser différemment.

Dans la situation présente, l'unification des procédures par référence au modèle le plus simple, saisine par requête, ministère facultatif de l'avocat, semble souhaitable. C'est le mode d'uniformisation qui modifiera le moins l'état actuel des choses car la procédure simple est celle qui s'applique actuellement au contentieux post-divorce (70 000 affaires environ par an) et au contentieux concernant les enfants naturels (70 000 affaires également), c'est à dire à la grande majorité des affaires familiales, procédures de divorce exceptées.

Section 2 : Refondre les procédures d'urgence

⁹¹ La moitié des aides octroyées en matière civile en 1997 ont bénéficié à des justiciables parties à une procédure relevant de la compétence du juge aux affaires familiales (206 200 sur 413 460 admissions) ; source répertoire BAJ.

Les propositions formulées en annexe tendent à simplifier et limiter les procédures d'urgence à deux procédures se référant toutes deux aux procédures d'urgence de droit commun : les procédures de référé permettant aux justiciables de saisir le juge en urgence de leur seule initiative mais dans la limite de la compétence du juge des référés (mesures provisoires, conservatoires ou d'investigation) et la procédure sur requête à jour fixe, signifiée par huissier au demandeur, qui saisit le juge du fond du litige mais nécessite son autorisation préalable.

La formule ambiguë de saisine du juge aux affaires familiales " en la forme des référés" serait ainsi supprimée ainsi que les « passe-droits » liés à ce choix : actuellement, l'utilisation de ce mode de saisine permet de faire juger son affaire plus vite que d'autres, sans qu'elle soit pour autant plus urgente. Il serait ainsi permis de concilier la liberté d'accès au juge par la procédure de référé ordinaire et le nécessaire contrôle par celui-ci d'un ordre équitable de comparution des justiciables sur le fond des affaires par une procédure d'urgence au fond sur autorisation.

Section 3 : Assurer la comparution personnelle des parties

Dans des procédures où l'implication personnelle des parties est très forte, il paraît légitime de poser le principe de leur comparution en personne, qui seule permet au juge de remplir effectivement sa mission de conciliation ; d'autre part, elle marque, dans les affaires de filiation, la gravité de ces procédures et souligne la responsabilité personnelle des parties.

Propositions :

- **Unifier et simplifier les procédures devant le juge aux affaires familiales**
- **Concilier efficacité et équité dans les procédures d'urgence**
- **Organiser la participation personnelle des parties au débat judiciaire**

CHAPITRE III

ASSURER LE RESPECT DES OBLIGATIONS FAMILIALES

Les pensions alimentaires impayées, le nombre des enfants totalement privés de père après la séparation des parents ont longtemps dressé un tableau cruel de l'effectivité des jugements de divorce fixant pourtant dans leur quasi-totalité pensions alimentaires et droits de visite et d'hébergement.

Des évolutions se dessinent : les enfants, s'ils résident majoritairement chez leur mère, voient plus régulièrement leur père, les pensions impayées traduisent probablement davantage l'insolvabilité des débiteurs que leur mauvaise foi⁹².

⁹² Grâce notamment au dispositif complet mis en place pour le recouvrement des pensions : dispositif diversifié qui prévoit à la fois des voies d'exécution de droit privé, le paiement direct, l'intervention des CAF et le recouvrement public ; seul ce dernier mode de recouvrement mériterait d'être mieux connu et peut être simplifié, et sa lourdeur explique sans

Néanmoins, les situations très conflictuelles demeurent et la pertinence des réponses judiciaires apportées à ces situations est largement mise en cause : par des pères, qui, ne pouvant exercer leurs droits ont un sentiment d'injustice, des mères contraintes à assumer seule l'éducation de leurs enfants, ainsi que des juges, saisis de manière répétée de conflits sans issue face auxquels ils se sentent impuissants. Ces différents indices invitent à repenser les garanties apportées au respect des obligations familiales.

Après s'être interrogé sur la pertinence de la réponse pénale dans les conflits familiaux, le groupe a exploré les possibilités de renforcer les garanties civiles et la nécessaire articulation des sanctions civiles et pénales.

Section 1 : Maintenir la pénalisation du droit de la famille?

Pénaliser les conflits familiaux, n'est-ce pas ajouter à la violence des passions individuelles, la violence de procédures qui privilégient le besoin de punition et de vengeance au détriment du besoin de réparation et de restauration des liens familiaux rompus? Que peut attendre un enfant, prisonnier d'un parent qui exclut l'autre, de la stigmatisation de ce parent par une condamnation pénale? Que peut en attendre l'autre parent présenté à l'enfant comme le responsable de la souffrance infligée par la poursuite pénale ?

La logique pénale induit la « victimisation » : chaque partie au conflit se vit tour à tour comme victime au lieu de s'interroger sur sa part de responsabilité et d'autonomie dans le conflit. C'est ainsi que certaines associations de pères appellent de leurs vœux le surinvestissement du droit pénal dans les conflits entre ex-conjoints, que des mères pour se parer de toute poursuite en non-représentation d'enfant accusent des pères de tous les maux y compris d'abus sexuels sur leurs enfants.

Une dissymétrie est parfois dénoncée dans le droit pénal qui réprime l'accaparement d'un enfant (délit de non-représentation d'enfant commis par la mère le plus souvent) mais ne prévoit aucune sanction à l'encontre d'un parent (le père le plus souvent) qui abandonne ses enfants en ne s'occupant plus d'eux durant le temps où il le devrait.

Est-il souhaitable que les relations entre parents et enfants, entre conjoints séparés se déroulent sous la menace d'une intrusion de la justice pénale dans leur vie privée? Le "mythe de la peine" qui rendrait une souffrance équivalente à une autre ne fait ici, sûrement, qu'aggraver la souffrance de l'enfant.

La force attribuée au droit pénal n'est-elle pas elle-même illusoire et source d'exacerbation des conflits? Combien de dépôts de plainte, de déclarations en main courante dans les commissariats de police pour des retards anodins, des malentendus à l'occasion de l'exercice d'un "droit de visite et d'hébergement" auxquels ne répondra finalement qu'un nombre infime de poursuites et un nombre plus infime encore de condamnations ?

doute la préférence donnée encore généralement par les parquets à la plainte en abandon de famille.

Mais c'est précisément la politique mesurée des parquets qui a incité le groupe à écarter la suppression de toute incrimination pénale du non-respect des obligations familiales.

Comparée à la masse des divorces prononcés et du contentieux civil de la famille, l'intervention du juge pénal est rare ; par ailleurs une tendance à la baisse du nombre des condamnations s'observe : en 1992, 9500 condamnations ont été prononcées en France pour atteintes à la famille dont 8220 pour abandon de famille et 1100 pour non-représentation d'enfant, en 1996 ces chiffres ont été de 8353 condamnations dont 7280 pour abandon de famille et 940 pour non-représentation d'enfant⁹³.

Dans ces conditions il est apparu au groupe que supprimer les incriminations pénales d'atteintes à la famille risquait de dévaluer l'importance attachée par la société au principe de coparentalité et à la pérennité des obligations des parents et des ex-époux. La perspective d'une intervention possible de la justice pénale est de nature à signifier socialement la force des principes légaux sanctionnés.

Il n'en demeure pas moins souhaitable de maintenir le caractère exceptionnel du recours au droit pénal, de le limiter aux cas les plus graves de volonté déclarée d'enfreindre la loi : cette nécessité implique de donner force aux règles du droit civil, d'inventer de nouvelles voies garantissant le respect des décisions civiles.

Section 2 : Rechercher les voies civiles du respect des obligations familiales

§ 1. Des règles substantielles fortes

Enoncer de manière forte, comme il est proposé (voir le chapitre conforter l'autorité parentale) le caractère intangible des droits et devoirs des père et mère en préambule aux dispositions du Code civil sur l'autorité parentale ferait de toute atteinte à cette autorité une faute civile.

Si, comme la commission le propose (voir autorité parentale) une nouvelle définition de la mission de l'enquêteur social était adoptée, la capacité d'un parent à respecter les droits et devoirs de l'autre deviendrait un élément servant de fondement à la décision du juge.

§ 2. Des pratiques à développer

A. La médiation familiale

L'intervention du juge n'est pas un mode normal de régulation des relations entre les individus au sein de la famille ; le juge doit être un recours en cas de conflits de droit : la médiation familiale, en amont de toute saisine du judiciaire, doit être encouragée.

Les centres de formation des médiateurs familiaux ont désormais le souci de dispenser une bonne connaissance du droit de la famille. Les médiateurs intervenant

⁹³ Données extraites de l'annuaire statistique de la justice, Ministère de la justice, la documentation française, édition 1998

le plus tôt possible dans les conflits familiaux sont à même d'aider les parents à dépasser leurs conflits de couple et à organiser, de manière adaptée à chaque situation, la coopération des parents pour l'éducation des enfants. La restauration du dialogue entre les parents, une plus grande autonomie dans l'établissement de leurs accords est de nature à garantir, pour l'avenir, mieux que par une décision judiciaire ponctuelle, le respect des règles de la coparentalité.

B. Des obligations nouvelles pour les parents

L'obligation pour l'enfant de rencontrer son père ou sa mère dans un point-rencontre peut constituer pour lui une véritable violence, il peut être préférable dans un premier temps de contraindre ses parents à se rencontrer en présence d'un médiateur afin d'examiner les moyens à mettre en oeuvre pour respecter les règles de la coparentalité.

C'est pourquoi le groupe propose d'accroître le pouvoir d'intervention du juge dans la vie privée, lorsque les parents sont enlisés dans un conflit aigu qui fait obstacle à tout contact entre l'enfant et l'un de ses parents : "En cas de violation manifeste et réitérée des droits et devoirs de l'autre parent, le juge peut imposer la rencontre des parents en présence d'un médiateur" (voir autorité parentale).

C. Une meilleure coordination des actions des juges aux affaires familiales et des juges des enfants

La mesure d'investigation et d'orientation éducative est effectuée à la demande du juge des enfants par une équipe pluridisciplinaire, susceptible d'apporter un éclairage plus approfondi sur les mesures qui peuvent être prises pour, à la fois, protéger les enfants et garantir les droits et devoirs de chacun des parents.

Il s'agirait, de manière exceptionnelle, en donnant compétence au juge des affaires familiales pour prendre une telle mesure, d'organiser le plus tôt possible, sans attendre que le conflit ne soit trop enkysté entre les parents, une action conjuguée des deux juridictions lorsque la situation semble, d'emblée, présenter un danger pour les enfants.

D. Trouver des modes de contrainte ou de réparation civile

Des modes de réparation civile de l'inexécution des obligations familiales peuvent être trouvés : certains sont déjà pratiqués comme la majoration de la pension alimentaire dûe par un parent qui ne remplit pas "son devoir de garde" durant les fins de semaine ou les périodes de vacances convenues.

Le respect du "droit de garde" de l'autre parent peut dans des cas avérés de transgression de la loi, être assorti du prononcé d'une astreinte.

Section 3 : Articuler le droit pénal et le droit civil

§ 1. Adapter les sanctions pénales au contexte familial

Une objection souvent présentée à l'intervention du droit pénal en matière familiale est que la peine d'emprisonnement est peu susceptible d'apporter un remède aux dysfonctionnements familiaux. Il faut donc rappeler ici que les sanctions pénales ne se résument pas à cette peine. Bien au contraire, le juge pénal est tenu de motiver spécialement le prononcé d'une peine de prison ferme, il est invité par le nouveau Code pénal à envisager toutes sortes de peines substitutives à l'emprisonnement et même à ajourner le prononcé d'une peine.

L'ajournement de la peine permet l'utilisation du temps et la coopération entre juge civil et du juge pénal pour rappeler à la raison un parent emporté par la passion.

Ainsi le droit pénal vient en renfort pour garantir le respect des droits familiaux fondamentaux et rappeler que la loi commune est atteinte lorsqu'un enfant est privé d'une part de sa filiation.

Pourrait-on cependant, pour éviter de recourir à l'emprisonnement, même à titre de menace, imaginer d'autres peines spécifiques au contexte familial ?

On pourrait tout d'abord ériger l'obligation de respecter la décision du juge aux affaires familiales en peine complémentaire spécifique, comme l'article 131-10 du

code pénal y invite. Cependant, on ne doit pas considérer que l'inexécution d'une décision civile soit pénalement sanctionnable : il y aurait là un risque de dévalorisation de la décision civile. De toute façon, la violation de cette obligation ne pourrait être sanctionnée que par la prison. L'avantage par rapport au schéma existant serait donc faible.

On pourrait aussi sanctionner la non-exécution de devoirs familiaux par des déchéances de droits, par exemple par un retrait partiel ou temporaire d'autorité parentale. Mais cette formule irait à l'encontre du projet poursuivi qui est de renforcer les liens parents-enfant, et, de surcroît, risquerait de conduire au prononcé de déchéances résultant de décisions pénales non guidées par l'intérêt de l'enfant. Bien au contraire, la commission propose de supprimer l'article 373 du Code civil qui prévoit une perte automatique de l'autorité parentale, notamment en cas de condamnation pour abandon de famille (V. chapitre autorité parentale)

§ 2. Modifier les incriminations pénales ?

Le droit pénal est susceptible de sanctionner le non-respect de trois types d'obligations : les obligations d'ordre alimentaire, les droits et devoirs d'autorité parentale, et les obligations de respect de la filiation de l'enfant.

A. Le délit d'abandon pécuniaire de la famille

La rédaction de ce texte (art. 227-3 C. pen.) mérite assurément d'être revue. D'abord, sa référence à l' « enfant mineur » peut laisser perplexe, et ceci d'autant plus inutilement qu'il vise ensuite les « descendants ». Il faudrait que toutes les pensions versées pour les enfants, même majeurs soient visées sans équivoque. Ensuite, l'énumération « légitime, naturel ou adoptif » est au mieux inutile, au pis, discriminatoire. Au delà de ces ajustements sans conséquences juridiques, deux questions au moins semblent se poser :

Faut-il conserver cette incrimination pour les non-paiements de prestations compensatoires ? A l'heure actuelle, la très grande difficulté d'obtenir la révision de ces prestations, jointe à l'incrimination d'abandon de famille en cas de non-paiement, est à l'origine de situations fort difficiles. Il est vrai que le projet tendant à ne plus prévoir de rente que dans le seul cas où elle remplirait une fonction alimentaire, cette objection tombe d'elle-même. Reste que la question de savoir si le non-paiement d'un capital de prestation compensatoire doit être pénalement sanctionné demeure. Il semble, en tout cas, impossible d'élargir le délit d'abandon de famille aux cas de non-paiement de pensions amiablement convenues.

Doit-on conserver le dispositif actuel dans toute sa rigueur ? la jurisprudence actuelle est fort sévère, en particulier au regard des paiements partiels, tardifs, ou en nature liés à une situation d'impécuniosité du débiteur. Sans doute fait-on valoir que les dettes alimentaires doivent être payées par priorité à toutes autres, même en cas de faillite ou de surendettement, et que la solution en cas d'impécuniosité doit être de saisir le juge aux affaires familiales d'une demande de réduction de pension, et non de suspendre les versements proprio motu. La réaffirmation par le Code pénal actuel du caractère intentionnel de tous les délits, ainsi que la suppression de l'ancienne présomption selon laquelle le non-paiement était supposé volontaire laissent

actuellement à la jurisprudence une liberté assez grande pour qu'elle s'en empare... si elle le veut⁹⁴.

Comme il a été dit plus haut, la commission propose que les condamnations pour abandon pécuniaire de famille n'entraînent plus perte de l'exercice de l'autorité parentale. A l'heure où l'on souhaite réaffirmer la force des obligations familiales, il paraît peu judicieux d'apporter à ce délit une modification qui en allégerait encore les sanctions, alors que le texte permet, d'ores et déjà aux tribunaux de juger en fonction des circonstances de l'espèce et de la situation du débiteur.

Le délit d'abandon de famille est complété par l'incrimination des changements de domicile non signalés au créancier de l'obligation alimentaire, qui ne semble pas appeler de modification.

Il est donc proposé de ne pas modifier substantiellement le texte actuel, sauf à mettre sa rédaction en harmonie avec les nouveaux principes du droit de la filiation en supprimant les références à la qualité de la filiation de l'enfant.

Les délits sanctionnant le non respect de l'exercice De l'autorité parentale

Il conviendrait, tout d'abord, de procéder aux mêmes aménagements rédactionnels que ceux proposés pour l'abandon de famille, et de ne plus viser les « ascendants légitimes, naturels ou adoptifs », mais, tout simplement les père et mère.

Surtout, les nouveaux articles 227-5, 227-6 et 227-7 du Code pénal ne font plus référence à des droits de visite ou d'hébergement, ou à une résidence habituelle fixée judiciairement, et sont donc désormais adaptés au cas particulier du parent n'ayant pas, par l'effet de la loi, l'exercice de l'autorité parentale qui soustrairait l'enfant à l'autorité parentale de celui qui l'exerce : en clair, ils permettent de réprimer les agissements du père naturel n'exerçant pas l'autorité parentale. Mais ils ne peuvent s'appliquer en cas d'enlèvement après la séparation de parents, mariés ou non, exerçant conjointement l'autorité parentale par l'effet de la loi, tant que l'un d'entre eux n'a pas saisi le juge pour faire fixer la résidence de l'enfant. Dans la mesure où, précisément, l'objectif proposé est de généraliser l'attribution légale de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'inadaptation du texte risque de devenir de plus en plus gênante.

Il faut donc se poser la question de la pénalisation éventuelle des obstacles mis par un parent à l'exercice de l'autorité parentale par l'autre en dehors de toute fixation judiciaire des modalités concrètes de l'exercice conjoint.

On peut envisager d'incriminer de façon autonome le fait, pour un parent ou un tiers, d'empêcher de façon volontaire l'autre parent d'exercer ses responsabilités parentales sans un motif sérieux tiré de l'intérêt de l'enfant. L'avantage d'une telle incrimination serait de donner force au principe posé dans le Code civil. Son inconvénient serait son caractère assez vague, peu conforme aux principes du droit

⁹⁴ V Crim 28 juin 1995 JCP 1996 II 22576

pénal. A l'étude, il a semblé bien difficile de trouver une rédaction dont la précision écarte le risque de censure par le Conseil Constitutionnel, ou de non-conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le groupe a donc renoncé à proposer un texte en ce sens.

Une autre voie à explorer serait l'amélioration de l'article 227-6, qui réprime le changement de domicile sans avertir le parent titulaire du droit de visite judiciairement fixé. Est-il justifié de limiter l'interdiction des changements de domicile clandestins au cas où l'enfant a déjà vu sa situation réglée par décision judiciaire ? Ne doit-on pas admettre que, dans tous les cas, le parent qui transfère son domicile doive le signaler à l'autre s'il emmène avec lui un enfant sur lequel ils exercent en commun l'autorité parentale ? On objectera que, parfois, l'autre parent a disparu en fait bien qu'il exerce l'autorité parentale en droit. Le fait que l'un des parents n'ait pas signalé à l'autre son changement de domicile suffirait à justifier que l'autre ne puisse pas être poursuivi pour n'avoir pas signalé lui-même son propre déménagement.

La commission propose donc d'incriminer le fait, pour un parent, de transférer son domicile en emmenant un enfant résidant avec lui sans avoir au préalable averti l'autre parent exerçant conjointement l'autorité parentale.

C. Les délits relatifs à la filiation

les textes actuels des articles 227-12, 227-13 et 227-14 du Code pénal, ont été rédigés dans la perspective de la lutte contre les mères porteuses, et ne protègent que la filiation maternelle, à l'exclusion de la filiation paternelle.

Ici aussi, la question mérite d'être posée, et elle l'a d'ailleurs déjà été au moment de la discussion de la loi de 1996 relative à l'adoption : la filiation paternelle ne mérite-t-elle pas, comme la filiation maternelle, une protection pénale ? le problème est délicat, dans la mesure où il n'y a pas de consensus ni pour pénaliser les reconnaissances de complaisance, sauf dans le cas de fraude à l'adoption, ni même pour empêcher qu'en accouchant anonymement une mère puisse empêcher l'enfant d'être relié à son père. Ceci étant dit, il serait envisageable que l'obstacle mis sciemment à l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant soit punie de peines délictuelles, de même que l'établissement frauduleux d'un lien de filiation en fraude des lois relatives à l'adoption.

Après réflexion, le groupe préfère ne pas proposer de modification qui pourraient s'avérer dangereuses dans un contexte où il est bien difficile de différencier les cas où l'établissement de filiations inexactes doit être toléré et ceux où il devrait être incriminé.

Propositions :

- **Développer la médiation familiale avant toute saisine du juge.**
- **exploiter toutes les ressources des sanctions civiles, en particulier pécuniaires.**
- **Imposer une rencontre entre les parents en présence d'un médiateur lorsqu'un conflit aigu et récurrent ne peut être résolu autrement.**
- **Utiliser pleinement les sanctions alternatives à l'emprisonnement en matière de délits familiaux.**

- **Maintenir l'incrimination d'abandon pécuniaire de famille et son caractère de délit intentionnel.**
- **Incriminer le fait pour un parent, de transférer son domicile en emmenant un enfant résidant avec lui sans en avoir au préalable averti l'autre parent exerçant conjointement l'autorité parentale.**

CONCLUSION

Rénover le droit de la famille apparaît donc possible. Selon leur domaine, les propositions de la Commission s'inscrivent en rupture ou, plus souvent, en continuité du droit en vigueur. En matière de filiation, elles tendent à assigner un nouveau fondement, plus égalitaire et plus sûr au lien juridique entre parents et enfant. Au regard de l'autorité parentale, le groupe propose plutôt des mesures tendant à l'accomplissement de réformes déjà entreprises mais pas totalement achevées. Le droit du divorce, sans que soit remise en cause son architecture d'ensemble, pourrait voir corriger ses dysfonctionnements et contribuer à apaiser les conflits plutôt qu'à les envenimer. Enfin, l'amélioration du statut patrimonial du conjoint, en particulier lors du décès, réaliserait un souhait relativement ancien et largement partagé.

Conçues comme un ensemble cohérent, les propositions du groupe devraient idéalement pouvoir être discutées globalement, car, sur nombre de points, elles sont indissociables les unes des autres. Ainsi, la réforme du divorce ne peut que difficilement être séparée de celle de l'autorité parentale, dans la mesure où tout ce qui concerne le sort des enfants en cas de divorce a été transféré au chapitre de l'autorité parentale. De même, la réforme de la prestation compensatoire prend son sens dans la réforme d'ensemble des règlements pécuniaires des époux. Même la réforme des droits successoraux du conjoint survivant n'est pas dissociable des changements affectant la condition de l'enfant adultérin.

Ces propositions, qui ont été voulues réalistes et mesurées, devraient permettre, en tous cas nous l'espérons, d'ajuster un peu mieux le droit de la famille aux réalités et aux aspirations de notre société.

RECAPITULATIF DES PROPOSITIONS

Filiation

Principes généraux

- **Abandonner les notions de filiation légitime et naturelle pour achever l'égalité des filiations.**
- Conserver la présomption de paternité du mari qui donne un sens au mariage.
- Supprimer les inégalités successorales touchant l'enfant adultérin.
- Inscrire dans le Code civil la possibilité de reconnaître l'enfant avant la naissance.

- **Supprimer la possibilité pour les parents de demander le secret de leur identité lors de la remise de l'enfant aux services sociaux, lorsque la filiation de l'enfant est déjà établie à leur égard.**
- Harmoniser les délais et la limitation des titulaires des actions relatives à l'établissement ou à la contestation d'une filiation autour de leurs objectifs respectifs.
- Réduire dans un but de simplification le nombre des actions judiciaires relatives à la filiation.
- Maintenir l'interdiction de contester la filiation des enfants nés de tiers donneur grâce à une assistance médicale à la procréation et fonder la filiation sur l'engagement à la Procréation Médicalement Assistée.
- **Maintenir, dans des conditions étroites, une action permettant, sans établir la filiation, d'obtenir des ressources pour l'enfant.**

Maternité

- **Admettre l'établissement de la filiation maternelle par la seule indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant.**
- **Conserver le principe selon lequel l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance est une faculté et non une obligation.**
- **Conserver la possibilité d'entrer anonymement dans un établissement médical pour y accoucher.**
- Abolir l'interdiction d'établir judiciairement la maternité en cas d'accouchement anonyme.
- **Organiser clairement une voie concurrente à l'accouchement anonyme qui permette la conservation de l'identité de la femme dans la confidentialité.**
- **Favoriser une mise en œuvre réversible du droit à la discrétion de la femme qui accouche.**

Paternité

- **Conserver la reconnaissance comme mode d'établissement volontaire de la filiation hors mariage.**
- Libérer l'établissement forcé de la paternité des dernières restrictions, en conservant celles-ci seulement lorsque l'homme poursuivi est décédé.

Contestation de la filiation

- **Réduire les délais de contestation d'une filiation au nom de la vérité à cinq ans en cas de possession d'état conforme au titre légal et à dix ans dans les autres cas.**
- Réserver la possibilité de contester une filiation à des personnes précises dès lors que l'enfant bénéficie d'une possession conforme à son titre.

Le nom

- Conserver la transmission du nom du père comme dénominateur commun des filiations établies conjointement par les parents.
- Conserver la possibilité de porter à titre d'usage un double nom, non transmissible, composé de l'addition du nom des deux parents et inscrire cette possibilité dans le Code civil.
- Donner la possibilité aux parents et à l'enfant de changer de nom sous contrôle judiciaire pour prendre le nom du parent qui ne lui a pas transmis le sien.
- **En cas de changement dans la filiation, autoriser l'enfant, sous contrôle du juge, à conserver le nom qu'il portait précédemment.**

Autorité parentale

Principes généraux

- Conserver le terme d'autorité parentale.
- Souligner le caractère intangible de l'autorité parentale en affirmant que « hors disposition légale ou décision judiciaire, nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les père et mère de leurs devoirs de parents, ni les dispenser de leur accomplissement ».
- Reconstruire les règles de l'autorité parentale à partir des principes d'égalité entre enfants et coparentalité.
- Dans toutes les familles construite hors mariage : poser le principe que les père et mère exercent en commun l'autorité parentale dès lors que la filiation a été établie dans l'année de la naissance.
- Construire un droit commun de la séparation en regroupant au titre de l'autorité parentale toutes les dispositions relatives à l'autorité parentale dans les familles désunies.

Autorité parentale et séparation

- Poser le principe que chacun des parents doit respecter les liens de l'enfant avec l'autre parent.
- **Inscrire dans les textes que quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant.**
- Affirmer que « le divorce n'emporte par lui-même aucun effet sur les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, ni sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».
- Dans tous les cas de séparation (en particulier, quel que soit le type de divorce), permettre aux père et mère de soumettre à l'homologation du juge aux affaires familiales une convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale.
- **Supprimer le caractère obligatoire de la mention d'une résidence habituelle et permettre un partage de l'hébergement.**
- Assurer le respect de l'autorité parentale par les tiers, notamment à l'égard du parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant.
- **Garantir le droit de l'enfant à conserver des relations personnelles avec ses deux parents en prévoyant que tout changement de résidence de l'enfant qui entraîne un réaménagement des relations entre l'enfant et l'un de ses parents, nécessite l'accord des père et mère.**
- Prévoir qu'en cas de violation manifeste et réitérée par un des parents des droits et devoirs de l'autre parent, le juge peut ordonner une rencontre entre les père et mère en présence d'un médiateur.

Les tiers et l'autorité parentale

- Réaffirmer l'importance des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents en en faisant un droit à l'enfant.
- Affirmer le droit de l'enfant à des relations personnelles avec ses frères et sœurs.

- **Reformuler les textes de façon positive pour permettre à l'enfant de conserver, dans son intérêt, des relations personnelles avec certains de ses proches (notamment avec le beau-parent).**
- Construire un statut du tiers chargé de prendre l'enfant en charge :
- Favoriser la collaboration entre parents et tiers en créant un système de mandat permettant au tiers (notamment au beau père) de passer tel acte ou telle catégorie d'actes.
- Elargir les possibilités de prise en charge de l'enfant par un tiers (beau-parent ou grand-parent notamment) en cas de décès d'un des parents.
- Donner au tiers à qui l'enfant a été confié la possibilité de demander au juge aux affaires familiales les pouvoirs nécessaires pour accomplir sa mission.
- Assouplir les règles de la délégation volontaire et de la délégation « forcée » de l'autorité parentale.
- Favoriser une collaboration entre les parents et le tiers auquel l'autorité parentale a été déléguée en permettant au juge d'aménager un partage entre eux de cette autorité.

Les droits de l'enfant

- **Poser en principe que les père et mère associent l'enfant aux décisions qui le concernent, en considération de son âge et de son degré de maturité**
- **Supprimer le critère de discernement et affirmer la possibilité d'une audition de l'enfant quelque soit son âge.**
- **Reconnaître à l'enfant de plus de treize ans le droit d'être entendu dans toute procédure qui le concerne.**
- Mieux encadrer procéduralement l'audition de l'enfant.
- Donner au Ministère public le pouvoir de demander l'émancipation de l'enfant.
- Revaloriser le rôle du Parquet en matière de protection civile de l'enfant.

Le mariage

- FIXER A DIX-HUIT ANS, POUR LES FEMMES COMME POUR LES HOMMES, L'ÂGE REQUIS PAR LA LOI POUR SE MARIER.
- SIMPLIFIER LES REGLE ORGANISANT LE CONSENTEMENT DE LA FAMILLE AU MARIAGE DES EPOUX MINEURS.
- RESERVER AU MINISTERE PUBLIC LE DROIT DE FAIRE OPPOSITION AU MARIAGE.
- ACTUALISER LE DROIT DES NULLITES DU MARIAGE.

Le divorce

Principes généraux

- Ne pas adopter, tout au moins sans réflexion complémentaire, de procédure de divorce sans contrôle judiciaire.
- Créer un tronc commun procédural retardant après l'audience de conciliation l'énoncé de la cause du divorce afin de favoriser l'acceptation d'un divorce sans torts.
- Permettre aux époux, à tous les stades de la procédure, de saisir le juge de leur accord sur le principe d'un divorce sans torts.

- Permettre à tout moment aux époux de saisir le juge aux affaires familiales de leur accord, complet ou non, sur les différents aspects du divorce, et notamment sur la prestation compensatoire.
- Inciter les juges aux affaires familiales à proposer le recours à la médiation familiale lorsque les époux sont en conflit au sujet des enfants.

Les différentes procédures

- Autoriser les époux à demander le divorce, s'ils le souhaitent, par requête conjointe plutôt que par assignation dans tous les cas de divorce.
- Supprimer les mesures urgentes non-contradictoires.

Le divorce sur requête conjointe

- N'imposer qu'une seule comparution devant le juge aux affaires familiales dans les divorces sur requête conjointe, lorsque les accords des époux sont libres, complets et équilibrés.

Le divorce sur demande acceptée

- Réaménager la procédure de divorce demandé et accepté afin de la rendre attractive et sans risque.

Le divorce pour rupture de la vie commune

- Réduire à trois ans le délai au terme duquel la séparation de fait des époux ou l'altération des facultés mentales justifie le prononcé du divorce.
- Rééquilibrer les conséquences du divorce pour rupture de la vie commune, afin qu'il ne soit pas pénalisant pour le demandeur, tout en tenant compte de ce qu'il est imposé par un époux à l'autre.

Le divorce pour faute

- Conserver le divorce pour faute, en supprimant les avantages financiers liés à la notion de « torts exclusifs ».
- Donner au juge les moyens de protéger l'époux(se) et les enfants contre la violence de l'autre conjoint, le cas échéant en interdisant à ce dernier de paraître au domicile commun, même en dehors de toute procédure de divorce.
- Réaffirmer le droit pour un époux de quitter le domicile commun en cas de violence conjugale sans attendre la requête en divorce.

Les effets patrimoniaux du divorce

- Clarifier les relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce : mettre fin à la solidarité ménagère ; préciser les conditions financières de l'occupation du logement commun ; fixer à la date de l'ordonnance de non-conciliation la date des effets pécuniaires du divorce entre les époux.
- Réputer éteinte toute créance entre époux non-réclamée au moment du divorce.
- Enfermer la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux dans le délai d'un an après le divorce, pouvant être porté à trois ans par décision du juge aux affaires familiales.
- Procéder à une étude complète des incidences des règles fiscales actuelles, et les repenser dans un esprit de souplesse et d'équité envers les époux divorçants.

La prestation compensatoire

- Imposer à la prestation compensatoire la forme d'un capital, sauf décision spécialement motivée lorsque le créancier n'a aucune source de revenus.

- Intégrer le versement de la prestation compensatoire à la liquidation du régime matrimonial.
- Permettre la révision à la baisse des prestations compensatoires sous forme de rente viagère en cas de modification notable de la situation respective des parties.
- Déduire de plein droit le montant de la pension de réversion de la rente de prestation compensatoire au décès du débiteur. Prélever le solde sur les biens de la succession.
- Exiger des époux des propositions concrètes au regard du partage des biens et de la prestation compensatoire dès l'introduction de l'instance.

La protection patrimoniale du conjoint

Les droits du conjoint survivant

- Reconnaître au conjoint des droits en propriété dans la succession en concours avec les père et mère du défunt, et avant ses frères et sœurs.
- Reconnaître au conjoint survivant un usufruit portant sur la totalité des biens successoraux.
- Ouvrir à tous les descendants du défunt la faculté d'exiger leur part de réserve en pleine propriété, sous condition de faire abandon au profit du conjoint de leurs droits dans la quotité disponible.
- CONSACRER LE DROIT DU CONJOINT SURVIVANT AU MAINTIEN DE SON LOGEMENT.
- AFFIRMER QUE LE DEVOIR DE SECOURS ENTRE EPOUX SURVIT A LA CHARGE DE LA SUCCESSION AU PROFIT DU CONJOINT QUI SE TROUVE DANS LE BESOIN A LA SUITE DU DECES.

LES DONATIONS ENTRE EPOUX

- Déclarer irrévocables les donations de biens présents entre époux, même dans le cadre du divorce.
- Valider la pratique des donations de biens à venir entre époux.
- Décider que seront révoquées de plein droit par le divorce toutes les dispositions à cause de mort entre époux.
- Soumettre au droit commun les donations déguisées entre époux.
- Abroger les présomptions d'interposition de personnes.

Le changement de régime matrimonial

- SUPPRIMER LE CONTROLE JUDICIAIRE SUR LE CHANGEMENT DE REGIME MATRIMONIAL.

L'obligation alimentaire

- Créer un titre IX bis dans le Livre I du Code civil, consacré aux " obligations nées de la parenté et de l'alliance ", reprenant l'ensemble des dispositions relatives aux obligations alimentaires et à l'obligation parentale d'entretien.

- Encourager la fixation amiable du montant de l'obligation parentale d'entretien dans le cadre d'une convention judiciairement homologuée ou en dehors de toute procédure judiciaire.

- Mettre en place un groupe de travail chargé de réfléchir à l'élaboration de barèmes indicatifs pour le calcul du montant de l'obligation parentale d'entretien.

La procédure devant le juge aux affaires familiales

- Unifier et simplifier les procédures devant le juge aux affaires familiales.
- Concilier efficacité et équité dans les procédures d'urgence.
- Organiser la participation personnelle des parties au débat judiciaire.

Le respect des obligations familiales

- **Développer la médiation familiale avant toute saisine du juge. Exploiter toutes les ressources des sanctions civiles, en particulier pécuniaires.**
- **Permettre au juge aux affaires familiales d'ordonner une mesure d'investigation et d'orientation éducative lorsque la situation familiale est susceptible de mettre en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant.**
- Imposer une rencontre entre les parents en présence d'un médiateur lorsqu'un conflit aigu et récurrent ne peut être résolu autrement.
- Utiliser pleinement les sanctions alternatives à l'emprisonnement en matière de délits familiaux.
- Maintenir l'incrimination d'abandon pécuniaire de famille et son caractère de délit intentionnel.
- **Incriminer le fait pour un parent, de transférer son domicile en emmenant un enfant résidant avec lui sans en avoir au préalable averti l'autre parent exerçant conjointement l'autorité parentale.**

Composition du Groupe de Travail

Madame Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Présidente
Professeur à l'Université Lille II

Madame Jacqueline BEAUX-LAMOTTE
Avocate au Barreau de Paris

Madame Martine de BOISDEFFRE
Conseiller d'Etat

Madame le Batonnier Marie-Elisabeth BRETON (en remplacement de Monsieur Jean DENIS, empêché) Membre du Bureau de la Conférence Nationale des Batonniers

Monsieur le Directeur des Affaires Civiles et du Sceau, **Francis CAVARROC**

Monsieur Michel CLARIS
Notaire

Madame Yvonne FLOUR
Professeur à l'Université de Paris I

Monsieur Hugues FULCHIRON
Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon III

Madame Marie-Christine GEORGE
Vice-Présidente du Tribunal de Grande Instance de Créteil

Monsieur Patrick GUYOMARD
Psychoanalyste, Maître de conférence à l'Université Paris VIII

Monsieur Pierre MURAT
Professeur à l'Université Grenoble II

Monsieur Pierre-Louis REMY
Délégué interministériel à la Famille

Rapporteur : Madame Nicole BILGER, Auditeur au service de documentation et d'études de la Cour de Cassation,

Rapporteur adjoint : Madame Marianne SCHULZ , juriste

Liste des personnalités ou organismes auditionnés par le groupe de travail droit de la famille

M Elie ALFANDARI, professeur à l'université de Paris-Dauphine

M Alain BENABENT, professeur à l'université de Paris X

Mme Josiane BIGOT, présidente du tribunal pour enfants de Strasbourg

M Le Recteur BOUBEKEUR, recteur de la Mosquée de Paris

M Jean-Paul BRET, député

M Alain BRUEL, président du tribunal pour enfants de Paris

M Pierre CATALA, professeur émérite à l'université de Paris II

M Gérard CHAMPENOIS, professeur à l'université de Paris II

Mme Mondane COLCOMBET, président de chambre à la cour d'appel de Paris

M Jacques COMMAILLE, directeur de recherches au CNRS

Mme Sylvaine COURCELLE, vice-présidente du TGI de Paris

Mme Geneviève DELAISI de PARSEVAL, psychanalyste

M FERRARI, consultant à la direction des affaires juridiques, Ministère de l'éducation Nationale

M Thierry FOSSIER, vice président du TGI de Grenoble

Mme Geneviève FRAISSE, déléguée interministérielle aux droits des femmes

M René FRYDMAN, gynécologue-obstétricien, chef du service de gynécologie-obstétrique, Hôpital Beclère

Mme Dominique GILLOT, députée

Mme Frédérique GRANET, professeur à l'université Robert Schuman, Strasbourg

Mme Brigitte GRESY, Chef du service des droits des femmes, Ministère de la Solidarité

M Michel GRIMALDI, professeur à l'université de Paris II

M Hervé HAMON, président du tribunal pour enfants de Créteil

Mme Claire HOCQUET, avocate à la cour d'appel de Paris

M Jean HAUSER, professeur à l'université de Bordeaux IV

Mme Françoise HERITIER, professeur honoraire au Collège de France

M Pierre JOUANNET, président de la fédération française des CECOS, chef du service de biologie de la reproduction, hôpital Cochin

Mme Catherine LABRUSSE-RIOU, professeur à l'université de Paris I

M le Rabbin KORSIA, directeur de cabinet du Grand Rabbin de France

Mme Muriel LAROQUE, avocate à la cour d'appel de Paris

Mme Marie-Christine Le BOURSICOT, conseillère à la cour d'appel de Versailles

Mme Nadine LEFAUCHEUR, chargée de recherches au CNRS

M Yves LEMOINE, membre de la commission histoire du Collège de France

M Henri LERIDON, directeur de recherches à l'INED

M Laurent LEVENEUR, professeur à l'université de Paris II

M Philippe MALAURIE, professeur émérite à l'université de Paris II

M Jacques MASSIP, conseiller honoraire à la cour de cassation

Mme Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, professeur émérite à l'université catholique de Louvain

Pasteurs MEYKUCHEL et KRIEGER, Fédération protestante

Mme Françoise MONEGER, professeur à l'université d'Orléans

M Norbert ROULAND, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

M Jean-Pierre ROZENCVEIG, président du tribunal pour enfants de Bobigny

Mme Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, professeur à l'université de Lyon

Mme Evelyne SERVERIN, directeur de recherches au CNRS

Mme Dominique SIMON-PEYRANO, Conseillère technique auprès de Mme PERY, Secrétaire d'Etat aux droits des Femmes et à la formation professionnelle

M François de SINGLY, professeur à la Sorbonne

Mme Marie-Noelle TEILLER, chef du bureau de la procédure, direction des Affaires civiles

Mme Irène THERY, directrice d'études à l'EHESS

M Laurent TOULEMON, chef de la division enquêtes et études démographiques, INSEE

M Bernard TOULEMONDE, Directeur de la direction de l'enseignement scolaire et des programmes, ministère de l'Education Nationale

M Pierre VERDIER, membre du conseil supérieur de l'adoption

Mgr VINGT-TROIS, président de la Commission épiscopale de la Famille

Organismes professionnels

Association Professionnelle des Magistrats

MM. Dominique-Henri MATAGRIN, Raymond LEVY, Mme Hélène JOURDIER

Chambre nationale des avoués

Me Bertrand LISSARRAGUE

Chambre Nationale des Généalogistes
M.M. Benoît PEROTIN, Jean-Marie ANDRIVEAU

Chambre Nationale des Huissiers de Justice
Me Bernard MENUT

Congrès des Notaires 1999
Mes Xavier GINON, Jacques COMBRET

Conseil National des Barreaux
Mes Jean-Luc Rivoire, Franceline LEPANY, Michel BRUNET

Fédération nationale des Union des Jeunes Avocats
Mes Jérôme CAYOL, Florence LAGUZZI

Mouvement Jeune Notariat
Mes Annie ROLLET, Frédéric AUMONT, Thierry BRAND, Valérie DANTON-
FERRANT, Valérie DROUART, Jean-Louis LAURENT, Serge POMMIER, Yvon
ROSE

Syndicat des Avocats de France
Mes Régine BARTHELEMY, Laurence GILLET, Sylvain MAGNY

Syndicat de la Magistrature
M Pierre GOUZENNE, Mme Dominique BARTHE

Syndicat National des Notaires
Mes Claudine RIGAULT, Michel CORRE, René ROUET

Union Syndicale de la Magistrature
MM. Jean-François KRIEGK, Marc MULET, Mme Christiane BERKANI

Associations

UNAF (Union Nationale des Associations Familiales)
M.M. Hubert BRIN, Paul YONNET, Mmes Chantal LEBATARD, Monique SASSIER

AFC (Associations Familiales Catholiques)
M Jean-François CHAUMONT, Mme Christiane MOYRET, M François
BREGOU

APPF (Association pour la Promotion de la Famille)
Mmes Marguerite DELVOLVE, Christine BRUNEAU, Guilaine HUREAUX

Association pour la promotion de la médiation familiale

Mmes Annie BABU, Danièle GANANCIA, Brigitte GARY, M Stéphane DITCHEV

ARPEC (Association pour la Révision de la Prestation Compensatoire)

M Jean MILLION-RANQUIN, Mme BRAMONTE

APGL (Association des Parents Gais et Lesbiens)

Mme Martine GROSS, M Eric DUBREUIL

Collectif National pour les Droits des Femmes

Mmes Francine COMTE, Maya SURDUTS

Collectif paternité (L'enfant et son droit)

M Bertrand GIRAUD, Mmes Rollande SERYLO, Katia TACONNET, MM Jean-Marc MATHEUX , Gérard BAU

DPEAO (droit des pupilles de l'Etat et des adoptés à leur origine)

M Claude SAGEOT, Mme Laetitia BURON, M Jean-Claude DELASSUS, M Claude ROUSVOAL

Droit de parole pour des citoyens différents « les pupilles de l'Etat »

Mmes Georgina SOUTY-BAUM, Bernadette HEUMEZ, Me GRENIER

Divorce et médiation

M Paul GUIHARD, Mmes Françoise GUIHARD, Anne DUPUY, M.M. Jean-Philippe BOUVET, Elie GUILLOT

EFA (Enfance et Famille d'Adoption)

Mmes Danielle HOUSSET, Sylvie GIRARD

La Famille Adoptive Française

Mme Simone CHALON

Familles rurales

Mmes Claudine REMY, Catherine DECAUX, M Gilles MORTIER

FAVEC (Fédération des Associations de Veuves Civiles Chefs de Famille)

Mmes Nicole HERVE, Geneviève LEBOUCHER

Liaison Justice

M. Dominique BIENFAIT

Mouvement de la condition paternelle

MM. Stéphane DITCHEV, John BOURNE, François BEAUJEU, Laurent GONDROY

SOS Papa

M Michel THIZON, Mme LEURION, Mes SAINT-ARROMAN-PETROFF, CUNY

Syndicat National des Familles Monoparentales

Me Brigitte BLAYON

UFAL (Union des Familles Laïques)

M.M. Bernard TEPER, Alain GODIN, Thierry PAVEN