

# THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université  
le 18 décembre 2023 par

## Tossi FASSASSI

### Le contenu du contrat en droit de la famille : Analyse fonctionnelle

**Discipline**

Droit

**Spécialité**

Droit privé

**École doctorale**

ED 67 Sciences Juridiques et Politiques

**Laboratoire**

Laboratoire de droit privé et de sciences  
criminelles (UR n° 4690)



**Composition du jury**

Anne-Marie LEROYER	Présidente du jury
Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)	
Dominique FENOUILLET	Rapporteur
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris I)	
Jérémy HOUSSIER	Rapporteur
Professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne	
Nicolas BALAT	Examineur
Professeur à l'université d'Aix-Marseille	
Fabienne JAULT-SESEKE	Examinatrice
Professeur à l'université Paris Saclay (UVSQ)	
Vincent ÉGÉA	Directeur de thèse
Professeur à l'université d'Aix-Marseille	
Anne LEBORGNE	Co-directrice de thèse
Professeur à l'université d'Aix-Marseille	

# Affidavit

Je soussigné, Tossi FASSASSI, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de Madame le Professeur Anne LEBORGNE et de Monsieur le Professeur Vincent ÉGÉA, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisés dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix-en-Provence, le 15 octobre 2023



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la [Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

# Liste de publications et participation aux conférences

## 1) Liste des publications<sup>b</sup> réalisées dans le cadre du projet de thèse :

1. *Rémunération du notaire commis au titre de l'article 255, 10°, du code civil et influence de l'accord en divorce sur sa mission*, ss. Civ. 2e, 21 sept. 2023, n° 21-25.456, D. 2023, p. 2302 s.
2. *La garantie d'éviction à l'épreuve du contentieux du transfert de l'autorisation administrative d'exploiter un EHPAD*, ss. Civ. 3e, 28 sept. 2023, n° 22-15.236, Gaz. Pal. 2023, n° 39, p. 26 s.
3. Commentaire de la loi n° 2024-120 du 19 février 2024, (À paraître, Gaz. Pal).
- 4.
- 5.
- ...

## 2) Participation aux conférences<sup>c</sup> et écoles d'été au cours de la période de thèse :

- 1.
- 2.
- 3.
- ...

---

<sup>b</sup> Cette liste comprend les articles publiés, les articles soumis à publication et les articles en préparation ainsi que les livres, chapitres de livre et/ou toutes formes de valorisation des résultats des travaux propres à la discipline du projet de thèse. La référence aux publications doit suivre les règles standards de bibliographie et doit être conforme à la charte des publications d'AMU.

<sup>c</sup> Le terme « conférence » est générique. Il désigne à la fois « conférence », « congrès », « workshop », « colloques », « rencontres nationales et/ou internationales » ... etc.

Indiquer si vous avez fait une présentation orale ou sous forme de poster.

# Résumé

Si les principes du phénomène de contractualisation de la famille et de son droit sont désormais bien établis, la question de ses conséquences techniques et des débats qu'elles engendrent reste ouverte. L'enjeu principal de cette thèse est donc d'apporter un éclairage sur l'existence d'une norme contractuelle qui trouverait son origine dans des contrats de la famille et d'en révéler la spécificité. Ces questions sont au cœur de l'étude du contenu du contrat en droit de la famille.

La définition de la notion de contenu du contrat a laissé paraître deux acceptions. Strictement compris, le contenu du contrat renvoie à l'ensemble des stipulations qui composent l'acte. Largement entendu, le contenu du contrat renvoie à la finalité de l'acte, à l'opération juridique réalisée par le contrat dans un domaine donné. À partir de ces données, la thèse élabore une étude synthétique du contrat dans le droit de la famille.

Appliquée à l'étude du contenu du contrat, l'analyse fonctionnelle révèle le double rôle du contrat dans le droit de la famille : par ses stipulations le contrat concourt à l'organisation de la relation familiale ; par son opération juridique, il contribue à la structuration du lien familial.

L'organisation contractuelle de la relation familiale se caractérise par la pluralité de ses modalités et du contenu contractuel que ce soit à travers l'organisation de la vie familiale (la définition des incidences personnelles et patrimoniales du lien familial) ou l'organisation de ses conséquences procédurales (l'aménagement anticipé des modalités de la résolution de la crise familiale).

La structuration contractuelle en droit de la famille désigne l'aptitude du contrat à faire ou à défaire une structure familiale. La modification de l'état civil des personnes concernées par l'acte constitue la réalisation technique du contrat. Cette opération juridique contractuelle se déploie dans l'ensemble des relations familiales, aussi bien horizontales que verticales.

L'étude constitue en définitive une exploration du renouveau contemporain d'une source historique du droit de la famille, le contrat.

Mots clefs : droit de la famille, droit patrimonial, contractualisation, contenu du contrat, analyse fonctionnelle, structure familiale, relation familiale, analyse fonctionnelle, fonctions du contrat.

# Abstract

Although the principles of the phenomenon of the contractualisation of the family and its law are well established, this thesis aims to explore the technical consequences and debates that arise from it. Specifically, it seeks to shed light on the existence of a contractual norm that originates in family contracts and to reveal its specific nature. This is crucial to the study of contractual content in family law.

The concept of the content of the contract has two meanings. Strictly speaking, it refers to all the stipulations that make up the contract. Broadly speaking, it refers to the purpose of the act and the legal operation carried out by the contract in a given field. This thesis presents a synthetic study of contracts in family law.

Functional analysis reveals the dual role of contracts in family law: they help to organize the family relationship through their stipulations, and they contribute to the structuring of the family bond through their legal operation.

The family relationship is characterised by a plurality of contractual modalities and content. These modalities include the management of family life, which involves defining the personal and property implications of the family relationship, as well as the management of procedural consequences, such as organising the modalities for resolving and anticipating family crises.

Contractual structuring in family law refers to the ability of a contract to affect a family structure. The change in civil status of the individuals involved is the technical realization of the contract. This legal operation is used in all family relationships, both horizontal and vertical.

This study explores the contemporary revival of a historical source of family law: the contract.

Keywords : family law, family patrimonial law, contractualisation, contract content, functional analysis, family structure. family relationships, functional analysis, contract functions.



UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
LABORATOIRE DE DROIT PRIVÉ ET DE SCIENCES CRIMINELLES



Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 18 décembre 2023

## LE CONTENU DU CONTRAT EN DROIT DE LA FAMILLE : ANALYSE FONCTIONNELLE

**TOSSI FASSASSI**

Sous la direction de :

**MONSIEUR VINCENT ÉGÉA**  
Professeur à l'université d'Aix-Marseille

**MADAME ANNE LEBORGNE**  
Professeur émérite à l'université d'Aix-Marseille

Membres du jury : **MONSIEUR NICOLAS BALAT**  
Professeur à l'université d'Aix-Marseille  
**MADAME DOMINIQUE FENOUILLET** (*Rapporteur*)  
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)  
**MONSIEUR JÉRÉMY HOUSSIER** (*Rapporteur*)  
Professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne  
**MADAME FABIENNE JAULT-SESEKE**  
Professeur à l'université Paris Saclay (UVSQ)  
**MADAME ANNE-MARIE LEROYER** (*Présidente*)  
Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)







**Le contenu du contrat en droit de la famille :  
Analyse fonctionnelle**

**TOSSI FASSASSI**



*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



## **REMERCIEMENTS**

À mes directeurs, Madame le Professeur Anne Leborgne et Monsieur le Professeur Vincent Égéa. Au seuil de cet ouvrage, qu'il soit permis de leur exprimer ma respectueuse et profonde gratitude pour les conseils qu'ils m'ont prodigués et la bienveillance qu'ils m'ont toujours témoignée ;

À mes amis et, particulièrement, à Florian ;

À ma mère, mon frère et ma famille.



## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>adde</i>	: ajouter
aff.	: affaire
<i>AJ contrat</i>	: Actualité juridique contrat
<i>AJ fam.</i>	: Actualité juridique famille
<i>AJDI</i>	: Actualité juridique droit immobilier
al.	: alinéa
anc.	: ancien
<i>Arch. phil. dr.</i>	: Archives de philosophie du droit
art.	: article
art. préc.	: article précité
Ass. plén.	: Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJS	: Bulletin Joly Sociétés
Bull.	: Bulletin des arrêts des chambres de la Cour de cassation
C. civ.	: Code civil
C. com.	: Code de commerce
C. pr. civ.	: Code de procédure civile
C. rur.	: Code rural et de la pêche maritime
c/	: contre
<i>Cah. arb.</i>	: Cahiers de l'arbitrage
Cass.	: Cour de cassation
CCC	: Contrats, concurrence, consommation
CE	: Conseil d'État
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme
CIDE	: Convention Internationale des Droits de l'Enfant
Ch. mixte	: Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun.	: chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	: chronique
Cir.	: circulaire
Civ. (1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup> , 3 <sup>e</sup> )	: Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne
coll.	: collection
Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	: commentaire
comp.	: comparer
Cons. const.	: Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	: en sens contraire
Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	: Recueil Dalloz
DC	: Décision du Conseil constitutionnel
<i>Defrénois</i>	: Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	: Dalloz hebdomadaire
dir.	: sous la direction
doctr.	: doctrine
<i>DP</i>	: Dalloz périodique
<i>Dr. &amp; patr.</i>	: Revue Droit & patrimoine

<i>Dr. fam.</i>	: Revue droit de la famille
<i>Dr. rur.</i>	: Revue de droit rural
éd.	: édition
<i>et al.</i>	: <i>et alii</i> (et autres)
ex.	: exemple
fasc.	: fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	: La gazette du Palais
<i>ibid.</i>	: <i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	: <i>idem</i> (de même)
<i>in</i>	: dans
<i>infra</i>	: Ci-dessous
<i>JCl.</i>	: JurisClasseur
<i>JCP E</i>	: La semaine juridique, édition entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	: La semaine juridique édition générale
<i>JCP N</i>	: La semaine juridique, édition notariale
<i>JDI</i>	: Journal du droit international (Clunet)
JO (RF)	: Journal officiel (de la République française)
<i>Journ. not.</i>	: Journal des notaires et des avocats
L.	: Loi
<i>loc. cit.</i>	: <i>loco citato</i> (à l'endroit précédemment cité)
<i>LPA</i>	: Les petites affiches
n°	: numéro
not.	: notamment
obs.	: observations
<i>op. cit.</i>	: <i>opus citatum</i> (ouvrage cité)
p.	: page
préc.	: précité
préf.	: préface
rapp.	: rapport
<i>RDC</i>	: Revue des contrats
<i>Rép. civ.</i>	: Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	: Répertoire commercial Dalloz
<i>Rép. pr. civ.</i>	: Répertoire de procédure civile Dalloz
Req.	: Chambre des Requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. arb.</i>	: Revue de l'arbitrage
<i>Rev. crit. DIP</i>	: Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. social</i>	: Revue de droit social
<i>Rev. sociétés</i>	: Revue des sociétés
<i>RJPF</i>	: Revue juridique Personne et famille
<i>RLDC</i>	: Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	: Revue de la recherche juridique (Droit prospectif)
<i>RTD civ.</i>	: Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	: Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	: Revue trimestrielle de droit européen
S.	: Recueil Sirey
s.	: et suivants
Soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	: spécialement
<i>supra</i>	: Ci-dessus
t.	: tome
TFUE	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI : Tribunal de grande instance  
th. : thèse  
TI : Tribunal d'instance  
TJ : Tribunal judiciaire  
v. : voir  
v<sup>o</sup> : *verbo* (mot)  
vol. : volume



### INDICATION BIBLIOGRAPHIQUE

Après une première citation intégrale, les manuels et les thèses de doctorat, référencés dans la bibliographie, ne seront cités que par le nom de l'auteur suivi de la mention « *op. cit.* » ou « th. préc ».



## SOMMAIRE<sup>1</sup>

### PREMIÈRE PARTIE – L'ORGANISATION DE LA RELATION FAMILIALE

#### TITRE PREMIER – L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DE LA VIE FAMILIALE

*Chapitre premier – L'extension de l'aménagement conventionnel du comportement familial*

*Chapitre second – La perspective d'un aménagement conventionnel de la sanction du comportement familial*

#### TITRE SECOND – L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DE LA CRISE FAMILIALE

*Chapitre premier – L'avènement de l'aménagement conventionnel du droit à agir*

*Chapitre second – La promotion de l'aménagement conventionnel de la compétence juridictionnelle*

### SECONDE PARTIE – LA STRUCTURATION DU LIEN FAMILIAL

#### TITRE PREMIER – LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DU COUPLE

*Chapitre premier – Le renouveau de la structuration contractuelle du lien conjugal*

*Chapitre second – La consécration de l'extinction contractuelle du lien matrimonial*

#### TITRE SECOND – LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DE LA PARENTÉ

*Chapitre premier – La promotion d'une structuration contractuelle de la parenté*

*Chapitre second – Les implications d'une structuration contractuelle de la parenté*

---

<sup>1</sup> Une table des matières détaillée figure en fin d'ouvrage.



## INTRODUCTION

### PRÉLUDE

1. — « Tout ce qui vit se plaît à changer »<sup>2</sup> ! Pour Wotan, maître des dieux de la tétralogie wagnérienne, le changement était un *jeu* auquel il ne pouvait se soustraire, la condition du vivant. Sans doute ne pouvait-il prévoir l'issue funeste à laquelle le conduirait un tel « jeu » : de sa propre conduite – un *changement de parole* – viendra la cause de son crépuscule. C'est ainsi que, dans sa tétralogie, Wagner magnifiait le pessimisme qui, souvent, accompagne l'idée même du changement dans nos sociétés occidentales. Cette défiance est d'autant plus forte lorsque le changement est le signe d'une transformation profonde de l'époque, d'une nouvelle modernité ou d'une postmodernité<sup>3</sup>, voire d'une hypermodernité<sup>4</sup>. Au point d'aboutir à l'opposition systématique, presque caricaturale, du moderne et de l'anti-moderne<sup>5</sup>. D'un côté, le changement est perçu comme un signe du progrès ; de l'autre, il est redouté comme facteur de désordre<sup>6</sup>. À un degré de généralité élémentaire, le droit n'échappe pas à cette opposition du moderne et de l'antimoderne lorsque le changement<sup>7</sup> se fait nécessaire<sup>8</sup>. Cela n'étonnera guère, « le droit n'existant que par la société », écrivait Carbonnier<sup>9</sup>. D'où, la question du rôle du droit face au changement social<sup>10</sup>, elle-même, à l'origine de la controverse célèbre de l'adaptation du droit au fait<sup>11</sup>, laquelle sous-tend une

---

<sup>2</sup> WAGNER (R.), *L'or du Rhin*, scène II, trad. A. ERNST, Librairie théâtrale, 1966.

<sup>3</sup> Sur les transformations du droit à l'ère de la postmodernité v. CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, 4<sup>e</sup> éd., 2014, LGDJ, spéc., p. 99 s.

<sup>4</sup> V. LIPOVETSKY (G.), « Temps contre temps ou la société hypermoderne », in *Les Temps hypermodernes*, LIPOVETSKY (G.) avec CHARLES (S.), Grasset, Biblio essais, 2004, p. 49 s., qui théorise le passage d'un monde postmoderne à un monde hypermoderne marqué par l'incertitude du futur, la désaffection des idéaux et des fins, et l'obligation constante d'évoluer.

<sup>5</sup> Sur la question anti-moderne v. par ex. COMPAGNON (A.), *Les antimodernes ; de Joseph Maistre à Roland Barthes*, Folio essais, 2016 ; HUET-BRICHARD (M.-Ch.) METER (H.), *La polémique contre la modernité. Antimodernes et réactionnaires*, Classiques Garnier, 2011.

<sup>6</sup> À titre d'illustration, on peut citer les vives discussions engendrées par l'avènement de la technique et son influence sur le devenir de l'humanité. Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, déjà, Bernanos dénonçait le changement de société qui s'annonçait. Il notait, ainsi, que « le désordre actuel ne saurait nullement se comparer, par exemple, à celui qui dévasta le monde après la chute de l'Empire romain. Nous n'assistons pas à la fin d'une grande civilisation humaine, mais à la naissance d'une civilisation inhumaine qui ne saurait s'établir que grâce à un vaste, à une immense, à une universelle stérilisation des hautes valeurs de la vie », BERNANOS (G.), *La France contre les robots*, Éditions Robert Laffont, 1947, p. 174. En réponse, Emmanuel Mounier lui apporta une forte contradiction en dénonçant le catastrophisme ambiant d'alors dans son ouvrage *La petite Peur du XXe siècle*, 1948, préf. P. RICŒUR, R&N Éditions, 2020.

<sup>7</sup> Au sens de changement social.

<sup>8</sup> Sur les rapports du temps du droit et du « temps social » (au sens de l'état des choses dans une société donnée) en ce qui concerne la régulation juridique des sociétés, v. COMMAILLE (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio essais, 2015, p. 239 s., ainsi que les références citées. Le droit ne fait d'ailleurs pas que subir les changements, mais peut également les provoquer par l'action volontaire de l'État qui se sert alors du droit comme instrument d'influence et de guidage : v. en ce sens MORAND (Ch.-A.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991.

<sup>9</sup> CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, 1978, PUF, coll. Quadrige manuels, 2016, p. 13.

<sup>10</sup> Pour un point de vue de théorie du droit v. KERCHOVE (M. VAN DE), OST (FR.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 168 s.

<sup>11</sup> V. ATIAS (Ch.), LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p 251, qui conteste le dogme de l'adaptation du droit au fait.

opposition entre le juriste et le sociologue<sup>12</sup>. Du point de vue particulier du droit de la famille, l'adaptation du droit au fait apparaît comme un impératif. De la conquête de l'égalité entre les époux au milieu du siècle dernier, à la question, plus récente, de l'accès à la procréation, en passant par les débats relatifs à l'égalité des filiations ou à la libéralisation du mariage et du divorce, c'est l'ensemble du droit de la famille qui vit sous la passion de la réforme législative<sup>13</sup>. Après tout, la famille n'est-elle pas « liée à la vie »<sup>14</sup>? Ce faisant, le droit familial ne pouvait échapper à l'aphorisme wagnérien et, partant, au jeu de la dispute *pro* et *contra* à propos des changements affectant son objet. Le législateur familial, à l'image du maître des dieux, se trouve contraint par l'exigence du changement. Une telle nécessité est caractéristique du contexte contemporain du droit de la famille. Ainsi, la lettre de mission du groupe de travail présidé par Madame Dekeuwer-Defossez l'exhortait à « “tenir compte juridiquement de l'évolution des faits” pour éviter que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit »<sup>15</sup>. En somme, il faut que tout change si l'on désire éviter que n'advienne, en matière familiale, une « société de défiance »<sup>16</sup>. C'est dans ce contexte de mutation profonde de la régulation du fait familial que s'insère la réflexion à mener.

## LE CONTEXTE

2. — Nul n'ignore les métamorphoses de la famille. Intuitivement, chacun, le juriste, mais aussi « l'homme de la rue », se fait une idée et une opinion de l'évolution de la famille et de son droit. Le droit de la famille est de ces matières du Droit qui ne profite que peu de l'anonymat protecteur que procure l'ombre des facultés de droit. C'est donc un fait notoire que la famille et son droit sont précipités dans une ère de révolutions<sup>17</sup>. Aussi cette mise en contexte se fera-t-elle à grands traits, mais néanmoins suffisante à permettre au lecteur de saisir l'environnement de l'étude.

<sup>12</sup> V. RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., 1955, réimp., LGDJ, 1994, n° 1 s., qui défend le statisme et la neutralité du droit face au changement social : le droit s'oppose à la sociologie et à l'économie politique en ce que ces dernières sciences « disent ce que sont les mœurs et quelles sont les besoins d'un peuple. Le droit décide quelles sont les règles, et comment il convient de les faire respecter. Les règles nécessaires à la vie en société ne naissent pas spontanément et ne doivent pas changer continuellement » (spéc., n° 10, p. 30). Ripert prône la stabilité de la loi à travers la « révolte de la loi contre les faits, ou mieux [la] résistance de la loi à l'évolution des mœurs » (spéc. n° 16, p. 47 s.)

<sup>13</sup> V. CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, Champs, essais, 1996, p. 195 s. ; adde DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., 2018, Ellipses, n° 74 s. ; CASTALDO (A.), MAUSEN (Y.), *Introduction historique au droit*, 5<sup>e</sup> éd., 2019, Dalloz, n° 2057 s.

<sup>14</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., 2020, LGDJ, n° 1.

<sup>15</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), dir., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, 1999.

<sup>16</sup> ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Éditions du Seuil, Points essais, 2014 ; adde TRIBOLO (J.), dir., *Défiance, doute, incertitude : Quelle place pour la notion de confiance dans les sociétés modernes*, L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2019.

<sup>17</sup> Pour une présentation complète, v. not. LEROYER (A.-M.), *Droit de la famille*, PUF, 2022, n° 278 s. ; ÉGÉA (V.), *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., 2022, LexisNexis, n° 35 s.

Le droit de la famille est l'objet d'une conquête individualiste. De fait, la « référence à l'individualisme constitue aujourd'hui un passage obligé de toute analyse juridique contemporaine qui se voudrait un tant soit peu approfondie [...], dès lors que sont appréhendées, à quelque titre que ce soit, les relations sociales ou interpersonnelles »<sup>18</sup>. Sous le besoin impérieux d'adaptation « aux réalités et aux aspirations de notre temps »<sup>19</sup>, le droit de la famille s'inscrit, depuis plus d'un demi-siècle, dans une profonde mutation<sup>20</sup>, d'aucuns diront dans un « voyage sans destination »<sup>21</sup>. Cette mutation permanente du droit de la famille trouve sa source dans l'instabilité du concept même de famille<sup>22</sup>. Historiquement, la famille en tant que prolongement de l'État et de son contrôle sur l'individu se devait d'être imperméable aux caprices de ce dernier ; la famille était une institution aux objectifs juridiquement définis, plus qu'un outil de satisfaction des besoins personnels des individus. En ce sens, le droit de la famille, considéré comme la fondation de la société, était une « citadelle d'ordre public »<sup>23</sup>, entendu dans le sens d'un ordre public de direction prohibitif. L'expansion des droits fondamentaux attachés à l'expression de plus en plus affirmée de chaque individualité a toutefois conduit à un renversement des rapports de pouvoirs entre l'individu et la société. Ainsi que l'a démontré Norbert Elias, la famille est un des foyers sociaux ayant connu une transformation de l'équilibre *nous-je*<sup>24</sup>. La seconde identité domine dorénavant la première. La diversité des faits familiaux, que favorise la poussée individualiste, est le signe de l'instabilité renouvelée de la notion de famille. D'une certaine manière, l'instabilité des relations interpersonnelles inscrites dans une ère d' « hyperindividualisme »<sup>25</sup> se communique au droit censé

<sup>18</sup> FULLI-LEMAIRE (S.), *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2022, n° 47.

<sup>19</sup> DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), dir., *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, préc.

<sup>20</sup> V. *Archives de philosophie du droit*, Tome 57, *La famille en mutation*, Dalloz, 2014 ; MEULDERS-KLEIN (M.-Th.), *La personne, la famille et le droit. 1969-1998 : Trois décennies de mutation en occident*, préf. G. CORNU, Bruylant – LGDJ, 1999 ; GOGOS-GINTRAND (A.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), dir., *2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, 2021 ; 113<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *Famille-Solidarités-Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille, 2017 ; ALBIGES (Ch.), PIGNARRE (L.-Fr.), dir., *Intérêts de l'enfant et mutations du droit de la famille*, Actes de colloques, Faculté de Droit et de science politique de Montpellier, 2019 ; PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-PH.) ET SIFFREIN-BLANC (C.), *Le Droit patrimonial. Miroir des mutations familiales*, PUAM, 2012 ; *Id.*, *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre I et II, PUAM, 2013 ; FLOUR (Y.), « Le droit de la famille au début du XXI<sup>e</sup> siècle : évolution et perspective », in *La famille un atout pour la société*, ACADEMIE D'ÉDUCATION ET D'ÉTUDES SOCIALES, éd. François-Xavier de Guibert, 2013. Pour une présentation transdisciplinaire, principalement sociologique, historique et démographique, des évolutions de la famille v. SINGLY (Fr. DE), dir., *La famille, l'état des savoirs*, La Découverte, 1991.

<sup>21</sup> MUIR WATT (H.), « Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II : Internationalisation et évolution du droit de la famille ». *Rev. crit. DIP* 1997, p. 884.

<sup>22</sup> V. ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., 2022, PUF, p. 146 s.

<sup>23</sup> ÉGÉA (V.), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010, n°2, p. 2.

<sup>24</sup> ELIAS (N.), *La Société des individus*, trad. J. ÉTORÉ, av. pr. R. CHARTIER, Fayard, 1991, Pocket, coll. Agora, p. 205 s.

<sup>25</sup> L' « hyperindividualisme », ou l' « hyperindividualité » est souvent représenté par la figure du « Narcisse » moderne (v. not. LASCH (Ch.), *La culture du narcissisme*, 1979, av.-pr. J.-C. MICHÉA, rééd. Flammarion, Champs, essais, 2018 ; LIPOVETSKY (G.), *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, Folio essais, 1993). Il s'agit d'un individualisme « pur (...) débarrassé des ultimes valeurs sociales et morales qui coexistaient encore avec le règne glorieux

les encadrer. Aussi ne justifie-t-on plus l'absence de définition juridique de la notion de famille par la vision individualiste des rapports humains au fondement du Code civil de 1804, mais par « la diversité des groupements familiaux, de leurs dimensions, de leurs composantes et de leurs fonctions »<sup>26</sup>. Du point de vue du droit, cette instabilité de la famille génère une crise de sa régulation ou encore, dans le sillage de Jacques Commaille, une crise de la régulation politique de la famille. C'est-à-dire, la « difficulté de concilier, de gérer la tension entre la poursuite du “Bien commun”, l'existence d'un lien social et d'un lien civique avec l'avènement de la (...) souveraineté de l'individu »<sup>27</sup>. Le défi du législateur contemporain est de parvenir à une régulation de ce « désordre »<sup>28</sup> de la famille. Autrement dit, sa quête principale est celle des voies et moyens d'un pluralisme ordonné dans le droit contemporain de la famille. Dans ce « grand désordre d'un monde (...) fragmenté à l'excès [le défi est de parvenir à] ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste »<sup>29</sup>. Comme dans bien d'autres domaines du droit, cette quête se traduit par un recul de l'État et « une extension objective du recours aux techniques contractuelles »<sup>30</sup> : la contractualisation<sup>31</sup>.

### LE POINT DE VUE HISTORIQUE

3. — L'on aurait pourtant tort de considérer qu'une telle utilisation du contrat en ce qui concerne les relations familiales est une nouveauté de notre temps. L'histoire du droit de la famille ne s'écrit, en effet, pas en ligne droite. Il serait même faux de voir dans la loi sociologique d'Henri Summer Maine – l'évolution du statut vers le contrat – un axiome du droit de la famille. Le phénomène de contractualisation du droit de la famille n'est pas une réalité propre au droit de la famille

---

de l'*homo œconomicus*, de la famille, de la révolution et de l'art, la sphère privée elle-même change de sens, livrée qu'elle est aux seuls désirs changeants des individus », v. LIPOVETSLY (G.), *L'ère du vide*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>26</sup> TERRÉ (FR.), GOLDIE-GENICON (CH.), FENOUILLET (D.), *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, n° 1 ; *adde* MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 4.

<sup>27</sup> COMMAILLE (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>28</sup> V. ROUDINESCO (E.), *La famille en désordre*, éd. Fayard, 2002, pour qui le désordre de la famille est moins une crise de sa fonction de reproduction des générations qu'une crise de l'autorité au sein de la cellule familiale. L'auteur retrace, ainsi, l'évolution historique de la famille en décrivant les raisons de la crise autoritaire à travers la transformation des figures familiales : la situation du père et sa perte progressive de souveraineté (de « Dieu le père » au *paterfamilias*, puis à l'égalité stricte) ; la montée du sentiment féminin et du sentiment égalitaire ; le déplacement progressif du centre de la famille vers la personne de l'enfant et enfin les questions de procréation.

<sup>29</sup> DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Éditions du Seuil, coll. La couleur des idées, 2006, p. 7-8.

<sup>30</sup> SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, Points essais, 2005, p. 143.

<sup>31</sup> V. FENOUILLET (D.), et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

contemporain. Tant la filiation que le mariage, notions fondatrices de tout l'édifice juridique familial<sup>32</sup>, ont dans l'histoire reposé sur le contrat.

**4. — L'adoption contractuelle.** Il n'est d'ailleurs pas requis d'invoquer les législations antiques pour s'en convaincre. Jusqu'à la loi du 11 juillet 1966 qui introduit le cadre actuel du système de l'adoption, l'adoption est un contrat auquel l'adopté « doit consentir [et qui] est passé en son nom devant un notaire ou le juge de paix par les parents ou à défaut le conseil de famille » ; il pouvait « être révoqué pour des motifs très graves, souverainement appréciés par le tribunal appelé à la prononcer »<sup>33</sup>. Plus encore, avant qu'elle ne soit ouverte aux mineurs, les conditions de l'adoption héritées du Code civil de 1804 étaient telles – « l'adoptant [devait] être âgé d'au moins 50 ans et dépourvu d'enfant, tandis que l'adopté [devait] nécessairement être majeur [– que] la doctrine du temps, s'appuyant sur les termes du Code civil, ne pouvait qu'analyser l'institution comme un contrat liant librement deux volontés »<sup>34</sup>. Au Moyen Âge les multiples facultés de « nouer des formes de parenté dites “artificielles” [...] empruntent la forme contractuelle »<sup>35</sup>. Il pouvait s'agir d'une parenté instituée par un contrat spécial de donation d'enfant « passé devant notaire ou tout autre autorité détentrice de la juridiction gracieuse »<sup>36</sup> ; ou encore de « l'*affiliatio* »<sup>37</sup> qui désigne la pratique par laquelle « un père en mariant sa fille, prévoit dans le contrat de s'attacher son gendre comme fils. Ce dernier jouit dès lors dans sa belle-famille d'une vocation successorale »<sup>38</sup>. Parmi ces conventions créatrices de parenté on citera encore l'*unio prolium* (une convention intégrée au contrat de mariage permettant l'adoption des enfants d'un premier lit du conjoint) ou encore l'affrèrement (un contrat passé entre deux individus capables et qui, d'après les historiens, aurait servi à dissimuler ou à officialiser des unions homosexuelles<sup>39</sup>. Sous l'Ancien Régime, ces pratiques disparurent pour la plupart ; l'on considéra alors que « la filiation et la parenté ne peuvent se contracter par le seul consentement mais doivent être faites par l'art et la nature »<sup>40</sup>.

**5. — Le mariage consensuel.** S'agissant du mariage, celui-ci fut dans la « Rome très archaïque, une affaire de famille, un accord entre deux familles dont la cité et les pouvoirs publics ne

<sup>32</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996, p. 231.

<sup>33</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 303, p. 388 s.

<sup>34</sup> ROUMY (F.), « Le lien parental : aspects historiques », in *La contractualisation de la famille*, op. cit., p. 53.

<sup>35</sup> ROUMY (F.), « Le lien parental : aspects historiques », préc., p. 46.

<sup>36</sup> ROUMY (F.), « Le lien parental : aspects historiques », préc., p. 46-47.

<sup>37</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 216.

<sup>38</sup> ROUMY (F.), « Le lien parental : aspects historiques », préc., p. 47.

<sup>39</sup> ROUMY (F.), « Le lien parental : aspects historiques », préc., p. 47 s. ; adde LÉVY (J.-PH), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Dalloz, n° 139, p. 182.

<sup>40</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 241.

s'occupaient pas » ; puis Rome connut ensuite un mariage purement consensuel<sup>41</sup> : s'il est bien « entouré d'un certain nombre de rites, ceux-ci ne sont pas juridiquement nécessaires [...]. Ce qui compte c'est le consentement mais d'une part ce consentement est avant tout celui-ci des chefs de famille (= *paterfamilias*) sous la puissance desquels se trouvent les futurs époux et d'autre part il doit être permanent »<sup>42</sup>. Ceci explique pourquoi au XII<sup>e</sup> siècle, l'on en vint à qualifier le mariage romain de contrat en « mettant en parallèle un *contractus rerum* (la société commerciale) et un *contractus personarum* (le mariage) »<sup>43</sup>. Affaire essentiellement privée à Rome, le mariage perdra progressivement ce caractère en passant successivement sous le contrôle de l'Église puis de l'État.

Au Moyen Âge, le renforcement de « la compétence juridictionnelle et législative de l'Église [conduit] à l'affirmation de [la] nature pleinement sacramentelle du mariage » : si le principe du consensualisme demeure, ses conséquences évoluent ; à l'opposé du consensualisme romain qui favorisait la libre rupture du mariage, le consensualisme médiéval le rend « indissoluble »<sup>44</sup>. Par la suite, l'avènement de l'État moderne au début du XVI<sup>e</sup> siècle aura un double effet sur la politisation et l'étatisation du mariage. D'abord, la contestation par l'État de la compétence exclusive de l'Église provoque la réponse de cette dernière lors du Concile de Trente : « le décret *Tametsi* [fait] du mariage un acte public et solennel à peine de nullité ». Il marque le déclin et l'abandon de la pure doctrine consensualiste<sup>45</sup> ou contractualiste<sup>46</sup> en matière de mariage. Elle semble néanmoins ressurgir à la faveur de l'épilogue révolutionnaire de la lutte de pouvoir entre l'Église et l'État qui voit le second évincer la première quant au contrôle de l'institution matrimoniale. La Constitution de 1791 proclame ainsi que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Dans un premier temps, une telle affirmation rend au mariage sa logique purement contractuelle, comme en témoigne la loi libérale sur le divorce du 20 septembre 1792<sup>47</sup>. Dans un second temps, toutefois, elle attribue sa réglementation à l'État en instituant un lien « fondamental entre le mariage et la Cité [qui] aboutit à bouleverser à plusieurs reprises le droit du mariage parce qu'on veut modeler la famille en fonction de la vision que l'on a du pouvoir et de son organisation. [De là] les hésitations qui ont pu se manifester à propos de la théorie du mariage-contrat » ; hésitations auxquelles mettra

---

<sup>41</sup> BASDEVANT-GAUDEMET (B.), « Un contrat entre l'homme et la famille ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », in *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 17 : « un mariage [qui] se formait par l'échange de consentement des deux époux, c'est-à-dire un mariage instantané, acte essentiellement consensualiste et dont on se libérait assez facilement ».

<sup>42</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 77.

<sup>43</sup> BASDEVANT-GAUDEMET (B.), « Un contrat entre l'homme et la famille ? ... », *préc.*, n° 2, p. 23.

<sup>44</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 96, spéc., p. 134.

<sup>45</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 123, p. 169 s.

<sup>46</sup> V. LÉVY (J.-PH), CASTALDO (A.), *op. cit.*, n° 84, spéc., p. 93.

<sup>47</sup> V. LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 142.

un terme le Code civil de 1804 en faisant du mariage une « institution de “droit naturel” relevant du droit privé »<sup>48</sup>.

6. — Ces évolutions historiques du rapport du contrat et de la famille permettent de mieux saisir la portée du phénomène de contractualisation du droit de la famille. Il s’agit moins d’une mutation inédite que d’une résurgence contemporaine d’un rôle du contrat dans l’organisation de la famille et dans la définition des rapports familiaux. Voilà naturellement le point essentiel à élucider quant à l’étude du contenu du contrat en droit de la famille : la contractualisation du droit de la famille occasionne-t-elle une mutation du rôle du contrat en matière familiale ?

Avant de répondre à cette question, il nous faut définir l’objet et le cadre général de notre ouvrage. L’explication des termes du sujet – tant le « contenu » que le « contrat » – permettra de déterminer le problème fondamental au cœur de notre recherche. Nous pourrons alors en préciser l’étendue puis la démarche et enfin les enjeux. L’introduction permettra ainsi de tracer la physionomie générale de la thèse. C’est pourquoi nous satisferons à l’intérêt et à la curiosité du lecteur en exposant la substance de notre démonstration avant d’exposer le plan qui l’architecture.

### L’EXPLICATION DU « CONTENU » DU CONTRAT

7. — Le contenu du contrat est une notion consacrée par la réforme du 10 février 2016<sup>49</sup>. Elle ne fait l’objet d’aucune définition légale alors même qu’elle représente la condition principale de validité des contrats en lieu et place de l’objet et de la cause<sup>50</sup>. Pour certains, la notion revêt une appréhension propre en ce qu’elle désigne l’ensemble des engagements permettant la réalisation du but poursuivi par les parties<sup>51</sup>. D’autres y voient un synonyme de l’objet du contrat<sup>52</sup>. Dans une vision plus avancée, elle peut s’analyser comme un amalgame de l’objet et de la cause<sup>53</sup>. L’objet et la cause, dans l’ancien droit des contrats, étaient les deux pôles de la sphère contractuelle. L’objet, élément de la structure du contrat, répondait à la question « *quid debetur* », c’est-à-dire « *pour quoi ?* », ce à quoi les parties se sont engagées. La notion reposait donc, *a priori*, sur des éléments de faits, tangibles. Était sous-jacente l’idée selon laquelle le contrat ne pouvait se former *ex nihilo*,

<sup>48</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., n° 140, spéc., p. 191.

<sup>49</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>50</sup> C. civ., art. 1128 3° et 1162 s.

<sup>51</sup> V. ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : essai sur la notion d’inexécution*, préf. Ch. ATIAS, PUAM, 2005.

<sup>52</sup> V. par ex. CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, PUF, 2004, n° 969 ; DELEBECQUE (PH.), *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Aix-Marseille, 1981, n° 161, p. 196.

<sup>53</sup> V. MALINVAUD (PH.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2014, p. 191 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ-Lextenso, 2013, p. 125.

l'accord des parties devait nécessairement porter sur une chose déterminée. La cause, au contraire, répondait à la question « *cur debetur* », le « *pourquoi ?* », les raisons déterminantes, les motifs. Il est donc question d'une dimension plus psychologique, plus intérieure. D'une certaine manière, la cause apparaissait comme un prolongement de la condition du consentement : « c'est à l'arrière-plan du consentement que se trouve la cause »<sup>54</sup>.

En substituant le contenu du contrat aux notions d'objet et de cause, le législateur laisse intacte la problématique de ce que recouvre la nouvelle condition de validité de contenu licite et certain. Est-on face à une notion qui présente une substance propre ou s'il s'agit simplement d'une boîte à outils : le contenu du contrat a-t-il un *contenu* ou est-ce simplement un *contenant* ? L'étude des origines de la notion consacrée de « contenu du contrat » permet de révéler qu'elle ne se présente que comme un moyen de simplification des conditions de validité du contrat en regroupant dans un seul et même concept ce qui relevait de l'objet et de la cause. Il est alors question de savoir comment le contenu du contrat, par ses éléments notionnels, parvient à maintenir les solutions précédemment obtenues sur le fondement de l'objet et de la cause.

Il nous importe ici de préciser que, sans qu'elle soit exclue du domaine de cette étude, une telle appréhension du contenu du contrat, en tant que mot du code, ne sera pas exclusive dans notre étude (I). Il nous semble, en effet, que le problème posé par le « contenu du contrat » ne se limite pas à l'étude des unités élémentaires du contrat, mais peut également s'entendre de la relation qui structure l'ensemble des éléments qui composent le contrat. Ce lien s'exprime à travers la finalité du contrat – son but, tant au sens juridique<sup>55</sup> que commun<sup>56</sup> - qui, précisément, est une synthèse du contenu matériel du contrat ; on peut dire son opération juridique. Par son opération juridique, le contrat peut également être compris comme une source du droit en lui-même en ce qu'il « prescrit une norme ou établit une situation »<sup>57</sup>. Aussi l'étude du contenu du contrat peut-elle également être celle de son opération juridique. C'est cette facette du contenu du contrat qui, sans exclure la première, la complète dans notre œuvre (II).

<sup>54</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 2. Les biens, Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 2017, PUF, coll. *Quadrige manuels*, n°973, p. 2018.

<sup>55</sup> Le concept est présent à l'article 1162 du Code civil qui maintient sous l'exigence de licéité du but le contrôle de la licéité ou de l'immoralité de la cause-mobile du contrat des anciens articles 1131 et suivants du Code civil.

<sup>56</sup> V. LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, v° « But », sens 3 : « La fin qu'on se propose, l'intention qu'on a. »

<sup>57</sup> JESTAZ (PH.), *Les sources du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, p. 131.

## *I. Un mot du code : les prestations et stipulations contractuelles*

**8. — Les éléments notionnels du contenu du contrat au sens du droit des obligations.** Au sens du droit des obligations, le contenu du contrat ne se présente guère que comme une « boîte à outils ». L'on s'en convainc à la lecture du rapport explicatif de l'ordonnance du 10 février 2016 qui précise que « le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le Code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été – plus ou moins artificiellement – rattachées à la notion de cause »<sup>58</sup>. Enfin, sans donner de définition du « contenu du contrat », le rapport précise que « les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section ».

C'est dire si la réforme du droit des contrats, en substituant le contenu du contrat à l'objet et à la cause, n'opère qu'une innovation linguistique, une révolution de mots plus que de concepts. Or, affirmer que le « contenu du contrat » concerne à la fois l'objet et la cause exclut d'emblée la perspective d'une approche unitaire de la notion. Comme l'a révélé un auteur, il ne mène à rien d'exiger qu'un contrat doit avoir « un contenu » à peine de nullité ; « ou alors il faudrait également dire qu'un contrat doit avoir deux ou plusieurs parties à peine de nullité. S'il n'y a pas de contenu ou pas de parties, il n'y a pas de contrat ; ce n'est pas là une condition de validité, mais une condition même d'existence »<sup>59</sup>. Il est donc difficile de voir dans cette notion une véritable condition de validité sur laquelle les juges pourraient se fonder directement pour annuler le contrat, sans un détour par l'une ou l'autre des dispositions comprises dans la sous-section se rapportant au contenu du contrat. Comme le fut l'ancien article 1108, le nouvel article 1128 ressort de la catégorie des textes du Code civil qui, à première vue, ne présente aucune portée normative, si ce n'est de permettre une meilleure lisibilité des textes. Il répond ainsi aux objectifs d'un droit lisible et accessible, qui étaient ceux des auteurs de la réforme<sup>60</sup>.

En définitive, « le contenu ne se substitue pas à l'objet et à la cause, qu'il coiffe plutôt qu'il ne les décapite »<sup>61</sup>. En ce sens, le contenu du contrat se présente davantage comme un contenant des

<sup>58</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, au sujet de la Sous-section 3 « Le contenu du contrat ».

<sup>59</sup> MALAINVAUD (PH.), « Le “contenu certain” du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le “stoemp” bruxellois aux légumes », *D.* 2008, p. 2551.

<sup>60</sup> Il faudra toutefois émettre une réserve au vu du précédent de l'article 1244 – ancien 1384 – qui avait été le fondement de l'élaboration par la jurisprudence de tout un régime de responsabilité autonome du fait des choses dont on a la garde.

<sup>61</sup> MAZEAUD (D.), « Réforme du droit des contrats : haro, en Héroult, sur le projet ! », *D.* 2008, p. 2675.

outils techniques participant à la réalisation d'une opération juridique contractuelle. Aussi est-ce à partir de cette réalité que l'on peut discerner les contours essentiels du contenu du contrat. L'article 1162 du Code civil<sup>62</sup> dispose, à cet égard, que le « contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but ». Les stipulations renvoient, sans difficulté, à la notion d'objet que détaillent les clauses du contrat. La cause, malgré une disparition apparente, est simplement renommée, transfigurée et masquée derrière ses fonctions principales. La notion se maintient dans le contenu du contrat : elle est divisée entre le but (la cause du contrat ou cause subjective) et la contrepartie convenue (la cause de l'obligation ou cause objective).

Dans un tel sens étroit, le contenu du contrat ne renvoie qu'à la matière du contrat, à tout ce qui le compose. Il s'agit de la détermination, proprement dite, du contrat et de ses clauses. Cette composition matérielle du contrat trouve son fondement à l'article 1102 du Code civil qui octroie à chaque contractant la libre détermination du contenu du contrat projeté. En usant de leur liberté, les parties sont à même de favoriser la création de nouveaux contenus contractuels. Le contrat et son contenu se présentent ainsi comme « une création des parties dans ses moindres détails, une innovation totale et toujours renouvelée [d'une] réalité concrète et individuelle, qui ne peut s'inspirer ni être confrontée à un quelconque modèle abstrait »<sup>63</sup>. Selon cette acception, l'étude du contenu du contrat implique l'étude des conditions de sa détermination matérielle. Comme a pu l'écrire Monsieur Sériaux, sous l'intitulé de contenu du contrat, le nouveau droit « contemple en réalité d'autres aspects que ceux que cherchent à décrire les concepts d'objet et de cause. Ce sont [...] ceux de prestations et de stipulations »<sup>64</sup>. Si nous avons dit qu'une telle compréhension du concept de contenu du contrat n'était pas exclusive de la thèse, elle n'en présente pas moins un intérêt évident de notre analyse.

**9. — L'intérêt quant à l'étude du contenu du contrat en droit de la famille.** Les manifestations contractuelles en droit de la famille ont, en principe, deux sources principales : le droit interne, principalement le Code civil et le Code de procédure civile, et le droit européen dont les divers règlements portant sur la matière familiale offrent aux membres de la famille une faculté de choix qui le plus souvent se traduit par la forme contractuelle<sup>65</sup>. L'observation des sources de droit interne révèle une certaine multiplication des textes faisant référence à la possibilité de recourir à la logique

<sup>62</sup> Cet article ouvre la Sous-section 3 relative aux règles régissant la condition de validité du contrat qu'est le contenu du contrat.

<sup>63</sup> ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, préf., GHESTIN (J.), n°7.

<sup>64</sup> SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., 2020, PUF, p. 87.

<sup>65</sup> Sur la multiplicité des sources du droit de la famille, v. FENOUILLET (D.), « Le droit civil de la famille. Hors le Code civil », *LPA* 21 sept. 2005, p. 3.

du contrat. Celle-ci peut se résumer sous trois types : les accords, les conventions et les pactes. Il s'agit donc de formes types puisque, quand bien même leur élaboration procède de la volonté des parties, leur forme et leur contenu objectif sont préalablement définis par le droit ; il appartient ensuite, *a priori*, aux individus d'en définir le contenu subjectif. Néanmoins, cette affirmation d'une libre détermination du contenu du contrat en droit de la famille, fondée sur un essor de la liberté contractuelle familiale, devra être vérifiée et confrontée à la réalité du contenu des contrats de la famille. Sans être transformée, la liberté contractuelle familiale est nécessairement renouvelée par le bouleversement continu de l'équilibre entre impérativité et non-impérativité dans le domaine familial dans le cadre des aménagements contractuels des rapports familiaux, le plus souvent patrimoniaux. En un mot, s'interroger sur le périmètre des clauses contractuelles en droit de la famille revient à aborder la question de l'étendue de la liberté des conventions familiales : à quoi les parties peuvent-elles librement s'engager ou à quoi peuvent-elles librement renoncer ?

De tels développements rejoignent évidemment plusieurs éléments notionnels du contenu du contrat au sens des articles 1162 et suivants du Code civil. Par exemple, les facultés d'aménagement de l'indivision conventionnelle du PACS ou de la contribution aux charges du mariage renvoient tant à l'exigence de conformité du contrat et de ses stipulations à l'ordre public (article 1162 du Code civil), qu'à la question de la détermination de la « prestation » familiale (article 1163 du Code civil)<sup>66</sup>. Pareillement, les potentialités de contractualisation des sanctions des obligations conjugales, par le biais de clauses pénales<sup>67</sup> ou de clauses résolutoires<sup>68</sup>, touchent indubitablement à la licéité de la stipulation, à la détermination de l'objet de l'obligation ou encore à la substance de l'obligation (article 1170 du Code civil). Il en va des questions propres à la validité de la clause de non-recours<sup>69</sup>, la clause de médiation obligatoire<sup>70</sup> ou encore de la clause compromissaire<sup>71</sup> en matière familiale.

La particularité des relations familiales implique, cependant, l'impossibilité de transposer dans le cadre familial les dispositions se rapportant à la détermination du prix ou l'équilibre des prestations contractuelles, celles-ci étant par nature propres au domaine marchand de l'échange<sup>72</sup>. De même, la notion de déséquilibre significatif, prévue à l'article 1171 du Code civil, ne saurait

---

<sup>66</sup> V. *infra*, n° 38 s.

<sup>67</sup> V. *infra*, n° 157 s.

<sup>68</sup> V. *infra*, n° 168 s.

<sup>69</sup> V. *infra*, n° 183 s.

<sup>70</sup> V. *infra*, n° 196 s.

<sup>71</sup> V. *infra*, n° 231 s.

<sup>72</sup> C'est le cas des articles 1164 à 1169 du Code civil.

faire l'objet d'une extension aux contrats du droit de la famille dès lors que ces derniers ne constituent pas des contrats d'adhésion.

Ainsi, étudier le renouvellement de la liberté contractuelle dans le domaine familial et, surtout, en cerner les nouvelles limites constitue un des enjeux d'une thèse sur le contenu du contrat en droit de la famille. Cet objectif ne saurait épuiser le sujet puisque la signification du « contenu » déborde de la simple condition d'un mot du code.

## **II. Un mot de la théorie du contrat : l'opération juridique contractuelle**

10. — L'approche du contrat comme un ordre composite ne peut suffire à en donner une étude suffisante de son contenu. Il est dorénavant incontestable qu'un contrat « n'est pas seulement composé d'éléments. Ceux-ci sont unis par un lien, une structure, qui détermine avec précision la nature de l'acte »<sup>73</sup>. Ainsi, le contrat est dorénavant saisi dans sa fonction d'outil juridique, c'est-à-dire en tant qu'« acte juridique qui réalise l'objet pour lequel il a été conclu »<sup>74</sup> ou prévu. Autrement dit, l'opération consistant en un accord de volontés participe à la création du droit. Cette idée selon laquelle « toute personne qui contracte fait du droit »<sup>75</sup> fait écho à la pensée normative du contrat de Kelsen qui soutenait qu'à partir du « moment où la convention est conclue, une norme contractuelle entre en vigueur, la convention a force obligatoire [et crée ainsi] une norme qui n'existait pas avant la conclusion de la convention. [...] c'est cette norme qui est l'effet juridique de la convention »<sup>76</sup>. D'une certaine manière, l'étude du contenu du contrat est l'étude de l'effet juridique global de la convention, autrement dit l'étude de la norme ou de la situation qui trouve sa source dans le contrat. Comme l'a écrit Monsieur Ancel, « cette norme contractuelle peut avoir divers objets, divers contenus : elle peut bien sûr (c'est l'objet principal de la plupart des contrats) faire naître un rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit, ou créer un droit ou une situation juridique nouvelle ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur »<sup>77</sup>. Le contrat a donc pour effet de créer une norme contractuelle qui remplit une fonction qui lui est propre suivant le domaine de réalisation de l'opération contractuelle ainsi que la volonté des parties – l'analyse juridique rejoint

<sup>73</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (J.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., 2001, LGDJ, n° 95.

<sup>74</sup> MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la procédure normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) dir., Dalloz, 2008, p. 323.

<sup>75</sup> JESTAZ (Ph.), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, élément de Métajuridique amusante », *RTD civ.* 1979, p. 480.

<sup>76</sup> KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Sirey, 1940, p. 33 et 76.

<sup>77</sup> ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999 p. 771, spéc., n° 5.

ici l'explication fonctionnelle propre aux sciences sociales, et dont il n'est pas saugrenu d'envisager la transposition à notre étude<sup>78</sup>.

Dès lors, l'étude du contenu du contrat en droit de la famille justifie de s'intéresser à la particularité de l'opération juridique du contrat dans le domaine familial. À cet égard, la doctrine « contractualiste » s'accorde à reconnaître au contrat plusieurs fonctions ou finalités<sup>79</sup>. Le contrat permet, ainsi, outre la fonction classique de l'échange, la mise en place d'une organisation ou d'une alliance ou encore d'une coopération. Cette analyse permet par ailleurs la classification doctrinale des contrats en fonction de cet effet réel : ainsi, la vente n'est-elle pas présentée comme une addition de deux obligations (son contenu matériel) au sens de l'article 1582 du Code civil, mais comme un contrat translatif de propriété. Dans la même idée, le bail permet l'usage de la chose louée, le dépôt permet la conservation d'un bien...<sup>80</sup> On peut ne plus, seulement, envisager le contrat à partir de ses éléments constitutifs, mais, également, dans sa globalité à travers son opération juridique. L'opération juridique peut alors être entendue comme l'effet réel de l'acte contractuel. Ces effets du contrat, bien que très variés, « se rattachent à deux types principaux [...]. Selon les cas [le contrat] prescrit une norme ou établit une situation [...] qui bien entendu appelle un régime juridique spécifique et par conséquent l'application de normes, légales ou contractuelles »<sup>81</sup>. Cet effet réel du contrat constitue l'opération juridique qui structure l'ensemble des prestations et stipulations contractuelles. Cette nouvelle voie a fait florès dans la doctrine contractuelle contemporaine au regard des propositions qui ont toutes en commun la remise en cause du modèle classique du contrat reposant sur l'échange et l'opposition d'intérêts à partir des travaux de

---

<sup>78</sup>V. *infra*, n° 20.

<sup>79</sup> La fonction renvoie à un « un processus complexe, une série de phénomènes enchaînés. Pour la comprendre, il ne suffit pas d'en considérer séparément tous les termes [...]. Il faut la considérer aussi dans son ensemble » (v. GOBLOT (E.), « Fonction et finalité », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1899, t. 47, p. 495-505, p. 497). Dans cet ordre d'idées, la doctrine a, dans un premier temps, proposé de voir l'objet du contrat comme « la chose relativement à laquelle le contrat est conclu » (v. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Quadrige, 2016). Ainsi dans la vente l'avantage serait la livraison de la chose en échange d'un prix, et dans le bail la jouissance paisible de la chose en échange d'un loyer. Or, cet avantage n'est rien d'autre que le but auquel les parties entendent parvenir par la création d'obligations contractuelles. Cette présentation permettait de mettre en lumière une distinction entre l'avantage attendu du contrat et l'objet matériel du contrat (v. ROUVIÈRE (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, préf. Ch. ATIAS, PUAM, 2005, n° 127). Apparaît l'idée selon laquelle l'objet du contrat peut être, non pas les obligations créées par celui-ci ou la chose matérielle sur laquelle s'exercent les obligations, mais l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser (v. LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005, n° 694). En ce sens, « l'objet du contrat dépasse les attentes individuelles pour traduire ce qui est voulu conjointement » (v. GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, n°60, p. 49).

<sup>80</sup> Il ne s'agit ni plus ni moins que des classifications courantes des manuels de droit spéciaux des contrats.

<sup>81</sup> JESTAZ (PH.), *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 131.

Monsieur Didier<sup>82</sup> et de Monsieur Sériaux<sup>83</sup>. Dans cette approche globale du contrat, les deux auteurs proposent une distinction entre le contrat-échange et le contrat-organisation, pour le premier, ou le contrat-alliance, pour le second. En définitive, comme l'énonce Madame Lequette, « l'assimilation du contrat au contrat-échange est [...] remise en cause depuis que se multiplient des contrats organisant la poursuite d'une entreprise dans l'intérêt commun des parties »<sup>84</sup>.

**11.** — En d'autres termes, en ce qui concerne l'étude du contenu du contrat l'analyse de l'opération juridique du contrat est tout aussi significative que celle de son contenu matériel. Aussi admet-on que les contrats peuvent être analysés selon leur opération juridique : qu'ils aboutissent soit à la réalisation d'un échange, qui se caractérise par l'opposition d'intérêts ; soit à la réalisation d'un projet commun, qui se caractérise par une communauté d'intérêts<sup>85</sup> ; soit, encore, qu'ils visent une coopération dans une œuvre commune, qui se caractérise par une convergence des intérêts<sup>86</sup>. Mais si « la contractualisation en droit de la famille reconnaît une nouvelle conception du contrat comme instrument de coopération, de confiance [...], le contexte familial est différent de la réalité commerciale, où deux parties négocient, contractent et exécutent ou non le contrat et poursuivent leur route séparément »<sup>87</sup>. À l'organisation ou la coopération commerciale ne peut correspondre parfaitement une forme d'organisation ou de coopération familiale. Pourtant nul ne contestera, par exemple, que le contrat PACS établit bien une situation juridique nouvelle ; de même que le contrat de mariage peut édicter des normes individuelles dont le rayon d'action de la force obligatoire est restreint aux époux<sup>88</sup>. Pareillement, les parties qui concluent un contrat de gestation pour autrui sont

<sup>82</sup> V. DIDIER (P.), « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ. com*, n° spéc. nov. 1995, p. 74 s. C'est à propos du contrat de société que M. Didier imagine cette nouvelle classification. Pour l'auteur, le contrat de société « ne se borne pas à imposer aux parties l'obligation de mettre quelque chose en commun. Il définit les règles selon lesquelles seront gérés les biens communs, à quelle fin ils le seront, par qui et sous le contrôle de qui, ce qui sera fait des résultats, heureux ou malheureux ». Dans cette nouvelle catégorie de contrat, l'auteur va jusqu'à inclure, sans plus de précisions, la communauté conjugale en tant que contrat-organisation aux côtés de l'association, du syndicat ou du consortium.

<sup>83</sup> V. SÉRIAUX (A.), *Le droit. Une introduction*, 1997, Ellipses, n° 125, p. 110, qui préconise une distinction entre les contrats d'échange et les contrats d'alliance et illustre la catégorie des contrats d'alliance par le mariage.

<sup>84</sup> LEQUETTE (S.), « Le contrat, notion et classifications » in *La réforme du droit français des contrats*, FAUVARQUE-CAUSSON (B.) ET WICKER (G.), dir., Société de législation comparée, 2019, p. 44.

<sup>85</sup> V. not. HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, *Economica*, 2012 : d'après l'auteur, le contrat d'alliance est celui qui réalise une mise en commun de biens ou de services. L'alliance devant être entendue non pas subjectivement comme le lien affectif réunissant deux ou plusieurs personnes, mais objectivement comme la communauté formée par la mise en commun. « L'expression contrat-alliance désigne parfaitement les contrats qui relèvent de la justice distributive et qui, contrairement aux contrats-échange, permettent aux parties d'agréer leur bien ou prestation » (spéc., n° 14, p. 10).

<sup>86</sup> V. not. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. BRENNER, *Economica*, 2012. Cette catégorie de contrats n'est plus marquée par l'opposition des prestations, mais par leur orientation vers un but commun. La prestation caractéristique étant « la prestation finale, contractuellement rendue possible par la prestation du contractant et profitant à chacun » (TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 355, p. 396).

<sup>87</sup> LANGEVIN (L.), « Présentation : entre les vertus du contrat et les illusions perdues. », *Les Cahiers de droit*, volume 49, numéro 4, décembre 2008, p. 521-525, spéc., n°1-2.

<sup>88</sup> Si la norme peut être générale (la loi, par exemple), elle ne l'est pas nécessairement. Le caractère essentiel de la norme étant « la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite » (v. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Norme », sens 1). Que celle-ci ait pour source une loi ou un acte juridique n'y change rien, la force obligatoire de la norme est

guidées par le désir d'avoir un enfant, c'est là leur but au sens sociologique. Mais qu'en est-il du point de vue strictement juridique ? Quelle est l'opération juridique d'un tel contrat en droit de la famille ? En un mot, en ambitionnant de répondre à ces interrogations, l'étude du contenu du contrat en droit de la famille permettra de démontrer l'existence, ou l'inexistence, d'une singularité de l'opération juridique du contrat dans la sphère familiale.

**12. — Résumé.** En définitive, plus qu'une véritable notion, le « contenu » apparaît comme un instrument d'analyse du contrat, mêlant deux significations liées entre elles. C'est au sens strict du droit commun des contrats, un ensemble de mécanismes contractuels : les stipulations du contrat ; c'est, ensuite, au sens abstrait, l'effet juridique de l'acte : une opération juridique contractuelle. Cette dernière signification constitue un intérêt capital de notre étude. Dire cela n'exclut évidemment pas l'analyse du contenu du contrat à l'aune de sa signification première. En effet, c'est autour de l'opération juridique du contrat que s'ordonne son contenu matériel puisqu'il en permet la réalisation. Dès lors, les deux conceptions du contenu du contrat, de même que les interrogations qu'elles soulèvent, constituent le périmètre de notre recherche sur le contenu du contrat en droit de la famille.

**13. —** L'explication du terme *contenu* fait apparaître le canevas des diverses questions qui structurent l'ensemble de notre étude. Il nous faut détailler cette esquisse en précisant et en expliquant l'usage et le sens de la notion de *contrat*.

#### UNE ÉTUDE DES CONTRATS *DE LA FAMILLE*

**14. — L'exclusion des contrats spéciaux *dans* la famille.** La problématique des relations entre le contrat et la famille peut être examinée selon différentes approches. Par exemple, dans sa thèse, Monsieur Lécuyer s'est interrogé sur la légitimité et les moyens de l'intégration de la théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille<sup>89</sup>. En poursuivant cette réflexion, on pourrait s'interroger sur les conséquences de cette pénétration, non pas du point de vue de l'obligation, mais du contrat. Néanmoins, une telle réflexion qui participe de l'étude des contrats spéciaux *dans* le droit de la famille est en dehors du domaine de notre recherche qui s'attache à rechercher la spécificité des contrats *du* droit de la famille sous l'angle de leur contenu.

---

« rigoureusement la même dans les deux cas : il faut obéir au jugement ou au contrat aussi bien qu'à la loi » (v. JESTAZ (PH.), *Les sources du droit, op. cit.*, p. 131).

<sup>89</sup> LÉCUYER (H.), th. préc., spéc., n° 9, p. 8.

**15. — L'étude des contrats du droit de la famille.** À cet égard, il importe de préciser les situations familiales contractuelles qui retiendront notre attention. Toute la difficulté est de déterminer ce qu'il faut entendre par contrat. Faut-il simplement s'en tenir à la définition du contrat en droit positif – l'article 1101 du Code civil – ou est-il autorisé d'adopter une acception plus large ? Reconnaissons d'emblée que les situations contractuelles du droit de la famille sont moins celles qui épousent parfaitement les critères de la définition positive du contrat que celles qui témoignent de l'existence d'un droit négocié par opposition au droit classiquement imposé en la matière, ceci tant dans les relations familiales horizontales que dans les relations familiales verticales. En effet, le droit de la famille est souvent présenté comme un droit dominé par « le principe statutaire [où] le droit négocié n'a pas sa place. La liberté de chacun consiste alors à adhérer volontairement à la destinée qui lui est marquée par les lois ou les coutumes sociales, il ne saurait être en revanche question de mettre en cause, par la libre négociation, tel ou tel élément de son statut »<sup>90</sup>. Pourtant, le contexte familial n'a jamais été étranger à la « mystique du contrat »<sup>91</sup>, de la négociation. Par exemple, la sociologie permet d'appréhender la formation du couple comme un ensemble de « rites de négociations plus ou moins formalisées [...] qui ont pour objectif d'aboutir à un accord »<sup>92</sup>. La réalité sociale contemporaine est que « le couple commence désormais à petits pas. [...] Peu de projets, de mariages ou d'enfants dans les premiers temps : les engagements sérieux sont repoussés à plus tard. Le changement est radical [...]. Le couple commençait autrefois par le mariage qui scellait le destin dès le début de la vie à deux. Il était une institution, incontournable et fondatrice ; il est devenu un acte volontaire [...]. Il cristallise une mutation intérieure [du couple]. Il est surtout une volonté d'enfermer l'avenir dans cet engagement »<sup>93</sup>. Dans cet ordre d'idées, les fiançailles en tant qu'échange de promesses entre deux personnes constituent une formalisation de ces rites de négociation conjugale dont l'aboutissement sera le mariage. Mais plus encore que la transformation sociale du mariage, c'est la présence dans le droit contemporain des références explicites au droit négocié qui témoigne du passage du mythe à l'évidence en droit de la famille. De la référence classique au mariage *contracté* par les époux aux conventions de divorce et accords liquidatifs, en passant par le contrat de PACS, les avatars contractuels du projet parental ou encore les conventions d'autorité parentale, on ne cesse de souligner les places conquises par le contrat en droit de la famille<sup>94</sup>. On peut alors affirmer que du point de vue des sources du droit de la famille, comme dans bien des domaines du droit, « les contrats [occupent dorénavant] une place privilégiée. Par le contrat

<sup>90</sup> SÉRIAUX (A.), *Le Droit : une introduction*, ellipses, 1997, n° 121, p. 103.

<sup>91</sup> SÉRIAUX (A.), *Le Droit : une introduction*, ellipses, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>92</sup> SÉRIAUX (A.), *Le Droit : une introduction*, ellipses, *op. cit.*, n° 124, p. 108.

<sup>93</sup> KAUFMANN (J.-CL), *Sociologie du couple*, 7<sup>e</sup> éd., 2017, PUF, p. 82.

<sup>94</sup> V. par ex. LEVENEUR (L.), « Introduction », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), dir., Economica, 2001, n° 1 s., spéc. p. 7 s.

des personnes [...] privées scellent un pacte qui gouvernera leurs relations mutuelles »<sup>95</sup>. C'est aux contrats qui permettent la mise en œuvre d'une telle régulation des relations familiales que nous nous intéresserons.

**16. — La critique de l'usage du terme *contrat* dans la matière familiale.** Reste que l'on pourrait nous opposer une objection légitime quant à une conception extensive du contrat. Une part de la doctrine considère que c'est une chose que « l'importance du rôle des accords dans le droit de la famille ou du divorce s'accroisse. Mais ce n'est que par un abus de langage que l'on en déduira la contractualisation de cette matière, si ces accords n'obéissent pas aux règles juridiques précises des contrats »<sup>96</sup>. L'usage du terme de *contractualisation*, par conséquent celui de *contrat*, serait plus symbolique qu'opérateur ; parler de contractualisation n'aurait pas de sens en l'absence de véritable contrat et par-dessus tout d'obligations au sens strict du terme. Toutefois, la difficulté préalable qui résulte d'un difficile rattachement aux critères classiques du contrat empêche-t-elle toute analyse contractuelle ? À cette question, la réponse doctrinale est simple, globale et se fonde sur des présupposés qui ont trait tant aux caractéristiques du contrat qu'aux spécificités du droit de la famille. D'autant que certains auteurs mettent en avant cette spécificité familiale selon laquelle le législateur a tendance à préférer en droit de la famille une terminologie, *a priori*, plus neutre ; ainsi est-il souvent fait usage des notions d'accord, de pacte ou de convention plus que celle de contrat. Pour certains, cette référence à l'un et non à l'autre ne serait pas pour autant dénuée de sens. Elle traduirait la volonté du législateur de maintenir l'institution familiale loin du contrat. Ainsi le droit de la famille se caractériserait par l'usage d'un champ lexical contractuel sans pour autant désigner fermement le contrat, « la loi s'efforce d'éviter le vocabulaire contractuel »<sup>97</sup>, préférant parler « d'accords (...), ce qui suggère une moindre force juridique par rapport aux contrats ordinaires »<sup>98</sup>.

**17. — Le positionnement de la thèse : la relativité de la notion de contrat.** La neutralité supposément recherchée par le législateur a néanmoins ses limites : « bien que le choix des mots ait une importance, et que le langage du droit ne soit pas neutre, la réalité désignée est identique, et simple : il s'agit de conventions réglant les rapports familiaux »<sup>99</sup>. Du reste, cette méfiance semble désormais lointaine et une évolution nous paraît judicieuse. Un exemple en matière d'autorité

<sup>95</sup> SÉRIAUX (A.), *Le Droit : une introduction*, ellipses, 1997, n° 121.

<sup>96</sup> DEKEUWER-DÉFOSSÉZ (F.), « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), dir., Economica, 2001.

<sup>97</sup> LAZARUS (C.), *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, préf. FENOUILLET (D.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, n°293, p. 287.

<sup>98</sup> NIBOYET (F.), *L'ordre public matrimonial*, préf. REVEL (J.), LGDJ, 2008, n°506, p. 261.

<sup>99</sup> CHAPPELLE (A.), « Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale », *RTD Civ.* 1984, p. 413, n°2.

parentale où le législateur n'hésite pas à recourir « de façon plus explicite aux concepts contractuels puisqu'il utilise le terme de convention : l'accord parental est, dès lors, un acte juridique au sens où cet accord de volontés est destiné à produire un effet de droit quelconque ». <sup>100</sup>Pareillement dans le droit du divorce qui multiplie le vocabulaire contractuel jusqu'à faire usage de la notion d'acte sous seing privé.

Par ailleurs, une telle querelle de mots n'est pas spécifique au droit de la famille puisqu'elle a également existé dans les murs mêmes du droit des contrats. La définition du contrat étant par essence un objet de la théorie juridique, les définitions savantes ont bien débordé des limites de la définition du code. Par exemple, à l'aune de l'ancienne définition<sup>101</sup>, on déduisait traditionnellement du fait qu'une des parties au moins s'oblige dans le contrat, « que la particularité de celui-ci, au sein des conventions, était précisément d'être générateur d'obligations. Les accords de volontés qui ont pour objet de modifier, de transmettre ou d'éteindre une obligation étaient des conventions, pas des contrats. Par exemple, la cession de créance ou la remise de dette » ; or depuis la réforme de 2016, l'élargissement des effets du contrat et l'absorption de la convention par le contrat condamnent cette distinction, « désormais, tout accord de volontés concernant une obligation est un contrat, peu important la manière dont elle l'affecte (création, modification, transmission ou extinction) »<sup>102</sup>. Reste que la modernisation de la définition du contrat n'a pas totalement effacé le lien entre celui-ci et les obligations : le contrat, selon le code, demeure un acte opérant sur des obligations. Pourtant, comme l'écrit Monsieur Ancel, un tel « tropisme obligationnel n'a rien d'essentiel dans la définition du contrat [...]. Dans la plupart des systèmes juridiques étrangers, la notion de contrat est définie sans référence à un quelconque rapport entre un créancier et un débiteur »<sup>103</sup>, qu'ils soient de *common law* ou de droit continental. Cela s'observe pareillement dans les divers projets européens et internationaux de droit des contrats qui mettent moins l'accent sur les obligations que sur les effets de droit du contrat<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> REBOURG (M.), « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. fam.*, n°7-8, 2004, étude 17, spéc., n°2.

<sup>101</sup> C. civ., art. 1101, ancien, « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

<sup>102</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 17<sup>e</sup> éd., 2022, Sirey – Dalloz, n° 104, spéc., p. 129.

<sup>103</sup> ANCEL (P.), « Sur une approche nominaliste du contrat », in *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 5 s., spéc., p. 13 s.

<sup>104</sup> V. ANCEL (P.), « Sur une approche nominaliste du contrat », préc., : « C'est le cas, par exemple, en droit italien où l'article 1098 définit le contrat comme l'accord de deux ou plusieurs personnes pour constituer modifier ou éteindre entre elles un rapport juridique patrimonial ce qui semble beaucoup plus large que la notion d'obligation et cette définition se retrouve aujourd'hui presque à l'identique dans l'article 1166 du Nouveau Code roumain ou dans l'article 957 du nouveau Code civil argentin. C'est le cas aussi en droit allemand où la distinction faite au sein des contrats entre ceux qui ont des effets obligationnels *schuldrechtliche Verträge* et ceux qui ont seulement pour objet de faire naître ou de transmettre un droit réel *sachenrechtliche Verträge* postule qu'il n'y a pas de lien entre la notion de contrat *Vertrag* et celle d'obligation. Quant au droit anglais qui ne connaît pas de théorie générale des obligations et qui n'englobe pas dans une même catégorie

Ainsi, la relativité de la notion de contrat ainsi que l'élargissement de ses effets par le nouveau droit des contrats permettent de regrouper sous la qualification générique de contrat les divers actes conventionnels du droit de la famille, qu'ils soient désignés par le terme d'accord, de pacte ou de convention. En définitive, seront compris dans notre analyse les accords de volontés, en droit de la famille, entre deux ou plusieurs parties destinés à produire des effets de droit familiaux. Ce sont là les éléments essentiels de la notion de contrat au sens de cette étude. Si plusieurs actes contractuels du droit de la famille satisfont à ces conditions, l'ensemble de ceux-ci n'a pas cependant vocation à être étudié. C'est pourquoi il nous faut préciser le champ de notre étude.

### LE CHAMP DE L'ÉTUDE

**18. — Le droit de la famille au sens strict.** D'un point de vue tout à fait général, l'étude s'inscrit dans le champ du droit contemporain de la famille. Défini de manière simple, le droit de la famille est la branche du droit civil qui a pour finalité d'organiser et de régir les rapports de famille, qu'ils soient horizontaux – les rapports conjugaux – ou verticaux – les rapports parentaux. Il détermine tant les modes d'établissement et de déconstruction d'une structure familiale que les comportements (personnel et patrimonial) qui s'imposent aux membres de la famille<sup>105</sup>. Les points de rencontre du contrat et de chacun de ces volets du droit de la famille, la structure familiale et la relation familiale, fourniront l'essentiel des hypothèses de notre démonstration.

En ce qui concerne la structure familiale du couple, l'ensemble des rapports contractuels familiaux seront concernés, du mariage au PACS. L'analyse des rapports de concubinage sera plus limitée compte tenu du fait que les situations contractuelles du concubinage, pour l'essentiel patrimoniales, sont « tributaires du droit commun des contrats » et non de contrats spécifiques au droit de la famille<sup>106</sup>. Du reste, les diverses propositions de structuration conventionnelle du

---

de sources d'obligations les *contracts* et les *torts* il ne pense pas principalement le contrat en termes de rapport entre un créancier et un débiteur. Les définitions anglaises du contrat en tout cas intègrent rarement la notion d'obligation et se contentent parmi les éléments d'existence du contrat d'une intention de créer des *legal relations*. Et c'est également d'effets de droit et non plus seulement d'obligations qu'il est question dans les projets européens et les règles modèles internationales. Par exemple dans le DCFR le contrat peut être passé *to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect* tandis que dans l'article 1 du Code européen des contrats du groupe Gandolfi il peut être destiné à créer régler modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie. De telles définitions ne paraissent pas moins pertinentes ou moins opérationnelles que celle plus restrictive du Code civil qui continue de lier contrat et obligation ».

<sup>105</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 44.

<sup>106</sup> TERRÉ (FR.), SIMLER (PH.), *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8<sup>e</sup> éd., 2019, Dalloz, n° 912, spéc., p. 806.

concubinage<sup>107</sup> n'ont rencontré que peu de succès et ont perdu d'intérêt au regard de la consécration du PACS.

Pour ce qui relève de la parenté, seront principalement visés les rapports contractuels relatifs au rattachement familial de l'enfant à son auteur et à l'organisation de la relation parentale.

**19. — De quelques précisions.** Une précision concerne la *summa divisio* de l'extrapatrimonial et du patrimonial en droit de la famille. Au regard des rapports familiaux précédemment évoqués, ces deux volets du droit familial seront au cœur de nos développements. L'analyse des relations conjugales sera ainsi indissociable des aspects patrimoniaux de la relation entre les membres du couple. Sans prétendre à l'exhaustivité, les rapports patrimoniaux des couples – régimes matrimoniaux, indivision conventionnelle du PACS, convention de concubinage – seront ainsi abordés. Les rapports contractuels rencontrés dans ces circonstances ont nécessairement trait au statut familial puisqu'ils en déterminent le fonctionnement, une fois celui-ci établi<sup>108</sup>. Ainsi, les réflexions sur la liberté des conventions familiales et aux divers aménagements contractuels des rapports familiaux seront l'occasion de plusieurs incursions dans le volet patrimonial des relations familiales.

S'agissant du droit des successions et des libéralités : il serait tout à fait impossible d'exclure entièrement le droit successoral qui concerne également les relations familiales patrimoniales. Du reste, une telle matière a de longue date conféré une situation spéciale au contrat à caractère familial. L'on pense, tout particulièrement, aux pactes de famille. Cependant, notre étude n'a pas pour ambition de constituer une recherche fondamentale en la matière ; les questions du droit des

<sup>107</sup> V. par ex. *Travaux du 84<sup>e</sup> Congrès des notaires de France*, La Baule, 1988, spéc. p. 357 s. ; CHARLIN (J.), « Le contrat de concubinage. Formule », *JCP N* 1991, 459 ; STORCK (M.), « Les contrats de concubinage », *Journ. not.* 1988, p. 642 ; RANDOUX (D.), « Les contrats de concubins », in *Indépendance financière et communauté de vie*, Colloque du LERAP, Lille II, 19989, p. 97 s.

<sup>108</sup> Toutefois, l'analyse de certaines relations patrimoniales pourra être limitée en raison d'un manque de matière et de données. C'est le cas par exemple des conventions de dissolution du PACS, dont l'analyse est fortement limitée par le laconisme des dispositions de l'article 515-17 du Code civil et surtout par une pratique négligeable des contrats de dissolution conclus entre partenaires. Si l'on dispose de statistiques sur le nombre de pacs conclus ou dissous, les données administratives « laissent dans l'ombre ce qui n'est pas enregistré par l'État », v. DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-CL.), *Sociologie de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., 2021, La Découverte, p. 15 s. C'est le cas des conventions d'établissement ou de dissolution du PACS entièrement rédigées. L'analyse sémantique de ces dispositions révèle, par ailleurs, le choix du législateur d'un « langage courant, au lieu de faire référence à des notions juridiques comme un contrat, une convention ou des stipulations, ce qui laisse penser que la loi renvoie au non-droit. [Certes] le texte indique que les partenaires du Pacs doivent se mettre d'accord pour procéder à la liquidation. Mais la forme et le contenu de cet accord restent flous. Un accord informel semble tout à fait possible au regard du texte » (BAHUREL (CH.), « La liquidation du Pacs : amiable ou judiciaire ? » in *Le Pacs, 20 ans après*, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), dir., Dalloz, 2020, p. 199 s., spéc., p. 201). À cela il faut ajouter un argument de sociologie juridique selon lequel « le Pacs, à la différence du mariage, est une union qui assume dès le départ la précarité du couple et qui anticipe, dans ses règles de fonctionnement, le risque de rupture. En excluant par exemple les biens professionnels du domaine de l'indivision d'acquêts que peuvent choisir les partenaires, la loi coupe court à tout contentieux sur le sujet » (BAHUREL (CH.), « La liquidation du Pacs : amiable ou judiciaire ? » préc., p. 202).

successions ne feront l'objet que d'une analyse indirecte. En outre, le cadre théorique de notre recherche – le contrat – oblige aussi à mettre au second plan, sans les occulter, les actes juridiques unilatéraux qui se sont multipliés dans le droit successoral. Ces derniers ne seront envisagés que dans la mesure où ils participent à l'élaboration d'un pacte de famille.

Enfin, nous devons adopter la même attitude à l'égard du droit international privé. Si la thèse n'est pas une étude de droit international privé de la famille, il paraît tout à fait impossible de l'exclure de nos développements au regard du mouvement d'expansion de l'autonomie de la volonté dans le droit international familial. Une telle matière pénètre ainsi notre ouvrage par le biais des questions relevant du choix de la loi applicable ou de la juridiction compétente ; de l'arbitrage dans la matière familiale ou encore, plus fondamentalement, des problématiques liées à la gestation pour autrui et au tourisme procréatif.

Ainsi se précise l'objet de notre étude : elle intéressera essentiellement les situations contractuelles familiales qui interviennent lors de l'établissement ou de l'extinction d'une structure familiale ou encore qui concernent la détermination du comportement, tant personnel que patrimonial, des membres d'une même structure familiale. Il ne nous reste plus qu'à exposer la méthode qui sera suivie.

#### LA DÉMARCHE DE L'ANALYSE : UNE EXPLICATION FONCTIONNELLE

**20.** — Le fonctionnalisme « s'entend de toute théorie prétendant expliquer une classe d'objets ou de phénomènes par leur fonction (ou leur usage) plutôt que par leur structure intrinsèque »<sup>109</sup>. Cette théorie fournit, ainsi, une méthode d'explication d'une institution ou d'un concept, l'explication fonctionnelle, qui vise à « rendre intelligible une institution sociale ou culturelle en spécifiant sa contribution au fonctionnement de la société où elle est présente »<sup>110</sup>. Avec la plus grande simplicité, l'idée fonctionnaliste peut être réduite à une question simple : *à quoi sert un élément donné dans un système donné ?* Le lecteur pourrait s'interroger sur la pertinence de la transposition de cette méthode en notre matière. Le fait est que dès lors que l'on conçoit le Droit comme un « ensemble structuré, organisé et interdépendant des règles et des mécanismes juridiques qui s'appliquent dans une société »<sup>111</sup>, l'explication fonctionnelle, en tant que méthode, peut servir à son analyse. La notion de fonction a alors pour objet le Droit dans le fonctionnement global de la société dans son

<sup>109</sup> AUROUX (S.), dir., *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques, op. cit.*, p. 1005.

<sup>110</sup> BLAY (M.), dir., *Grand Dictionnaire de la philosophie*, Larousse – CNRS Éditions, 2012, p. 437 ; *adde* AUROUX (S.), dir., *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques, op. cit.*, p. 1008.

<sup>111</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, 3<sup>e</sup> éd., 2018, PUF, n° 8 s.

ensemble. En affinant encore plus notre perception, le Droit se conçoit comme un « agrégat de concepts, de règles et de mécanismes [qui], en dépit de leurs diversités et de leurs spécificités, constituent des éléments reliés les uns aux autres »<sup>112</sup> et qui « s'articulent, se complètent, s'influencent, si bien que “plus qu'un ensemble statique, le droit est un système animé par un dynamisme interne”, dont les règles sont hiérarchisées, complémentaires et interactives »<sup>113</sup>. Le Droit n'est, en définitive, qu'un système composé de sous-systèmes ou de « sous-ensembles en interaction »<sup>114</sup>. Chaque sous-ensemble, compris comme un système fermé, est susceptible de faire l'objet d'une analyse fonctionnaliste.

Aussi la méthode fonctionnaliste n'est-elle pas inconnue de la doctrine juridique. Elle est, ainsi, présente dans les écrits de théorie du droit portant le plus souvent sur l'intérêt et le rôle du Droit<sup>115</sup> ou de la norme<sup>116</sup> dans la société. À un niveau inférieur – sous-ensemble du système juridique – la méthode fonctionnelle a également été employée dans l'étude de la notion de contrat<sup>117</sup> et de ses composantes<sup>118</sup>, autrement dit de son contenu. L'explication fonctionnelle du contenu du contrat permet de saisir que celui-ci est une fusion des éléments et d'un tout. Le contenu du contrat désigne tant les éléments de celui-ci que l'opération juridique qui synthétise ces derniers. Cette idée a d'ailleurs une assise évidente en droit positif puisque l'article 1162 du Code civil impose la licéité tant des stipulations du contrat (son contenu matériel) que de son but (son contenu abstrait).

De telle sorte que, quant aux *éléments* du contrat, l'explication fonctionnelle du contenu du contrat offre une meilleure compréhension du contenu matériel en distinguant entre les clauses qui ont pour fonction de définir les prestations, les engagements de chacune des parties ; celles qui ont pour fonction de conférer des pouvoirs particuliers à l'une ou l'autre des parties – par exemple le droit de modifier unilatéralement le prix ; ou encore les clauses qui ont pour fonction d'aménager le règlement des différends. Au-delà de ses apports théoriques, une telle classification

<sup>112</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, n° 8, spéc., p. 12.

<sup>113</sup> GRIDEL (J.-P.), *Le Droit. Présentation*, PUAM, 2012, n° 33.

<sup>114</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, n° 8, p. 13.

<sup>115</sup> V. par exemple OST (FR.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonction, finalités*, Bruylant, coll. Penser le Droit, 2016, qui distingue à juste titre l'explication fonctionnelle du Droit de son analyse finaliste. Le fonctionnalisme ne se confond en effet pas avec le finalisme qui propose une méthode d'explication des phénomènes à partir du critère de la cause finale (v. BARAQUIN (N.) et AL. *Dictionnaire de la philosophie*, *op. cit.*, p. 227) ; le finalisme suppose « une fin préexistante à la fonction qui y tend ou la rend possible », COMTE-SPONVILLE (A.), *Dictionnaire philosophique*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, PUF, v° « Fonctionnalisme ». *Adde* FERRARI (V.), « Fonction du droit », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, ainsi que les références citées.

<sup>116</sup> V. par exemple LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013, p. 293 s. qui étudie, au sein des composantes de la notion de droit, les fonctions de la norme juridique.

<sup>117</sup> V. not. BARBAUD (M.-O.), *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2014.

<sup>118</sup> V. not. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, préf. L. AYNÈS, postface Fr. TERRÉ, LGDJ, 2012 ; GRAS (N.), *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. MEKKI, Centre Michel de l'Hospital, Presses universitaires, Université Clermont-Auvergne, 2018.

fonctionnaliste permet une meilleure définition des conditions de licéité de chaque type de clauses : le respect de l'ordre public s'agissant des clauses de prestations ; l'abstention de tout abus dans l'exercice d'une prérogative quant aux clauses de pouvoirs ; le respect des principes du droit processuel en ce qui concerne les clauses de différends<sup>119</sup>. Sur un plan pratique, l'analyse fonctionnelle du contenu explique certaines solutions du droit positif comme la survie des clauses relatives aux différends en cas de résolution du contrat<sup>120</sup>. La fonction d'une telle clause – aménager le règlement des litiges – explique qu'elle ne soit pas affectée lorsque précisément survient un litige entre les parties qui occasionne la résolution du contrat. Il en va de même des clauses indemnitaires dont la fonction est de régir les conséquences de l'inexécution<sup>121</sup>.

En ce qui concerne le contrat comme *tout*, l'explication fonctionnelle justifie l'analyse du contenu « non dans ses éléments [...], mais dans sa globalité », <sup>122</sup> c'est alors l'opération juridique du contrat qui est principalement considérée. Elle éclaire l'effet créateur de droit du contrat en ce que celui-ci, par la norme qu'il édicte, gouverne les rapports entre les parties : la vente ou l'échange assure le transfert de la propriété à l'acheteur ; le bail ou le prêt, son usage au preneur ; le contrat de franchise définit le cadre de la coopération entre le franchisé et le franchiseur ; le contrat de société organise les conditions de mise en commun et de partage de valeurs.

De la même manière, c'est à l'étude du fonctionnement du droit de la famille, sous-ensemble du Droit, qu'il s'agit de transposer ladite méthode. L'objet d'étude choisi est le contrat à travers son contenu. En effet, l'explication fonctionnelle du contrat en droit de la famille revient à déterminer la contribution objective du contrat au fonctionnement du droit de la famille. Cette application d'une méthode sociologique à la problématique du contrat en droit de la famille confère à la recherche un aspect relevant de la sociologie juridique. Celle-ci étant, parfois, simplement définie comme « l'application de la méthode sociologique au droit »<sup>123</sup>. L'étude n'en demeure pas moins une synthèse de droit positif de la famille.

## LES ENJEUX DE L'ÉTUDE

**21. — Théorie.** Ainsi, la figure contractuelle se révèle de plus en plus présente en droit de la famille, elle est invoquée par tous, tout en paraissant énigmatique et impénétrable. Si les principes

<sup>119</sup> Sur cette typologie, v. HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, th. préc.

<sup>120</sup> C. civ., art. 1230.

<sup>121</sup> V. TERRÉ (FR.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (FR.), *Droit civil. Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 824.

<sup>122</sup> V. TERRÉ (FR.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 355.

<sup>123</sup> CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique, op. cit.*, p. 153.

du phénomène de contractualisation de la famille et de son droit sont bien établis, la question de ses conséquences techniques et des débats qu'elles engendrent reste ouverte. L'enjeu principal de l'étude est donc d'apporter un éclairage sur l'existence d'une norme contractuelle qui trouverait son origine dans des « contrats de la famille »<sup>124</sup> et d'en révéler la spécificité. Il s'agit moins de savoir si – oui ou non – le droit de la famille, du fait de sa spécificité, est susceptible de se soustraire à l'emprise des volontés individuelles, que de s'interroger sur la force créatrice du contrat en droit de la famille. En un mot, le contrat peut-il, dorénavant, être considéré comme une source du droit de la famille ? Ces questions sont au cœur de notre recherche sur le contenu du contrat en droit de la famille.

**22. — Pratique.** La discussion que nous nous proposons de mener n'est pas qu'empreinte de théorie, elle se donne également pour ambition de proposer des solutions aux interrogations pratiques que ne cesse de soulever l'expansion du contrat dans le droit de la famille, l'intérêt pratique du sujet est tout aussi immédiat que son intérêt théorique. Citons, par exemple, l'incertitude qui règne sur le divorce par acte sous seing privé contresigné par avocat : qu'en est-il de l'existence d'une cause de nullité affectant l'acte ? Que penser également de l'étendue de la nullité d'un tel contrat qui, faut-il le rappeler, fonde le divorce des époux ? La thèse fournit, sur ce point, une solution quant aux suites à donner à la contestation et à l'annulation de ce contrat. Dans une autre perspective, les soubresauts jurisprudentiels que connaît l'aménagement contractuel de la contribution aux charges du mariage seront au cœur de notre analyse : la faculté reconnue aux époux, par la jurisprudence, de stipuler des clauses de présomption irréfragable voire des clauses de non-recours sera discutée. De même que sera vérifiée la possibilité d'un débordement en dehors des relations matrimoniales d'une telle jurisprudence : la pratique pourrait-elle envisager de stipuler des clauses de présomption dans un contrat de PACS voire dans une convention d'autorité parentale ? Pour achever cet inventaire non exhaustif des questionnements pratiques, l'étude entreprise sera l'occasion d'envisager plus avant les potentialités de contractualisation des sanctions conjugales, par le truchement de mécanismes du droit des contrats tels que la clause pénale ou encore la clause résolutoire ; sans exclure la contractualisation du litige à travers l'ouverture des espaces de liberté au regard de la diffusion en matière familiale de la philosophie amiable.

**23. — Politique.** Il y a au cœur de toute étude sur la conquête par la technique contractuelle, en tant que mode de régulation des rapports sociaux, de domaines qui lui étaient auparavant clos une

---

<sup>124</sup> LECUYER (H.), *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, Thèse, Paris 2, 1993, n° 109, p. 171.

interrogation philosophique, voire morale : est-il possible – ou judicieux – de concilier le contrat et la sécurité, la protection des individus ? L'objection est d'autant plus légitime dans la matière familiale où l'évolution fut celle d'une reconnaissance de l'autonomie et de l'individualité de chacun des membres de la famille – la femme et l'enfant libérés de l'autorité du mari et du père de famille. En la matière, l'interventionnisme étatique n'a eu comme boussole que l'affirmation de l'égalité – par exemple en matière de filiation et dans les relations entre époux – et la liberté au sein de la cellule familiale. À rebours de ce mouvement émancipateur, le contrat ne risque-t-il pas d'être l'instrument d'une nouvelle « oppression » familiale et d'une puissance nouvelle ? La question déborde, par ailleurs du seul cadre du droit de la famille et touche au droit des personnes à travers la problématique de la gestation pour autrui. L'attention portée à ces problèmes sera évidemment grande. Par exemple, l'exclusion de la voie contractuelle dans un contexte de violence familiale sera ainsi rappelée ; de même, le besoin légitime de protéger l'intérêt de l'enfant s'affirme comme un obstacle évident à une libéralisation de la régulation contractuelle entre parents. Parfois, cependant, la pertinence contemporaine de certains présupposés philosophiques ou moraux du droit de la famille ou des personnes pourra être discutée à l'occasion, notamment, de l'extension de l'approche volontariste dans le droit de la filiation. Le renouvellement du contenu des principes d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain sera ainsi envisagé.

#### LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉTUDE

**24.** — Afin de préciser notre problématique, il faut rappeler, brièvement, les prémisses théoriques dont elle découle. À un stade élémentaire, l'étude participe d'une analyse des interactions entre le contrat et la famille à partir du contenu du contrat. Le contrat doit être compris dans ses éléments essentiels : un accord de volontés destiné à produire des effets de droit. Une telle appréhension permet d'englober les variétés des situations contractuelles du droit de la famille – qu'il s'agisse des accords, des pactes ou des conventions. À ce postulat théorique s'ajoute une méthode : l'analyse fonctionnelle qui permet de comprendre le rôle du contrat dans le droit de la famille à partir de l'analyse de contenu. Le concept de contenu du contrat est tout à la fois un mot du code et un mot de la théorie générale du contrat. Il est susceptible de faire l'objet d'une double explication : il renvoie tant au contenu matériel du contrat – les stipulations contractuelles – qu'à son contenu abstrait – l'opération juridique contractuelle. C'est à partir de ce dualisme que se forme la problématique générale de notre essai : l'étude du contenu du contrat permet-elle de révéler la singularité de l'opération juridique du contrat en droit de la famille ?

## LA SUBSTANCE DE LA THÈSE

25. — L'analyse fonctionnelle du contenu du contrat en droit de la famille aboutit à deux constats essentiels. D'abord celui de l'unité fonctionnelle des diverses stipulations contractuelles des contrats du droit de famille qui contribuent à l'organisation de la relation familiale. Ensuite, celui de l'unité fonctionnelle de l'opération juridique des différents contrats du droit de la famille qui concourent à la structuration du lien familial. En un mot, en droit de la famille, le contrat assure l'organisation des rapports familiaux et la structuration du lien familial.

26. — L'organisation contractuelle des rapports familiaux est somme toute une opération classique du contrat en droit de la famille. Elle est par exemple admise de longue date dans les rapports patrimoniaux où les époux peuvent aménager leurs conventions matrimoniales. L'étude du contenu du contrat au sens de ses *stipulations* révèle la tendance extensive de cette opération dans le volet des rapports personnels : l'organisation de la relation familiale c'est-à-dire du comportement familial. En ce domaine, la liberté des parties ne se limite plus à une simple possibilité d'aménagement contractuel de la relation. *Il s'agit d'un essor, confirmé, d'une disponibilité régulée qui redessine les limites de la liberté contractuelle dans le paysage familial, désormais, orienté vers la prévisibilité et l'anticipation des incidences de la relation familiale par le contrat.* L'actualité des aménagements contractuels ayant pour objet les obligations contributives familiales en atteste<sup>125</sup> ; on pense notamment aux clauses de contribution aux charges du mariage entre époux qui définissent concrètement le devoir personnel des époux d'assurer la direction matérielle de la famille. Naturellement, l'anticipation contractuelle n'est pas inconnue du droit de la famille et, plus spécifiquement, du droit patrimonial de la famille<sup>126</sup>. On songe au droit des successions et aux nombreux pactes sur succession future autorisés en raison de l'existence d'un lien familial. L'intérêt même d'un tel pacte est d'anticiper le décès de l'un des membres de la famille. Cependant, cet essor de l'anticipation contractuelle familiale tend à déborder du seul lit successoral et à s'étendre à l'ensemble des rapports familiaux. On assiste à la mise en place d'une pleine organisation contractuelle de la relation familiale. Celle-ci se caractérise par la pluralité de ses modalités et du contenu contractuel que ce soit à travers l'organisation substantielle de la vie familiale (la définition du comportement familial et de sa sanction) ou l'anticipation de la crise familiale (l'aménagement des modalités de la résolution des litiges au sein de la famille) ; pluralité que permet, ainsi, d'ordonner l'analyse fonctionnelle des diverses clauses contractuelles des

---

<sup>125</sup> V. *infra*, n° 74 s.

<sup>126</sup> V. par ex., AURIOL (A.), *L'anticipation successorale à l'épreuve de l'ordre public successoral*, thèse, Bordeaux, 2022.

contrats de la famille. Il en ressort la confirmation du passage d'un ordre public familial à un ordre privé impératif<sup>127</sup>, d'où surgit une plus ample disponibilité des droits relevant du statut familial.

**27.** — Cette disponibilité se confirme par l'élargissement de la dynamique du contrat qui déborde de sa sphère classique dans le droit de la famille et qui signale, à la lumière des leçons de l'histoire, un renouveau d'un rôle du contrat dans les structures familiales. En effet, l'analyse fait apparaître l'essor d'une opération contractuelle longtemps dissimulée en droit de la famille et qui lui est particulière : la *structuration du lien familial, c'est-à-dire l'aptitude du contrat à faire et défaire une structure familiale*. Par structure familiale, l'on entendra l'unité familiale composée de personnes unies par un lien conjugal ou de parenté. C'est donc l'institution du lien familial par un contrat qui est caractéristique cette opération juridique. La singularité de cette dernière tient moins à son originalité – la structuration d'une affaire commerciale ou d'une entreprise étant courante dans les matières contractuelles – qu'à son objet particulier, la structure familiale. L'on ne structure pas une affaire commerciale comme l'on structure un lien familial. Concrètement, la structuration contractuelle en droit de la famille emporte une modification du statut personnel des personnes concernées, autrement dit de leur état civil. Elle est alors le résultat parfait des tendances contemporaines du droit de la famille qui oscille entre une disponibilité de plus en plus étendue et une offre de pluralisme et de personnalisation de la vie familiale. À cette unité conceptuelle de l'opération de structuration du contrat dans le droit de la famille (la transformation du statut personnel) correspond une dualité du contenu des contrats de structuration de la famille en raison du dualisme des modalités de réalisation de ladite opération : l'institution et l'extinction d'une structure familiale.

**28.** — En conséquence, l'étude entend s'affranchir de l'appréhension des liens du contrat et de la famille à travers le récit classique d'un rapport d'opposition. Ce dernier, qui eut longtemps cours dans le discours sur la contractualisation du droit de la famille, a, au demeurant, été particulièrement fructueux en doctrine<sup>128</sup>. Ce nonobstant, l'accentuation du phénomène depuis les premiers travaux

<sup>127</sup> Sur cette thèse, v. TANI (A.), *L'ordre public matrimonial et le droit patrimonial de la famille. Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, préf. B. Beigner, Defrénois, 2020.

<sup>128</sup> V. not. FENOUILLET (D.), et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., *La contractualisation de la famille, op. cit.* ; LÉCUYER (H.), *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. préc. ; JULIEN (P.), *Les contrats entre époux*, préf. P. KAYSER, LGDJ, 1962 ; THOMAS (G.), *Les interférences du droit des obligations et du droit matrimonial*, préf. P. LAGARDE, Presses universitaires de Grenoble, 1974 ; LABBÉE (X.), *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels*, Préf. J. HAUSER, Presses Universitaires du Septentrion, 1996 ; BALBO-IZARN (N.), *Conventions entre époux et divorce : Contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*, Thèse, Toulon, 2000 ; LESBATS (Ch.), *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, Thèse, Nantes, 1999 ; LAZARUS (C.), *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, préf. D. FENOUILLET, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009 ; LUCAS (C.), *Du contrat de famille à la famille contractuelle : étude de droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Poitiers, 2000 ; Targues (I.), *Les obligations conventionnelles nées du divorce*, Thèse, Paris 2, 2017.

doctrinaux importants qu'il a suscités, légitime un renouvellement de son analyse dans une étude approfondie. En d'autres termes, la thèse tend à renouveler les rapports du contrat et du droit de la famille à travers l'assimilation du premier par le second. Comme cela a pu être fait dans un autre domaine du droit de la famille<sup>129</sup>, c'est en s'élevant au-dessus de la mêlée qu'il sera possible de discerner l'esprit d'unité qui traverse le contractualisme familial. Si notre recherche n'a pas pour ambition de proposer une théorie générale du contrat en droit de la famille, elle tend, assurément, à contribuer à son édification. À cet égard, en multipliant les hypothèses de contrat dans le droit de la famille, le mouvement de contractualisation en a éclaté la présence. Il n'existe plus de domaine réservé de la loi dans le droit contemporain de la famille. L'incidence du contrat se remarque tant dans les rapports de parenté que dans les rapports conjugaux. Contre toute attente, cet éclatement du contrat lui confère une cohérence quant à son action dans le droit de la famille puisqu'il se prête à une étude synthétique. C'est, en définitive, vers une compréhension plus précise de la recomposition actuelle du droit de la famille que mène notre exploration du contenu du contrat en cette matière. Celle-ci permet de souscrire à la vision du contrat comme force créatrice de ce droit.

## PLAN

**29.** — La notion de contenu du contrat, avons-nous dit, recouvre deux acceptions. Ces deux acceptions permettent d'appréhender l'idée du contrat dans le domaine familial. Dans un premier temps, le contenu du contrat renvoie à l'étude de l'organisation d'un rapport juridique. Dans un second temps, l'analyse du contenu du contrat permet la détermination de l'opération juridique du contrat.

**30.** — En prenant appui sur l'explication fonctionnelle du contenu du contrat dans le droit de la famille, le plan de notre ouvrage apparaît tout naturellement. Dans la première partie, l'analyse du contenu du contrat conduit au constat d'une organisation contractuelle de la relation familiale par le biais de diverses stipulations contractuelles ; elle se rapportera à la résolution des interrogations soulevées par l'expansion de ladite organisation dans la matière familiale. La seconde partie permettra de démontrer l'élargissement contemporain du rôle du contrat qui déborde de son utilité classique en droit de la famille ; elle sera ainsi consacrée à l'originalité de l'opération juridique du contrat en matière familiale : la structuration du lien familial.

Le plan que nous formulons offre l'avantage d'une démonstration linéaire diachronique. Il permet d'étudier les transformations du contrat dans un rôle qui ne lui a presque jamais été dénié

---

<sup>129</sup> V. par ex. HOUSIER (J.), *Les dettes familiales*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, 2017.

dans la matière familiale (celui de permettre des aménagements plus ou moins prononcés de tel ou tel élément du droit statutaire qu'est le droit de la famille), puis d'étayer la mutation progressive du rôle du contrat à travers l'étude de la remise en cause des principes sur lesquels repose habituellement la construction d'une structure familiale, le contrat se faisant l'instrument de la reconnaissance juridique de nouvelles formes de structures familiales.

Les deux parties de la thèse forment, ainsi, les volets d'un diptyque où se trouve étudié un même problème fondamental : celui du contrat en tant que source du droit en matière familiale.

Première partie. L'organisation de la relation familiale.

Seconde partie. La structuration du lien familial.







## PREMIÈRE PARTIE

### L'ORGANISATION DE LA RELATION FAMILIALE

**31. — Une explication de l'essor de l'organisation contractuelle de la relation familiale.** La construction du droit contemporain de la famille est imprégnée de l'aphorisme de Portalis selon lequel « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »<sup>130</sup>. En s'abstenant de l'ambition irraisonnée de vouloir tout prévoir, le législateur familial contemporain fait le choix d'abandonner certains pans du droit de la famille à la sagacité des individus. Ce procédé ne fait que croître à rebours de l'emprise publique sur les affaires familiales avec l'avènement de l'État moderne. Le législateur familial contemporain passe pour rechercher un « prétendu bonheur par le droit »<sup>131</sup>, alors même qu'aucun principe fondamental du droit français ne permet de présumer l'existence d'un « droit au bonheur »<sup>132</sup>. Comme le soulignent Messieurs Terré et Molfessis, c'est « parce que la mission première de l'État-providence est d'assurer le bien-être et la sécurité de ses membres [que] son droit d'intervention ne peut plus s'arrêter au seuil de la maison [au détriment de] la séparation des ordres, entre le public et le domestique. C'est ainsi, au nom d'un bien-être individuel et d'un droit à la sécurité dont elle serait la garante, que la loi va pénétrer les foyers »<sup>133</sup>. Or, si traditionnellement « l'on pouvait penser que les gens heureux vivaient sans le droit »<sup>134</sup>, la tendance « invasive »<sup>135</sup> du droit de la famille tranche avec la conception classique de la famille comme lieu naturel de production de phénomènes de non-droit<sup>136</sup>. En réalité, sans s'opposer aux « petits arrangements en famille », le droit contemporain privilégie l'arrangement fait à la lumière du droit,

---

<sup>130</sup> PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

<sup>131</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale du droit*, 14<sup>e</sup> éd., 2023, Dalloz n° 112 ; *adde* TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 429 – n° 818 ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 31 ; MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., 2023, LGDJ, n° 7. L'on pourrait y voir l'esprit de fond des réformes contemporaines du droit de la famille à travers une double idéologie égalitaire et libérale, comme le pensait Jean Carbonnier, v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 285 s.

<sup>132</sup> Comp. avec la Déclaration d'indépendance américaine de 1776, imprégnée des valeurs des Lumières (v. LOTY (L.), « Que signifie l'entrée du bonheur dans la Constitution ? », in *Le bonheur au XVIII<sup>e</sup> siècle*, FARRUGIA (G.), DELON (M.), dir., Presses Universitaires de Rennes, 2015, p. 79 s.), qui affirme que : « Tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur ». Toutefois, cette aspiration au bonheur fondait un droit à refuser tout despotisme et partant confirme cette idée universelle des Lumières que l'épanouissement individuel est indépendant du droit étatique (v. TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 110). Cette conception est semblable à l'idée de bonheur de tous, but de la société au sens de la Constitution du 24 juin 1973 (v. art. 1). Tout autre est la tendance moderne qui « pointe avec l'émergence de l'État-providence [et qui] se préoccupe de l'homme en situation. [...] Dans cette approche subjectiviste, l'épanouissement individuel passe par la loi. Ce n'est pas l'absence de droit qui est érigée en condition du bonheur ; c'est au contraire sa sollicitude sans cesse croissante », TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, *ibid.* Sur l'idée du bonheur comme fondement et but des droits et libertés fondamentaux, v. LEMAIRE (F.), « Le bonheur, un principe constitutionnel ? », in *Aux confins du droit. Mélanges Xavier Martin*, Presses universitaires de Poitiers, LGDJ-Lextenso, 2015.

<sup>133</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, *ibid.*, p. 174.

<sup>134</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, *ibid.*

<sup>135</sup> Cette intrusion n'est, évidemment, pas exclusive de progrès, l'on renvoie par exemple, au dispositif de lutte contre les violences intraconjugales : C. civ., art. 515-9 s., sur lesquelles v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1122 s.

<sup>136</sup> CARBONNIER (J.), « L'hypothèse du non-droit », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., 2001, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 25 s.

une organisation véritablement consensuelle de la famille. Aussi l'autonomie de la volonté est un principe, sinon consubstantiel, au moins naturel du droit de la famille, puisqu'il l'est à la famille. Elle ne varie que dans l'importance qui lui est accordée, au fil de l'histoire. Pour le dire autrement, si traditionnellement la loi détermine, en priorité, la condition d'exercice de la relation familiale, il lui arrive de faire la place au contrat. Dans l'ordre des relations familiales, le contrat a toujours été un accessoire de la loi familiale, agissant le plus souvent à titre supplétif. D'une certaine façon, à un niveau très élémentaire, aborder l'organisation contractuelle de la relation familiale revient à étudier la question de l'étendue de la liberté contractuelle des individus dans l'aménagement de leurs rapports familiaux. À cet égard, l'intrusion juridique dans la vie domestique participe du renouvellement de la liberté contractuelle des membres de la famille, en ce qu'il favorise l'avènement d'une famille libérale<sup>137</sup>. Il y a, en effet, un paradoxe en ce que tout en justifiant l'inflation juridique<sup>138</sup> la législation constante des divers aspects de la vie familiale aboutit, dans certaines hypothèses, à une contractualisation de la relation familiale qui a vocation à évincer le droit étatique, en principe, imposé<sup>139</sup>. Tout autant qu'il multiplie « lois domestiques, qui ont vocation à régir la vie à l'intérieur de la maison »<sup>140</sup>, le droit familial contemporain favorise la multiplication des « contrats domestiques ». Nous l'observerons dans la seconde partie de cette étude à propos de la construction de la structure familiale. Mais, si structuration contractuelle du lien familial suscite bien des controverses, il ne semble pas que ces griefs puissent être étendus au contenu des conventions portant sur l'organisation de la relation familiale. Sur cette lancée, il est incontestable que le droit de la famille connaît une multiplication du recours au contrat, témoignage d'une promotion de l'organisation contractuelle de la relation familiale.

De manière générale, l'importance des clauses du contrat est dorénavant telle que l'on pourrait, à leur égard, parler de contrat dans le contrat : « alors que le contrat classique pouvait prétendre être plus que l'addition de ses clauses, symétriquement la clause peut aujourd'hui être plus qu'une division syntaxique du contrat »<sup>141</sup>. De telle sorte que l'évocation de l'autonomie des clauses contractuelles relève presque d'une certaine banalité. Comme l'a noté Monsieur Mekki, les clauses contractuelles sont aujourd'hui « les capteurs sensibles du droit des contrats »<sup>142</sup>. Ceci est

<sup>137</sup> Sur la pénétration de la logique de marché dans la famille, v. FRISON-ROCHE (M.-A.), « Une famille à sa main », *APD* 2014, p. 249.

<sup>138</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 110 s.

<sup>139</sup> Sur la mutation de l'intervention étatique dans le droit de la famille, v. HAUSER (J.), « Une république familiale », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 139 s.

<sup>140</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 111, p. 173.

<sup>141</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43, spéc. n° 16.

<sup>142</sup> MEKKI (M.), « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie) », *RDC* 2016, n° 4, p. 1051.

certainement dû à l'invention constante dont fait preuve la pratique et à l'essor de ce que l'on peut désigner comme une science des clauses contractuelles, la technique contractuelle<sup>143</sup>. Ce foisonnement pratique des clauses du contrat se traduit par l'importance du contentieux qu'elles génèrent : la question de la validité des clauses, leur interprétation, leur sanction ou encore leur survie au contrat en lui-même constituent le cœur de l'activité du juridique en droit des contrats. On en veut pour exemple les sagas jurisprudentielles concernant les clauses limitatives et exonératoires de responsabilités<sup>144</sup>. Les rédacteurs de la dernière réforme du droit des contrats ne s'y sont pas trompés en consacrant en droit positif plusieurs nouvelles dispositions aux clauses du contrat. Ainsi, la liberté contractuelle s'exerce moins par l'invention de formes contractuelles nouvelles que par l'invention de clauses originales adaptées à un type de relation contractuelle<sup>145</sup>. Cette analyse du contrat à partir de ses clauses est particulièrement seyante à un droit de la famille de plus en plus libéral.

**32. — La tendance de fond : l'aménagement et l'anticipation par le contrat.** Comme le relève la doctrine, à l'ombre des balises légales, la « place du contrat en droit de la famille est marquée (...) par une extension »<sup>146</sup>. En pratique, les possibilités d'aménagement anticipé et de personnalisation de la relation familiale semblent bien au-delà de ce que permettent les textes. Une justification générale est souvent invoquée : le passage d'un ordre public de direction à un ordre public de protection<sup>147</sup>. De cette métamorphose liquide des principes du droit de la famille émergent de nouveaux espaces de liberté. Les garde-fous prévus par une volonté de diriger la société ne semblent pas transposables *in extenso* dès lors qu'il ne s'agit plus que de protéger des intérêts privés. La réorganisation du droit de la famille autour de la protection d'intérêts privés a ainsi entraîné une

<sup>143</sup> V. MOUSSERON (J.-M.), MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, 4<sup>e</sup> éd., 2010, Éditions Francis Lefebvre ; BUY (F.), LAMOUREUX (M.), MESTRE (J.), RODA (J.-Ch.), dir., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, Lextenso ; DROSS (W.), *Clausier: Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis.

<sup>144</sup> V. en ce sens, LEVENEUR-AZÉMAR (M.), *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017. Dans le même ordre d'idées, nous renvoyons à la détermination du caractère abusif des clauses ou encore à la question des clauses du contrat d'adhésion...

<sup>145</sup> Lorsque les individus se décident à contracter c'est souvent en contemplation d'un but précis, d'un intérêt qui leur est propre, ils sont donc les mieux placés pour construire l'instrument le plus à même de permettre d'atteindre cet objectif. Comme l'exprimait Domat, la possibilité offerte aux individus de façonner le contenu de leur contrat répond directement à la « diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entre eux les communications, et les commerces de leur industrie, et de leur travail, et de toutes choses selon leurs besoins », DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Œuvres complètes, Livre premier, 1697, p. 122. À cette infinité de possibilités répond une infinité de contenus du contrat. Le contrat et son contenu se présentent comme « une création des parties dans ses moindres détails, une innovation totale et toujours renouvelée (d'une) réalité concrète et individuelle, qui ne peut s'inspirer, ni être confrontée à un quelconque modèle abstrait », v. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf., J. GHESTIN, LGDJ, 1999, spéc., n°7.

<sup>146</sup> TERRÉ (FR.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 46.

<sup>147</sup> Sur le déclin de l'ordre public de direction en matière familiale, v. par ex. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 392 s. NIBOYET (Fr.), th. préc. ; TANI (A.), th. préc. ; LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 392 s. ; MASSON (A.), « L'ordre public familial en péril », *RTD civ.* 2008, p. 809.

mutation de la nature de l'ordre public familial dans le sillage de l'ordre public général. Alors qu'il était essentiellement prohibitif (l'ordre public de direction<sup>148</sup>), l'ordre public est dorénavant prescriptif (l'ordre public de protection), il « conduit à imposer beaucoup plus souvent des comportements positifs au nom de principes jugés supérieurs »<sup>149</sup>. Lorsque ces principes ne visent plus à protéger la société dans son ensemble, mais l'individu, alors la confusion naît entre les lois d'ordre public et les lois impératives. Sans doute que cette confusion est naturelle, puisque « si toutes les lois d'ordre public sont nécessairement des lois impératives, toutes les lois impératives ne sont pas des lois d'ordre public »<sup>150</sup>. Comme le notait Capitant, les unes visent à « assurer le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ordre nécessaire à l'organisation sociale, et le respect de la morale », tandis que les autres tendent à la « protection d'intérêts privés »<sup>151</sup>. Initialement considérées comme d'ordre public, les règles qui intéressent l'organisation même de la famille s'apparentent progressivement à des lois impératives, se rapprochant ainsi du droit patrimonial de la famille. Sans doute que la transformation des règles de l'organisation familiale en droits subjectifs permet de l'expliquer<sup>152</sup>. De même que la sanction de ces règles : si le droit de la famille abandonne, de plus en plus, la satisfaction d'un intérêt général pour la protection des intérêts privés – ou, dit autrement, il fait de cette dernière protection un but d'intérêt général. Ce qui revient à la même idée – il en tire des conséquences quant à la sanction des règles familiales. Ainsi, la nullité absolue, classiquement attachée à la violation d'une règle d'intérêt général, recule au profit de la nullité relative protectrice d'intérêts privés<sup>153</sup>. Or, ce faisant, la voie est ouverte à une incidence de la

<sup>148</sup> C'est l'ordre public classique, formulé à l'article 6 du Code civil qui échappe à toute emprise de la volonté, parce qu'il intéresse le « bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité », v. MALAURIE (Ph.), *Les contrats contraires à l'ordre public, étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse, Paris, 1951, n° 99, p. 69.

<sup>149</sup> LEMOULAND (J.-J.), PIETTE (G.), HAUSER (J.), « Ordre public et bonnes mœurs », v° « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.* Dalloz, n° 4.

<sup>150</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 565, p. 776.

<sup>151</sup> CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 5<sup>e</sup> éd., 1929, A. Pedone, n° 26, spéc., p. 58 et 59.

<sup>152</sup> La multiplication des droits individuels dans le mariage et dans l'organisation conjugale en général l'illustre parfaitement, v. plus en détail TANI (A.), th. préc., n° 177 s. On peut citer l'exemple du devoir de respect entre époux, de la protection du logement familial qui, par sa sanction, s'apparente plus à une mesure de protection individuelle et non familiale (v. KARM (A.), « Mariage. – Organisation de la communauté conjugale et familiale. – Communauté de résidence (art. 215, al. 2 et 3) », *JCl. Civil code*, art. 212 à 215, Fasc. 30, LexisNexis, 27 juin 2019, n° 61), ou encore les règles relatives à l'autonomie patrimoniale et professionnelle des époux. Dans le volet patrimonial, l'on songe à la subjectivisation des droits relatifs à la réserve, par la multiplication des hypothèses de renonciation individuelle.

<sup>153</sup> Sur cette différence des finalités, v. C. civ., art. 1179. Les hypothèses de nullité absolue sont rares en droit de la famille. En matière extrapatrimoniale, on pense particulièrement à la sanction des règles de validité du mariage (C. civ., art. 184 s.) ; la vigueur de la sanction étant atténuée par le fait que la loi admet « nombre de faits confirmatifs ayant pour conséquence la régularisation du mariage nul, et qui sont autant de dérogations au droit commun des nullités absolues », TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 145. On pense encore à la sanction du formalisme de la reconnaissance volontaire d'un enfant, qu'elle soit unilatérale (C. civ., art. 316) ou conjointe (C. civ., art. 342-10), qui requiert un acte authentique, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 705. En droit patrimonial de la famille, c'est encore la sanction du formalisme qui illustre le rare cas d'une nullité absolue : la jurisprudence considère ainsi que la sanction du vice de forme d'une libéralité (C. civ., art. 931) est une règle d'ordre public (Civ. 1<sup>re</sup>, 11 sept. 2013, n° 12-15.618, *RTD civ.* 2014, p. 424, obs. M. GRIMALDI), sanctionnée d'une nullité absolue (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 1972, *JCP G* 1973, II, 17461, note M. DAGOT ; *Deffrénois* 1973, p. 933, note G. MORIN ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1983, n° 82-10.426, *D.* 1983, p. 317, note A. BRETON ; *RTD civ.*

volonté sur l'efficacité de la sanction<sup>154</sup>. C'est dans ce renouvellement des principes et objectifs du droit de la famille que prend source l'activité créatrice de la jurisprudence et plus particulièrement de la Cour de cassation, qu'Oppetit désignait comme « l'interprétation extensive de la loi »<sup>155</sup>.

Ainsi, dans l'ordre des relations familiales, la loi comme la jurisprudence façonnent le périmètre d'exercice de la volonté et favorisent l'affirmation d'une organisation contractuelle de la relation familiale. La faveur pour une l'aménagement et l'anticipation par le contrat des incidences juridiques de la relation familiale apparaît comme une tendance profonde et caractéristique du droit contemporain de la famille : cette dernière se développe tant au regard de l'aménagement de la vie familiale – c'est-à-dire la détermination du comportement familial et de sa sanction (**Titre premier**), qu'au regard de l'anticipation de la crise familiale – l'aménagement conventionnel anticipé des modalités de règlement des litiges familiaux (**Titre second**).

---

1983, p. 773, obs. J. PATARIN et 749, obs. Fr. CHABAS), insusceptible de confirmation (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 1967, *D.* 1967, p. 584, note A. BRETON ; *JCP G* 1967, II, 15225, note R. L.).

<sup>154</sup> De manière générale, l'article 1181 du Code civil qui prévoit la possibilité de couvrir une nullité relative par la confirmation trouve son application en droit de la famille. Celui-ci en fait par ailleurs une application en matière de mariage : les cas de nullité relative du mariage, pour vice ou défaut de consentement (v. C. civ., art. 180, 182), peuvent être couverts par la confirmation (C. civ., art. 183). En outre, en matière de divorce, la volonté des époux peut par exemple exclure la sanction qu'est le divorce pour faute (C. civ., art. 244).

<sup>155</sup> OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 66 s.



## TITRE PREMIER – L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DE LA VIE FAMILIALE

**33. — Un constat préliminaire.** C'est en principe la loi qui prescrit et sanctionne le comportement que doivent adopter les membres d'une même famille<sup>156</sup>. Toutefois, à l'inverse de la tradition des règles gouvernant la naissance ou l'extinction d'une structure familiale, la loi, dans le domaine des relations familiales, a parfois un caractère non exclusif. L'on pense en particulier au droit des régimes matrimoniaux. La coexistence d'un régime légal et de régimes conventionnels démontre cette accoutumance du droit de la famille à un rôle naturel du contrat dans les relations principalement patrimoniales familiales<sup>157</sup>. En dehors des relations par essence patrimoniales<sup>158</sup>, toutefois, la vocation exclusive de la loi a tendance à reparaître. Aussi les relations personnelles entre les membres de la famille sont-elles, longtemps, demeurées sous l'égide de la loi : traditionnellement, en ce qui concerne le « devoir être » familial, les prescriptions légales sont le plus souvent *ne varietur*<sup>159</sup>. Lorsque l'action de la volonté est permise, « les parties ne sont libres que dans l'espace que la loi leur a assigné »<sup>160</sup>. En conséquence, la liberté contractuelle semble se réduire à son essence primaire, la liberté de contracter ou de ne pas contracter<sup>161</sup>. Ce premier constat est, cependant, à nuancer, et ce à double titre : au regard du droit international privé de la famille et compte tenu de l'évolution en droit interne.

**34. — L'influence du droit international privé.** La détermination du comportement familial est influencée par « l'internationalisation et l'eupéanisation » du droit de la famille<sup>162</sup>, qui concernent tant le volet substantiel que le volet procédural des rapports familiaux. En ce qui concerne, pour l'instant, le volet substantiel, puisque la détermination du comportement familial est, en priorité, dépendante de la loi, l'internationalisation des rapports familiaux pose la question de la détermination de la loi nationale qui prescrira le comportement auquel doivent s'astreindre les membres de la famille. Or, la résolution de cette discussion est, dans l'ordre international, et plus

---

<sup>156</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1117.

<sup>157</sup> La doctrine souligne, ainsi, le rôle important du contrat à travers la pratique notariale en matière de régimes matrimoniaux, v. par ex. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 29 et n° 133.

<sup>158</sup> Encore faut-il éviter toute généralité, puisque certaines relations pécuniaires, à l'exemple des obligations alimentaires, demeurent, par principe, exclues du domaine de la volonté en ce qu'elles sont d'ordre public et, partant, ne peuvent faire l'objet d'aucune renonciation ou cession.

<sup>159</sup> Ainsi en est-il, en principe, des obligations personnelles entre époux, ou des obligations parentales.

<sup>160</sup> LATINA (M.), « Contrat (Généralités) », *Rép. civ.*, Dalloz, n° 105.

<sup>161</sup> Le plus souvent, les parties se contentent de couler leur volonté dans des modèles de contrats dont la réglementation et surtout le contenu sont prédéterminés par la loi. Les limites de l'organisation contractuelle des rapports familiaux paraissent clairement balisées. L'article 6 du Code civil affirme en ce sens qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. De manière plus spécifique à la famille, les articles 226 et 1388 disposent que, sauf précision contraire, les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs, ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle.

<sup>162</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 39. *Adde* LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 168 s.

spécifiquement, dans l'espace européen, de plus en plus abandonnée à la volonté des parties. Ainsi, est-il possible de faire le choix applicable dans les domaines suivants : les obligations alimentaires<sup>163</sup> ; le divorce et la séparation de corps<sup>164</sup> ; les régimes matrimoniaux<sup>165</sup> ; les partenariats enregistrés<sup>166</sup> ; les successions<sup>167</sup>. La compétence ainsi conférée à la volonté de déterminer la loi applicable à des situations familiales n'est pas sans incidence sur les comportements qui sont prescrits par le droit interne français. Parce qu'il n'existe pas de conception universelle de la famille et, encore moins, des obligations qui découlent d'un lien familial entre deux individus, la faculté de choisir la loi applicable à une relation familiale donnée ne peut qu'offrir aux parties un pouvoir, indirect, d'aménagement et de détermination des comportements auxquels ils souhaitent s'astreindre. Du point de vue de l'ordre juridique français, cette valorisation de la volonté individuelle aboutit, le plus souvent, à abolir les entraves à la liberté contractuelle. On l'illustra par deux exemples significatifs : les régimes matrimoniaux et les successions.

Entre les époux, le choix de la loi applicable au régime matrimonial permet d'effacer le principe d'immutabilité du régime matrimonial étant donné qu'il ne s'applique que pour autant que la loi française soit applicable. L'influence du droit international privé est en ce domaine exceptionnelle puisqu'elle a commandé l'évolution, en droit interne, du principe d'immutabilité du régime matrimonial. En effet, alors que l'article 1396 du Code civil, tel qu'issu de la loi du 13 juillet 1965, soumettait le changement de régime à un délai d'attente de deux ans et à une homologation judiciaire, la Convention de La Haye du 14 mars 1978<sup>168</sup>, posait un principe de mutabilité volontaire du régime matrimonial (l'article 6 de la Convention permet aux époux de changer de loi applicable au régime pendant le mariage<sup>169</sup>) – qui a depuis été repris par les instruments du droit international

---

<sup>163</sup> V. Règlement « Aliments » n° 4/2009 du 18 déc. 2009, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, art. 15, qui renvoie au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, dont l'article 8 pose le principe du choix de la loi applicable aux obligations alimentaires.

<sup>164</sup> V. Règlement n° 1259/2010, du 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, « Rome III », art. 5.

<sup>165</sup> V. Règlement « Régimes matrimoniaux » n° 2016/1103 du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, art. 22.

<sup>166</sup> V. Règlement « Partenariats enregistrés » n° 2016/1104 du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, art. 22.

<sup>167</sup> V. Règlement « Successions » n° 650/2012 du 4 juill. 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, art. 22

<sup>168</sup> Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

<sup>169</sup> Les époux peuvent choisir la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ou la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation. Cette disposition a entraîné une modification du droit interne aux articles 1397-2 et suivants du Code civil, qui ne soumettent le changement de loi applicable au régime matrimonial (donc le changement de régime) à aucune condition temporelle ou à l'homologation judiciaire.

européen – et, surtout, un principe de mutabilité automatique. Ainsi, pour tous les mariages célébrés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, date d'entrée en vigueur de la Convention, l'article 7 prévoit que « si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis ». Au-delà des difficultés pratiques de l'automatisme, qui ont très tôt été dénoncées par la pratique<sup>170</sup>, c'est le contraste extrême entre une mutabilité absolue (automatique ou volontaire) en droit international et une immutabilité de principe en droit interne qui frappe. Depuis lors, le droit interne n'a fait que se libéraliser, d'abord par la loi du 23 juin 2006 qui supprime l'homologation sauf en présence d'enfants mineurs, puis par la loi du 23 mars 2019 qui limite l'homologation du changement à la seule hypothèse de l'opposition d'un tiers et, surtout, supprime l'exigence le délai d'attente de deux ans<sup>171</sup>.

Dans l'ordre international, la libéralisation s'est poursuivie par la mutabilité volontaire des règlements européens. Ainsi, le Règlement « Régimes matrimoniaux » n° 2016/1103, permet aux époux, non seulement de choisir en début d'union la loi applicable à leurs rapports patrimoniaux, mais, surtout, de changer de loi applicable en cours de mariage et même de manière rétroactive<sup>172</sup>. Affaibli dans l'ordre interne par la libéralisation des rapports contractuels et patrimoniaux entre époux<sup>173</sup>, le principe d'immutabilité du régime matrimonial est purement et simplement aboli dans

<sup>170</sup> V. not., CRÔNE (R.), « Le changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial : une bombe à retardement », *Deffrénois* 2001, n° 18, p. 1026 ; MONÉGER (FR.), « Premières jurisprudences sur la Convention de La Haye en matière de régimes matrimoniaux », *JCP N* 2014, n° 40, 1294 ; GÉMIGNANI (F.), BONNET (G.), « Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2 ; la détermination du régime matrimonial en présence d'extranéité : une situation choisie ou subie ? » *JCP N* 2010, n° 20, 1202 ; BOULANGER (D.), « Mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial : gare aux couples migrants », *JCP N* 2014, n° 27, 1241. Pour une illustration des difficultés en jurisprudence, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 avril 2012, n° 10-27.016, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 864, obs. C. KLEINER ; *JCP G* 2012, act. 537, obs. A. DEVERS. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 févr. 2014, n° 12-29.297, *Dr. fam.* 2014, comm. 70, obs. M. FARGE ; *JCP N* 2014, 1241, obs. D. BOULANGER ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 2014, n° 12-29.922, *Deffrénois* 2014, n° 24, p. 1319, obs. P. CALLÉ.

<sup>171</sup> V. C. civ., art. 1397.

<sup>172</sup> Règlement « Régimes matrimoniaux » n° 2016/1103, préc., art. 22.

<sup>173</sup> Le principe de validité de la vente se déduit du mutisme légal consécutif à l'abrogation de l'article 1595 du Code civil par la loi du 23 décembre 1985. Quant aux sociétés entre époux, leur validité est expressément affirmée à l'article 1832-1 du Code civil. Ces deux contrats, dès leur validité de principe affirmée entre les époux, se sont développés à l'abri d'une forte emprise familiale en préservant leur régime d'origine. De fait, le principe de validité des contrats entre époux exclut la prise en compte du lien conjugal au stade de la validité du contrat. Or, l'interdiction de tels contrats se fondait sur le principe d'immutabilité absolue du régime matrimonial. De leur indépendance, les contrats onéreux entre époux tirent leur pouvoir de perturbation du fonctionnement normal du régime matrimonial des époux. Comme le signale un auteur, cette banalisation des contrats entre les époux illustre la « perte d'emprise du régime matrimonial au profit du droit commun des contrats », NIBOYET (FR.), *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, 2008, n° 339 ; *adde* v. TANI (A.), th. préc., 2020, n° 22 s ; CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, 9<sup>e</sup> éd., 1997, PUF, spéc., p. 34 selon lequel « la considération du régime matrimonial devient secondaire » ; REVEL (J.), « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p. 33, spéc., n° 30, qui souligne que le constat d'éviction du droit conjugal par le droit des sociétés est le « signe précurseur de la question fondamentale : de l'utilité d'un régime matrimonial ? » ; COLOMER (A.), « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1995) », *D.* 1986, p. 57 qui notait déjà une « banalisation du statut patrimonial des époux ». Sur les contrats entre époux en général, v. not. CORNU (G.), « Le contrat entre époux : recherche d'un critère général de validité », *RTD civ.* 1953, p. 461 ; LALOU (H.), « Les contrats entre époux », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 417 s. ; HÉMAR

l'ordre international<sup>174</sup>. Ce qui a pu faire dire qu'il est « évident que l'on assiste aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international à la consécration d'un principe de mutabilité des régimes matrimoniaux »<sup>175</sup>, au point que se pose l'intérêt du maintien du principe, en l'état, en droit positif<sup>176</sup>.

Les mêmes causes engendrent les mêmes effets en matière successorale. Le Règlement « Successions » n° 650/2012 du 4 juill. 2012, qui a abrogé le morcellement du règlement des successions internationales en droit français<sup>177</sup> en posant le principe d'unité de la succession<sup>178</sup>, consacre la faculté du choix anticipé de la loi applicable à la succession. C'est dire que la volonté individuelle est à même d'éviter l'application des principes de prohibition des pactes sur succession future et de réserve héréditaire, « colonnes du temple » du droit des successions, bien que fragilisées en droit interne<sup>179</sup>. En raison de la diversité des règles en droit comparé<sup>180</sup>, il n'est pas à douter que la *professio juris* fragilise d'autant l'ordre public français. Les règles de conflit en matière successorale portent en elles, un potentiel dévastateur du point de vue des principes successoraux, notamment la réserve héréditaire. On rappelle que, classiquement, l'ordre public international permet d'écarter l'application d'une loi désignée par une règle de conflit. Mais cette fonction est fortement atténuée par le Règlement qui limite le jeu de l'ordre public international à l'incompatibilité manifeste de la loi désignée à l'ordre public du *for*<sup>181</sup>. Or, en droit interne si le principe de la réserve héréditaire demeure, il n'est pas moins que sa vigueur a été largement affaiblie par les réformes successives. Aussi sera-t-il difficile de lui conférer, dans l'ordre international, une vitalité qu'il n'a plus dans l'ordre interne. Il en va, par ailleurs, de même de la

---

(J.), « Les contrats à titre onéreux entre époux », *RTD civ.* 1938, p. 671 ; JULIEN (P.), *Les contrats entre époux*, préf. KAYSER (P.), LGDJ, 1962.

<sup>174</sup> Sur ce principe et son évolution en droit interne, v. HENRY (L.), *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Thèse, Paris, 1904 ; HUGOT (A.), *Étude critique du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Thèse, Paris 1913 ; BLEUCHER (M.-L.), *De l'immutabilité du régime matrimonial*, Thèse, Caen, 1938 ; BORGEAUD (M.), *La mutabilité des régimes matrimoniaux*, Thèse, Paris 1866 ; CAMILLE (Ch.), *Les changements de régimes matrimoniaux dans la loi du 13 juillet 1965 : de l'immutabilité à la mutabilité contrôlée*, Thèse, Aix-Marseille, 1972 ; CAMOZ (J.-Y.), *Le déclin du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Thèse, Lyon, 1981 ; PETRONI-MAUDIÈRE (N.), *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, préf. B. VAREILLE, Pulim, 2004, ROUSSEAU (E.), *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, préf. G. CHAMPENOIS, LGDJ, 2014.

<sup>175</sup> FOYER (J.), « Le changement de régime matrimonial en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 274.

<sup>176</sup> V. TANI (A.), th. préc., n° 46 et 103, ainsi que les références citées.

<sup>177</sup> Avant l'entrée en vigueur du Règlement, les successions internationales étaient réglées selon la nature des biens. Les biens meubles étaient soumis à la loi du dernier domicile du *de cuius*, tandis que les immeubles dépendaient du lieu de situation.

<sup>178</sup> Règlement « Successions » n° 650/2012, préc., art. 23 § 1 : « La loi désignée en vertu de l'article 21 ou 22 régit l'ensemble d'une succession ».

<sup>179</sup> CATALA (P.), « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étude 43.

<sup>180</sup> Pour un exposé comparatif des systèmes successoraux, v. TANI (A.), th. préc., n° 111 s.

<sup>181</sup> Règlement « Successions » n° 650/2012, préc., art. 35.

prohibition des pactes sur succession future largement entamée par la réforme du 23 juin 2006<sup>182</sup>. Partant, le *de cuius*, qui a fait le choix d'une loi qui ne connaît pas un principe équivalent à la réserve, ou à la prohibition des pactes successoraux, contourne habilement l'entrave à la liberté individuelle de l'ordre juridique français. L'on ne saurait lui opposer l'exception de la fraude à la loi puisqu'il n'y aurait, ici, aucune manipulation de la règle de conflit ; la simple utilisation d'une faculté légale ne pouvant être considérée comme frauduleuse.

En définitive, en droit de la famille, l'introduction d'un élément d'extranéité, conduit à appliquer des textes internationaux, principalement européens, qui « façonnent [une] conception du droit de la famille qui repose sur [...] une disponibilité accrue » quant à la détermination anticipée du comportement familial. On ajoutera, toutefois, que, à l'inverse des relations contractuelles ou commerciales, l'essor de la volonté est, encore, limité par l'existence de critères de rattachement strictement définis par les divers instruments européens. Quoi qu'il en soit, bien qu'indirect, l'aménagement conventionnel et anticipé du comportement familial est une réalité du droit international privé de la famille.

**35. — Les tendances du droit interne : la recherche d'un équilibre.** À cette construction ordonnée en droit international correspond une évolution plus confuse en droit interne. De manière plus directe, le périmètre de l'aménagement volontaire du comportement familial s'étend, d'abord, malgré la persistance, dans le droit, des entraves à la liberté contractuelle : les nouvelles conquêtes du contrat sont les domaines en principe impératif du droit de la famille. En effet, en ce qui concerne la prescription du comportement familial, le droit interne fait, de plus en plus, une large place au

---

<sup>182</sup> Les deux grandes réformes du droit des successions du début des années 2000 répondaient à l'impératif majeur d'adaptation du droit successoral à une époque plus moderne. Ainsi, la première réforme de 2001 était en grande partie animée par un objectif social de prise en compte des mutations des structures familiales. C'est à partir du même objectif que s'est construite la seconde réforme intervenue en 2006. Cette assertion se vérifie particulièrement concernant la recrudescence des renonciations anticipées reposant sur l'esprit d'association et de collaboration au sein du cercle familial lorsqu'il s'agit de permettre au *de cuius* d'organiser au mieux la transmission anticipée de ses biens (v. NICOD (M.), « Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Dr. fam.* 2016, étude 53, spéc., n° 11). La même logique transparait dans les donations transgénérationnelles. Pour tous ces cas, il s'agit de véritables pactes de famille sous des aspects à la fois positifs et négatifs. Pacte réservé à la famille parce qu'il ne peut y avoir de renonciation que de droits éventuels c'est-à-dire un droit « futur dont l'acquisition est d'ores et déjà protégée, voire organisée » (VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse, Paris, 1953, p. 396). Par cet acte, l'héritier réservataire abdique de ses droits héréditaires, qui n'ont pour raison d'être que le lien familial qu'il partage avec le *de cuius*. Toutefois, la réforme de 2006 a dépassé toutes les attentes en portant un coup certain à cette unité du cadre familial. Désormais, l'évolution ne se limite plus simplement aux familles, mais elle vient inscrire directement l'objectif d'anticipation dans la recherche d'une utilité économique. À cet égard, le traitement du tiers est significatif. L'élargissement du domaine des pactes successoraux autorisés n'a pas simplement été bénéfique au cadre familial, mais a fait du tiers à la famille un acteur majeur du but d'anticipation successorale, préfigurant ainsi la possibilité d'une érosion du monopole familial. L'exemple marquant de cette évolution est celui du réveil des libéralités substitutives (v. NICOD (M.), « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil – à propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude 45). Il s'agit de mécanismes permettant la réalisation « d'une libéralité avec charge dans l'intérêt d'un tiers » (HARTMANN (F.), *La notion de libéralité*, préf. LEROYER (A.-M.), IRJS Éditions, 2020, n° 108 s.). Aussi peuvent-elles bénéficier à un membre de la famille du disposant comme à un tiers.

contrat qui ressort moins du contenu même des textes que de leur interprétation et de leur application. Par exemple, la libéralisation et la contractualisation de la vie familiale permettent, dans une certaine mesure, un aménagement contractuel de la sanction du comportement familial. Cependant, l'usage de la liberté contractuelle familiale n'est pas sans difficulté. Tout d'abord, la liberté n'est pas totale ; les parties ne sont pas libres de déterminer le contenu de leur contrat en dépit de toutes règles. Le droit de la famille continue d'exercer sur la détermination du contenu contractuel un contrôle nécessaire au maintien de l'ordre public familial, même rénové. Tout s'opère selon un rééquilibrage constant entre deux forces opposées : la reconnaissance inévitable de l'autonomie de la volonté des individus et le maintien d'un cadre impératif nécessaire à la préservation de l'ordre public familial.

Ainsi, c'est moins en termes de validité que d'efficacité qu'il convient d'étudier les clauses contractuelles prenant pour objet la relation familiale. La tendance générale est à une extension de l'influence du contrat, tant dans l'ordre des relations familiales patrimoniales impératives que dans l'ordre des relations familiales personnelles. Cela s'observe au sujet de l'efficacité des clauses qui, par anticipation, aménagent les obligations légales des membres de la famille (**Premier chapitre**) et des clauses susceptibles d'en aménager, par anticipation, la sanction (**Second chapitre**).

## CHAPITRE PREMIER – L’EXTENSION DE L’AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DU COMPORTEMENT FAMILIAL

**36. — Les dynamiques de l’aménagement contractuel des rapports de famille.** Du point de vue du droit des contrats, l’aménagement conventionnel des obligations légales qui édictent les comportements familiaux renvoie à la famille des clauses de prestations. Ce sont par elles que les parties déterminent la portée de leurs engagements<sup>183</sup>. Or, en principe, ces engagements sont, dans le contexte familial, prédéterminés par la loi. La volonté joue alors un rôle, non pas tant de définition que de précision de l’obligation ou du devoir légalement déterminé. L’étendue de la liberté contractuelle des parties est, alors, fortement dépendante du caractère impératif du cadre légal ; l’indisponibilité est une limite à l’anticipation. C’est de la certitude de cet encadrement impératif que dépendra l’étendue du périmètre des clauses contractuelles d’aménagement anticipé. En un mot, c’est à partir de la dialectique entre impérativité et non-impérativité que nous nous proposons d’étudier le dynamisme de l’organisation contractuelle quant au périmètre des clauses contractuelles d’aménagement des rapports familiaux. *A priori*, la dynamique de cette organisation sera tributaire de l’existence ou de l’absence d’un cadre légal impératif. Aussi si l’on conçoit une dynamique extensive en l’absence d’impérativité, on imagine, à l’inverse, une dynamique statique lorsque l’on se situe dans un cadre impératif certain. Cependant, le mouvement extensif s’observe pareillement dans un cas comme dans l’autre. Tantôt, il est favorisé par l’incertitude pesant sur le caractère impératif du cadre légal, c’est l’hypothèse de l’aménagement du contenu de l’indivision du PACS ; tantôt, il est promu par l’interprétation jurisprudentielle libérale du cadre impératif pourtant certain ; c’est le cas de l’aménagement des obligations contributives entre époux.

Ainsi que le comprend le lecteur, les questions relatives aux rapports patrimoniaux impératifs dans le couple constituent le cœur de nos réflexions à venir (**Section 1**). Pour autant, les rapports personnels familiaux ne seront pas négligés. S’agissant du couple, ces rapports ne seront pas abordés dans cette subdivision. L’analyse des clauses se rapportant aux obligations personnelles conjugales se fera, indirectement, sous le prisme de la contractualisation de la sanction du comportement familial<sup>184</sup>. Les rapports personnels qui retiendront notre attention dans ce chapitre sont les rapports parentaux. Ceux-ci s’affirment comme l’exemple idéal de réalisation de l’équilibre que poursuit le législateur familial contemporain entre la reconnaissance de l’autonomie des volontés et la préservation d’un cadre impératif. À ce sujet, nous observerons les degrés de

---

<sup>183</sup> HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, préf. L. AYNÈS, postf. FR. TERRÉ, LGDJ, 2012, n° 51 s.

<sup>184</sup> V. *infra*, n° 143 s.

l'influence du contrat sur la détermination des modalités d'exercice de la relation parentale à rebours du « préjugé tenace selon lequel le contrat est un élément étranger et perturbateur »<sup>185</sup> de la relation parentale (**Section 2**).

### *Section 1. Les tendances de l'aménagement conventionnel dans les relations conjugales*

**37. — Une analyse des rapports patrimoniaux dans un cadre impératif.** Quelle que soit la forme conjugale, la liberté d'aménagement des relations patrimoniales dans le couple est une donnée acquise. Toutefois, à la place de principe qu'occupe la volonté entre concubins, correspond un rôle supplétif en ce qui concerne les époux – en dehors des régimes matrimoniaux<sup>186</sup> – et les partenaires – la question du caractère impératif des dispositions patrimoniales du PACS reste tout entière. Dans ces hypothèses, l'efficacité du contenu du contrat est assurée pour autant qu'il ne contredit pas le caractère impératif du cadre légal. Certaines tendances révèlent, néanmoins, une inflexion de cette présentation classique. En effet, l'existence d'un cadre impératif ne paraît plus suffisante à limiter l'extension de la liberté contractuelle des membres du couple. Deux raisons à cela.

D'abord, la réalité même du cadre impératif peut être sujette à questionnement, il en va ainsi du contenu de la convention d'indivision du PACS : en raison des doutes pesant sur le caractère impératif des textes relatifs aux PACS, on observera que la logique contractuelle aspire à régler l'intégralité des rapports familiaux patrimoniaux au point d'aboutir à des conséquences pratiques imprévues par le législateur. Ensuite et de manière plus significative encore de la tendance contemporaine du droit de la famille, entre les époux, ce sont les incidences du cadre impératif certain qui sont renouvelées. L'œuvre jurisprudentielle est, à cet égard, difficilement lisible et critiquable par bien des aspects. Tantôt, le cadre impératif sert de limite naturelle à l'efficacité des clauses que les époux peuvent stipuler s'agissant de leurs rapports patrimoniaux. Tantôt, le même cadre est ignoré par les magistrats au profit d'une valorisation de la force obligatoire qui assure l'efficacité du contenu du contrat, bien au-delà des intentions du législateur.

<sup>185</sup> LEROYER (A.-M.), « Autorité parentale et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001, p. 153 s., spéc., p. 153.

<sup>186</sup> La discussion ne portera pas principalement sur ces derniers puisqu'en la matière il règne un principe de liberté des conventions matrimoniales posé par l'article 1387 du Code civil, bien que la portée de celui-ci demeure encore discutée à propos de certaines questions, v. par exemple la problématique des aménagements conventionnels des règles de gestion dans le régime de communauté légale et du caractère impératif des articles 1422, 1424 et 1425 v. not., TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 541 s. ; *contra* v. CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ, n° 234.

En résumé, la situation des partenaires se caractérise par la recherche d'un équilibre entre la nature contractuelle du pacs et la nécessité d'un cadre impératif destiné à limiter les abus de la liberté qu'induit ladite nature contractuelle. À cet égard, l'incertitude du cadre impératif entre les partenaires permet de soutenir l'extension du périmètre des clauses d'aménagement des effets de l'indivision conventionnelle du PACS, justifiant la consécration de garde-fous à la liberté inhérente au PACS (§ I). À rebours du contexte des partenaires, c'est à une remise en cause de l'équilibre trouvé par le législateur entre une faveur réelle pour une organisation conventionnelle des rapports familiaux et la nécessité d'un encadrement des volontés que mène l'instabilité de l'œuvre jurisprudentielle. Malgré la certitude du cadre impératif, celle-ci entraîne une extension, bien que fragile, du périmètre d'aménagement conventionnel des époux (§ II).

### **§ I. La recherche d'un équilibre : l'extension du périmètre d'aménagement des partenaires**

**38. — Une réponse à l'incertitude du cadre impératif du PACS.** Les partenaires peuvent-ils, par des clauses spécifiques de la convention de PACS, déroger aux règles des articles 515-5-1 et suivants du Code civil ? Plus encore, peuvent-ils déroger aux règles de liquidation en recourant à une liquidation alternative en fonction des causes de la dissolution ? En un mot, peuvent-ils limiter ou étendre la vocation extensive de leur indivision ? L'ensemble de ces interrogations renvoie à l'étendue de la liberté contractuelle des partenaires. Contrairement aux époux, la liberté contractuelle des partenaires, quant à leurs conventions « partenariales », est nettement plus sujette à controverses. Celles-ci résultent principalement du silence de la loi quant au caractère impératif des règles régissant l'indivision du PACS. Deux conceptions doctrinales s'opposent.

L'une tend à valoriser la finalité familiale du PACS. Selon celle-ci la nature contractuelle du PACS ne peut exclure sa vocation familiale. En effet, la nature familiale du PACS n'est désormais plus à démontrer tant, en intégrant l'état des personnes, il est devenu « un véritable statut du couple »<sup>187</sup>. Le PACS crée un lien personnel entre les partenaires auquel le droit attache certaines conséquences classiques du lien familial. Par conséquent, en raisonnant par analogie avec le mariage, cette position attache au lien familial issu du PACS des effets plus étendus que l'étroitesse de la relation purement contractuelle. En contrepartie, les partenaires voient leur liberté contractuelle réduite au minimum, notamment en ce qui concerne l'aménagement de leur indivision conventionnelle à l'instar de la situation des époux communs en biens. La seconde opinion paraît fidèle à la nature

---

<sup>187</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc., *in limine*.

contractuelle du PACS. Puisqu'il s'agit d'un contrat<sup>188</sup>, les partenaires bénéficient de la même liberté contractuelle qu'un contractant de droit commun. Le silence légal ne s'interprète alors pas comme une omission, mais comme un renvoi implicite au droit commun des contrats. Ainsi, cette liberté demeure intacte s'agissant de l'aménagement de leur indivision conventionnelle.

Comme nous aurons l'occasion de le démontrer, ces deux visions ne sont pas exclusives l'une de l'autre, la nature contractuelle du PACS n'exclut en rien sa raison familiale<sup>189</sup> ; de telle sorte que l'incertitude sur le caractère impératif ou non des dispositions relatives à l'organisation contractuelle des rapports patrimoniaux des partenaires ne peut se résoudre par un détour par la nature du PACS. Quand bien même il fonde un statut conjugal, le PACS n'en demeure pas moins un contrat. Sa finalité conjugale lui confère une nature familiale qui se communique directement à l'indivision conventionnelle du PACS. De cette alliance du contrat et du statut familial provient la difficulté à déterminer clairement le caractère impératif ou supplétif de volonté du régime des biens dans le PACS. Ainsi, c'est en déterminant la singularité du régime d'indivision du PACS **(A)** que l'on parviendra à cerner le périmètre de la liberté des partenaires quant à l'aménagement de leurs relations patrimoniales **(B)**.

### *A. De la singularité de l'indivision conventionnelle du PACS*

**39.** — D'une certaine façon, l'indivision conventionnelle renforce le lien étroit entre la famille et le mécanisme de l'indivision. En effet, ses sources d'inspiration familiales **(1)** expliquent son idiosyncrasie, même au sein des indivisions familiales **(2)**.

#### **1. Les origines familiales**

**40.** — **Une fusion de la communauté d'acquêts et de l'indivision.** L'indivision se caractérisant par la co-titularité simultanée et concurrentielle de droits identiques sur un même bien, celle-ci suppose que la masse indivise soit composée d'un « actif déterminé » existant « au jour où se produit le fait générateur de l'indivision »<sup>190</sup>. Autrement dit, il n'y a point d'indivision sans une chose objet de l'indivision. C'est encore plus incontestable quant au régime conventionnel de

<sup>188</sup> La nature contractuelle du pacs a été réaffirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt au visa des articles 515-1 et 515-2, 1<sup>o</sup>, du Code civil, Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n<sup>o</sup> 16-18.685, *D.* 2017, p. 1094, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2017, p. 358, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91, note S. DUMAS-LAVENAC : « (...) un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune (...) ».

<sup>189</sup> *V. infra*, n<sup>o</sup> 269 s.

<sup>190</sup> BERGEL (J.-L.), CIMAMONTI (S.), ROUX (J.-M.), et TRANCHANT (L.), *Traité de droit civil : Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., 2019, LGDJ, n<sup>os</sup> 501-502.

l'indivision puisque l'article 1873-1 du Code civil dispose que « ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis [...] peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits ». En un mot, l'indivision apparaît comme un « ensemble clos »<sup>191</sup> dès l'origine. Ce principe de droit commun de l'indivision est respecté majoritairement par les indivisions de nature familiale. Qu'elle soit successorale, conjugale ou postcommunautaire l'indivision familiale porte sur un bien ou une masse de biens qui préexiste à l'état d'indivision ou qui est plus précisément identifiée. Il en va de même pour ce qui est des indivisions conventionnelles de nature familiale. Ainsi, l'indivision conventionnelle entre époux séparés de biens résultera de l'acquisition commune d'un bien – le plus souvent le logement de la famille<sup>192</sup>. À un autre degré, l'indivision familiale entre collatéraux peut résulter de leur propre volonté ou d'une donation faite par des parents à leurs enfants sans qu'il s'agisse d'une donation-partage. Dans toutes ces hypothèses, l'état d'indivision ne précède pas l'existence des biens indivis. À l'aune du droit des contrats, une telle exigence coïncide parfaitement avec l'exigence d'un contenu certain au titre des conditions de validité du contrat. De telle sorte que si la masse indivise est susceptible de variations, notamment par le mécanisme de la subrogation réelle, elle ne peut générer des acquêts d'indivision à la manière du régime légal de communauté réduite aux acquêts. C'est un des arguments principaux tendant à l'exclusion de la qualification d'indivision dans la recherche de la nature de la communauté entre époux.

C'est certainement sous l'influence des origines historiques de la communauté légale, qui a opéré l'union entre la communauté de biens des Pays de droit coutumier et le régime dotal de nature plus individualiste des Pays de droit écrit<sup>193</sup>, qu'est apparue cette assimilation de la communauté légale à l'indivision. Cette thèse fut ardemment combattue par toute une partie de la doctrine qui y vit un « gauchissement » des deux institutions rapprochées. Boulanger estimait à cet égard que cette qualification ne pouvait aboutir qu'à la seule condition de faire de la communauté légale une forme particulière d'indivision : « c'est l'aveu mal déguisé d'un insuccès. On ne réussit pas à établir une corrélation entre la communauté et une catégorie juridique préétablie, si l'on doit commencer par modifier et transformer la catégorie qui est proposée comme référence »<sup>194</sup>. C'est pourtant à cette

---

<sup>191</sup> PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français. Tome VIII. Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., 1957, par BOULANGER (J.), LGDJ, spéc., n° 155-5, p. 329.

<sup>192</sup> Idem pour les concubins quand bien même la qualification d'indivision de nature familiale paraît pour l'instant leur être refusée.

<sup>193</sup> REVEL (J.), « Régimes matrimoniaux », *Rép. civ.* Dalloz, n° 43 s.

<sup>194</sup> PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français. Tome VIII. Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., 1957, par BOULANGER (J.), LGDJ, n° 155-5, pp. 329-330. Les objections formulées à l'égard de cette thèse ont par ailleurs pu justifier la recherche d'une personnalité morale de la communauté à travers certaines dispositions du Code civil qui paraissent personnifier la communauté légale. Pour les principaux partisans de cette dernière thèse v. not. CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse, Bordeaux, 1932 ; BONNECASE (J.), *Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Sirey, 1928, t. IV, n° 259.

transformation de la catégorie de l'indivision qu'aboutit la création de l'indivision conventionnelle entre partenaires.

Ambitionnant de conférer aux partenaires une organisation patrimoniale communautaire sur le modèle du mariage, tout en maintenant la spécificité de ce dernier, le législateur jugea nécessaire de créer de toute pièce une manifestation particulière de l'indivision de nature familiale d'origine conventionnelle. L'article 515-5-1 du Code civil prévoit ainsi que « les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions ». En soumettant les biens ainsi visés au régime de droit commun de l'indivision, le législateur pose une exception majeure au principe selon lequel il n'y a pas d'indivision sans bien. Contrairement au droit commun, l'indivision conventionnelle entre partenaires ne porte plus uniquement sur un « actif [mais peut porter sur] une masse de biens à venir »<sup>195</sup>. L'affirmation selon laquelle « l'indivision n'est que ce que les couples en font »<sup>196</sup> prend tout son sens. En l'occurrence, la convention de PACS institue une indivision vide de sorte que « le contenant précède le contenu »<sup>197</sup>. S'il s'agit d'une rupture du point de vue du droit commun de l'indivision, la solution peut se justifier au regard du droit des contrats, puisqu'une telle convention respecte l'exigence d'un contenu certain : le contenu certain n'est pas nécessairement celui qui est présent, mais également celui qui tout en étant futur demeure déterminable<sup>198</sup>. Or, si le contenu de l'indivision conventionnelle d'acquêts n'est pas déterminé au moment de la conclusion de la convention de PACS, il est déterminable puisque l'indivision ainsi créée « aura vocation à se remplir d'acquêts »<sup>199</sup>. Cela a conduit la doctrine à mettre en doute la qualification retenue dans le cadre du PACS. Réapparaissent à propos de l'indivision conventionnelle du PACS, les interrogations anciennes relevées à propos de la nature juridique de la communauté légale. Dans sa thèse de doctorat, Madame Saulier considère ainsi que l'indivision conventionnelle d'acquêts n'est « ni [une] véritable indivision ni [une] véritable communauté »<sup>200</sup>. Pour d'autres, l'indivision d'acquêts doit être considérée, de même que la communauté légale, comme des « indivisions *sui generis* »<sup>201</sup>. Sans revenir sur la qualification d'indivision appliquée à la communauté pour laquelle l'objection de

<sup>195</sup> LEBEAU (M.), « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts des partenaires liés par un pacs », *Deffrénois* 2010, n° 20, p. 2189, spéc., n° 2.

<sup>196</sup> VAREILLE (B.), « L'indivision et les couples », in *L'indivision, Journées nationales Henri Capitant, Tome VII, Bordeaux*, Dalloz, 2005, n° 5, p. 3.

<sup>197</sup> LEBEAU (M.), « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts ... », art. préc., n° 2.

<sup>198</sup> C. civ., art. 1163.

<sup>199</sup> LEBEAU (M.), « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts ... », art. préc., n° 2.

<sup>200</sup> SAULIER (M.), th. préc., n° 410.

<sup>201</sup> VERGARA (O.), *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Deffrénois, 2017, n° 888 s.

Boulangier nous semble encore vivace<sup>202</sup>, il nous faut nous arrêter un instant sur « l'émancipation »<sup>203</sup> supposée de l'indivision conventionnelle d'acquêts entre partenaires.

## 2. Le particularisme

**41. — La vocation expansionniste.** La nature incertaine de l'indivision d'acquêts est le plus souvent motivée par le fait que, comme la communauté<sup>204</sup>, sa consistance finale est dès l'origine indéterminée. Ainsi, elle « couvre une universalité de biens à venir (...) dont les quotes-parts de chaque partenaire sont déterminées par la loi »<sup>205</sup>. Ce faisant, l'indivision d'acquêts tend nettement plus vers la communauté légale que l'indivision classique qui exclut bien évidemment l'existence d'acquêts bénéficiant à tous les indivisaires. Monsieur Bosse-Platière résume l'objectif du législateur qui était de « partir du droit de l'indivision pour aboutir à une communauté »<sup>206</sup>. Partant, parce qu'elle se caractériserait par sa vocation expansionniste, la conclusion de la convention de PACS donnerait paradoxalement naissance à une masse indivise vide de biens. Tout l'édifice argumentatif repose sur le rattachement à la notion d'acquêts. Quand bien même elle n'apparaît pas dans l'énoncé des textes relatifs au PACS, la notion d'acquêts s'est rapidement imposée dans la doctrine sans que l'on puisse toutefois retracer son apparition<sup>207</sup>. En raisonnant par analogie avec la présomption de communauté<sup>208</sup>, « facteur d'accroissement résiduel de la communauté »<sup>209</sup>, la présomption de l'article 515-5-1 du Code civil a été analysée comme une présomption d'acquêts entre partenaires dont la vocation était de permettre l'établissement du contenu d'une masse indivise et son accroissement tout au long de la durée du pacte<sup>210</sup>.

<sup>202</sup> PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), par BOULANGER (J.), *op. cit.*, n° 155-5, p. 330 : « En définitive, la seule affinité profonde que l'on découvre entre la communauté et l'indivision est qu'elles comprennent l'une et l'autre des biens destinés à être partagés. Encore n'est-ce pas vrai, dans tous les cas, pour la communauté » ; *adde* pour une actualisation de la critique : DROSS (W.), « L'appréhension du lien familial par le droit des biens », in *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, MARIA (I.) et FARGE (M.), dir., Institut Universitaire Varenne, 2014, spéc., n° 15-16 ; LIBCHABER (R.), « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, n° 6.

<sup>203</sup> VERGARA (O.), *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. VAREILLE (B.), Defrénois, 2017, n° 889.

<sup>204</sup> En ce qui concerne le caractère expansionniste de la communauté par opposition au caractère stagnant de l'indivision v. DROSS (W.), « L'appréhension du lien familial par le droit des biens », préc., spéc., n° 16.

<sup>205</sup> VERGARA (O.), th. préc., n° 892.

<sup>206</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 42.

<sup>207</sup> L'étymologie du mot fournit toutefois une explication : le terme « acquêt » vient du latin « *acquaesitum* » qui n'est rien d'autre que le participe passé substantivé du verbe « *acquarere* » à l'origine du verbe « acquérir » en français. L'emploi de ce dernier par l'article 515-5-1 du Code civil justifie alors la qualification d'indivision d'acquêts.

<sup>208</sup> La présomption d'acquêts constitue une des sources d'alimentation de la masse commune dans les régimes de communauté. Elle résulte de l'article 1402 du Code civil selon lequel « tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi ». Ainsi, elle n'intervient qu'en cas de doute sur le caractère propre ou commun d'un bien acquis pendant le mariage. Il s'agit à ce titre d'une présomption de qualification intervenant au moment de la dissolution de la communauté.

<sup>209</sup> CORNU (G.), *Régimes matrimoniaux*, 9<sup>e</sup> éd., 1997, PUF, n°44, p. 285.

<sup>210</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 43.

Selon une approche rigoureuse, pourtant, la conclusion d'une convention de PACS ne donne pas naissance à une masse indivise vide<sup>211</sup> à l'égal des époux, entre qui la seule célébration du mariage donne naissance à une communauté<sup>212</sup>, elle vide, qui ne disparaîtra qu'au moment de la dissolution de l'union. À un premier niveau d'analyse, l'indivision conventionnelle entre partenaires se rapproche de l'indivision conventionnelle entre époux séparés de biens. Elles diffèrent, néanmoins, dans le mode de constitution de l'indivision : comme les partenaires, les époux séparés de bien ont la possibilité de reconstituer des succédanés de communauté par le biais de l'indivision. Celle-ci sera appréhendée comme une masse unique et fera l'objet d'un partage unique pour autant que les époux soient les seuls indivisaires<sup>213</sup>. Toutefois, tandis que la masse indivise des époux séparés de biens se constituera « au coup par coup »<sup>214</sup>, nécessitant l'association des deux époux à chaque acquisition, celle des partenaires croîtra de manière continue, leur volonté commune ayant été exprimée et figée dans la convention initiale d'indivision du PACS. Partant, le caractère indivis des biens acquis par les partenaires est présumé par le truchement de la convention initiale d'indivision, fait générateur de l'indivision, même en cas d'acquisition individuelle. C'est cette volonté commune initiale, fondement de la présomption d'indivision et du caractère expansionniste de l'indivision « partenariale », qui participe véritablement du caractère « communautaire » de l'indivision conventionnelle du PACS et permet ainsi le rapprochement avec la communauté légale, à un second degré de l'analyse. Ainsi, le point de départ fixé à l'article 515-5-1, qui correspond à la date de l'enregistrement de la convention, ne signifie pas, selon nous, la création d'une masse indivise qui commencerait à « zéro »<sup>215</sup>, mais, plutôt, le point de départ de la présomption d'indivision qui s'appliquera à tous les biens acquis tant que dure la convention d'indivision, c'est-à-dire jusqu'au partage<sup>216</sup>.

En définitive, l'indivision conventionnelle du PACS confirme et creuse le lien privilégié que la famille entretient avec l'indivision<sup>217</sup>. Elle assoit l'idée qu'il y a dans une majorité des cas

<sup>211</sup> *Contra* VERGARA (O.), th. préc., n° 898.

<sup>212</sup> C. civ., art. 1400 « La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent ».

<sup>213</sup> C. civ., art. 839.

<sup>214</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., *passim*.

<sup>215</sup> Selon l'expression de G. CORNU à propos de la communauté légale : *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>216</sup> Comme des indivisaires de droit commun, les partenaires peuvent à tout moment provoquer le partage de l'indivision conventionnelle. Le partage peut également être provoqué par leurs créanciers.

<sup>217</sup> En matière familiale, l'indivision est le plus souvent un mode de gestion de patrimoine. Elle apparaît comme un socle de matérialisation des intentions communes, on pourrait même dire que l'indivision familiale est une manifestation de l'*affectio familiaris*. V. en ce sens DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), « Il était une fois l'indivision familiale... », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 59 s., spéc., p. 73, qui défend, au-delà d'une vision patrimoniale de l'indivision, la dimension symbolique de l'indivision : « Derrière la chose mise en commun, caractérisant l'état de bien indivis, il y a souvent des gens, qui ont choisi de vivre en indivision. La situation matérielle du bien se

d'indivision familiale « cette vérité sociologique que les indivisaires entretiennent, ou *a minima*, ont entretenu, une relation privilégiée, dont il n'est pas concevable que le régime de l'indivision l'ignore »<sup>218</sup>. Cette philosophie, particulière aux indivisions de nature familiale, a expliqué que la jurisprudence participe à la renaissance d'une notion embryonnaire d'indivision de nature familiale comprenant tant les indivisions de nature familiale forcées – d'origine légale – et les indivisions familiales volontaires, c'est-à-dire conventionnelles. L'élément de régime participant à l'unification de cette notion étant l'existence d'une attribution préférentielle de droit dans les indivisions de nature familiale légales ou conventionnelles<sup>219</sup>. L'indivision conventionnelle du PACS se rattache à cette catégorie particulière de contrat de la famille que sont les indivisions conventionnelles de nature familiale. Mais, elle creuse plus loin la relation entre l'indivision et la famille puisqu'elle affermit la logique publique<sup>220</sup> des indivisions de la famille. Il s'agit d'une indivision d'inspiration communautaire : au postulat, non nécessairement exprimé, des époux communs en biens de procéder à une mise en communauté<sup>221</sup>, et qui s'infère de la seule célébration du mariage, correspond la volonté contractuelle d'une acquisition indivise future des biens entre les partenaires. Seulement, ces volontés n'emportent pas les mêmes conséquences : alors que la mise en commun des époux donne naissance à une forme de propriété collective<sup>222</sup> à travers une masse commune qui « n'est pas intégrée à l'un des patrimoines personnels des époux »<sup>223</sup>, la volonté des partenaires ne donne naissance qu'à une indivision dont les quotes-parts sont, certes, légalement fixées par le

---

superpose en réalité alors à une autre situation, elle personnelle, qui fonde la communauté d'intérêts décidée par les indivisaires ». En matière matrimoniale, l'indivision entre des époux séparés de biens démontre l'indissociabilité du mariage et de l'accomplissement d'une œuvre commune ; il n'est d'ailleurs pas surprenant que l'indivision porte le plus souvent sur le logement familial c'est-à-dire l'expression même de la communauté de vie. L'argument est, aussi, pleinement valable lorsqu'il s'agit de concubins. Entre collatéraux, l'indivision peut être une résurgence de la solidarité familiale, fraternelle, qui se manifeste sur le plan patrimonial.

<sup>218</sup> DROSS (W.), « L'évolution du droit de l'indivision », *Droit et Ville* 2014, n° 1 (vol. n° 77), p. 3 s., spéc., 5.

<sup>219</sup> Forcée à partir d'une jurisprudence audacieuse, la notion d'indivision conventionnelle de nature familiale désigne l'indivision volontaire conclue dans un contexte familial entre des indivisaires liés par un lien de famille institué, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1988, n° 86-15.090, n° 86-15.090, *D.* 1989, obs. A. BRETON ; *RTD civ.* 1989, p. 121, obs. J. PATARIN : la Cour de cassation pose le principe de l'attribution préférentielle de plein droit dans une indivision familiale, « même si cette indivision a pris naissance par une convention antérieure au mariage » – *adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n° 92-12.574, *D.* 1995, p. 47, obs. M. Grimaldi, *RTD civ.* 1994, p. 653, obs. J. Patarin : « si l'attribution préférentielle peut-être demandée dans le partage des indivisions de nature familiale, **même d'origine conventionnelle**, elle ne peut l'être que par le conjoint ou par tout héritier ». (Nous soulignons) – Civ. 1<sup>re</sup>, 26 sept. 2012, n° 11-12.838, *JurisData* n° 2012-021464 : « l'attribution préférentielle ne [peut] être demandée que par le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité ou tout héritier ». Ceci explique par exemple l'exclusion de l'attribution préférentielle de droit dans les indivisions conventionnelles entre concubins : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2013, n° 12-26.446, *RTD civ.* 2013, p. 92, obs. J. HAUSER ; Sur la question, v. HAUSER (J.), « Le concubinage est et n'est pas une famille : dommages-intérêts et attribution préférentielle », *RTD civ.* 1994, p. 570 ; *id.* « Pas d'attribution préférentielle du logement pour les concubins », *RTD civ.* 2014, p. 92 ; GRIMALDI (M.), « L'attribution préférentielle ne peut être demandée que par un conjoint ou un héritier et non par des proches parents », *D.* 1995, p. 47 ; BARBEROT (Ch.), « L'attribution préférentielle dans les indivisions de nature familiale », *D.* 2002, p. 1592 ; VIGNEAU (D.), « Exclusion de l'attribution préférentielle d'un bien indivis entre concubins », *RTD civ.* 2004, p. 2967.

<sup>220</sup> V. DROSS (W.), « L'évolution du droit de l'indivision », art. préc., *ibid.*

<sup>221</sup> LIBCHABER (R.), « Les incertitudes de la notion de communauté », préc., n° 5.

<sup>222</sup> Sur cette idée, v. ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009.

<sup>223</sup> LIBCHABER (R.), « Les incertitudes de la notion de communauté », préc., n° 6.

législateur, mais n'en demeurent pas moins directement intégrées au patrimoine personnel respectif des partenaires. De cette divergence de nature de la volonté découle une divergence du régime de la liberté : on est en droit de soutenir que dès lors que le principe de la mise en commun des biens est exclusivement dépendant de la volonté des partenaires, le domaine de cette mise en commun doit également l'être. Il serait donc, en principe, loisible aux partenaires d'aménager, en étendant ou en restreignant, l'effet participatif du PACS<sup>224</sup>. Encore convient-il d'en étudier les modalités et l'efficacité.

### ***B. De l'efficacité des clauses de la convention d'indivision du PACS***

**42.** — L'efficacité des aménagements conventionnels du dispositif légal du PACS se pose différemment selon qu'il s'agit de restreindre ou d'étendre la portée de l'effet participatif de la présomption d'indivision entre partenaires<sup>225</sup>. Voilà pourquoi, l'étude de l'efficacité des clauses de la convention d'indivision du PACS sera abordée par le biais des diverses stipulations dont le but sera soit de restreindre (1) soit d'étendre (2) l'effet participatif du PACS.

Signalons d'emblée que les arguments souvent invoqués à l'encontre de tels aménagements anticipés des partenaires n'emportent pas notre conviction : ainsi, en va-t-il de l'argument selon lequel « en dehors de [quelques] îlots autorisés d'aménagements conventionnels, le caractère prescriptif des [articles 515-5-1 et suivants], rédigés à l'indicatif, postulerait l'impérativité des dispositions qu'ils renferment. C'est en ce sens que s'est, en particulier, prononcé le 106<sup>e</sup> Congrès des notaires en 2010 : il y a été proposé que “la loi clarifie le régime de l'indivision spéciale de l'article 515-5-1 du Code civil en interdisant toute convention visant à aménager son périmètre”, afin, notamment, de maintenir la diversité des modes de conjugalité en réservant le privilège de telles clauses aux époux »<sup>226</sup>. L'on répondra qu'en général, concernant les contrats, la supplétivité est le principe et l'impérativité l'exception. Du reste, l'usage d'un style prescriptif ou lapidaire ne suffit pas nécessairement à affirmer la nature impérative d'une disposition ou à dispenser le législateur de toute précision en ce sens<sup>227</sup>. Ajoutons enfin que s'il existe un besoin de clarifier

<sup>224</sup> Sur le principe participatif du pacs v. GAUDEMONT (S.), « Pacs et principe participatif », in *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, DAURIAC (I.), GRARE-DIDIER (C.) et GAUDEMONT (S.) dir., Dalloz, 2010, p. 95 s.

<sup>225</sup> V. GOLDIE-GENICON (Ch.) « L'adaptation du régime par les partenaires : la question des aménagements conventionnels », in *Le pacs, 20 ans après*, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), dir., Dalloz, 2020, p. 145 s.

<sup>226</sup> GOLDIE-GENICON (Ch.) « L'adaptation du régime par les partenaires : la question des aménagements conventionnels », préc., p. 147.

<sup>227</sup> V. par exemple, l'article 1104 du Code civil. Le rapport accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 est, par ailleurs éclairant à cet égard puisqu'il précise, à propos des nouvelles dispositions du droit des contrats qu'il « n'y a pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes ».

l'impérativité du régime de l'indivision du pacs, c'est bien qu'une telle impérativité ne va pas de soi.

Il en va de même s'agissant de l'argument qui postule l'impérativité de ces dispositions de la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 1999<sup>228</sup> : tout en admettant le caractère supplétif des dispositions de l'ancien article 515-5 du Code civil (la volonté des partenaires pouvait écarter la présomption d'indivision), le Conseil ne permettait qu'une mise à l'écart occasionnelle (à chaque acquisition) et non anticipée et générale par la convention d'indivision<sup>229</sup>. Cependant, il nous paraît difficile de justifier l'impérativité des articles 515-5-1 à partir de cette solution, puisque le Conseil constitutionnel en reconnaît explicitement le caractère supplétif. En outre, cette décision avait été rendue à propos de l'ancienne version de l'article 515-5 qui faisait de l'indivision le régime « légal » des partenaires. Or, les articles 515-5-1 et suivants du Code civil tels qu'ils sont issus de la loi du 23 juin 2006 instituent un « régime optionnel, dérogatoire au régime légal de la séparation de biens »<sup>230</sup>, par essence conventionnelle et dont les possibilités d'aménagements anticipés ainsi que leurs limites ne peuvent, en l'état du droit positif, être exclues par principe. À notre sens, c'est à partir de la nature contractuelle de l'indivision conventionnelle que doivent être envisagées ces questions.

### **1. L'efficacité des clauses de restriction de l'effet participatif du PACS**

**43.** — L'efficacité de l'aménagement restrictif de l'effet participatif de l'indivision conventionnelle du PACS doit être envisagée différemment selon qu'il s'agit d'une restriction ponctuelle **(a)** ou d'une restriction générale **(b)**.

#### *a. La restriction ponctuelle*

**44.** — La restriction ponctuelle de l'effet participatif de l'indivision conventionnelle du PACS peut avoir une origine unilatérale ( $\alpha$ ), ou bilatérale ( $\beta$ ). Naturellement, le contexte contractuel inhérent au PACS assure une plus grande efficacité à la solution bilatérale.

<sup>228</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, 99-419 DC.

<sup>229</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc. cons. 32.

<sup>230</sup> KARM (A.), « Le choix du régime matrimonial des partenaires en droit interne », *in Le pacs, 20 ans après, op. cit.*, p. 125 s., n° 7.

α. L'unilatéralité

**45. — Les subtilités de l'emploi ou du remploi dans le PACS.** La question pourrait se poser en ce qui concerne l'acquisition des biens nouveaux : le partenaire, seul acquéreur, pourrait-il exclure, ponctuellement, dans l'acte d'acquisition la présomption d'indivision instituée par la convention de PACS ?<sup>231</sup> La doctrine se divise sur la validité d'une telle stipulation. Pour les partisans d'une approche communautaire de l'indivision conventionnelle du PACS, le mécanisme de l'emploi ou du remploi est strictement réservé aux cas légalement prévus<sup>232</sup>. En dehors de ces cas, la présomption d'indivision fait échec à toute manifestation de volonté lors de l'acquisition d'un bien nouveau<sup>233</sup>. Pour les partisans d'une approche plus libérale, le principe de liberté gouvernant le PACS rend possible le jeu du mécanisme de la subrogation réelle dès lors que la volonté s'est manifestée<sup>234</sup>.

La difficulté se pose moins en matière d'opposition entre la préservation de l'esprit communautaire de l'indivision conventionnelle entre partenaires et la préservation de la liberté contractuelle des partenaires que sur le plan de la force obligatoire du contrat. Il s'agit en réalité d'évaluer la force obligatoire de la convention de PACS et de la présomption d'indivision qu'elle instaure. Lorsque des revenus personnels sont engagés, comment analyser la stipulation d'un emploi – ou remploi – permettant le jeu de la subrogation réelle dans le cadre d'une acquisition séparée par l'un seul des partenaires ? En termes contractuels, il s'agit purement et simplement d'une dérogation à la présomption d'indivision issue de la convention de PACS initiale ou modificative. Or, la force obligatoire de cette convention attire à la masse indivise les biens nouvellement acquis, peu importe le mode de financement. De fait, la clause d'emploi ou remploi lui porte nécessairement une atteinte directe, que seule justifie l'exception légale de l'article 515-5-2, alinéa 2. Ce n'est donc pas tant l'esprit communautaire qui empêche la stipulation d'une clause d'emploi ou de remploi, en cas d'acquisition individuelle, que le respect de la force obligatoire de la convention de PACS et de la présomption que celle-ci édicte. En d'autres termes, la subrogation réelle ne joue pas le même rôle dans le régime de communauté que dans le régime d'indivision conventionnelle « partenariale ». Dans le régime de communauté, elle veille à la préservation de l'intégrité des diverses masses, elle « permet à chaque masse d'être conservée en nature, en remplaçant par d'autres les biens qui la composaient lorsqu'ils ont disparu »<sup>235</sup>. Elle permet ainsi

<sup>231</sup> Idem en cas de remploi d'une somme provenant de la vente d'un bien personnel.

<sup>232</sup> C. civ., art. 515-5-2 *in fine* : « L'emploi de deniers tels que définis aux 4° et 5° fait l'objet d'une mention dans l'acte d'acquisition ».

<sup>233</sup> BOSSE-PLATIERE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., spéc., p. 46.

<sup>234</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>235</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ, n° 147.

de modérer la portée de la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil lorsque l'acquisition a été financée par des revenus propres ou des biens propres de l'un des époux. La nature de cette présomption diffère de la présomption d'indivision du PACS. Elle est d'origine purement légale dans le régime de communauté, alors qu'elle est, avant tout, d'origine conventionnelle dans le régime d'indivision conventionnelle du PACS – la loi fonde la présomption sur le choix des partenaires de se soumettre au régime de l'indivision. On en veut pour preuve que si la présomption de communauté ne peut être écartée que par l'« application d'une disposition de la loi »<sup>236</sup> (l'article 1434 autorise par exemple un époux seul à écarter tant l'article 1401 que 1402 lors d'une acquisition ponctuelle), la présomption d'indivision du PACS peut être écartée par un accord de volontés des partenaires – le Conseil constitutionnel l'a admis à propos de l'ancienne monture de l'article 515-5 dont l'essentiel des dispositions a été repris par l'article 515-5-1<sup>237</sup> – ce qui exclut, en principe, l'unilatéralisme.

Concrètement, une clause d'emploi ou de remploi octroie la possibilité de « paralyser la mise en commun des biens à l'occasion de toute acquisition »<sup>238</sup>. De fait, admettre un jeu infini de l'emploi, entre les partenaires, reviendrait à permettre l'application du même mécanisme entre les époux s'agissant des biens acquis par un époux au moyen de ses gains et salaires, ce que nul ne défendrait. Cependant, l'inefficacité d'une telle clause ne se rattache que subsidiairement à sa contrariété à l'esprit communautaire du régime de l'indivision conventionnelle du PACS. Elle est principalement due à l'atteinte à la force obligatoire de la convention de PACS, qui fonde la présomption d'indivision entre les partenaires. En ce sens, l'article 515-5-2, 1°, fournit, en plus du droit commun des contrats, un fondement juridique suffisant en énonçant que seuls les deniers perçus postérieurement à la conclusion du pacte et « non employés à l'acquisition d'un bien » demeurent la propriété exclusive des partenaires. *A contrario*, dès lors que ces derniers servent à l'acquisition d'un bien, il faut s'en tenir à l'article 515-5-1 et faire application du régime de l'indivision par le jeu de la présomption d'indivision instituée par la volonté commune des partenaires.

---

<sup>236</sup> C. civ., art. 1402.

<sup>237</sup> Cons. const., 9 novembre 1999, cons. n° 28 et 32 : « Le législateur a pu, sans méconnaître sa compétence, laisser la faculté aux parties d'écarter le régime de l'indivision pour les biens dont elles feraient l'acquisition postérieurement à la conclusion du pacte. Il résulte des termes mêmes de l'article 515-5 nouveau du code civil que la présomption d'indivision par moitié des meubles meublants acquis à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte ne peut céder que devant la production de la convention passée entre les partenaires décidant d'écarter un tel régime. De même, la présomption d'indivision par moitié pour les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte ne peut céder que devant la production d'un acte d'acquisition ou de souscription qui en dispose autrement ».

<sup>238</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., *loc. cit.*

**46. — La sanction.** Un tel résultat n'a, du reste, rien « d'absurde »<sup>239</sup>, dès lors qu'il vise à donner une pleine portée aux volontés exprimées par les partenaires lors de la conclusion du pacte. L'inverse reviendrait à défaire, ponctuellement, par une seule volonté, ce qui a été fait par deux. Le partenaire qui agirait de la sorte pourrait même se voir reprocher sa mauvaise foi sur le fondement de l'article 1104 du Code civil. Malgré la réforme du 23 juin 2006 qui a contribué au renforcement de son caractère statutaire<sup>240</sup>, la convention de PACS conserve son caractère contractuel et continue d'être soumise, en tant que de raison, aux règles générales du contrat et donc à l'exécution de bonne foi du contrat<sup>241</sup>. La mise en œuvre du mécanisme d'emploi ou de remploi, du seul fait de la volonté de l'un seul des partenaires et en dehors des cas limitativement prévus par la loi, pourrait alors être constitutive d'une exécution de mauvaise foi de la convention de PACS. À supposer que la clause d'emploi ou remploi soit insérée dans l'acte d'acquisition à l'insu du partenaire non-acquéreur<sup>242</sup>, cela relèverait non de l'inexécution, mais de l'exécution de mauvaise foi de la convention de PACS dès lors que le partenaire non-acquéreur est légitime à défendre la volonté de contourner la présomption d'indivision instituée par la convention de PACS. Comme l'a énoncé la Cour de cassation, si « la mauvaise foi dans l'exécution d'une convention n'est pas sanctionnée par la nullité de celle-ci [...] le juge peut refuser de faire produire effet à une clause contractuelle mise en œuvre de mauvaise foi »<sup>243</sup>. Entre les partenaires, la clause d'emploi ou de remploi stipulée dans l'acte d'acquisition devrait ainsi être neutralisée de telle sorte que le bien tomberait sous le régime de l'indivision conventionnelle du PACS et serait réputé indivis par moitié. Subsiste la question de l'ouverture ou non d'un droit de créance au profit du partenaire-acquéreur. Notons que l'article 515-5-2, *in fine*, n'envisage cette hypothèse que dans les cas d'acquisition au moyen de « deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention »<sup>244</sup> ou de « deniers reçus par donation ou succession »<sup>245</sup>. Le bien acquis au moyen de tout autre denier aurait vocation à être inlassablement attiré par l'indivision excluant de fait la possibilité d'un recours au titre d'une contribution inégale.

Cette restriction de l'emploi – ou remploi – tend à faire de l'indivision conventionnelle du PACS un régime tout aussi contraignant pour les partenaires que la communauté légale pour les époux, du

<sup>239</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>240</sup> V. en ce sens, FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>241</sup> C. civ., art. 1104.

<sup>242</sup> En régime de communauté, l'autonomisation de la gestion des patrimoines propres implique que l'emploi et le remploi en tant qu'actes unilatéraux ne sont, en effet, pas soumis à l'information du conjoint, encore moins à son consentement ; v. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 1998, n° 95-22.083 : « l'emploi ou le remploi est un acte unilatéral et n'est pas subordonné au consentement du conjoint ».

<sup>243</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2021, n° 20-15.094.

<sup>244</sup> C. civ., art. 515-5-2, 4°.

<sup>245</sup> C. civ., art. 515-5-2, 5°.

moins en ce qui concerne la préservation de la part non indivise des patrimoines respectifs des partenaires. Si certains paraissent s'en réjouir<sup>246</sup>, d'autres le déplorent et alertent sur le risque de réduire à néant les efforts faits dans le sens d'une amélioration du régime de l'indivision dans le PACS<sup>247</sup>. À ces objections, en somme légitimes, l'on répondra qu'il ne peut être possible de vouloir le contrat et la liberté qu'il transporte tout en renâclant à ses effets contraignants. Vouloir le contrat c'est également, pour les parties, subir les conséquences de leur propre loi : *patere quam ipse fecisti legem*. En ce sens, l'approche normativiste du contrat a parfaitement démontré que la force obligatoire du contrat ne se résume pas au seul contenu obligationnel<sup>248</sup>. En transposant l'analyse à notre objet d'étude, c'est la norme créée par la convention d'indivision de PACS qui s'oppose à ce que le partenaire-acquéreur se dérobe ponctuellement à la loi issue de son propre engagement. Il n'est pas à douter que cette « loi des partenaires » que représente la présomption d'indivision servira de référence au juge dès lors que subviendra un litige entre ces derniers à propos de la soumission ou non d'un bien au régime de l'indivision conventionnellement instituée par les partenaires<sup>249</sup>. Il nous semble toutefois que loin de constituer des *scandales*, ces limites peuvent être surmontées sitôt que l'on admet le caractère contractuel du PACS et de la présomption d'indivision qu'il institue. En effet, les partenaires n'auraient alors aucun mal à aménager la portée de ladite présomption puisque « le principe de force obligatoire porte en lui-même ses limites. Ce que les parties ont voulu, elles peuvent dans les mêmes conditions le modifier ou le défaire »<sup>250</sup>.

## β. La bilatéralité

**47. — L'association du partenaire à l'emploi ou remploi.** Compte tenu de notre hypothèse précédente, la solution à l'impossibilité d'une restriction unilatérale pourrait venir de l'intervention du partenaire non-acquéreur, non pas tant à l'acquisition<sup>251</sup>, mais à un accord concomitant ou postérieur à l'acquisition. Il s'agit ni plus ni moins que de transposer en matière d'indivision conventionnelle du PACS le mécanisme du « remploi à retardement » connu sous le régime de communauté<sup>252</sup>. Au regard des règles du PACS, rien ne s'oppose à ce que les partenaires amendent de la sorte la convention initiale de PACS. Celle-ci serait à notre sens d'autant plus conforme à l'esprit de liberté propre au PACS tout en ne contredisant pas la force obligatoire de la convention initiale.

<sup>246</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., *loc. cit.*

<sup>247</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>248</sup> ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 771.

<sup>249</sup> ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., spéc., n° 32 s.

<sup>250</sup> CABRILLAC (R.), v° « Force obligatoire » in *Dictionnaire du contrat*, MAZEAUD (D.), BOFFA (R.) et BLANC (N.), dir., LGDJ, 2018, p. 598.

<sup>251</sup> Au risque de faire tomber le bien dans l'indivision.

<sup>252</sup> V. MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 187 ; TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés*, 8<sup>e</sup> éd., 2019, Dalloz, n° 347.

**48. — La qualification de l'accord : une convention modificative ?** La qualification de l'accord pourra néanmoins être sujette à incertitudes. En effet, s'agit-il d'une convention modificative ? La question est d'importance, au moins au regard de l'opposabilité au tiers. En tout état de cause, un tel accord ne peut *a priori* produire que des effets entre les partenaires<sup>253</sup>, notamment lors de la liquidation de l'indivision. En revanche, à l'inverse des époux, les partenaires disposent d'une mutabilité de régime plus souple. Ainsi, rien ne s'opposerait à ce que l'accord conclu s'agissant d'un bien déterminé, et modifiant la composition de l'indivision, puisse être publié conformément aux prescriptions des articles 515-3 et 515-3-1, al. 2<sup>e</sup>. Ces formalités quelque peu lourdes permettraient toutefois au partenaire-acquéreur d'assurer, tant à l'égard de son partenaire qu'à l'égard des tiers, le maintien du bien dans son patrimoine propre.

**49. — Proposition n° 1 : consacrer la faculté de restreindre ponctuelle l'effet participatif du PACS.** Compte tenu de ce qui précède, il nous paraît légitime de reconnaître la faculté des partenaires d'écarter ponctuellement la présomption d'indivision par moitié de leur indivision. Conformément à la force obligatoire du contrat, toutefois, cette restriction ne peut s'opérer que par l'accord des partenaires et non de manière unilatérale – à l'inverse de la situation des époux communs en biens où l'emploi ou remploi peut être fait unilatéralement lors de l'acquisition. L'article 515-5-1 pourrait être complété par un second alinéa de la manière suivante : « *Lors d'une acquisition, la présomption d'indivision par moitié pour les biens acquis à compter de l'enregistrement de ces conventions ne peut être écartée que par l'accord des partenaires dans l'acte d'acquisition ou postérieurement à l'acte. L'accord ne produit effets qu'entre les partenaires à moins qu'il n'ait été satisfait aux formalités de publicité des articles 515-3 et 515-1-3.* »

*b. La restriction générale*

**50. —** De même que l'accord des partenaires, *a posteriori*, peut justifier la restriction ponctuelle de l'effet participatif du PACS, un accord initial permettrait de fonder l'efficacité d'une restriction générale. Les partenaires pourraient, ainsi, stipuler une clause de style ( $\alpha$ ) ; à la condition, toutefois, de veiller à ne pas porter atteinte à l'économie générale de l'indivision conventionnelle du PACS ( $\beta$ ).

$\alpha$ . La voie de la clause de style

**51. — La liberté des conventions « partenariales ».** Conscient des difficultés qui ont été précédemment abordées, Monsieur Fulchiron s'interrogeait sur l'inscription dans la convention

---

<sup>253</sup> C'est le cas dans le régime de communauté où l'accord ne produit des effets qu'entre les époux, C. civ., art. 1434.

initiale de PACS d'une clause permettant d'écarter la présomption d'indivision à l'égard de certains biens définis par les partenaires<sup>254</sup>. En ce qui concerne, par exemple, les revenus, une telle clause prévoirait l'exclusion, du domaine de la présomption, de certains biens acquis avec les revenus propres des partenaires. Par exemple, on note que si l'article 515-5-2 exclut les biens créés et leurs accessoires (2°), rien ne permet d'exclure les valeurs mobilières nouvellement acquises, pour autant qu'elles ne se rattachent à aucune valeur propre à l'un des partenaires<sup>255</sup>. Or, les partenaires pourraient souhaiter exclure ces biens particuliers du domaine de l'indivision.

La possibilité de recourir à une telle clause de style soulève plusieurs interrogations<sup>256</sup>. Tout d'abord, elle contredit nécessairement la portée de la disposition précédemment citée puisque les deniers perçus par les partenaires après la conclusion du PACS demeurent la propriété exclusive de chacun tant qu'ils n'ont pas été employés à l'acquisition d'un bien. *A contrario*, dès lors que ces mêmes deniers servent à l'acquisition d'un bien, il semble qu'il faille faire application de la présomption d'indivision pour les biens nouvellement acquis. Ceci, d'autant que le dernier énoncé de l'article n'envisage pas l'emploi – ou le remploi – à propos desdits deniers. La problématique est alors celle de l'impérativité de la disposition. Pour Monsieur Fulchiron, la liberté contractuelle qui innerve le PACS doit l'emporter et permettre une telle modification conventionnelle<sup>257</sup>. À l'opposé, pour les partisans d'une « structure communautaire »<sup>258</sup> du régime de l'indivision du PACS, c'est l'esprit communautaire du régime qui prévaut et empêche les partenaires de « s'écarter des critères de répartition, des biens »<sup>259</sup> contrairement aux époux qui bénéficient d'une liberté des conventions matrimoniales.

Tout en reconnaissant la valeur de cette dernière approche, il faut rappeler, au risque de verser dans la psalmodie, qu'elle aboutit à nier la nature contractuelle du PACS et de l'indivision conventionnelle que fait naître la convention de PACS. Au surplus, n'est-il pas paradoxal de vouloir à tout prix affirmer la nature communautaire du régime du PACS, en le rapprochant au plus possible du mariage et donc de la communauté légale, puis de l'éloigner de cette dernière au motif que le « PACS n'est pas le mariage »<sup>260</sup>. Si tant est que l'on souscrive à l'approche communautaire du

<sup>254</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>255</sup> Sur l'analogie avec le régime légal et l'article 1406, v. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 888, p. 779.

<sup>256</sup> Précisons qu'il s'agirait d'une clause visant à écarter la présomption d'indivision sur un bien déterminé et non à soumettre ce même bien à une nouvelle indivision, cette fois ordinaire : v. en ce sens BEIGNIER (B.), TORRICELLI-CHRIFI (S.), *Droit des régimes matrimoniaux, du pacs et du concubinage*, 7<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ, n° 260 s.

<sup>257</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc. *passim*.

<sup>258</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., p. 52 s.

<sup>259</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., p. 53 ; *adde* LEBEAU (M.), « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts ... », art. préc.

<sup>260</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », préc., p. 54.

régime de l'indivision du PACS, ne serait-il pas plus logique d'y voir une « communauté conventionnelle » proche des régimes matrimoniaux conventionnels que connaissent les époux et à propos desquels ils sont libres d'aménager les critères de composition ? Il y a, à notre avis, une légère exagération à voir dans le régime de l'indivision conventionnel du PACS une communauté proche de la communauté légale à laquelle s'appliquerait un « principe d'immutabilité du régime partenarial » qui, sans interdire le changement de régime en cours d'union, empêcherait son aménagement lors du choix initial dans la convention de PACS.

En revanche, à l'instar de la liberté des conventions matrimoniales dont bénéficient les époux, qui n'est qu'une transposition en droit des régimes matrimoniaux de la liberté de déterminer le contenu du contrat<sup>261</sup>, les partenaires doivent également bénéficier d'une liberté contractuelle s'agissant de l'aménagement de leur régime<sup>262</sup>. Soutenir cela, ne vise pas à rapprocher le PACS du mariage, mais à tirer toutes les conséquences de sa nature contractuelle. Certes, « les partenaires ne peuvent unir leurs intérêts personnels et pécuniaires que conformément aux prescriptions législatives »<sup>263</sup>. Mais cela ne vaut que pour autant que lesdites prescriptions soient impératives. Le législateur n'a pas voulu que « les partenaires puissent choisir, par convention, un régime matrimonial »<sup>264</sup>, mais son vœu premier a assurément été qu'ils puissent choisir de se soumettre à un régime de l'indivision, autrement dit d'en aménager le domaine. En conséquence, ils demeurent libres de choisir ce qui doit être soumis au régime de l'indivision. Mais cette liberté ne saurait être sans limites. Le droit commun des contrats ainsi que la jurisprudence en matière de conventions matrimoniales fournissent des éléments de réponse.

### β. La limite de la cohérence du régime

**52. — La préservation de la substance du régime du PACS.** En ce qui concerne l'aménagement du fonctionnement du régime d'indivision conventionnelle du PACS par des clauses de style, la précaution est de veiller à la cohérence du régime<sup>265</sup>. En termes contractuels, la cohérence du contrat est assurée par le contrôle de son contenu et plus particulièrement de sa licéité. La disposition majeure est en ce sens l'article 1162 du Code civil qui prévoit que le contrat « ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes

<sup>261</sup> C. civ., art. 1102.

<sup>262</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 512 ; *adde* MURAT (P.), « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N* 2011, n° 25-26, 1206, spéc., n° 17.

<sup>263</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », *préc.*, p. 54.

<sup>264</sup> BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », *préc.*, p. 54.

<sup>265</sup> Cette idée est également abordée par BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du pacs aujourd'hui », *préc.*, p. 53.

les parties ». Cette disposition semble restreindre le contrôle de la licéité à une approche objective, c'est-à-dire tournée vers le respect de règles extérieures au contrat. Il importe toutefois de nuancer cette idée puisque la licéité du contrat peut également lui être interne. En témoigne l'article 1170 du Code civil qui prévoit que la « clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». En d'autres termes, l'illicéité ne résulte pas ici de la contradiction à une règle supérieure, mais à la règle posée par le contrat, à la norme qu'il édicte. S'agissant de contrat non obligationnel<sup>266</sup>, c'est-à-dire qui n'a pas pour effet direct de produire des obligations, comme peut l'être la convention d'indivision du PACS, la substance du contrat peut s'interpréter comme sa cohérence, son équilibre voire son économie générale. La Cour de cassation a pu faire usage de cette notion « d'économie du régime » à propos du régime de participation aux acquêts<sup>267</sup>.

**53. — Illustration jurisprudentielle.** En l'espèce, la Cour de cassation se prononçait sur la licéité d'une clause de report des effets d'une cession de parts sociales entre époux à une date postérieure au divorce. La clause avait alors été analysée comme déjouant les règles de fonctionnement du régime de participation aux acquêts. La Cour considérant qu'elle avait pour objet et pour effet de priver l'épouse de sa créance éventuelle de participation sur des acquêts réalisés par l'époux et constituait ainsi une convention relative à la liquidation du régime. Par conséquent, la Cour affirmait l'illicéité d'une telle clause qui entravait l'économie du régime de participation aux acquêts. Plus que la sanction de la liquidation antérieure à l'introduction de l'instance en divorce c'est la limitation de la liberté contractuelle des époux dans un régime pourtant guidée par une grande liberté<sup>268</sup> qui est ici remarquable. Cette notion d'économie du régime matrimonial fait bien évidemment écho à la notion d'économie du contrat<sup>269</sup> permettant aux juges d'apprécier l'existence et la consistance de la cause définie comme la contrepartie convenue<sup>270</sup>. Transposée en matière matrimoniale, même à propos des régimes conventionnels, la notion d'économie n'a assurément pas la même portée ou signification. Il s'agit moins de contrôler l'existence d'une contrepartie que de veiller à la préservation de la substance du régime auquel se sont soumis les époux. Or, l'économie, ou la substance, du régime de participation aux acquêts n'est

<sup>266</sup> V. en ce sens ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel », art. préc., n° 11 s.

<sup>267</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 2009, n° 07-15.945, *D.* 2009, p. 2508, obs. V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2005, p. 516, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 769 et 771, obs. B. VAREILLE.

<sup>268</sup> ÉGÉA (V.), « L'économie générale de la participation aux acquêts, limite à la liberté conventionnelle », *D.* 2009, p. 1201.

<sup>269</sup> V. les thèses consacrées à la notion en matière contractuelle : PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004 ; ARSAC-RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse Clermont-Ferrand I, 2005.

<sup>270</sup> Selon une certaine jurisprudence (illustrée par le célèbre arrêt *Point club vidéo* Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 200 ; *D.* 1997, p. 500 note Ph. RÉGNIÉ ; *Defrénois* 1996, p. 1015, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996 p. 903 obs. J. MESTRE.), l'appréciation de l'avantage convenu ne peut se faire sans prendre en compte l'économie du contrat, c'est-à-dire le contrat tel qu'il a été réellement voulu, *convenu*, par les parties et non simplement tel qu'il a pu être exprimé par elles (v. en ce sens MOURY (J.), « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 382).

rien d'autre que le « droit futur de chacun des époux de participer à l'enrichissement éventuel de son conjoint »<sup>271</sup>. Dès lors, dans un régime participatif, la convention qui aboutit à l'appauvrissement d'un époux et qui par conséquent diminue la vocation aux acquêts de son conjoint doit être déclarée illicite<sup>272</sup>.

**54. — Une économie du régime d'indivision conventionnelle du pacs ?** Cette analyse pourrait-elle se transposer à l'indivision conventionnelle du PACS ? Qu'on le veuille ou non, la convention de PACS institue bel et bien un régime qui à défaut d'être matrimonial est au moins patrimonial. La cohérence interne de la convention de PACS impose, de fait, que les stipulations diverses du contrat n'aboutissent pas à contredire l'économie du régime participatif ainsi institué, autrement dit, la vocation qu'a un partenaire à participer à l'investissement de l'autre<sup>273</sup> ; l'investissement étant caractérisé par l'acquisition, individuelle ou commune, de nouveaux biens. Que faut-il penser, par suite, de la clause de restriction ou d'aménagement de la portée de la présomption d'indivision ? Une telle clause est-elle nécessairement contraire à l'économie du régime d'indivision entre les partenaires ? Une telle question renvoie derechef à l'impasse que constitue le caractère impératif ou non impératif des articles 515-5-1 et suivants du Code civil. Si ces articles venaient à être habillés par une impérativité que l'on imagine jurisprudentielle, la solution serait proche de celle retenue à propos du régime participatif entre époux. En effet, l'économie ne relèverait pas directement du contrat, mais des prescriptions légales qui imposent une présomption d'indivision de moitié pour tous les biens acquis, sous réserve des exceptions de l'article 515-5-2. De l'autre, si l'impérativité leur fait défaut, ce à quoi nous croyons, alors l'économie du régime d'indivision du PACS serait en réalité propre à la convention instituant le régime. L'analyse se ferait alors selon une approche contractuelle aux termes de laquelle l'économie du contrat est ce que les parties ont voulu. L'indivision conventionnelle du PACS se rapprocherait de la société d'acquêts entre époux séparés de biens dont la masse d'acquêts est plus « étroitement définie que celle du régime légal »<sup>274</sup>. Le régime légal du PACS serait alors vu comme un cadre de base, qui convient aux partenaires peu soucieux d'une personnalisation détaillée de leur situation patrimoniale<sup>275</sup>. Ceux qui souhaiteraient une personnalisation et une individualisation de leur

<sup>271</sup> FARGE (C.), « Fonctionnement du régime matrimonial de participation aux acquêts », in *Droit patrimonial de la famille*, GRIMALDI (M.) dir., 7<sup>e</sup> éd., 2021-2022, Dalloz-Action, n° 171.140.

<sup>272</sup> ÉGÉA (V.), « L'économie générale de la participation aux acquêts, limite à la liberté conventionnelle », art. préc.

<sup>273</sup> V. en ce sens, VERGARA (O.), th. préc., n° 885 s.

<sup>274</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 798.

<sup>275</sup> Dans un tel cas, la clause d'emploi insérée dans l'acte d'acquisition du seul fait de la volonté du partenaire acquéreur pourra être considérée comme illicite puisqu'elle a pour effet d'entraver l'économie générale du régime de l'indivision conventionnelle telle que les partenaires l'ont voulue : l'absence de choix (de personnalisation) est encore un choix. En effet, une telle clause aboutit à enrichir le partenaire acquéreur et à appauvrir le partenaire non-acquéreur à l'égard duquel elle anéantit la vocation à la quote-part indivise.

association patrimoniale pourraient s'en émanciper et définir plus précisément le fonctionnement de leur régime. En cas de conflits sur la soumission d'un bien au régime de l'indivision, le juge se référerait à la convention instituant le régime d'indivision, ainsi qu'aux conventions modificatives au besoin, afin d'interpréter la commune intention des partenaires<sup>276</sup>.

Quoi qu'il en soit, la rédaction d'une clause qui aurait pour effet d'écarter de la présomption d'indivision certains biens particuliers nécessitera une attention particulière de la part des partenaires et de leurs conseils s'agissant de la rédaction. Par exemple, ils devront se garder de toute généralité excessive à moins de réduire à néant l'esprit participatif que doit instituer la convention d'indivision du PACS. En effet, une fois les biens légalement énumérés par l'article 515-5-2 du Code civil exclus de l'indivision, la masse indivise ne sera assurément alimentée que par les acquisitions faites au moyen des revenus, en l'occurrence propres, des partenaires. Or, une clause qui exclurait en des termes généraux de l'indivision les biens acquis au moyen de ces deniers priverait nécessairement de sa substance la convention d'indivision : d'une certaine façon en se soumettant au régime de l'indivision, les partenaires souscrivent l'obligation réciproque de contribuer à l'expansion d'une telle indivision. Ainsi, les clauses de la convention d'indivision doivent s'interpréter par rapport à son économie générale et, par leur sens, respecter la cohérence de l'acte tout entier<sup>277</sup>. De fait, la clause qui exclurait en généralité les biens acquis au moyen des deniers des partenaires pourrait être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil.

**55. — L'utilité pratique d'une clause de restriction du périmètre de l'indivision conventionnelle du PACS.** La restriction conventionnelle ne pourra viser que des biens particuliers. Les partenaires pourraient, par exemple, réserver la présomption à l'immeuble constituant le logement de la famille et aux biens utiles à son ameublement. Pareillement, la présomption pourrait ne concerner que les biens utiles à la vie du ménage et aux besoins de la vie courante. En des termes plus exclusifs, on pourrait imaginer une stipulation visant à écarter les biens dont la qualification de biens personnels est souvent l'objet de difficulté en jurisprudence, par exemple les valeurs mobilières ou encore la valeur du contrat d'assurance sur la vie, contracté par un partenaire à son propre profit. Les difficultés apparues à propos de ce contrat dans le régime de communauté<sup>278</sup> se poseront inévitablement à propos du régime de l'indivision conventionnelle du PACS. À cet égard, l'on rappelle que, depuis sa décision *Praslicka*, la Cour de cassation considère que la valeur au jour

---

<sup>276</sup> C. civ., art. 1188 s.

<sup>277</sup> C. civ., art. 1189.

<sup>278</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 304 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 175 s.

de la dissolution de la communauté d'un tel contrat d'assurance vie est un bien commun<sup>279</sup>. Pour éviter la transposition d'une telle solution, une clause de la convention d'indivision pourrait expressément exclure la présomption d'indivision s'agissant des contrats d'assurance vie souscrits par les partenaires. Peu importe, d'une part, qu'elle ait été souscrite par un partenaire en faveur de l'autre ou en sa propre faveur et, d'autre part, que le contrat soit dénoué ou non au jour de la liquidation de l'indivision entre partenaires. Une telle stipulation permettrait d'éviter le risque inhérent à la qualification de ces contrats qui a paru un temps osciller entre opération de thésaurisation et opération d'investissement<sup>280</sup>.

**56. — Proposition n° 2 : consacrer la faculté de restreindre dans la convention de PACS l'effet participatif du PACS.** En raison de la nature de la convention de pacs, la faculté pour les partenaires d'insérer dans leur convention d'indivision une clause d'exclusion doit être reconnue. Celle-ci doit toutefois être assortie de garde-fous afin que ne soit pas niée toute la substance du régime d'indivision du pacs. Aussi la modalité ne doit être reconnue qu'à l'égard d'une exclusion de certains biens particuliers ; il serait ainsi impossible d'admettre une clause excluant tous les biens acquis ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Pareillement, la faculté de restreindre le périmètre de l'indivision conventionnelle ne doit concerner que les acquisitions faites séparément. Une acquisition commune fait présumer la volonté de soumettre le bien acquis au régime de l'indivision. Cette autonomie pourrait être consacrée par l'insertion d'un alinéa supplémentaire à l'article 515-5-1 rédigée de la manière suivante : « *Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, écarter la présomption d'indivision à propos de certains biens particuliers qu'ils acquièrent séparément à compter de l'enregistrement de ces conventions. La clause doit veiller à respecter la cohérence de l'acte tout entier et ne doit pas entraver l'économie générale du régime de l'indivision prévue au premier alinéa de cette disposition.* »

**57. — Transition.** En définitive, c'est la force obligatoire du contrat, et par extension la protection des parties, qui détermine le cadre d'exercice de la liberté contractuelle des partenaires en ce qui concerne la restriction du périmètre de l'effet participatif de la convention de PACS. Cette même liberté autorise l'extension de l'effet participatif qui ne fait plus peser un risque sur les intérêts des partenaires, mais sur ceux des tiers.

<sup>279</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1992, n° 90-16.343, *RTD civ.* 1992, p. 632, obs. F. LUCET ET B. VAREILLE ; solution confirmée depuis, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2019, n° 18-21.383, *RTD civ.* 2019, p. 636, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2019. 475, obs. P. HILT.

<sup>280</sup> VERGARA (O.), th. préc., n° 764 s. et n° 924 s.

## 2. L'efficacité des clauses d'extension de l'effet participatif du PACS

**58. — Inversion.** La problématique de l'extension de l'effet participatif du PACS se pose quant à deux hypothèses. D'abord, celle de la marge de liberté des partenaires quant à l'aménagement du périmètre de la présomption d'indivision instituée par la convention de PACS : il s'agirait, par dérogation à l'article 515-5-2 du Code civil, d'instituer une indivision tendant vers l'universalité des biens des partenaires. Si, comme on l'a relevé, la formule légale peut laisser croire à un caractère impératif, « le libéralisme qui caractérise l'ensemble du dispositif »<sup>281</sup> du pacs ainsi que la finalité protectrice propre à la disposition concernant les biens propres de partenaires justifient, à l'inverse, de reconnaître la liberté contractuelle des partenaires en la matière **(a)**. Ensuite, c'est à propos du partage de l'indivision que les parties pourraient vouloir étendre l'effet participatif du régime des biens du PACS en modulant, par exemple, les quotes-parts indivises légalement fixées par l'article 515-5-1 du Code civil<sup>282</sup>. Cela reviendrait, à l'image des époux, à prévoir un partage inégal de l'indivision en cas de dissolution du PACS indépendamment de sa cause ou pour une cause particulière. La possibilité d'une telle dérogation reviendrait à autoriser entre les partenaires le jeu d'un « avantage matrimonial »<sup>283</sup>. En raison, là encore, du libéralisme des relations « partenariales », rien, sinon la raison, ne s'oppose à une telle faculté. L'interposition du régime de l'indivision légale ayant pour effet d'exclure l'application des limites issues du droit des successions **(b)**.

### a. La tentation de l'universalité du régime de l'indivision

**59. — Discussion autour de l'impérativité de l'article 515-5-2 du Code civil.** Comme le régime légal de communauté, le régime de l'indivision du PACS est un mode d'acquisition de la propriété spécial du droit de la famille. À l'inverse, toutefois, du régime conjugal, le pacs ne fait pas l'objet des garde-fous limitant la liberté contractuelle des parties. De telle sorte que la liberté des partenaires d'établir une indivision à vocation universelle apparaît comme totale, sauf à justifier le caractère impératif de l'article 515-5-2 du Code civil. Ce dernier exclut de l'indivision certains biens acquis après la conclusion de la convention d'indivision du PACS, en raison de leur nature propre. On a ainsi pu avancer que le « texte, contrairement à d'autres, n'autorise pas expressément la clause contraire et la formule “*demeurant la propriété exclusive*” évoque plutôt une règle impérative »<sup>284</sup>. L'impérativité n'étant pas affirmée par le texte ni par la jurisprudence, elle demeure contestable.

<sup>281</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 888, spéc., p. 780.

<sup>282</sup> *Contra* FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>283</sup> Sur cette possibilité, v. PELLET (S.), « De l'avantage conjugal », *D.* 2019, p. 265

<sup>284</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, *ibid.*

**60. — Une impérativité douteuse sur le plan systémique.** L'on rappelle que l'article 515-5-2 du Code civil s'inscrit dans une suite de textes se rapportant à la convention de PACS. Il est, ainsi, une exception légale à l'article 515-5-1 du Code civil qui fixe le régime de l'indivision du PACS et non à l'article 515-5 du Code civil qui, nous l'estimons, pose le principe général qui gouverne la convention de PACS. Celle-ci est, selon les termes de cette dernière disposition, régie par la loi « sauf dispositions contraires de la convention ». À considérer l'article 515-5-2 du Code civil comme impératif, l'on aboutit à priver d'effet la réserve de l'article 515-5 du Code civil qui, justement, pose le principe d'une propriété exclusive des biens personnels des partenaires sauf clauses contraires. Or, ces mêmes biens personnels sont inclus dans la liste des biens propres que l'article 515-5-2 du Code civil exclut, par principe, du régime de l'indivision de l'article 515-5-1 du Code civil. Logiquement, la réserve de l'article 515-5 du Code civil doit s'appliquer aux partenaires qui choisissent de se soumettre au régime de l'indivision. À moins de considérer qu'une telle réserve ne vaut que pour les partenaires séparés en biens. L'argument serait alors dépourvu de toute rationalité : on imagine, difficilement, des partenaires, soumis à la séparation de biens, qui font tout de même le choix de rendre indivis leurs biens personnels, par dérogation à l'article 515-5 du Code civil, sans, toutefois, se soumettre à l'indivision. Les partenaires séparés en biens pourraient, de fait, créer un ersatz de communauté universelle, opposé à l'esprit séparatiste, là où des partenaires soumis à l'indivision, qui ont ainsi choisi de se soumettre à un esprit communautaire, seraient limités dans l'aménagement de leur « communauté ». En comparaison avec les régimes matrimoniaux, la liberté offerte à des époux, séparés en biens, d'adjoindre à leur régime une société d'acquêts, même à titre universel<sup>285</sup>, est tout aussi reconnue aux époux communs en biens qui peuvent conférer un caractère universel à leur régime<sup>286</sup>. Ainsi, la réserve de l'article 515-5 du Code civil prend tout son sens lorsqu'elle est appréciée au regard de la situation des partenaires sous indivision. En résumé, si l'article 515-5-2 du Code civil pose une exception quant aux biens soumis à l'indivision du PACS, il demeure sous l'empire du régime supplétif de volonté défini par l'article 515-5 du Code civil. Aussi les partenaires indivisaires peuvent-ils, comme les époux communs universellement en biens<sup>287</sup>, faire tomber dans leur indivision les biens présumés propres par nature par l'effet de l'article 515-5-2 du Code civil.

<sup>285</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 799 s.

<sup>286</sup> C. civ., art. 1526 ; *adde* les articles 1497 s.

<sup>287</sup> L'article 1526 du Code civil dispose, en effet, que, même dans une communauté universelle, certains biens demeurent propres par nature, sauf stipulation contraire.

**61. — Une impérativité douteuse en raison d'un argument téléologique.** L'on rappelle que cette disposition fait écho aux articles 1403 et suivants du Code civil ; le premier disposant que « chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres », avant que les dispositions suivantes ne viennent détailler les biens propres par nature dans le mariage. L'on rappelle, au surplus, qu'entre époux ces dernières dispositions – et plus généralement la distinction des biens propres et des biens communs – n'ont d'intérêt qu'en ce qu'elles déterminent l'effectivité des pouvoirs reconnus à chaque époux sur ses biens personnels par l'article 225 et l'article 1428 du Code civil. De telles dispositions ont pour finalité de protéger l'autonomie des membres du couple marié. En comparaison, l'article 515-5-2 du Code civil garantit, entre les partenaires, l'effectivité des pouvoirs qui leur sont reconnus sur leurs biens personnels par l'article 515-5 du Code civil. Or, entre les époux, cette protection n'empêche pas la dérogation conventionnelle consécutive au choix d'une communauté universelle qui confère à chacun des époux des pouvoirs sur les biens personnels de l'autre. Il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement entre les partenaires. L'article 515-5-2 du Code civil n'est pas un texte impératif ; pas plus que ne le sont les articles 1403 et suivants du Code civil, les époux pouvant y déroger par le choix d'une communauté conventionnelle. *A fortiori*, les partenaires soumis à un régime par essence contractuel doivent pouvoir déroger aux dispositions légales concernant la composition de leur indivision.

**62. — L'absence d'entrave sérieuse à une indivision à vocation universelle dans le PACS.** En définitive, l'extension du périmètre de l'effet participatif du PACS, tendant à conférer une vocation universelle à l'indivision du PACS, n'est pas illicite<sup>288</sup>. Toutefois, à l'inverse de la communauté universelle entre époux, il ne semble pas qu'une telle indivision puisse comprendre les biens présents des partenaires. En effet, une telle convention reviendrait à créer non pas une indivision ayant vocation à s'accroître, mais un état d'indivision sur des biens existants, ce qui serait, par ailleurs, un moyen de couvrir des donations déguisées entre partenaires. Une telle convention serait, en outre, contraire à l'essence de l'indivision du PACS qui ne peut comprendre que les biens acquis par les partenaires, ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de la convention de PACS. Sur ce point, la vocation universelle des partenaires ne peut rejoindre celle des époux, ne serait-ce qu'en raison de l'inexistence, dans le pacs, d'une répartition du passif égale à celle des époux universellement communs en biens. Alors qu'entre époux l'universalité de l'actif emporte l'universalité du passif, selon les termes de l'article 1526 du Code civil, les partenaires resteraient soumis à l'article 515-5 selon lequel : chaque partenaire « reste seul tenu des dettes personnelles

---

<sup>288</sup> *Contra* LEBEAU (M.), « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts ... », art. préc, n° 6.

nées avant ou pendant le pacte » en dehors de celles contractées pour les besoins de la vie courante et en dehors des dettes de l'indivision.

Sous cette réserve, l'établissement d'une indivision à vocation universelle pour les biens acquis à partir de l'enregistrement de la convention ne souffre d'aucune limite évidente. Les partenaires devraient pouvoir écarter, pour les biens qu'ils acquerront, les réserves supplétives de volonté de l'article 515-5-2 du Code civil.

Du reste, elle telle possibilité présente un risque, non pas tant pour les partenaires, mais pour les tiers, notamment les enfants et héritiers, puisqu'une telle extension contractuelle pourrait aboutir à conférer à l'un des partenaires un avantage excessif qu'aucun mécanisme du droit successoral ne semble apte à déjouer ou limiter.

*b. La tentation de l'« avantage matrimonial » entre partenaires*

**63. — Illustration jurisprudentielle.** L'unique décision de la Cour de cassation se rapprochant des avantages que les partenaires pourraient se conférer par le truchement de leur régime patrimonial mérite d'être signalée<sup>289</sup>. En l'espèce, des partenaires avaient, par une convention modificative, stipulé la mise en commun de tous les biens mobiliers et immobiliers du couple en indivision et, en cas de décès de l'un ou de l'autre, le legs de l'ensemble de ces biens au partenaire survivant. La convention modificative avait été annulée par les juges du fonds – décision confirmée par la Cour de cassation – aux motifs qu'un tel acte constituait un testament conjonctif nul sur le fondement de l'article 968 du Code civil. Plus que l'étendue de la liberté contractuelle des partenaires, c'est la maladresse dans la rédaction de l'acte qui fut au cœur de la censure. Qu'en serait-il de la convention procédant de la même manière à une extension du champ de l'indivision à tous les biens du couple, le tout couplé à une clause de partage inégal au profit du partenaire survivant ? Les partenaires étant par principe libre de procéder « à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité »<sup>290</sup>, l'efficacité d'une telle clause paraît garantie. Elle échappe, de la sorte, à la prohibition des pactes sur succession future en raison de l'écran de l'opération de partage ( $\alpha$ ) et autorise un éventuel avantage « partenarial » entre les partenaires ( $\beta$ ).

<sup>289</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 2018, n° 17-22.934, *D.* 2019, p. 910, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; *Dr. fam.* 2018, comm. 244, note M. NICOD.

<sup>290</sup> C. civ., art. 515-7, al. 10<sup>e</sup>.

α. L'éviction de la prohibition des pactes sur succession future

**64. — La clause de partage inégal dans le PACS.** La clause susmentionnée constitue-t-elle un pacte sur succession future ? Il semble que la réponse doive être négative dès lors que la clause ne confère *a priori* aucun droit sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte. L'objet de la stipulation en cause est avant tout d'organiser les conditions de la liquidation des intérêts patrimoniaux des partenaires. Néanmoins, la particularité d'une telle convention est qu'elle est susceptible d'être conditionnée à la dissolution du PACS pour cause de décès d'un des partenaires. On imagine mal, en effet, des partenaires faisant preuve d'une si noble générosité, quelle que soit la cause de rupture du PACS. Deux systèmes cohabiteraient de fait dans la convention de PACS : ou bien la rupture du PACS est volontaire auquel cas la présomption légale d'indivision par moitié s'applique ; ou bien le PACS est dissout par le décès d'un des partenaires, ceci donnant ainsi effet à la clause de répartition inégale. Selon cette dernière hypothèse, la convention se rapproche des effets d'une clause d'accroissement par laquelle deux individus, coacquéreurs d'un bien, stipulent que le survivant sera réputé avoir été le seul acquéreur<sup>291</sup>. La différence, majeure, étant que la masse indivise peut n'avoir été alimentée que par l'investissement d'un seul des partenaires ou par l'investissement des deux, mais inégalement. Quoi qu'il en soit, pas plus que la clause d'accroissement, la clause de partage inégal de la masse indivise, au profit du partenaire survivant, n'accorde aucunement à son bénéficiaire des droits dans la succession non ouverte du partenaire prédécédé. En effet, au regard de la masse indivise, la part de chacun n'a vocation à intégrer la succession qu'une fois la part indivise du prémourant déterminée. Or, cette détermination est, précisément, sujette aux aménagements qu'ont pu décider les partenaires dans leur convention de PACS.

Comme le fait observer Monsieur Grimaldi, « une succession *future*, ce sont les biens qu'il plaira au *de cuius* de laisser à son décès : ceux qu'il lui plaira d'acquérir et de conserver jusqu'à sa mort »<sup>292</sup>. En d'autres termes, ne conclut pas un pacte sur succession future, le partenaire qui stipule un partage inégal en sa défaveur<sup>293</sup>. Une telle clause ne constitue pas, au sens strict, une cession qui ne « crée d'obligation qu'à la charge de la succession sans imposer au stipulant aucune obligation dont la succession n'aurait été tenue que par voie de conséquence et qui consacre ainsi l'attribution

<sup>291</sup> GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, 8<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis, n° 384.

<sup>292</sup> GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, 8<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis, n° 379.

<sup>293</sup> *Contra* : DEPONDT (A.) « Le pacs : aspects patrimoniaux », *Dr. & patr.* 2008, n° 173, p. 74 ; MURAT (P.), « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », art. préc., n° 18.

d'un droit privatif sur une succession ouverte »<sup>294</sup>. À l'inverse, par exemple, de la faculté d'acquisition prévue à l'article 1873-13 du Code civil<sup>295</sup> qui, quant à elle, constitue un pacte sur succession future qui crée une obligation à la charge de la seule succession puisque les héritiers sont forcés de céder la quote-part indivise du *de cuius*<sup>296</sup>. La clause de partage inégal, même insérée dans une convention d'indivision de PACS, ne viserait avant tout qu'à la détermination de ladite quote-part. Cette observation ne vaut que pour autant que l'on considère que le régime de l'indivision du PACS est un régime supplétif de volonté et non impératif. L'indivision doit alors pouvoir être ce que les partenaires veulent qu'elle soit<sup>297</sup>. Assurément, en l'état du droit positif, rien ne peut justifier que les partenaires ne puissent pas stipuler des avantages qui résultent du mode de fonctionnement conventionnel de leur régime. Seulement, ce n'est pas parce que cela est possible qu'il faut nécessairement le souhaiter et, encore moins, l'encourager. À cet égard, la détermination de l'étendue de la liberté contractuelle des partenaires, s'agissant de l'extension de l'indivision, pose la question de la protection des tiers, en particulier des enfants non communs aux deux partenaires.

### β. L'institution de l'avantage entre partenaires

**65. — L'absence d'entraves à l'avantage entre partenaires.** L'analyse de la clause de partage inégal dans le cadre du PACS illustre la possibilité d'un l'avantage « pacsial »<sup>298</sup> ou « pacsimonial »<sup>299</sup>. Il est surprenant que le législateur, animé par la volonté d'instaurer une communauté ou une quasi-communauté<sup>300</sup>, n'ait pas envisagé les avantages que les partenaires pourraient tirer du fonctionnement de celle-ci, sur le modèle des communautés conventionnelles entre époux. La liberté contractuelle, sur laquelle repose, *a priori*, le régime de l'indivision du PACS, conjuguée à l'ambiguïté des textes sur le PACS et en particulier le régime des biens en indivisions, ouvre le champ des possibles en ce qui concerne l'admission des avantages matrimoniaux dans le PACS. Le détour par la prohibition des pactes sur succession future paraît pour le moins incertain,

<sup>294</sup> GRIMALDI (M.), *op. cit.*, *loc. cit.*, : reprise de la définition du pacte sur succession future donnée par la Cour de cassation sans l'arrêt Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 1970, *D.* 1980, p. 553, note I. NAJJAR ; *Defrénois* 1980, art. 32267, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1981, p. 658, obs. J. PATARIN.

<sup>295</sup> Ce texte ne prévoit, à l'image de la clause commerciale entre époux, que la possibilité de stipuler une faculté d'acquisition ou d'attribution au bénéfice du coïndivisaire. Ce mécanisme bénéficie par ailleurs aux partenaires comme le prévoit l'article 515-5-3, al. 2°. Le partenaire bénéficiaire de la faculté d'acquisition se voit ainsi accorder des droits dans la succession du partenaire prémourant. En tout état de cause, il s'agit d'une cession à titre onéreux, d'une transmission au moment du décès de droits indivis. Les héritiers du partenaire prémourant, forcés de céder la quote-part indivise du *de cuius*, ne sont en réalité dépossédés d'une partie de la succession qu'en nature. La faculté d'acquisition étant une priorité offerte au partenaire survivant contre un paiement du prix aux successeurs.

<sup>296</sup> MATHIEU (M.), « Indivision. – Durée. – Transmission de droits indivis », *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 110, LexisNexis, 28 sept. 2016, n° 96.

<sup>297</sup> V. en ce sens BRUN-WAUTHIER (A.-S.), *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, 10<sup>e</sup> éd., 2021, Bruylant, n° 711 s. ; *adde* MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 512.

<sup>298</sup> DAURIAC (I.), *Droit des régimes matrimoniaux et du pacs*, 5<sup>e</sup> éd., 2017, LGDJ, n° 781.

<sup>299</sup> PELLET (S.), « De l'avantage conjugal », *D.* 2019, p. 265.

<sup>300</sup> SIMLER (Ph.) et HILT (P.), « Le nouveau visage du pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006, I, p. 161.

voire insuffisant à contrecarrer une telle faculté. De la même manière, l'absence de référence directe dans le Code civil<sup>301</sup> aux avantages entre partenaires ne peut suffire à s'opposer à leur validité dès lors que l'on est légitime à analyser les articles 515-5-1 et suivants du Code civil « comme des règles de principe applicables sauf stipulation contraire [et que] seules sont d'ordre public les obligations attachées expressément au PACS (aide matérielle et assistance, réciproques, solidarité pour les dettes de la vie courante) »<sup>302</sup>. En conséquence, comme le note Madame Pellet, « la convention de PACS permet aujourd'hui, du moins en théorie, à l'un des partenaires de gratifier l'autre, sans lui consentir une libéralité, entrouvrant la porte à l'admission d'avantages conjugaux »<sup>303</sup>.

**66. — Une possible requalification en donation indirecte.** À défaut de revêtir la qualification de pacte sur succession future, ces avantages ne pourraient-ils pas endosser celle d'acte à titre gratuit ? C'est du moins l'avis de certains auteurs qui prennent appui sur l'article 1527 du Code civil et la « fiction disqualificative »<sup>304</sup> qu'elle institue à propos des avantages entre époux frappés, par ce fait, d'une présomption d'onérosité<sup>305</sup>. Toutefois, l'absence d'une instrumentalisation équivalente dans le cadre du PACS fait peser sur les avantages que les partenaires pourraient se consentir, le risque de requalification en donation indirecte, ce qui les rendrait, de fait, réductibles en cas d'atteinte à la réserve<sup>306</sup>. C'est dire que l'objection majeure à la validité de la clause de partage inégal entre partenaires se résume à la préservation d'un ordre public successoral en tant qu'il protège la réserve héréditaire. En effet, contrairement à l'avantage matrimonial dont elle se rapprocherait, une telle stipulation ne connaît pas le garde-fou de l'action en retranchement à l'article 1527, al. 2<sup>e</sup> qui bénéficie aux enfants non communs aux époux. Par où l'on constate la fragilité de la réserve héréditaire dans un régime où la liberté contractuelle des parties est érigée en valeur fondamentale.

<sup>301</sup> PELLET (S.), « De l'avantage conjugal », art. préc.

<sup>302</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 512.

<sup>303</sup> PELLET (S.), « De l'avantage conjugal », art. préc.

<sup>304</sup> V. en ce sens GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, préf., M. NICOD, Dalloz, 2015 ; *id.*, « Les présomptions et fictions (dis)qualificatives », in *Les affaires de la qualification juridique*, Nicod (M.) dir., Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, spéc., n° 3.

<sup>305</sup> V. également RANDEGGER (A.-L.), th. préc., n° 233 s.

<sup>306</sup> DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 781 ; MURAT (P.), « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », art. préc., n° 18 ; PELLET (S.), « De l'avantage conjugal », art. préc., : l'auteur note qu'il serait paradoxal que les « les enfants d'un premier lit dont l'auteur avait conclu un pacs ne puissent être moins bien traités que ceux dont l'auteur était marié ».

Pourtant, doit-on nécessairement être surpris, voire choqué, de constater que la liberté des partenaires serait plus étendue que celle des époux ? Le mariage, à l'inverse du PACS<sup>307</sup>, crée un lien de famille qui se déploie au-delà de l'atome que constitue le couple ; il implique une forme de solidarité qui nécessite de ne pas léser outre mesure les uns – les enfants non communs – lorsqu'on avantage les autres – le conjoint survivant. Il n'y a, de fait, rien de bien surprenant à limiter la liberté contractuelle des époux dès lors qu'une telle liberté présente – dès l'origine – un caractère exceptionnel. *A contrario*, le PACS se fonde sur la liberté contractuelle. Il est construit en contemplation du mariage tout en se revendiquant d'une plus grande liberté de fonctionnement. Il est alors paradoxal de militer pour une limitation de la liberté des partenaires au prétexte qu'elle serait plus conséquente que celle des époux<sup>308</sup>. Si le mariage reflète l'impérativité, le PACS doit demeurer synonyme de liberté. Il en va de la spécificité de chaque forme d'organisation conjugale. Les partenaires, tout comme les époux, sont alors susceptibles de mettre en œuvre leur liberté à tout instant de la durée du PACS et assurément lors de sa dissolution, comme le rappelle l'article 515-7, al. 10 : « les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité » conformément aux conventions conclues entre eux, pourrait-on ajouter.

En définitive, la stipulation d'une clause de partage inégal dans le PACS produirait des effets autrement plus étendus et importants que le pacte sur succession future exceptionnellement autorisé par l'article 1873-13 du Code civil<sup>309</sup>. C'est à un tout autre résultat que les partenaires pourraient aboutir si la stipulation d'une clause d'aménagement de la présomption d'indivision pour moitié leur était permise. Elle permettrait, en effet, pour le partenaire souhaitant avantager l'autre d'échapper à la nécessité de stipuler une faculté d'acquisition de la quote-part indivise contre paiement du prix. Par une simple convention modificative de la convention initiale, les partenaires substitueraient, par exemple, un pourcentage de neuf dixièmes<sup>310</sup> au pourcentage d'un demi légalement prévu, sans que l'on puisse y voir une cession de droits indivis – voire un transfert patrimonial<sup>311</sup> – la convention modificative étant antérieure à la liquidation du régime d'indivision conventionnelle entre les partenaires. La justification de l'illicéité de la clause ne paraît pas aisée à

<sup>307</sup> V. GAUDEMONT (S.), « pacs et principe participatif », préc., spéc., p 97 : qui distingue à propos du caractère familial du mariage et du pacs, la dimension familiale du mariage et la dimension proprement conjugale du pacs.

<sup>308</sup> MURAT (P.), « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », art. préc., n° 18.

<sup>309</sup> C. civ., art. 1873-13 « Les indivisaires peuvent convenir qu'au décès de l'un d'eux, chacun des survivants pourra acquérir la quote-part du défunt (...) ».

<sup>310</sup> Le partenaire survivant ayant droit à une quote-part de 9/10<sup>e</sup> des biens indivis.

<sup>311</sup> Strictement entendu, avant le partage de l'indivision, chaque partenaire n'a qu'une vocation à une quote-part. Celle-ci est, certes, prédéterminée par la loi, mais rien n'empêche les partenaires de prévoir une répartition alternative.

fournir. Celle qui procède de l'absence de protection des descendants non communs par le biais de l'action en retranchement paraît la plus judicieuse en l'état du droit positif. Encore faut-il que les juges consentent à l'extension du régime des avantages matrimoniaux à la liquidation du régime d'indivision conventionnelle du PACS<sup>312</sup>. À défaut de celle-ci, les tiers à la convention de PACS seraient condamnés à solliciter la requalification de la clause en donation indirecte, ce qui ne sera pas, non plus, chose aisée puisqu'il leur faudra rapporter la preuve de l'intention libérale<sup>313</sup>. Une telle solution serait toutefois en accord avec le droit commun des contrats puisque la convention d'indivision produirait tous ses effets entre les parties tout en étant opposable<sup>314</sup> aux tiers qui pourraient néanmoins s'en prévaloir pour rapporter la preuve d'un fait, une donation indirecte (s'agissant des héritiers du partenaire prédécédé) ou une fraude (s'agissant des créanciers éventuels ou du trésor public)<sup>315</sup>.

**67. — L'influence du droit international privé.** Au surplus, quand bien même la liberté des partenaires viendrait à être restreinte en droit interne, cette limitation serait affaiblie par l'autonomie de la volonté consacrée par le droit international privé européen qui permet aux partenaires de désigner ou de modifier la loi applicable à leur partenariat enregistré et qui peut être la loi de l'État de résidence habituelle ou la loi de l'État dont l'un au moins des partenaires a la nationalité<sup>316</sup>. Ainsi, il leur suffirait de faire le choix d'une loi plus libérale que le système français pour contourner les limites que pourrait ériger l'ordre juridique français en interne.

**68. — Conclusion sur l'aménagement contractuel des relations patrimoniales dans le PACS.** En définitive, rien ne s'oppose, fondamentalement, à une restriction du domaine de la présomption d'indivision entre partenaires. L'indivision du PACS, pas moins que l'indivision ordinaire, est ce qu'en font les partenaires. Il doit être permis à ces derniers, sous réserve du respect de la force obligatoire des conventions, d'exclure ponctuellement ou systématiquement certains biens du domaine de leur indivision. Néanmoins, il faut se montrer plus mesuré s'agissant d'une extension du champ de la présomption par des stipulations contractuelles. La justification ne semble pas pouvoir être technique puisque sur ce plan, la liberté des partenaires que nous avons constatée à propos d'une restriction de la présomption d'indivision ne peut avoir pour pendant que la liberté de pouvoir étendre la présomption aux biens *a priori* personnels aux partenaires. Toutefois, l'on demeure circonspect face à la possibilité d'instituer une indivision que l'on peut

<sup>312</sup> V. en ce sens, PELLET (S.), « De l'avantage conjugal », art. préc.

<sup>313</sup> V. DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 780.

<sup>314</sup> À condition de s'être acquittés des formalités de publication propres aux conventions de pacs.

<sup>315</sup> DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 783.

<sup>316</sup> Règlement « Partenariats enregistrés » n° 2016/1104, préc., art. 22.

qualifier d'indivision à titre universel à l'image des sociétés d'acquêts à titre universel<sup>317</sup> permises entre époux, mais contestées par la doctrine<sup>318</sup>. Cette attitude permissive du droit positif à l'égard de ces sociétés d'acquêts quasi-communautés peut toutefois s'expliquer par l'existence d'un lien matrimonial entre les époux et au nom de la liberté des conventions matrimoniales. On pourrait défendre que rien ne justifie de traiter différemment les partenaires, ces derniers n'étant pas moins liés par un lien conjugal, certes de nature « partenariale ». Mais admettre une telle extension à l'extrême conduirait à réduire encore plus la frontière entre le PACS et le mariage. Les partenaires pourraient alors reconstituer une communauté quasiment universelle par le biais de la convention d'indivision conventionnelle. Plus encore, rien ne s'oppose, en l'état, à ce qu'un partenaire désirant avantager au maximum son partenaire au détriment de ses enfants procède à la modification de la convention d'indivision de PACS initiale, comme le feraient des époux, en se soumettant à une indivision à vocation universelle. Auquel cas, l'écran de l'opération de partage des intérêts patrimoniaux des partenaires serait de nature à exclure toute qualification de libéralité et, par conséquent, les règles de protection de la réserve héréditaire du droit successoral. Concrètement, le partenaire survivant tiendrait ses droits de la liquidation de l'indivision et non d'une libéralité à lui faite. On imagine sans mal l'attrait fiscal que pourrait représenter un tel montage puisque les droits d'enregistrement applicables aux licitations conjugales seront préférés aux droits de mutation à titre gratuit<sup>319</sup>. Néanmoins, un tel avantage n'est significatif qu'en comparaison d'une mutation entre vifs, puisque le partenaire est exonéré des droits de mutation par décès<sup>320</sup>. Mais même dans l'hypothèse d'une mutation à titre gratuit entre vifs l'abattement dont bénéficie les partenaires minimise quelque peu l'attrait du montage contractuel partenaires<sup>321</sup>. L'intérêt véritable de la manœuvre est d'échapper au mécanisme du retranchement voire de la réduction des libéralités du droit des successions. Resterait la possibilité d'une requalification en une donation indirecte qui, on le rappelle, constitue « un fait générateur des droits de mutation à titre gratuit »<sup>322</sup>. Mais encore faut-il qu'une telle contestation aboutisse : la qualification de la donation directe est rendue ardue par l'absence de définition juridique et la variabilité de ses manifestations qui en font une notion

<sup>317</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 799.

<sup>318</sup> V. en ce sens Messieurs Terré et Simler qui militent pour une requalification de ces « fausses sociétés d'acquêts à titre universel » en communautés conventionnelles : TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 800.

<sup>319</sup> V. CGI, art. 746 : « Les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires, cohéritiers et coassociés, à quelque titre que ce soit, pourvu qu'il en soit justifié, sont assujettis à un droit d'enregistrement ou à une taxe de publicité foncière de 2,50 %. Ce taux est ramené à 1,80 % à compter du 1er janvier 2021 et à 1,10 % à compter du 1er janvier 2022, pour les partages des intérêts patrimoniaux consécutifs à une séparation de corps, à un divorce ou à une rupture d'un pacte civil de solidarité ».

<sup>320</sup> CGI, art. 796-0 bis.

<sup>321</sup> CGI, art. 790 F, « Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 80 724 € sur la part du partenaire lié au donateur par un pacte civil de solidarité ».

<sup>322</sup> RANDEGGER (A.-L.), *th. préc.*, n° 132, spéc. p. 154.

fuyante<sup>323</sup>. Traditionnellement considérée comme ni ostensible, ni manuelle, ni déguisée<sup>324</sup>, « la donation indirecte [peut résulter] d'un acte juridique sincère, qui reste muet sur la nature libérale du transfert qu'il opère. Une libéralité indirecte peut prendre corps dans des actes très variés, aussi bien neutres qu'à titre onéreux, conventionnels »<sup>325</sup> à l'image d'une convention de PACS. Dans notre hypothèse, la concomitance entre la modification de la convention et le prédécès d'un des partenaires pourrait faciliter la preuve de l'intention libérale et la requalification de l'avantage issu du partage en une donation indirecte réductible. Qu'en serait-il, toutefois, lorsque le choix des partenaires, pour une indivision à vocation universelle, remonte à la conclusion de la convention initiale de PACS, elle-même, suffisamment éloignée de la dissolution du PACS ? La preuve d'une intention libérale n'en sera que plus laborieuse.

En définitive, c'est moins le cadre impératif du PACS, que la raison qui conduit à tempérer la tentation de la stipulation d'une clause ayant pour effet de lever les exclusions formulées par l'article 515-5-2 du Code civil ou de procéder à un partage inégal de l'indivision pour cause de mort<sup>326</sup>. Cela étant, l'on est forcé d'admettre qu'en la matière, l'extension de la fonction d'organisation du contrat, s'agissant de l'aménagement des rapports patrimoniaux du PACS, est une réalité. Une telle ingénierie contractuelle est, toutefois, encore ignorée ou mal maîtrisée par la pratique<sup>327</sup>, comme en atteste l'arrêt du 4 juillet 2018 précité<sup>328</sup> ; mais combien de temps encore ? D'autant plus que l'évolution du droit international renforce l'autonomie de la volonté des partenaires s'agissant des effets patrimoniaux de leur régime. En conséquence, il ne peut y avoir qu'un anachronisme à vouloir restreindre à tout prix la liberté contractuelle des partenaires. Il serait plus judicieux de prendre acte de potentialités latentes du contrat de pacs et de bâtir les limites idoines au libre jeu de la volonté. En l'absence d'intervention du législateur, ce rôle incombe à la jurisprudence, qui devra certainement raisonner par analogie avec les mécanismes matrimoniaux.

<sup>323</sup> RANDEGGER (A.-L.), th. préc., n° 1 s. et n° 380.

<sup>324</sup> V. JUBAULT (Ch.), *Droit civil. Les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, LGDJ, n° 801, p. 551.

<sup>325</sup> NICOD (M.), « La donation réalisée par l'interposition d'une société est rapportable », *Dr. fam.* 2018, comm. 102.

<sup>326</sup> *Contra* FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », art. préc.

<sup>327</sup> Des éléments de sociologie peuvent permettre d'éclairer ce constat. Les questions soulevées par l'aménagement de l'indivision du PACS trouvent une limite pratique dans la sociologie des couples qui recourent aux pacs qui pour une bonne partie n'ont pas un patrimoine conséquent justifiant une telle ingénierie patrimoniale (v. BAHUREL (Ch.), « La liquidation du Pacs : amiable ou judiciaire ? » préc., p. 202). Par ailleurs, par sa nature contractuelle, le PACS reste empreint d'une certaine précarité là où le mariage symbolise une union stable et ayant vocation à durer et fonder une famille (v. KAUFMANN (J.-Cl.), *Sociologie du couple*, op. cit., p. 83). Le pacs sert moins à finaliser l'engagement du couple qu'à marquer une étape dans cet engagement, v. Rault (W.), « Entre privatisation et reconnaissance. Les formes d'appropriation du Pacs par ses contractants », in *Le pacs, 20 ans après*, op. cit., p. 63 s., spéc., p. 70.

<sup>328</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 2018, n° 17-22.934, préc.

**69. — Proposition n° 3 : consacrer et restreindre la faculté d'étendre l'effet participatif du PACS.** Si le législateur se décidait à intervenir, son action doit être guidée par la difficulté identifiée que pose la modulation extensive de l'effet participatif du pacs : l'avantage pacsal ou pacsimonial que pourrait en retirer le partenaire avantagé en présence d'enfants communs ou non des partenaires. Nous l'avons observé, les attraits fiscaux sont relativement minimes dès lors que la libéralité testamentaire entre partenaires est exonérée des droits de mutation par décès tout autant qu'il bénéficie d'un abattement conséquent s'agissant des libéralités entre vifs. C'est pourquoi il est quelque peu vain de s'opposer à l'autonomie de la volonté des partenaires en ce qui concerne l'extension de l'effet participatif au nom d'un « seuil d'enrichissement toléré par le législateur »<sup>329</sup>. En l'absence d'enfants, le droit permet aux partenaires de s'enrichir réciproquement bien au-delà de ce que permet leur simple régime de l'indivision. Il faut au contraire veiller à ce qu'un tel enrichissement ne se fasse pas au détriment des tiers protégés par la loi : principalement, les héritiers réservataires. La solution évidente est alors de transposer dans le pacs le mécanisme de l'action en retranchement tout en écartant toutes les incertitudes sur la nature de libéralité des avantages retirés des clauses de l'indivision conventionnelle du PACS. Un alinéa supplémentaire de l'article 515-7 pourrait ainsi affirmer que : « *Les avantages que l'un ou l'autre des partenaires peut retirer des clauses de l'indivision conventionnelle ne sont point regardés comme des donations.* » Dans le but de protéger les héritiers réservataires, un autre alinéa ajouté au même article pourrait prévoir que : « *Néanmoins, au cas où il y aurait des héritiers réservataires, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des partenaires au-delà de la propriété de ce dont il peut être librement disposé en faveur d'un étranger, sera sans effet pour tout l'excédent* ». En visant sans distinction les héritiers réservataires, l'on maintient une distinction avec le mariage qui offre une plus grande considération successorale au conjoint survivant. À l'inverse de ce dernier, le partenaire survivant n'est encore qu'un tiers privilégié – au regard de son droit au logement temporaire – à la succession. Pareillement, il nous paraît logique d'écarter, en raison de la préservation d'une spécificité des différents modes de conjugalité, toute possibilité d'une renonciation temporaire à l'action en retranchement.

**70. — Transition.** Le relatif désintérêt pratique dans le cadre du pacs disparaît quant au mariage et à l'aménagement des relations patrimoniales des époux dans un cadre impératif certain. En la matière, c'est l'œuvre créatrice de la pratique et de la jurisprudence qui induit une extension du

---

<sup>329</sup> GOLDIE-GENICON (Ch.) « L'adaptation du régime par les partenaires : la question des aménagements conventionnels », préc., p. 148.

périmètre d'aménagement des époux à la source d'une perturbation de l'équilibre faisant en l'état défaut dans le PACS.

## § II. La perturbation de l'équilibre : l'extension du périmètre d'aménagement des époux

**71. — L'autonomie de la volonté des époux.** Entre les époux, l'article 1387 du Code civil proclame que « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent ». Dans leurs relations patrimoniales, les époux peuvent apporter des aménagements conventionnels à presque toutes les étapes d'existence de leur régime matrimonial sur le fondement du principe de liberté des conventions matrimoniales. Par exemple, tant en communauté qu'en séparation de biens, les règles de compositions des patrimoines peuvent être conventionnellement paralysées par le truchement des clauses d'emploi ou de remploi<sup>330</sup>. La liberté des époux est, par ailleurs, exceptionnelle quant à son étendue, puisque l'emploi ou le remploi pouvant être fait par anticipation ou rétrospectivement. De la même manière, les règles de gestion des biens sont susceptibles d'être aménagées, sous réserve du respect du principe d'égalité entre époux<sup>331</sup>. Enfin, c'est quant à la liquidation du régime que la liberté des époux semble la plus étendue. Ils peuvent, par exemple, « inscrire dans leur contrat de mariage tous aménagements, tant du principe même du droit à récompense que des modalités de l'évaluation ou du règlement »<sup>332</sup>. De même, ils peuvent stipuler une clause d'attribution d'un bien propre à titre gratuit, ou à titre onéreux, au conjoint survivant ; stipuler une clause de prélèvement d'un bien commun à titre onéreux<sup>333</sup> ou à titre gratuit<sup>334</sup> ; stipuler une clause de dérogation aux principes de l'égalité dans le partage<sup>335</sup> ; ou encore, prévoir une clause de liquidation alternative de la communauté.

**72. — L'œuvre sibylline de la jurisprudence.** Ce constat d'ensemble n'est pourtant pas exempt d'incertitudes qui sont « inévitables en toutes matières relevant de la liberté contractuelle »<sup>336</sup>. Ces

<sup>330</sup> C. civ., art. 1434, 1435 et 1541.

<sup>331</sup> C. civ., art. 225. Compte tenu de cette dernière disposition, seules les clauses portant sur la gestion des biens communs paraissent envisageables. L'article 1503 autorise explicitement l'extension de la cogestion à l'ensemble de la communauté. De la même manière, le caractère impératif des articles 1422, 1424 et 1425 est discuté en doctrine, de telle sorte qu'ils pourraient être aménagés conventionnellement, v. not., TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 541 s. ; *contra v. CABRILLAC (R.), Droit des régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ, n° 234.

<sup>332</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 722.

<sup>333</sup> C. civ., art. 1511 s.

<sup>334</sup> C. civ., art. 1518 s.

<sup>335</sup> C. civ. art. 1520 s. Pour le régime de participation aux acquêts, v. art. 1581.

<sup>336</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 135.

derniers apparaissent lorsque la liberté contractuelle des époux déborde du strict cadre d'aménagement de leur régime matrimonial et se trouve confrontée aux limites inhérentes au cadre légal impératif. Deux cas sont particulièrement symptomatiques : la confrontation de la liberté des conventions matrimoniales à l'impérativité du régime primaire et le recours à des mécanismes contractuels d'anticipation du risque de divorce. Dans ces deux domaines, le périmètre de l'aménagement conventionnel entre époux connaît une extension évidente en pratique qui reçoit une réponse variable de la part des juges. Tantôt, l'efficacité des clauses stipulées est contrariée en raison d'une impérativité critiquable ; tantôt, l'efficacité des clauses est assurée, voire promue, en dépit d'une impérativité certaine. Aussi la Cour de cassation, par sa jurisprudence, contrarie-t-elle l'efficacité d'une catégorie particulière de clauses, celles visant à garantir le risque de divorce au nom de l'impérativité contestable de l'article 265 du Code civil (B). Or, dans le même temps, elle favorise l'efficacité des clauses relatives à la contribution aux charges du mariage malgré l'atteinte évidente à l'impérativité de l'article 214 du Code civil (A).

#### *A. L'aménagement pendant le mariage, l'extension favorisée*

**73. — Les leçons contractuelles matrimoniales.** Les « leçons contractuelles »<sup>337</sup> de la Cour de cassation compte tenu de l'attrait du contrat en droit de la famille semblent se multiplier. En effet, même dans un cadre impératif, la faculté d'aménager le contenu d'une disposition impérative n'en est pas moins reconnue soit par la loi elle-même, soit par les juges lorsqu'une telle faculté n'est pas conférée par la loi. L'attrait que constitue le recours au contrat doit pourtant être mesuré par les parties sous peine de subir l'impérativité, non plus du statut légal, mais de leur propre loi contractuelle. C'est à propos du changement de régime matrimonial que la Cour de cassation a laissé entrevoir ce risque. Dans un arrêt célèbre<sup>338</sup> rendu à propos d'une action en nullité de la convention de changement de régime entre des époux ayant usé de la faculté de changer de régime matrimonial par un simple acte notarié, la Cour de cassation avait affirmé, sans ambages, que le recours à la voie conventionnelle entraînait la perte du régime protecteur que constitue la voie spéciale de contestation du changement matrimonial, autrement dit la préservation de l'intérêt de la famille. Certes, il n'était pas question, dans l'espèce rapportée, d'un aménagement d'obligations légales patrimoniales entre les époux. Mais la sévérité de la solution témoignait, déjà, du regain de considération de la Cour de cassation pour la force obligatoire du contrat en droit de la famille. Dès

<sup>337</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille », *in 2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, GOGOS-GINTRAND (A.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.) dir., Dalloz, 2021, p. 121 ; *id.*, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773, spéc., n° 14 ;

<sup>338</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2013, n° 12-10.027, *D.* 2013, p. 2088, obs. J. SOUHAMI ; *ibid.* p. 2242, obs. V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2013, p. 590, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2013, alerte 39, obs. M. LAMARCHE.

lors, il est devenu raisonnable de s'interroger sur la portée de la loi contractuelle exprimée dans un cadre impératif, après avoir envisagé l'hypothèse du cadre légal, par défaut, supplétif de volonté dans le PACS. Puisque c'est à propos d'une obligation contributive familiale que la Cour de cassation a délivré et affiné ses fameuses leçons contractuelles, c'est dans le domaine desdites obligations que nous envisagerons les conséquences de ce qui semble être une nouvelle doctrine jurisprudentielle. La construction jurisprudentielle, s'agissant de l'obligation contributive matrimoniale et de la clause contractuelle qui aménage son exécution, conduit indirectement à affaiblir, sensiblement, le cadre impératif censé encadrer et restreindre la volonté des parties. Il en ressort une extension incontrôlée de l'influence du contrat dans l'aménagement de la contribution aux charges du mariage (1). En outre, la contribution aux charges du mariage présente des traits caractéristiques communs à bien d'autres obligations contributives de nature familiale. Est-ce à dire qu'il faille envisager une extension de la nouvelle doctrine de la Cour de cassation aux clauses susceptibles de naître dans le cadre de l'aménagement des autres obligations contributives de nature familiale ? La déconstruction entamée du cadre impératif matrimonial s'oppose au ton péremptoire – que la raison pourrait commander – et appelle une réponse nuancée dans le contexte impératif général de la famille (2).

### 1. L'extension du périmètre des clauses de contribution aux charges du mariage

74. — Pourtant maintenues sous un joug impératif, les clauses de contribution aux charges du mariage n'ont eu de cesse de voir tant leur domaine que leur portée élargie par la jurisprudence au point d'en dévoyer l'impérativité de la contribution aux charges du mariage. On peut alors avancer l'idée selon laquelle la tendance libérale de la jurisprudence à travers l'interprétation de la portée des clauses de contribution aux charges du mariage (a) entraîne une atténuation, voire un déclin du caractère impératif de l'obligation légale, aménagée, fortement éprouvée par la force obligatoire du contrat (b).

#### a. L'exposé analytique

75. — **L'évolution de la pratique contractuelle.** En ce qui concerne l'aménagement de la contribution respective de chaque époux, il convient de distinguer deux catégories de clauses. D'abord, les clauses qui, conformément à l'esprit de l'article 214 du Code civil, ont pour objet de fixer la part contributive de chacun des époux. Elles ont alors pour effet d'écarter la règle de la proportionnelle. Ces clauses peuvent être dites classiques dès lors qu'en dérogeant à l'article 214 du Code civil, les époux ne font que lui substituer un mode de détermination similaire. La contribution est alors déterminable quant à son *quantum*. Parfaitement légales, ces clauses n'en sont

pas moins critiquées par une partie de la doctrine en ce que leur application peut aboutir à des situations inévitables<sup>339</sup>. Ensuite, selon une pratique plus originale, les époux peuvent recourir à des clauses dont l'objet n'est pas de fixer la contribution respective de chaque époux, mais de « créer une présomption selon laquelle chaque époux s'est acquitté au jour le jour de son obligation de contribuer aux charges du mariage »<sup>340</sup>. Cette dernière clause et l'interprétation jurisprudentielle dont elle fait l'objet témoignent de l'extension du périmètre des clauses contractuelles en matière de contribution aux charges du mariage. En effet, cette pratique, qui profite d'une maladresse rédactionnelle, procède en réalité d'un dévoiement du devoir de contribution aux charges du mariage qui s'apparente alors plus à un « mécanisme régulateur »<sup>341</sup> des régimes matrimoniaux. Si l'interprétation jurisprudentielle de la portée de ce second type de clause a longtemps été fluctuante, la Cour de cassation semble décider à lui rendre toute sa force au point, paradoxalement, d'en condamner l'extension en pratique<sup>342</sup>. De manière générale, la clause réglant la question de la contribution aux charges du mariage est devenue une clause de style<sup>343</sup> à la rédaction plus ou moins variée sans que sa signification en soit pour autant changée. La clarté de son énoncé n'a pourtant pas empêché l'apparition d'un contentieux important à propos de la contribution aux charges du mariage et principalement quant à la portée desdites clauses. C'est moins à l'égard des clauses classiques de détermination de la contribution ( $\alpha$ ) que des clauses particulières de présomption, nettement plus fréquentes, que les difficultés sont plus vives ( $\beta$ ).

#### $\alpha$ . Les clauses ordinaires de contribution

**76. — Un usage raisonné de la liberté contractuelle.** La dérogation conventionnelle au principe supplétif de la contribution proportionnelle ne s'oppose pas nécessairement au « principe de solidarité »<sup>344</sup> sur lequel repose la règle de l'article 214 du Code civil<sup>345</sup>. Il s'analyse désormais plus comme une application directe du principe formulée à l'article 213 du Code civil<sup>346</sup>. Ainsi, le

<sup>339</sup> HOUSIER (J.), *Les dettes familiales*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, 2017, n° 278.

<sup>340</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1230.

<sup>341</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, *op. cit.*, p. 803.

<sup>342</sup> V. TORRICELLI-CHRIFI (S.), « Halte à la clause de style », *Dr. fam.* 2021, comm. 6.

<sup>343</sup> CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Clause – de style » : « Clause habituelle que l'on retrouve dans tous les contrats d'un même type [et] ainsi nommée parce qu'elle est insérée sans débat dans l'acte lors de la rédaction de celui-ci, et souvent, par avance, dans les formulaires du contrat ».

<sup>344</sup> HOUSIER (J.), *th. préc.*, n° 278.

<sup>345</sup> La femme n'étant plus placée sous l'autorité du mari, l'égalité des sexes dans le mariage se traduit, sur le plan patrimonial, par une égalité des tâches. À l'ancienne obligation pour le mari d'assurer à son époux « une condition [de vie] égale à la sienne », s'est substituée une obligation pour les deux époux d'assurer à la famille, une condition de vie suffisante. Cela explique la décorrélation progressive de l'obligation de contribution aux charges du mariage du devoir de secours auquel elle pouvait être rattachée dès lors que l'époux avait pour obligation de « fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » C. civ., art. 214, al. 1<sup>er</sup>, anc.

<sup>346</sup> Selon lequel « les époux assurent ensemble la direction (...) matérielle de la famille ». Pour autant, le mariage en a-t-il perdu son rôle de promotion sociale ? Il n'en est rien, puisqu'au-delà du groupe demeurent les individualités. En effet, sur

principe de proportionnalité posé à l'article 214 du Code civil, satisfait tant à l'égalité qu'à l'équité entre les époux<sup>347</sup>. Par ailleurs, il « présente le grand avantage d'une souplesse qui lui permet de s'adapter sans peine aux fluctuations diverses qui peuvent, au cours du mariage, affecter la fortune de l'un et de l'autre des époux »<sup>348</sup>. Toutefois, un tel principe sacrifie nécessairement en prévisibilité et surtout en autonomie ce qu'il gagne en adaptabilité. En effet, la mise en commun que nécessite l'obligation légale de contribuer selon les facultés respectives de chacun des époux implique nécessairement une volonté de vivre « à même pot et à même feu »<sup>349</sup>. Si un tel objectif se révèle particulièrement adapté à la situation d'époux mariés sous un régime communautaire, il peut s'avérer inadapté à des époux séparés de biens qui aspirent à une plus grande liberté et une plus grande autonomie patrimoniale<sup>350</sup>. En cette matière, la stipulation d'une clause de contribution au jour le jour et de dispense de comptes entre les époux rend d'autant plus difficile, voire impossible, la preuve d'une surcontribution<sup>351</sup>. Le principe de solidarité fondant la contribution proportionnelle, louable dans son idée, peut se révéler injuste dans l'appréciation des rapports patrimoniaux des époux. Comme l'a noté un auteur, l'utilisation « *a posteriori* de la contribution est alors en opposition avec le caractère séparatiste du régime matrimonial »<sup>352</sup>. Partant, il est logique pour certains époux, souhaitant limiter le caractère imprévisible de l'appréciation judiciaire de la contribution des époux, de recourir à un aménagement conventionnel visant à déterminer le *quantum* de la contribution. Lorsqu'il s'agit de déterminer en amont la part contributive de chacun, les choix qui s'offrent aux époux ne sont guère étendus. Il est admis, par l'ensemble de la doctrine, que trois formes d'organisation contractuelle sont imaginables<sup>353</sup>.

---

le plan patrimonial, l'égalité des sexes ne s'est pas traduite par une égalité arithmétique. Comme auparavant, le mariage demeure parfois l'alliance d'individus inégaux. Si la solidarité leur impose de participer à l'effort commun, cette participation ne peut être égale que pour autant qu'elle s'apprécie au regard des facultés contributives de chacun des époux, v. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1385, spéc., p. 915 : » (...) la contribution aux charges du mariage fait peser sur le conjoint débiteur – celui qui a l'essentiel des ressources, généralement le mari – le devoir d'assurer à son époux une condition égale à la sienne et d'assumer le train de vie du mariage ».

<sup>347</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, 2<sup>e</sup> éd., 2017, PUF, p. 1245.

<sup>348</sup> PLASSARD (J.), « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens », *préc.*, p. 646.

<sup>349</sup> HILAIRE (J.), *La vie du droit*, PUF, 1994, p. 25 s.

<sup>350</sup> À cela, il faut ajouter les difficultés posées par la contribution proportionnelle lorsque subviennent les discordes conjugales, autrement dit lors de la dissolution du régime. En témoigne l'interprétation particulièrement extensive de la qualification de charges du mariage désormais appliquée aux dépenses d'acquisitions immobilières, v. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 39.

<sup>351</sup> V. dans le même sens, CASEY (J.), « Encore et toujours le logement indivis et la contribution aux charges du mariage », *AJ fam.* 2015, p. 61 : l'auteur ajoute, par ailleurs, que même en l'absence d'une telle clause, « la preuve d'un paiement plus important que le conjoint n'est jamais suffisante. (...) en l'absence de clause contributive au contrat de mariage, seule la preuve, par le solvens, de l'excès de sa contribution sera de nature à fonder un remboursement. Reste que la preuve d'un tel excès n'a rien d'évident. On cherche d'ailleurs désespérément des arrêts caractérisant un tel excès ».

<sup>352</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », *préc.*, p. 806.

<sup>353</sup> CORNU (G.), *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., 2006, Montchrestien, n° 37, p. 71.

**77. — Typologie.** La clause qui présente plus grande souplesse quant à l'évolution des facultés financières des époux tout au long du mariage est celle par laquelle les époux décident de répartir la contribution entre eux selon des quotes-parts forfaitaires calculées sur l'ensemble des charges (la moitié, un tiers et deux tiers ...) <sup>354</sup>. Cette clause présente pourtant deux inconvénients majeurs. D'une part, on peut lui reprocher une certaine rigidité puisqu'en figeant les quotes-parts lors de la conclusion du contrat, elle perd toute la souplesse du système légal qui permet de s'adapter à l'évolution patrimoniale de chaque époux tout au long du mariage. Ce reproche est toutefois à tempérer puisque la jurisprudence a admis la possibilité pour un époux d'agir en justice pour faire modifier, à tout moment, le montant de sa contribution en considération de l'évolution de sa situation <sup>355</sup>. Cela répond à notre sens à la critique doctrinale selon laquelle la fixation contractuelle de la contribution serait contraire à l'esprit des principes d'inégalité et d'équité <sup>356</sup>. C'est en contemplation de l'équité que les époux décident d'une contribution inégale, mais c'est surtout au nom de la solidarité qu'ils s'accordent sur la modification de la fixation initiale <sup>357</sup>. L'autre inconvénient de la clause étudiée est son inadaptation, en pratique, à la vie conjugale. En effet, s'ils souhaitent éviter toute complication lors de la dissolution de leur régime matrimonial, les époux doivent s'astreindre à une comptabilité excessive. En effet, une telle stipulation a l'inconvénient de faire ressortir l'un des désavantages propres au régime de séparation des biens, « la complication des comptes » <sup>358</sup>. Selon notre hypothèse, lorsque les époux font le choix d'une répartition

<sup>354</sup> Une telle clause n'est en réalité qu'une reprise de la règle de la proportionnelle adaptée à la situation particulière des époux. En effet, le plus souvent, la proportion se détermine en fonction des facultés financières respectives de chaque époux. L'époux le plus aisé sera débiteur de la quotité la plus élevée et inversement.

<sup>355</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 1987, n° 84-14.612 : « Mais attendu que l'engagement librement pris par un époux et accepté par l'autre, en dehors du contrat de mariage, pour déterminer la contribution aux charges du ménage, est valable et qu'en conséquence, son exécution peut être demandée en justice, sous réserve de la possibilité pour chacun des époux d'en faire modifier le montant à tout moment en considération de la situation des parties ». Cette possibilité paraît cependant restreinte aux conventions postérieures à l'union et non à l'aménagement contractuel de la contribution contenu dans le contrat de mariage. Dans une telle hypothèse, la modification se heurte au principe de l'immutabilité, plus vraisemblablement de mutabilité limitée, des conventions matrimoniales qui prescrit une modification conditionnelle. L'unilatéralité cède alors le pas et la modification nécessitera l'accord des deux époux et l'information des parties à l'acte initial et de tous les tiers intéressés visés par l'article 1397 du Code civil. La libéralisation des conditions de modification du régime matrimonial devrait ainsi faciliter la modification des règles conventionnelles de contribution contenues dans le contrat de mariage. En cas de désaccord entre les époux, la voie de la révision judiciaire demeurera toujours ouverte, comme le prévoit l'article 1396, al. 3, du Code civil. Assurément, l'esprit de solidarité devrait pousser les époux à renégocier l'accord soit dans le but de faire profiter à l'un l'enrichissement de l'autre, soit d'alléger les obligations contributives de celui qui se trouve confronté à un appauvrissement personnel.

<sup>356</sup> HOUSIER (J.), th. préc., n° 278, p. 302.

<sup>357</sup> De manière générale, les arrangements des époux en ce qui concerne leur contribution aux charges du mariage, relèvent du non-droit ou, plus exactement, ils ont vocation à s'épanouir en dehors de la scène juridique. Ils ne parviennent à la lumière des tribunaux que lorsque surviennent les discordes conjugales, le plus souvent hérald d'une séparation future.

<sup>358</sup> SAVATIER (R.), « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation des biens », *DH* 1929, chron. 21. Ainsi, à propos du système proportionnel légal, donc en l'absence de tout aménagement contractuel, un auteur relevait que « les bases du compte de contribution aux charges du ménage à établir [apparaissent] comme suit : 1° Calcul des dépenses ménagères pour chaque année ; 2° Calcul des revenus annuels de chaque époux ; 3° Détermination de la quotité des dépenses ménagères à supporter par chacun d'eux ; 4° Preuve du versement effectif de la contribution », v. PLASSARD (J.), « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens », préc., p. 657.

proportionnelle calculée sur l'ensemble des charges ménagères, ils se dispensent réciproquement du calcul fastidieux des revenus annuels de chacun ainsi que de la détermination des quotités des dépenses ménagères que chacun devra supporter, ce dernier élément étant l'objet précis de la clause envisagée. Demeure, toutefois, la nécessité de déterminer annuellement le montant exact des dépenses ménagères à partir duquel est déterminée la quotité dont chaque époux est débiteur. On voit ainsi apparaître la difficile mise en pratique d'un système qui favorise des « calculs de boutiquiers et [par extension] des conflits »<sup>359</sup> sur la détermination précise des dépenses ménagères, autrement dit des charges du mariage dont le périmètre exact paraît en constante extension, ou des facultés financières de chaque époux<sup>360</sup>. Un moyen de contourner cette difficulté serait alors de ne plus faire porter la quote-part sur les charges ménagères, mais sur le revenu.

Deuxième et troisième types de clauses envisageables, les clauses qui prévoient le versement d'une somme fixe ou d'une quote-part du revenu ne font plus porter les quotes-parts supportées par chaque époux sur les charges du mariage, mais sur les revenus des deux époux<sup>361</sup>. À la différence de la clause précédente, la définition des quotes-parts respectives de chaque époux pourrait s'avérer moins évidente qu'il n'y paraît. D'abord, les époux ne peuvent contourner le principe de solidarité dans la contribution aux charges du mariage en décidant, par exemple, que l'un d'entre eux devra verser l'intégralité de son revenu au titre de sa contribution<sup>362</sup>. La clause de contribution ne peut aboutir à priver l'un des époux des pouvoirs qu'il dispose sur les produits de son travail. Contraire à la libre jouissance patrimoniale des époux, même dans un régime de communauté, la clause stipulant que l'un des époux, voire les deux époux, contribue aux charges pour la totalité de leurs revenus est également contraire à l'essence du régime de séparation de biens<sup>363</sup>. Ensuite, la forte disparité des revenus entre les époux doit-elle de fait entraîner un rapport similaire entre les parts contributives de chaque époux ? Lorsque la quote-part porte sur les charges, il semble logique que la part la plus importante des charges du mariage revienne à l'époux disposant de la capacité financière la plus importante lors du mariage. De fait, l'époux le plus fortuné affectera, en

<sup>359</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », préc., p. 810.

<sup>360</sup> KARM (A.), Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, n° 7.

<sup>361</sup> CORNU (G.), *Droit civil. La famille, op. cit., loc. cit.*

<sup>362</sup> Deux raisons permettent de justifier cette impossibilité. En premier lieu, le principe de solidarité dans la contribution aux charges du mariage permet de préserver un tant soit peu l'autonomie patrimoniale de chaque époux. En effet, l'obligation de contribution aux charges du mariage leur impose d'affecter prioritairement leurs revenus auxdites charges. Toutefois, le surplus, en l'occurrence permis par la contribution solidaire, peut être librement utilisé par chaque époux. En second lieu, cette autonomie patrimoniale, posée à l'article 223 du Code civil, protège les époux – la femme, le plus souvent – de toute tentative visant à recréer par le contrat l'inégalité et l'incapacité abolies par la loi.

<sup>363</sup> V. BRÉMOND (V.), « Remarques sur l'article 214 du Code civil entre époux séparés de biens », *JCP N*, 1998, I, p. 435.

proportion, une part moindre à la contribution aux charges du mariage que son conjoint<sup>364</sup>. La critique peut être étendue à la clause fixant une portion des revenus des époux, affectée à la contribution aux charges du mariage. Ignorant les conséquences précises de cette clause au moment du mariage, les époux pourraient s'apercevoir que seul l'un d'entre eux contribue de façon quasiment intégrale aux charges du mariage en fonction de l'évolution des situations financières respectives de chacun. En réalité, puisqu'il s'agit de faire des revenus respectifs de chaque époux l'étalon de la contribution aux charges du mariage, il importe peu que les quotes-parts soient en apparence inégales. Au demeurant, cela pourrait relever d'un choix volontaire, un calcul patrimonial habile qui, sans exonérer l'un des époux de sa contribution, aboutit à conférer à l'époux moins nanti « un bien singulier avantage matrimonial »<sup>365</sup>. En pratique, l'époux moins fortuné étant celui qui reçoit la somme versée, en cas d'excédent, il est libre de faire sien le reliquat<sup>366</sup>. Peu usitée en pratique<sup>367</sup>, la clause fixant une quote-part du revenu ou une somme fixe indexée pourrait pourtant servir des fins libérales<sup>368</sup> étant admis que la contribution aux charges du mariage peut permettre de contrebalancer l'injustice qui résulte de l'adoption du régime de séparation lorsqu'il existe une forte disparité des revenus entre les époux<sup>369</sup>.

**78. — Analyse critique.** L'impopularité de ces clauses s'explique par les critiques exprimées à leur égard. Il leur est ainsi reproché leur rigidité excessive<sup>370</sup>. Pourtant, la Cour de cassation a pris soin d'aménager aux époux la voie d'une révision judiciaire de leur accord. Par ailleurs, l'importance prise par la question de la contribution aux charges du mariage pourrait justifier le recours à une convention distincte du contrat de mariage dès lors que ce dernier n'est pas un support

<sup>364</sup> Ces difficultés se posaient déjà sous l'empire des anciens textes applicables au régime de séparation des biens. L'ancien article 1537 du Code civil fixait, ainsi, une quotité forfaitaire d'un tiers des revenus que la femme se devait de fournir à son mari au titre de sa contribution aux charges du mariage. Cette disposition n'était pas exempte de critiques, notamment au regard de son caractère inéquitable. Ainsi, « lorsque la fortune de la femme [était] considérable [le système pouvait] permettre au mari de faire face avec la seule contribution de celle-ci à l'intégralité des charges du mariage, alors que si cette fortune [était] modeste, cette contribution du tiers [pouvait] s'avérer notoirement insuffisante », v. PLASSARD (J.), « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens », préc., p. 645 ; *adde* ABITBOL (E.), « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz – Sirey, 1985, n° 4.

<sup>365</sup> ABITBOL (E.), « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », préc., n° 3, p. 3.

<sup>366</sup> Req., 19 mai 1920, *DP* 1921. I. 153, note H. LALOU, : « La dame Rigaud, assurant les charges du ménage moyennant une contribution fixe du mari, a pu légalement faire siennes, sous le régime adopté, les sommes économisées par elle ».

<sup>367</sup> On peine à recenser les arrêts se prononçant sur des clauses de ce type. Les formules notariales ne s'y intéressent que pour mentionner ces possibilités d'aménagements conventionnels.

<sup>368</sup> V. dans le même sens, mais à propos des régimes de nature communautaire, LUCET (F.), *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse, Paris II, 1987, n° 217 s.

<sup>369</sup> RIEG (A.), LOTZ (F.) et RIEG (Ph.), *Technique des régimes matrimoniaux*, 3<sup>e</sup> éd., 1993, Litec, n° 46.

<sup>370</sup> 106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 2010, n° 2393 ; HOUSIER (J.), *Les dettes familiales*, th. préc., n° 278 ; DROSS (W.), v° « Contribution aux charges du mariage », *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis, p. 203.

nécessaire de la clause de contribution aux charges du mariage<sup>371</sup>. La rigidité de l'accord initial pourrait être raisonnablement atténuée par la stipulation d'une clause de révision générale, voire plus précise, sur le modèle des clauses de *hardship*<sup>372</sup> des contrats de droit commun. Aucune règle d'ordre public ne s'oppose en principe à une telle prévision contractuelle<sup>373</sup>.

L'autre critique faite à ces clauses est en rapport avec leur portée et leurs conséquences. Celles-ci ne permettraient pas d'éviter le contentieux « sur les dépenses à prendre en compte au titre des charges du mariage ni sur la preuve des paiements effectués par les époux »<sup>374</sup>. Il est vrai que la question de la preuve s'avère une source d'embarras lorsqu'il s'agit de savoir « qui a payé quoi ? ». Il convient, pourtant, de nuancer la critique puisque la preuve des paiements est nécessairement tributaire des modalités de contribution du couple. En effet, une fois la répartition décidée, les époux séparés de biens peuvent soit régler personnellement et ponctuellement les dépenses ménagères, soit mettre en commun les quotités respectives en application des quotes-parts contractuellement fixées. La première option est à déconseiller puisqu'elle achoppera sur l'incompatibilité entre « une vie conjugale heureuse et la tenue d'une compatibilité domestique sérieuse »<sup>375</sup>. Cette remarque est d'autant plus juste en l'absence de toute clause – le système proportionnel légal s'applique alors – ou lorsque la répartition a été faite en proportion des charges du mariage. Elle l'est moins lorsque la clause fixe une quote-part des revenus affectée aux charges ou une somme fixe versée par les époux. Dans une telle hypothèse, il ne semble pas que ce soit surestimer le réel ou la capacité d'organisation des époux, que d'affirmer que l'exécution de l'obligation se fera, le plus souvent, par l'alimentation d'un compte commun précisément destiné à cet effet<sup>376</sup>. Chaque époux se contentant d'alimenter le « pot commun » par des versements réguliers selon une échéance qui pourra être déterminée par contrat et selon une estimation des dépenses nécessaires à la direction

<sup>371</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 1987, préc. L'indépendance de la convention de contribution aux charges du mariage pourrait alors prendre forme à travers un acte sous seing privé, contresigné par un avocat, v. la proposition d'une formule cadre : LETELLIER (H.) dir., *Les contrats nuptiaux. Accords financiers pour la vie commune et la séparation. Formules d'avocats*, préf. M. CAHEN, LexisNexis, 2011, p. 100 s.

<sup>372</sup> Pour une présentation synthétique v. DROSS (W.), v<sup>o</sup> « Hardship », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 353.

<sup>373</sup> Les parties peuvent ainsi soumettre la révision de leur accord à un changement des circonstances financières et patrimoniales qui ont constitué la base de fixation de la répartition initiale, v. en ce sens, LETELLIER (H.) « Accord sur la contribution aux charges du mariage (article 214 du Code civil) », *Dr. fam.* 2012, form. 2., qui propose la formule suivante : « À chaque moment important de notre vie (acquisition d'un logement, naissance d'enfant[s], chômage, arrêt ou reprise d'une activité professionnelle, etc.), les époux reconsidéreront cette répartition ».

<sup>374</sup> DROSS (W.), v<sup>o</sup> « Contribution aux charges du mariage », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 203.

<sup>375</sup> ABITBOL (E.), « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », préc., n<sup>o</sup> 6.

<sup>376</sup> C'est, du reste, « le mode d'exécution de la contribution financière aux charges du mariage le plus répandu et le plus commode pour des époux séparés de biens », v. VAREILLE (B.), « Régime de séparation de biens, indivision, compte joint : les sommes portées sur un compte joint sont présumées indivises et affectées aux dépenses ménagères, à défaut de preuve contraire », *RTD civ.* 2006, p. 361.

matérielle de la famille<sup>377</sup>. De fait, les mouvements effectués sur le compte joint fournissent la preuve des paiements effectués par les époux ; qu'il s'agisse des opérations entrantes (correspondant à la contribution de chaque époux) comme des opérations sortantes (qui sont, en principe, affectées à la contribution aux charges du mariage). Dans une telle situation, le compte affecté aux charges du mariage facilite non seulement la preuve des paiements effectués par les époux, mais octroie également à chaque époux un droit à l'information – et réciproquement une obligation d'information – sur l'affectation réelle des deniers lorsqu'est constaté un retrait important<sup>378</sup>. Comme a pu l'écrire un auteur, c'est là une transposition au régime de séparation de biens de « la jurisprudence qui impose à l'époux ayant opéré un retrait de deniers communautaires dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion concurrente d'informer son conjoint qui le demande de leur affectation, dès l'instant qu'il s'agit d'une somme importante »<sup>379</sup>.

Enfin, le contentieux relatif aux dépenses à prendre en compte au titre des charges du mariage se résume, principalement, à la problématique du financement des biens acquis, en indivision, par des époux séparés de biens<sup>380</sup>. Rappelons que la Cour de cassation considère de longue date que l'acquisition d'un immeuble peut constituer un mode de contribution aux charges du mariage<sup>381</sup>. De manière plus explicite, elle a admis que le paiement des dépenses afférentes à l'acquisition et à l'aménagement du logement de la famille participait de l'exécution de l'obligation de contribuer aux charges du mariage<sup>382</sup>. De cette façon, l'action en répétition de l'époux *solvens* peut se voir paralysée par la qualification de charges du mariage appliquée au financement du logement indivis<sup>383</sup>. Qu'en serait-il si le contrat de mariage comporte une clause fixant une somme fixe ou

<sup>377</sup> Rappelons que la Cour de cassation a affirmé une double présomption d'affectation aux charges du mariage et d'indivision, sauf preuve contraire, s'agissant des sommes versées sur un compte joint entre époux : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, n° 02-20.398 et Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, n° 97-20.308, *RTD civ.* 2006, p. 361, obs. B. VAREILLE.

<sup>378</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, n° 97-20.308, préc.

<sup>379</sup> VAREILLE (B.), « Régime de séparation de biens, indivision, compte joint ... » art. préc, *in fine*. V. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avr. 2003, n° 01-02.485, *D.* 2003, p. 2597, note V. BRÉMOND : « si un époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et de disposer seul des deniers communs dont l'emploi est présumé avoir été fait dans l'intérêt de la communauté, il doit, cependant, lors de la liquidation, s'il en est requis, informer son conjoint de l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté qu'il soutient avoir employées dans l'intérêt commun ».

<sup>380</sup> En pratique, les époux font l'acquisition d'un immeuble destiné à devenir le logement de la famille. Le plus souvent, l'achat est financé par un emprunt remboursé inégalement, soit parce que l'un des époux rembourse plus que sa part, soit parce qu'il a remboursé intégralement le prêt. Lors du divorce, l'époux qui a sur-participé invoque une créance à l'encontre de son conjoint, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, n° 11-26.748, *D.* 2013, p. 2242, obs. V. BRÉMOND, *AJ fam.* 2013, p. 448, obs. B. DE BOYSSON, *RTD civ.* 2014, p. 698, obs. B. VAREILLE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 24 sept. 2014, n° 13-21.005, *RTD civ.* 2015, p. 106, obs. J. HAUSER ; Civ. 1<sup>re</sup> 5 nov. 2014, n° 13-25.557, *AJ fam.* 2015, p. 61, obs. J. CASEY.

<sup>381</sup> V. l'arrêt rendu à propos d'une résidence secondaire, Civ. 1<sup>re</sup> 20 mai 1981, n° 79-17.171 : « la contribution des époux aux charges du ménage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire et peut inclure des dépenses d'agrément ».

<sup>382</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2013, n° 11-26.933, *RTD civ.* 2013, p. 582, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 698, obs. B. VAREILLE ; *D.* 2013, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2013, comm. 110, note B. BEIGNIER ; *adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, n° 11-26.748, préc.

<sup>383</sup> La Cour de cassation considère, en effet, que l'époux qui a financé seul le logement – soit par le paiement intégral du prix soit par le remboursement de l'emprunt – n'a droit à une créance d'indemnisation que pour autant qu'il démontre un

une quote-part des revenus ? Il faut, pour répondre à cette question, mettre en lumière le sujet qui fait débat dans le contentieux du financement du logement de la famille. À notre sens, ce n'est pas tant l'inclusion des dépenses relatives au logement familial dans la catégorie des charges du mariage – ce qui désormais est acquis<sup>384</sup> – que le doute sur l'exécution suffisante de chaque époux de son obligation de contribution aux charges du mariage. Or, l'effet principal de la clause fixant une quotité est d'empêcher toute discussion future sur l'exécution de l'obligation de contribution aux charges du mariage. En comparaison du système proportionnel, ou même fictionnel, comme on l'étudiera, ladite clause déplace le problème de la vérification d'une contribution suffisante de l'époux *solvens*, à la vérification des circonstances dans lesquelles les époux se sont engagés<sup>385</sup>. Comme a pu l'écrire un auteur, « le rattachement des dépenses de financement du logement de la famille à la notion de charges du mariage est subsidiaire, faute pour l'époux *solvens* d'avoir, autrement, satisfait à son obligation contributive »<sup>386</sup>. La combinaison d'un compte joint entre les époux séparés de biens<sup>387</sup> et de la clause fixant une quotité ou une somme fixe, facilite grandement la preuve de l'exécution de l'obligation de contribution aux charges du mariage. Dès lors, deux solutions sont envisageables à propos du financement du logement familial. Soit, l'acquisition a été financée entièrement ou en grande partie par des deniers personnels de l'époux *solvens* ; auquel cas la contribution aux charges du mariage ne devrait pas s'opposer à son éventuel droit à créance puisqu'il s'en sera acquitté par l'alimentation du compte joint affecté aux dépenses ménagères. Soit, le logement familial est acquis au moyen de fonds déposés sur le compte joint, la présomption d'affectation des sommes déposées constitue alors un obstacle probatoire susceptible de « ruiner [le] droit à créance »<sup>388</sup>. Toutefois, les difficultés ne pourront être évitées que pour autant que les époux limitent toute communautarisation patrimoniale à la seule contribution aux charges du mariage selon les stipulations de leur contrat de mariage<sup>389</sup>. Ce système n'empêche, par ailleurs,

---

excès de contribution aux charges du mariage. Or, nous le verrons, la démonstration de l'excès en l'absence de clause ou en présence d'une clause instaurant une présomption de contribution relève de la preuve diabolique, v. *infra*, n° 79 s.

<sup>384</sup> V. BUAT-MÉNARD (É.) « Réflexions sur l'acquisition immobilière au profit du conjoint et l'obscurcissement de la distinction entre les créances entre époux et les créances de l'indivision », in *Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois, 2017, p. 76 ; CASEY (J.), « Les acquisitions immobilières, la contribution aux charges du mariage et les régimes matrimoniaux », *AJ fam.* 2015, p. 324.

<sup>385</sup> En pareil cas, c'est vers le droit commun des contrats et plus précisément la théorie des vices du consentement qu'il faudra se tourner. V. en ce sens LETELLIER (H.) « Accord sur la contribution aux charges du mariage (article 214 du Code civil) », art. préc.

<sup>386</sup> KARM (A.), Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, n° 17, p. 104.

<sup>387</sup> En sachant que le provisionnement régulier par les époux permet de présumer de leur contribution aux charges, v. Civ. 2<sup>e</sup>, 6 nov. 1996, n<sup>os</sup> 93-21.391 et 94-10.285, *JCP G*, 1997. I. 4047, n° 38, obs. M. STORCK.

<sup>388</sup> KARM (A.), Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », préc., n° 28.

<sup>389</sup> Si d'aventure, l'un ou l'autre des époux venait à provisionner le compte joint de deniers personnels en sus de sa contribution personnelle aux charges du mariage, « l'utilisation de deniers déposés sur un tel compte pour le remboursement d'un prêt immobilier ou le paiement des factures de construction peut aboutir à priver de fondement toute créance entre

pas l'un ou l'autre des époux de contribuer aux charges du mariage en prenant à sa charge exclusive les dépenses relatives au logement de la famille, détenu en indivision par les époux<sup>390</sup>.

En définitive, le système de la quotité – ou du forfait – paraît plus fidèle à l'esprit autonomiste du régime de séparation. Il pourrait toutefois aboutir à introduire une trop grande séparation entre les dépenses à couvrir et la contribution fixée par contrat<sup>391</sup>. En effet, « lorsque le système appliqué est celui du forfait, l'établissement du montant de la contribution à fournir par les époux est indépendant du montant des dépenses à couvrir ; autrement dit, il y a indépendance entre les deux éléments du compte ménage : “compte recettes” qui détermine ce que chaque époux doit fournir, et “compte dépenses” qui détermine les dépenses qui doivent être ainsi couvertes »<sup>392</sup>. Il convient toutefois de nuancer cette remarque. L'intangibilité de l'accord entre époux doit être relativisée ; loin d'être absolue en droit commun des contrats, elle l'est d'autant moins dans une matière relevant de l'ordre public. Comme l'a affirmé la Cour de cassation, l'accord n'est pleinement efficace que « sous réserve de la possibilité pour chacun des époux d'en faire modifier le montant à tout moment en considération de la situation des parties »<sup>393</sup>. Par conséquent, lorsque les quotités forfaitaires fixées s'avèrent insuffisantes à couvrir l'intégralité des dépenses du mariage, rien ne s'oppose à une modification, soit d'un commun accord soit judiciaire, selon les capacités financières de chaque époux. Ces possibilités sont-elles, pour autant, de nature à chasser tous les inconvénients d'un système de partition forfaitaire de la contribution aux charges du mariage ? On peut légitimement en douter. La Cour de cassation a beau avoir consacré le droit à une modification de l'accord sur la contribution, il paraît douteux que des époux en viennent à se comporter comme de purs contractants qui renégocieraient leur accord au gré des changements de circonstances économiques. La multitude des changements qui occasionnent une évolution des charges du ménage – et de fait une nouvelle répartition – ne le permet d'ailleurs guère. En résumé, l'effort de prévision dont les époux auront fait preuve lors de la confection du contrat de mariage ou de l'accord sur la répartition des charges du mariage sera le plus souvent ruiné par un laisser-aller caractéristique de la vie

---

époux », v. KARM (A.), Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », préc., *loc. cit.*

<sup>390</sup> Si le remboursement de l'emprunt venait alors à excéder la part contributive qui lui incombe en vertu du contrat, il serait en droit de réclamer à son conjoint une créance du fait du financement inégal. L'inégalité des ressources importe alors peu à l'inverse du système supplétif de la proportionnalité légale dans lequel la mesure de l'excès de contribution se fait selon les facultés financières de chaque époux. Ainsi, « dès que l'inégalité constatée dans le financement du bien immobilier indivis n'excède pas l'inégalité de revenus existant entre les époux, aucune créance entre époux ne sera retenue », v. TISSERAND-MARTIN (A.), « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », préc., p. 808.

<sup>391</sup> C'est, d'ailleurs, la critique principale – outre la rigidité relative – auparavant adressée au système forfaitaire, v. ABITBOL (E.), « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », préc., n° 4.

<sup>392</sup> PLASSARD (J.), « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens », préc., p. 652.

<sup>393</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 1987, préc.

conjugale heureuse pourtant incompatible avec la tenue d'une comptabilité domestique sérieuse<sup>394</sup>. Alors qu'ils auront ignoré leur accord tout le temps du mariage, les époux n'hésiteront pourtant pas à s'y rediriger en cas de séparation faisant apparaître des difficultés inextricables lors de la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. Ainsi, les inconvénients des clauses classiques de répartition des charges du mariage demeurent et expliquent le désintérêt progressif de la pratique à leur égard. Puisque ces inconvénients se font jour majoritairement lors de la dissolution du régime, la solution pratique fut alors d'exclure des opérations de liquidation tout calcul en rapport avec la contribution aux charges du mariage par la clause instituant une présomption de participation entre les époux.

### β. Les clauses spéciales de présomption

**79. — Une solution pratique.** Les difficultés suscitées par la contribution aux charges du mariage entre époux séparés de biens sont assurément le signe des inconvénients dénoncés du régime de séparation de biens en lui-même<sup>395</sup>. Du reste, l'essentiel du contentieux relatif à la contribution aux charges du mariage concerne des époux séparés en biens. L'œuvre principale de la pratique est alors principalement orientée vers la correction des difficultés pratiques que pose la séparation de biens. Paradoxalement, lors de ces opérations correctrices, le régime de séparation est souvent amendé par des clauses qui organisent des ersatz de communauté<sup>396</sup>. Il est possible d'analyser dans le même sens, la stipulation usuelle de la clause qui institue une présomption de contribution au jour le jour aux charges du mariage. À une approche prévisible et chiffrable de la contribution, est préférée une approche fictionnelle : les époux sont réputés avoir contribué au jour le jour aux charges du mariage en sorte qu'ils ne sont assujettis à aucun compte entre eux ni à aucune quittance à retirer l'un contre l'autre. L'objectif affiché est d'éviter au possible « les comptes d'apothicaires entre époux »<sup>397</sup>. La rigidité du régime de séparation de biens ne disparaît pas pour

<sup>394</sup> ABITBOL (E.), « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », préc., n° 6.

<sup>395</sup> L'autonomie et l'indépendance qui le caractérisent ne peuvent être pleinement atteintes qu'au prix d'une application rigoureuse d'un tel régime. Or, comment ne pas voir dans l'application d'un tel régime des biens entre époux un objectif opposé, voire antinomique, à l'esprit même de l'institution du mariage qui repose sur l'union tant des personnes que des patrimoines et dont l'obligation de contribution aux charges du mariage est une des manifestations ? De fait, comme l'avait constaté Savatier, les époux séparés de biens sont le plus souvent confrontés à « l'impossibilité [où ils sont] de tenir les comptes assurant la répartition exacte de leur contribution aux charges du mariage, et respectant l'indépendance de leurs patrimoines réciproques », v. SAVATIER (R.), « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation des biens », art. préc., p. 23

<sup>396</sup> Ainsi, les époux réforment-ils leur régime de séparation « parfois au moyen d'une société d'acquêts, laquelle n'a d'autre défaut que de supprimer, à l'évidence, les prétendus avantages de simplicité et d'économie cherchés (...) dans la séparation de biens », v. SAVATIER (R.), « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation des biens », art. préc., *loc. cit.* ; *adde* TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 798 s.

<sup>397</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 70, p. 72. Les époux séparés de biens ne font qu'entériner dans leur contrat de mariage, ou dans un accord spécifique, leur volonté commune de se comporter tel que le feraient des époux soumis à la communauté légale : chacun participe au jour le jour. De telle sorte que la séparation stricte des patrimoines s'efface sous l'effet de la dose de communautaire ainsi insufflée

autant. Loin de mettre fin à toutes discussions entre les époux, c'est sur le terrain des conséquences de la clause que de nouvelles discussions vont s'élever ; dès lors que survient le conflit entre les époux. Chacun est alors résolu à démontrer que tel ou tel bien lui appartient en réalité personnellement ou, de manière plus spécifique à la contribution aux charges du mariage, à invoquer l'existence d'une créance. Ces revendications se heurtent alors à la loi contractuelle que se sont donnée les époux. En effet, c'est à cette occasion que la clause usuelle est alors censée produire son effet le plus énergique à savoir « éliminer des opérations liquidatives notariales tout compte de contribution aux charges du mariage »<sup>398</sup>. Encore faut-il, pour cela, que la présomption instituée par la clause soit efficace. La recrudescence du contentieux relatif à l'interprétation de cette clause de style a permis à la jurisprudence de construire sa position quant à l'efficacité et à la portée desdites clauses. L'analyse des décisions rendues à cet égard permet ainsi de mettre en lumière l'extension de la liberté contractuelle des époux. Toute la difficulté est alors de déterminer le caractère d'une telle présomption. Une telle question est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui revient, implicitement à admettre que les époux peuvent de leur propre volonté instituer une présomption irréfutable.

**80. — Un usage irraisonné de la liberté contractuelle.** L'appréciation de la portée des clauses instituant une présomption de contribution a fortement évolué sous l'effet d'une jurisprudence abondante. Dans ses premières heures, la clause usuelle était comprise comme une dispense de compte relatif à la contribution aux charges du mariage<sup>399</sup>. Un auteur soutenait ainsi, à raison, que la clause « vaut dispense de compte à titre principal et présomption de paiement à titre accessoire »<sup>400</sup>. C'est pourtant cette présomption, plus précisément son caractère, qui cristallise l'essentiel des débats. À cet égard, c'est la limite de la liberté contractuelle des époux qui interroge. La clause usuelle se rattache généralement à la catégorie générique des conventions sur la preuve et plus particulièrement aux conventions sur les présomptions<sup>401</sup>. Selon le régime légal prévu à l'article 1356 du Code civil, elles font partie des conventions qui établissent une présomption fautive de présomption légale à modifier. De fait, lorsqu'il s'agit d'établir une présomption, les parties ne disposent que de deux possibilités : soit établir une présomption simple, soit établir une présomption

<sup>398</sup> AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle relative à la contribution aux charges du mariage des époux séparés de biens », *Defrénois* 2010, n° 12, p. 1336.

<sup>399</sup> Cela s'explique certainement par le fait que les premières formules succinctes notariales se contentaient d'exclure l'établissement de tout compte de contribution entre les époux. Ainsi, comme le notait un auteur, « de très nombreux contrats de mariage contiennent une clause stipulant qu'aucun compte relatif à la contribution aux charges du ménage ne pourra être exigé au moment de la liquidation du régime », PLASSARD (J.), « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage ... », préc., p. 658.

<sup>400</sup> AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle ... », art. préc.

<sup>401</sup> PAILLER (L.), « Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat* 2019, p. 378.

irréfragable. Or, l'accord des époux intervenant dans un domaine *a priori* impératif, on peut s'interroger sur la possibilité de stipuler une présomption irréfragable de contribution aux charges du mariage qui constituerait, de fait, un obstacle à toute contestation<sup>402</sup>. La doctrine opposée à cette éventualité invoque naturellement le caractère usuel de la clause ainsi insérée dans les contrats de mariage qui s'accorde difficilement avec la gravité d'une présomption irréfragable<sup>403</sup>. À cela, on peut ajouter que la limite principale des conventions sur la preuve étant l'ordre public<sup>404</sup>, il serait paradoxal de permettre aux époux de faire échec, certes indirectement, à un devoir résultant du mariage. Telle n'est pas la position de la Cour de cassation<sup>405</sup> : ainsi, ni les règles du droit de la preuve ni le caractère impératif de l'obligation de contribution aux charges du mariage ne suffisent pour s'opposer à ce que les époux puissent conclure une convention instituant une présomption irréfragable de contribution aux charges du mariage. La Cour de cassation se contente d'une interprétation littérale de l'article 1356 du Code civil qui ne paraît prohiber que les présomptions irréfragables conventionnelles unilatérales. Or, traditionnellement, la clause est stipulée sans distinction entre les époux.

**81. — La recherche des logiques interprétatives de la clause de présomption.** Au regard du caractère impératif de la contribution aux charges du mariage, cette position participe de l'extension du périmètre des clauses contractuelles au détriment de l'ordre public matrimonial. En résumé, la liberté contractuelle des époux est totale lorsqu'il s'agit d'établir des présomptions conventionnelles de contribution aux charges du mariage. Ils peuvent convenir d'une présomption simple, qui admet la preuve contraire, ou d'une présomption irréfragable, qui interdit à un époux de prouver l'insuffisance de la contribution de son conjoint ou l'excès de sa propre contribution. À n'en point douter, la pratique notariale saura faire sienne cette nouvelle liberté offerte aux époux lorsqu'il

<sup>402</sup> BONNET (G.), « Logique de la séparation de biens », in *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 161.22 ; adde, MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 70, p. 73.

<sup>403</sup> La gravité des effets d'une présomption irréfragable s'accorderait assez mal avec un caractère irréfragable qui aurait pour effet d'interdire « aux époux d'invoquer – directement ou indirectement – le problème de la contribution aux charges du mariage au moment de la liquidation de leur régime matrimonial. Le droit d'agir des époux dépendrait alors de la pratique du notaire, rédacteur de leur contrat de mariage, selon qu'il y adjoint ou non la clause litigieuse », v. AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle ... », art. préc.

<sup>404</sup> C. civ., art. 1356 : « Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition » ; LAMOUREUX (M.), « Clause de preuve », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, Lextenso, BUY (F.), LAMOUREUX (M.), MESTRE (J.), RODA (J.-Ch.), dir., n° 1439.

<sup>405</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 2020, n° 19-15.353, *AJfam.* 2021, p. 193, obs. J. CASEY ; *D.* 2021, p. 825, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2021, comm. 6, note S. TORRICELLI-CHRIFI : « (...) lorsque les juges du fond ont souverainement estimé irréfragable la présomption résultant de ce que les époux étaient convenus, en adoptant la séparation de biens, qu'ils contribueraient aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives et que chacun d'eux serait réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'ils ne seraient assujettis à aucun compte entre eux ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre, un époux ne peut, au soutien d'une demande de créance, être admis à prouver l'insuffisance de la participation de son conjoint aux charges du mariage pas plus que l'excès de sa propre contribution ». La décision a, par ailleurs, été confirmée dans les mêmes termes, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin. 2023, n° 21.25-326, *Dr. fam.* 2023, comm. 128, note S. TORRICELLI-CHRIFI.

s'agira de retranscrire le plus fidèlement possible l'intention des époux. Pour l'heure, toutefois, la majeure partie des contrats de mariage ne faisant que reproduire une clause de style peu précise sur le caractère irréfragable de la présomption, c'est aux juges du fond qu'il incombe de préciser le caractère irréfragable ou simple de la clause usuelle. C'est donc dans les décisions des juridictions du fond et l'argumentation des juges qu'il convient de rechercher les logiques d'interprétation et de détermination de la nature de la présomption édictée par la clause usuelle de contribution.

**82. — Le rejet de l'analyse sémantique.** L'analyse de la jurisprudence quant aux arguments mobilisés par les juges dans leur appréciation du caractère irréfragable ou simple de la présomption de contribution n'est pas véritablement nouvelle. La doctrine relevait, par ailleurs, que les juges pouvaient qualifier la présomption de simple ou irréfragable selon les termes de la clause. Il a ainsi été proposé que la nature irréfragable devait s'imposer toutes les fois où les époux sont *réputés* avoir contribué, tandis que la nature simple devait être conférée lorsque les époux sont simplement *présumés* avoir contribué<sup>406</sup>. Cette proposition, aussi intéressante qu'elle soit, ne résiste qu'imparfaitement à la critique. Il est vrai que dans le langage juridique<sup>407</sup>, le verbe « présumer » peut s'entendre dans le sens d'une présomption simple, autrement dit « jusqu'à preuve du contraire »<sup>408</sup>. De l'autre, l'adjectif « réputé » exprime l'idée d'un état de choses tenu pour tel notamment dans le but d'y attacher certains effets juridiques. Par exemple, selon l'article 1402 du Code civil, les biens meubles ou immeubles sont réputés acquêts de communauté. L'utilisation de l'un ou de l'autre terme exprime ainsi une présomption. Toutefois, rien ne permet de soutenir que celle-ci est toujours simple lorsque le fait concerné est simplement « présumé » et irréfragable lorsque le fait est « réputé ». Pour reprendre l'exemple de l'article 1402, la présomption de communauté n'est qu'une présomption simple puisqu'elle admet la preuve contraire. On notera, néanmoins, que l'adjectif « réputé » est souvent employé par le droit lorsqu'il s'agit d'introduire une fiction juridique<sup>409</sup>. Or, la fiction juridique partage avec la présomption irréfragable une finalité commune : la « négation délibérée de la réalité certaine ou possible, afin de produire des effets de droits déterminés [à cela près que], les fictions consacrent des situations certainement contraires à la réalité alors que les présomptions irréfragables se bornent à entériner des situations susceptibles

<sup>406</sup> V. en ce sens, AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle ... », art. préc.

<sup>407</sup> De la même manière dans le langage courant, les deux termes n'expriment pas nécessairement deux visions opposées. À propos du verbe « réputer », la 9<sup>e</sup> édition du dictionnaire de l'Académie française précise ainsi ce qui suit : « Considérer quelqu'un ou quelque chose d'une certaine manière, lui attribuer certaines caractéristiques ». Quant au verbe « présumer », on trouve la définition suivante : « Juger par induction, conjecturer, supposer. (...) Présumer de, former, à partir de conjectures, un jugement, une prévision ». Comme on peut l'observer, dans les deux cas il s'agit d'exprimer une appréciation, une opinion qui n'exclut, ni dans un cas ni dans l'autre, la possibilité d'une contradiction.

<sup>408</sup> CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, op. cit., v<sup>o</sup> « Présumer ».

<sup>409</sup> CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, op. cit., v<sup>o</sup> « Fiction ».

d’être aussi bien réelles que fausses »<sup>410</sup>. Cette réserve n’empêche toutefois pas de « les réunir sous la même idée d’abstraction de la réalité, en les opposant aux présomptions simples qui correspondent, quant à elles, à une méthode de preuve »<sup>411</sup>. Cependant, ce n’est pas parce qu’elles partagent la même idée que la fiction et la présomption irréfragable s’établissent nécessairement de la même manière. Du reste, l’argumentation sémantique n’a pas emporté la conviction des juges puisque la Cour de cassation n’en fait pas cas<sup>412</sup>. De même, les juges du fond n’y sont que peu sensibles, les arrêts d’appel qualifiant indistinctement la présomption de simple ou d’irréfragable alors même que la clause prévoit que les époux sont « réputés » avoir contribué<sup>413</sup>. Partant, la difficulté de déterminer les critères précis de détermination de la nature de la présomption de contribution au jour le jour a conduit une partie de la doctrine à qualifier l’œuvre des juges du fond de pratique divinatoire<sup>414</sup>. En effet, on imagine mal comment l’intention réelle des époux pourrait ressortir de l’interprétation d’une clause de style. Pour Madame Karm, l’absence de critère légitime d’appréciation de la clause est non seulement discutable, mais « plus gravement encore aléatoire, ce qui n’est pas propice à la sécurité juridique »<sup>415</sup>.

**83. — La préférence pour l’analyse syntaxique.** Malgré tout, l’étude de différents arrêts rendus à propos de la nature de la présomption de contribution au jour le jour révèle, pour le moins, un alignement des pratiques interprétatives des juges. Il en ressort que la nature simple ou irréfragable de la qualification dépend du degré de précision dont ont fait preuve les parties lors de la rédaction de la clause objet du litige.

**84. — Première hypothèse : la présomption irréfragable s’infère de la double dispense de compte et de quittance.** Dans un arrêt du 8 juin 2017, la Cour d’appel d’Amiens a ainsi été confrontée à la clause du contrat de mariage dispensant chacun des époux de compte et de

<sup>410</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, 3<sup>e</sup> éd., 2018, PUF, n° 41.

<sup>411</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique ...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>412</sup> Il lui a, par exemple, été reproché d’avoir estimé que la clause selon laquelle chacun des époux serait *réputé* avoir fourni au jour le jour sa part contributive de sorte qu’ils ne seraient assujettis à aucun compte entre eux instituait une présomption simple (v. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 09-11.005, *AJfam.* 2010, p. 188, obs. F. CHÉNEDÉ), alors même qu’en « prévoyant que les époux étaient « réputés », et non « présumés », avoir fourni au jour le jour leur part contributive, il (...) semble que la clause était davantage porteuse d’une présomption irréfragable que d’une présomption simple », v. CHÉNEDÉ (Fr.), Difficultés d’interprétation des clauses aménageant la contribution aux charges du mariage », *AJfam.* 2010, p. 188.

<sup>413</sup> **Pour les arrêts qui retiennent la qualification de présomption simple** : Versailles, 14 janv. 2020, n° 18/03975 ; Aix-en-Provence, 5 avr. 2017, n° 15/12886, Versailles, 19 janv. 2017, n° 16/01173. **Pour les arrêts qui retiennent la qualification de présomption irréfragable** : Amiens, 8 juin 2017, n° 16/00419 ; Riom, 4 oct. 2016, n° 15/00399 ; Bastia, 23 nov. 2016, n° 15/00407.

<sup>414</sup> TORRICELLI-CHRIFI (S.), « Halte à la clause de style », art. préc. ; KARM (A.), « Financement d’un bien immobilier par des époux séparés de biens : à quand le rétablissement de la logique séparatiste ? », *JCP N* 2019, n° 17-18, 1174 ; VASSAUX (J.), « Contribution aux charges du mariage et financement d’un bien à usage familial : enfin une solution claire et novatrice ! », *JCP N* 2019, n° 51, 1343.

<sup>415</sup> KARM (A.), « Financement d’un bien immobilier par des époux séparés de biens ... », art. préc.

quittances<sup>416</sup>. Sur la nature de la présomption, la cour d'appel a considéré qu'en l'espèce, les époux ont voulu « exclure entre eux de façon définitive toute créance au titre de leur contribution aux charges du mariage en présument irréfragablement que chacun s'est acquitté au jour le jour de son obligation contributive à proportion de ses facultés ». En outre, un élément particulier de la décision mérite d'être signalé. En effet, à partir d'un raisonnement habile, le mari soutenait que la présomption ne pouvait qu'être simple dès lors que la clause qui l'instituait ne contenait pas de renonciation croisée des époux à tout recours l'un contre l'autre pour les dépenses relatives aux charges du mariage. Cette argumentation est toutefois écartée par les juges au motif que « le seul fait que les stipulations contractuelles ne précisent pas que les époux n'auront pas de recours l'un contre l'autre au titre de dépenses de cette nature ne suffit pas à remettre en cause le caractère irréfragable de la présomption ainsi posée ». Rétrospectivement, au regard de l'évolution de la Cour de cassation quant à l'interprétation des clauses de contribution aux charges du mariage<sup>417</sup>, la motivation de la Cour d'appel ne peut qu'être approuvée. L'inverse reviendrait à assimiler les clauses de non-recours aux clauses de présomption irréfragable. Or, les premières concernent l'action et le droit d'agir quand les secondes sont relatives à la preuve. Dans un cas, la clause de non-recours paralyse en amont l'action visant à se prévaloir d'un droit, la partie se verra opposer une fin de non-recevoir. De l'autre, la clause de présomption irréfragable empêche de prouver l'existence du droit. Enfin, la clause de non-recours « interdit l'action, mais sans doute pas que le droit puisse être invoqué par voie d'exception, en défense »<sup>418</sup>, tandis que la clause de présomption irréfragable empêche de rapporter la preuve contraire que ce soit par la voie d'action ou par la voie d'exception.

La nature irréfragable de la présomption a également été retenue par la Cour d'appel de Riom, à propos d'une clause à la rédaction similaire<sup>419</sup>. Cette fois aussi, la motivation de la cour d'appel mérite d'être relevée. La cour analyse le caractère supplétif de l'article 214 du Code civil comme

---

<sup>416</sup> Selon la clause, « les époux contribueront aux charges du mariage en proportion de leurs revenus et gains respectifs, sans être assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer des quittances l'un de l'autre. À titre principal, néanmoins, ces charges incomberont au mari. Il sera obligé de fournir à son épouse tout ce qui sera nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. L'épouse s'acquittera de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont elle aura l'administration et la jouissance et par son activité au foyer. Ces charges seront réputées avoir été réglées jour par jour », v. Amiens, 8 juin 2017, n° 16/00419. La rédaction particulière de la clause, en ce qu'elle fait peser à titre principal les charges sur le mari, peut s'expliquer par la date d'établissement du contrat de mariage. En l'espèce, le contrat de mariage avait été reçu par le notaire le 11 août 1975.

<sup>417</sup> V. *infra*, n° 185 s.

<sup>418</sup> DROSS (W.), v° « Non-recours », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 555.

<sup>419</sup> Selon la clause, « les époux contribueront aux charges du ménage en proportion de leurs facultés respectives. Chacun d'eux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'ils ne seront pas assujettis à aucun compte entre eux ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre. Toutefois, les dépenses de la vie commune qui se trouveront dues et engagées au moment de la dissolution du mariage incomberont pour moitié à chaque époux », v. Riom, 4 oct. 2016, n° 15/00399.

la possibilité offerte aux époux de renforcer conventionnellement l'obligation de contribution aux charges du mariage. De là, elle infère la nature irréfragable de la présomption<sup>420</sup>. On notera que les juges ont limité la portée de la nature irréfragable de la présomption aux seuls dépenses ordinaires, à l'exception des dépenses extraordinaires, au regard des conséquences graves attachées ainsi à une clause qui n'est, tout de même, que de style<sup>421</sup>. En creux, c'est là un moyen adroit de distinguer entre les dépenses quotidiennes et les dépenses de financement du logement de la famille qui cristallisent l'essentiel du contentieux, conséquence indirecte de l'élargissement de la notion de charges du mariage par la Cour de cassation. Comme l'a remarqué un auteur, l'inclusion des dépenses d'investissement dans la notion de charges du mariage ne « va pas forcément de soi »<sup>422</sup>. Au cœur de la contribution aux charges du mariage se trouve « un rapport alimentaire » élargi<sup>423</sup>, indépendant d'un état de besoin<sup>424</sup> et s'exécutant sans discontinuer tout au long de la vie commune. En substance, « c'est la vie de tous les jours qui est en cause, avec un quotidien plus ou moins fastueux selon les ressources du ménage »<sup>425</sup>. Les dépenses d'investissement, même lorsqu'elles ont pour objet l'agrément et les loisirs du ménage, ne constituent qu'accessoirement des charges du mariage. Les admettre au même plan que les dépenses du quotidien, revient à franchir la « ligne rouge » de démarcation du régime primaire impératif et des régimes matrimoniaux. On conçoit aisément que les époux, surtout séparés de biens, soient soumis à une communauté élémentaire, primaire. On admet plus difficilement l'idéologie communautaire qui résulte de l'élargissement du contenu de la notion de charges du mariage aux dépenses d'investissement. Si chacun des époux séparés de biens doit assumer dans les charges du mariage une part proportionnelle à ses ressources, cette obligation ne devrait en aucun cas dégénérer en un mode accessoire d'acquisition de biens, à l'image des régimes matrimoniaux. C'est ainsi que les juridictions du fond tentent, bon gré mal gré, de juguler les contrecoups de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>426</sup>. La pédagogie et la logique de la motivation des juges du fond ne peuvent en l'occurrence que faciliter l'approbation de la solution à laquelle sont parvenus les magistrats du fond. L'appréciation variable de la nature de la

<sup>420</sup> Elle estime, ainsi, que « lorsque l'obligation légale est renforcée par une obligation conventionnelle de même nature figurant au contrat de mariage, stipulant en outre que chaque époux est réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, avec pour conséquence qu'il n'y a pas lieu à compte entre eux ni à créance ou dette, cette présomption peut être considérée comme irréfragable en ce qui concerne les dépenses courantes ou quotidiennes ou ordinaires du ménage ».

<sup>421</sup> V. Riom, 4 oct. 2016, préc.

<sup>422</sup> CASEY (J.), « Les acquisitions immobilières, ... », art. préc.

<sup>423</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, op. cit., n° 557, spéc., p 1244.

<sup>424</sup> Ce qui distingue le devoir de contribution aux charges du mariage du devoir de secours entre époux.

<sup>425</sup> CASEY (J.), « Les acquisitions immobilières, ... », art. préc.

<sup>426</sup> Dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Riom, les juges ont ainsi estimé, s'agissant du financement de l'acquisition du logement de la famille, que « cette dépense relève incontestablement du domaine des charges du mariage. Toutefois, en raison du caractère extraordinaire de cette dépense (montant, durée, part du budget familial...), la présomption selon laquelle l'époux qui a réglé cette dépense n'a fait qu'exécuter son obligation de contribution aux charges du mariage est susceptible d'être renversée (présomption simple), dès lors que l'époux qui revendique une créance parvient à démontrer qu'il a, par ailleurs, suffisamment contribué auxdites charges, de sorte que le montant des dépenses auxquelles il a dû faire face ou des fonds qu'il a remis à son conjoint excède son obligation ».

présomption, en fonction de la nature des dépenses en cause, atténuée en partie les critiques soulevées quant à l'interprétation divinatoire de l'intention des époux s'agissant d'une clause de style<sup>427</sup>. Pour l'heure, cependant, peu de juridictions d'appel font preuve d'une argumentation aussi circonstanciée et audacieuse que celle exposée précédemment<sup>428</sup>.

**85. — Bilan.** Il apparaît que, dans plusieurs décisions des juridictions du fond, à l'image de celles précitées, la clause de présomption, lorsqu'elle comporte une double dispense de compte et de quittance entre époux établit une présomption irréfragable de contribution aux charges du mariage, qui empêche l'un ou l'autre des époux de faire état d'une contribution excessive ou insuffisante<sup>429</sup>.

**86. — Seconde hypothèse : la présomption simple s'infère de la formule rudimentaire de la clause.** À l'inverse des décisions précédemment inventoriées, lorsque la clause de présomption de contribution se limite à un énoncé élémentaire, elle ne contient donc pas de dispense de compte ou de quittance, la qualification de présomption simple est alors plus naturellement retenue par les juridictions du fond. C'est ce qu'il ressort de plusieurs arrêts de la Cour d'appel de Versailles, les juges considérant que « la clause usuelle insérée dans le contrat de mariage des époux aux termes de laquelle ceux-ci sont réputés s'être acquittés jour par jour de leur part contributive aux charges du mariage institue une présomption simple »<sup>430</sup>.

<sup>427</sup> Une telle solution a, toutefois, l'inconvénient de laisser intactes les difficultés liquidatives que la pratique notariale tente pourtant d'éviter par la stipulation des clauses de contribution au jour le jour. En effet, retenir la nature simple de la présomption quant aux seules dépenses extraordinaires, autorise l'époux à en rapporter la preuve contraire. Or, concernant la contribution aux charges du mariage, cette preuve ne peut se faire que par la démonstration d'un excès contributif, mais encore faut-il qu'il y parvienne. Dès lors que les époux se sont dispensés de tout compte quant à la contribution, la « *diabolica probatio* » fait son œuvre, v. par ex. TORRICELLI-CHRIFI (S.), « Clause contribution aux charges du mariage dans le régime de séparation de biens », *Dr. fam.* 2018, comm. 279.

<sup>428</sup> V. toutefois, Lyon, 20 juin 2017, n° 14-08013, qui semble faire appel à un raisonnement similaire, en des termes cependant moins explicites.

<sup>429</sup> V. Dijon, 15 déc. 2016, n° 15/02229 (confirmé par Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 2018, n° 17-13.276) : la double dispense de compte et de quittance de la clause a permis aux juges d'estimer qu'il en « ressort sans équivoque que les parties ont entendu conférer un caractère irréfragable à la présomption de contribution qu'ils ont instituée » ; v. dans le même sens, Bastia, 23 nov. 2016, n° 15/00407 ; ou encore Montpellier, 14 janv. 2022, n° 20/00029, à propos d'actions acquises en indivision par deux époux séparés en biens.

<sup>430</sup> Versailles, 14 janv. 2020, n° 18/03975 ; v. également, Versailles, 19 janv. 2017, n° 16/01173, qui cite la clause *in extenso* : « il résulte de l'article 3 du contrat de mariage conclu par les époux le 13 juill. 1982 que "chacun des époux sera réputé s'être acquitté jour par jour de sa part contributive aux charges du mariage" ». La solution est la même, les juges d'appel ont souverainement considéré que « si cette clause du contrat de mariage permet de présumer que la contribution aux charges du mariage a été acquittée par chacun des époux, elle n'exclut pas d'apprécier qu'elle l'a été de manière proportionnelle ». Dans une autre espèce, devant la même juridiction, l'épouse faisait valoir la nature irréfragable de la présomption instituée par une clause formulée de la même manière. Dans une argumentation instructive, la Cour énonce, tout d'abord, que « le contrat de mariage signé par les parties (...) prévoit en son article 4 que chacun des époux sera réputé s'être acquitté jour par jour de sa part contributive aux charges du mariage, **le contrat de mariage ne contenant aucune autre disposition** ».<sup>430</sup> L'arrêt précise ensuite que « cette clause qui édicte une présomption n'interdit pas à l'époux qui soutient avoir contribué aux charges du mariage au-delà de ses facultés contributives d'en apporter la preuve, étant justement souligné par l'appelant que **les époux n'ont pas indiqué dans leur contrat qu'ils s'interdisaient tout compte ou recours entre eux** », v. Versailles, 20 oct. 2016, n° 15/02445 (nous soulignons).

Les juges semblent faire de l'absence ou de la présence de dispense de compte et de quittance entre les époux un élément d'appréciation de leur intention commune et par conséquent de la nature de la présomption<sup>431</sup>. Cette tendance est, par ailleurs, confirmée par deux arrêts rendus par la même chambre de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 25 novembre 2015 et le 5 avril 2017. Dans la première espèce, le litige opposait deux époux séparés de biens<sup>432</sup>. L'époux revendiquait une créance au titre de l'acquisition et des travaux réalisés sur l'immeuble servant de résidence principale à la famille. En première instance, l'époux avait été admis à prouver l'existence de sa créance en rapportant la preuve de son excès contributif, la présomption étant alors qualifiée de simple. Le jugement est sur ce point contredit par les juges d'appel. Ces derniers ont considéré que « c'est à tort [que le jugement] a considéré qu'il s'agissait d'une présomption simple et que chaque époux pouvait, contre cette présomption, établir qu'il avait contribué au-delà de la part lui incombant, sauf à priver de sens [la] clause ayant vocation à éviter les comptes de créances et de récompenses entre époux pour tout ce qui touche à la vie quotidienne et aux besoins de la famille ». Pour les magistrats de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, la démarche adoptée par le tribunal, « consistant à rechercher quelles étaient les facultés contributives de chaque époux à la date de la séparation et à les rapporter à la participation de chacun aux dépenses d'acquisition et de travaux de la résidence familiale pour déterminer un excès de contribution de l'un, ne peut être validée dès lors qu'elle occulte totalement l'évolution des facultés respectives des époux au cours du mariage et ne tient aucun compte de la part contributive de chacun d'eux aux autres charges de la vie courante pour lesquelles il ne peut y avoir lieu à reddition de comptes au regard de la clause insérée au contrat de mariage »<sup>433</sup>. C'est donc bien que la dispense de comptes et de quittance est un

---

<sup>431</sup> V. néanmoins, Versailles, 23 juin 2017, n° 15/05138, à propos d'une clause comportant une dispense de compte et de quittance entre les époux, dans lequel la motivation des juges est plus obscure puisqu'ils ne raisonnent qu'indirectement sur la nature de la présomption. Ils se contentent d'affirmer que la clause « ne contient aucune précision sur le sort des emprunts immobiliers [et] qu'il appartient donc à la cour d'en apprécier la portée ». Constatant qu'il « ne ressort d'aucun document que les parties ont eu la volonté d'inclure dans les charges du mariage le remboursement des emprunts immobiliers », les juges en concluent qu'il « ne peut donc en résulter que les parties ont inclus le paiement des échéances de crédit immobilier dans les charges du mariage ». La motivation des juges ne semble pas exclure clairement la nature irréfragable de la présomption. L'arrêt paraît, plus vraisemblablement, la réserver aux dépenses ordinaires, tandis qu'il l'écarte pour les dépenses extraordinaires que constitue le remboursement d'un emprunt immobilier. Cette décision ne contredit pas nécessairement la seconde hypothèse d'interprétation de la nature de la présomption de contribution. D'autant que l'argumentation des magistrats en l'espèce avait pour but particulier de préserver les droits des héritiers puisqu'ils précisent expressément que « l'extension de la contribution aux charges du mariage à ces emprunts aurait eu pour conséquence de permettre à son épouse de se constituer un patrimoine propre », l'excès contributif étant effectivement constaté par la suite puis requalifié en donation indirecte rapportable : » Considérant qu'en versant des sommes excédant sa contribution aux charges du mariage pour permettre l'acquisition indivise des biens par son épouse, Michel L. a donc effectué une donation indirecte au profit de celle-ci (...); Considérant que la donation effectuée par Michel L. révèle ainsi une intention libérale et s'analyse en une donation indirecte soumise, par l'article 843 du Code civil, à rapport (...).

<sup>432</sup> Le contrat de mariage des époux comportait la clause usuelle, dans sa formule exhaustive, aux termes de laquelle « chacun des époux est réputé avoir contribué au jour le jour aux charges du mariage en proportion de ses facultés, de sorte qu'ils ne soient assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre ».

<sup>433</sup> Aix-en-Provence, 25 nov. 2015, n° 15/06786.

élément déterminant de la nature irréfragable de la présomption de contribution, l'inverse étant vrai pour la nature simple.

Comme il a été démontré, la dispense d'établissement des comptes est une double dispense, elle dispense de retracer la contribution des époux par une reddition de comptes et dispense de reconstituer les comptes de contribution de chaque époux : « le solde du compte de contribution est forcément nul »<sup>434</sup>. Il est logique que cette dispense de compte renforce la présomption simple de paiement, objet principal de la clause, selon laquelle *chaque époux est réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive*. Formulée aussi simplement, cette présomption ne peut être que simple. Un époux peut être admis à rapporter la preuve d'une surcontribution puisque le notaire n'est pas dispensé de la reconstitution des comptes de contribution des époux. Au soutien de cette analyse, on peut citer la seconde décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence cette fois à propos d'un époux qui revendiquait une créance au titre des travaux qu'il a réalisés sur un bien propre de son conjoint<sup>435</sup>. En l'espèce, la clause du contrat de mariage, si les termes de la cour d'appel sont exacts, stipulait, simplement, que : « chacun des époux étant réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive ». Sans surprise, la Cour d'appel en déduit que la clause litigieuse « ne contient qu'une présomption simple », permettant à l'époux de démontrer, avec succès en l'espèce, que les paiements qu'il a réalisés sur le bien propre de son épouse constituaient une contribution excessive<sup>436</sup>.

**87. — Synthèse.** Ce tour d'horizon succinct des décisions rendues par les cours d'appel permet de mieux cerner les modalités d'interprétation, par les juges, des clauses de présomption de contribution tout autant qu'il confirme l'extension des facultés d'aménagements anticipés des époux. D'abord, la jurisprudence ne reflète pas la distinction sémantique, mise en exergue par une partie de la doctrine, entre les clauses qui « présument » et celles qui « réputent » la participation des époux. Ensuite, la rédaction de la clause semble exercer une influence décisive sur la qualification de la présomption, puisqu'on a pu constater que les magistrats pouvaient induire de la clause rédigée de manière élémentaire la nature simple de la présomption, tandis que la clause exhaustive qui prévoit, outre la présomption de participation, une dispense de compte et de quittance entre les époux est le plus souvent porteuse d'une présomption irréfragable. Bien évidemment, ce

<sup>434</sup> AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle ... », art. préc.

<sup>435</sup> Sur ce sujet, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2023, n° 21-22.296, *Dr. fam.* 2023, comm. 93, note S. TORRICELLI-CHRIFI ; *D.* 2023, p. 1108, obs. D. SADI : « sauf convention contraire des époux, l'apport en capital de fonds personnels réalisé par un époux séparé de biens pour financer l'amélioration, par voie de construction, d'un bien personnel appartenant à l'autre et affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage ».

<sup>436</sup> Aix-en-Provence, 5 avr. 2017, n° 15/12886.

constat souffre d'exceptions<sup>437</sup>, mais on peut en tirer quelques enseignements pratiques quant aux modalités rédactionnelles des clauses de présomption de contribution. Néanmoins, le but étant de réduire au possible le contentieux propre à la contribution aux charges du mariage et par la même l'aléa que constitue l'appréciation souveraine du juge, il serait plus sage que les époux précisent clairement dans leur contrat la nature de la présomption qu'ils comptent édicter<sup>438</sup>. L'article 1356 du Code civil ne s'oppose pas à une telle stipulation dès lors que la clause institue une présomption irréfragable croisée<sup>439</sup>. La nouvelle portée conférée à cette dernière présomption par l'arrêt du 18 novembre 2020<sup>440</sup> de la Cour de cassation rendra d'autant plus probante la rédaction de la clause de contribution entre les époux. Enfin, quand bien même les époux stipuleraient une présomption irréfragable, ne pourraient-ils pas cantonner la portée de celle-ci aux seules dépenses ordinaires, c'est-à-dire quotidiennes, en excluant toutes les dépenses extraordinaires ? Nous l'avons vu, cette tendance reçoit un écho positif devant les juges du fond. En creux, l'interrogation déborde sur les possibilités d'aménagement contractuel de la notion de charges du mariage. Dans le prolongement de la réflexion, c'est du caractère impératif du devoir de contribution aux charges du mariage dont il est question. Pourtant, une telle réserve n'est-elle pas vaine dès lors que la Cour de cassation valide explicitement la clause qui prive les époux de tout recours l'un contre l'autre en matière de contribution aux charges du mariage ?<sup>441</sup>

### b. *L'analyse critique*

**88. — Une évolution *contra legem*.** L'observation du caractère érosif de la construction jurisprudentielle en matière de contribution aux charges du mariage se déduit de la lecture croisée des textes applicables à ce devoir du mariage, les articles 214, 226, 1388 et 1537 du Code civil. Lorsque l'on rapporte la signification essentielle de ces dispositions à la pratique notariale en matière de contribution aux charges du mariage et à la jurisprudence qui lui est afférente, le constat d'une extension du périmètre des clauses de contribution devient incontestable. Ce périmètre n'a eu de cesse de s'élargir au bénéfice de clauses de plus en plus attentatoires à l'ordre public matrimonial, plus précisément au devoir de contribution entre les époux. Si ce devoir est aujourd'hui présenté comme un « mécanisme régulateur du régime matrimonial » au service du

<sup>437</sup> V. par exemple, Bordeaux 29 sept. 2015, n° 14/04497 qui a retenu la nature simple de la présomption alors même que la clause était rédigée de manière exhaustive. L'arrêt a cependant été cassé pour des raisons de procédure par, Civ. 1<sup>re</sup>, 5 oct. 2016, n° 15-25.944.

<sup>438</sup> V. dans le même sens, VASSAUX (J.), « Contribution aux charges du mariage et financement d'un bien à usage familial ... », art. préc.

<sup>439</sup> PAILLER (L.), « Les conventions sur les présomptions », art. préc. ; *contra*, GUIGUET-CHIELÉ (Q.), « L'irréfragable présomption conventionnelle de contribution aux charges du mariage », *Dalloz actualité* 17 déc. 2020.

<sup>440</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 2020, n° 19-15.353, *AJ fam.* 2021, p. 193, obs. J. CASEY ; *D.* 2021, p. 825, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2020, comm. 6, note S. TORRICELLI-CHIRIFI ; *Dalloz actualité* 17 déc. 2020, note Q. GUIGUET-SCHIELÉ.

<sup>441</sup> V. *infra*, n° 186.

juge<sup>442</sup>, c'est, d'abord, du fait même d'une pratique notariale, soucieuse de faciliter les opérations de liquidation entre époux. Celle-ci s'est arrogé, au profit des époux, une liberté contractuelle que rien pourtant ne justifie du point de vue légal. En effet, la seule liberté offerte aux époux est d'agir sur l'exécution du devoir. Les clauses classiques d'aménagement de la contribution sont, en ce sens, parfaitement conformes tant à la lettre qu'à l'esprit des textes précédemment cités<sup>443</sup>. La stipulation d'une clause portant une présomption modifie nettement les perspectives. À l'inverse d'une contribution déterminable, les clauses de présomption introduisent une logique fictionnelle de contribution au jour le jour<sup>444</sup>. Or, celle-ci porte en elle un potentiel subversif quant à la déterminabilité de la contribution aux charges du mariage, autrement dit à la consistance du devoir matrimonial en lui-même<sup>445</sup>. Cette circonstance n'échappe pas à la doctrine, mais elle l'évacue en soutenant que si la clause de contribution institue une présomption, celle-ci ne peut être qu'une présomption de paiement simple, « nécessairement réfutable »<sup>446</sup>. Paradoxalement, la même frange de la doctrine ne nie pas la difficulté probatoire qu'une telle présomption, même simple, induit<sup>447</sup>. Au surplus, la portée de la présomption ainsi posée s'est avérée plus énergique que l'on pouvait l'estimer. Comme on a pu l'observer, loin de se réduire à une simple présomption de paiement, la présomption vise en réalité à éliminer des opérations de liquidation tout compte de contribution aux charges du ménage. Il n'est pas douteux qu'en l'insérant dans les contrats de mariage, la pratique notariale cherche à écarter les difficultés si lourdes inhérentes à l'établissement d'un pareil compte. Or, ce résultat ne serait nullement atteint s'il s'agit d'une simple présomption *juris tantum* de paiement. De quelque côté que se situe le fardeau de la preuve, les difficultés relatives à l'établissement du compte de contribution n'en subsisteraient pas moins. Les termes mêmes de certaines formules usuelles viennent à l'appui de [cette] interprétation. « Souvent, les rédacteurs précisent qu'il ne peut être question ni de "compte" ni de "justification" quelconque ; ces expressions révèlent la pensée (...) d'exclure l'établissement même du compte de contribution aux charges du ménage et de poser ainsi une règle générale que l'un et l'autre des époux pourront invoquer »<sup>448</sup>. Pourtant, une pareille intention ne cadre en aucune façon avec la liberté d'aménagement de l'exécution de la contribution conférée aux époux. Au contraire, ces derniers,

---

<sup>442</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », préc.

<sup>443</sup> V. *supra*, n° 76

<sup>444</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « La contribution aux charges du mariage ... », préc., p. 811.

<sup>445</sup> V. GARRIGUE (J.), *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2012.

<sup>446</sup> AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle ... », art. préc.

<sup>447</sup> AUTEM (D.), « La fonction duale de la clause usuelle ... », art. préc. ; *adde* CASEY (J.), « Encore et toujours le logement indivis et la contribution aux charges du mariage », art. préc. ; TORRICELLI-CHRIFI (S.), « Clause contribution aux charges du mariage dans le régime de séparation de biens », art. préc.

<sup>448</sup> PLASSARD (J.), « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage ... », préc., p. 659.

certainement sans en mesurer la portée, substituent une règle contractuelle à la règle légale, pourtant, motivée par un esprit opposé.

**89. — Une renonciation anticipée à l'entraide conjugale.** En effet, en posant la règle selon laquelle les époux assurent ensemble la direction matérielle de la famille et qu'en conséquence chaque époux devait fournir sa part, le législateur induit nécessairement l'idée que la contribution aux charges du mariage est une source de dettes familiales<sup>449</sup>. Les contraintes de la vie à deux impliquent que chacun pourvoie aux besoins de l'autre et de la famille de sorte à égaliser « les conditions de vie »<sup>450</sup>. Or, cet objectif ne peut être atteint que par une participation réciproque des époux. L'absence de contribution de l'un des époux ou sa contribution insuffisante donne naissance, au profit de l'autre, à une créance latente tant que dure la vie conjugale. Celle-ci se manifestera alors pleinement en cas de crise, c'est-à-dire de séparation entre époux. À notre sens, c'est donc cette aptitude à faire naître des dettes familiales entre les époux qui constitue le cœur même du devoir de contribution aux charges du mariage et de son caractère impératif. Qu'importe l'attitude des époux, ils pourront toujours être comptables de leur attitude récalcitrante au nom de la solidarité étendue qu'expriment les dettes de contribution<sup>451</sup>. C'est cependant à cette fonction spécifique que porte atteinte la présomption irréfragable stipulée par les époux dans leur contrat de mariage comme on l'observe dans l'arrêt du 18 novembre 2020 rendu au visa des articles 214 et 1537 du Code civil<sup>452</sup>. Il en résulte que lorsque les époux ont stipulé une présomption irréfragable, ou lorsque celle-ci est constatée par le juge, « un époux ne peut, au soutien d'une demande de créance, être admis à prouver l'insuffisance de la participation de son conjoint aux charges du mariage pas plus que l'excès de sa propre contribution ». En d'autres termes, en fonction de la volonté des époux, le devoir de contribution aux charges du mariage ne sera plus en mesure de faire naître une dette familiale. Il importe peu que la présomption ainsi stipulée entérine une situation fautive<sup>453</sup> et couvre un déséquilibre réel, la force obligatoire du contrat prend le pas sur le caractère impératif de l'obligation de contribution aux charges du mariage. La présomption irréfragable neutralise tout débat quant à l'existence d'une contribution déséquilibrée, en principe, source d'une dette familiale et par conséquent d'une créance entre époux. Du reste, en admettant, comme nous le verrons, que la clause de contribution aux charges du mariage peut contenir une clause de non-recours, la Cour de cassation ne vient que confirmer nos observations. Les conséquences de cette énième extension

<sup>449</sup> HOUSIER (J.), th. préc., n° 77 s.

<sup>450</sup> HOUSIER (J.), th. préc., n° 101 s.

<sup>451</sup> HOUSIER (J.), th. préc., *loc. cit.*

<sup>452</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 2020, n° 19-15.353, *AJ fam.* 2021, p. 193, obs. J. CASEY ; *D.* 2021, p. 825, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2020, comm. 6, note S. TORRICELLI-CHIRIFI ; *Dalloz actualité* 17 déc. 2020, note Q. GUIGUET-SCHIELÉ.

<sup>453</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique ...*, *op. cit.*, n° 41.

seront analysées plus loin à propos des clauses relatives au droit d'agir<sup>454</sup>. Pour l'heure, précisons que l'intérêt effréné pour un « sur-mesure » contractuel en droit de la famille conjugué à la tendance libérale de la Cour de cassation sont de nature à soulever des interrogations relativement aux possibles aménagements que la pratique pourrait faire naître relativement aux obligations de même nature que l'obligation de contribution aux charges du mariage. La réponse négative et péremptoire, fondée sur l'existence d'un cadre impératif, semble désormais à proscrire. Il faut pour le moins adopter une approche prudente au cas par cas.

## 2. La tentation d'une diffusion

**90. — De la contribution matrimoniale aux contributions familiales.** L'extension du périmètre des clauses de contribution aux charges du mariage prend principalement appui sur la tendance libérale dont fait preuve la Cour de cassation à l'occasion des leçons contractuelles qu'elle prodigue. Cette libéralisation soulève toutefois des questionnements<sup>455</sup> quant à l'élargissement du champ des possibles qu'elle occasionne<sup>456</sup>. Si l'expansion de cette libéralisation paraît plus contrariée dans l'ordre des relations familiales personnelles<sup>457</sup>, elle semble à l'inverse relever de l'imaginable pour ce qui est des relations patrimoniales, en particulier s'agissant des obligations contributives de même nature que la contribution aux charges du mariage. Mais encore faut-il que la possibilité d'un aménagement contractuel soit permise. Ainsi, il convient d'exclure des développements à venir les obligations alimentaires familiales qui ont, indirectement, pu être rattachées aux « mécanismes contributifs »<sup>458</sup>. De fait, la sagacité justifie de centrer nos propos sur

<sup>454</sup> V. *infra*, n° 186 s.

<sup>455</sup> V. par ex. MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille », préc., p. 121 s.

<sup>456</sup> V. 13<sup>e</sup> édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine, « Le contrat en droit de la famille : le champ des possibles », *Gaz. Pal.* 11 avr. 2017, hors-série n° 2.

<sup>457</sup> V. *infra*, n° 155.

<sup>458</sup> HOUSIER (J.), th. préc., n° 75 : « Dans certaines situations [les dettes entre les membres de la famille] empruntent aux mécanismes contributifs leur philosophie, le sens du mot contribution devant s'entendre ici dans son acception la plus abstraite, c'est-à-dire le “*contribuere*” latin, signifiant “fournir sa part” ou, plus précisément : “la part que doit supporter chacun dans une charge incombant à plusieurs personnes”. Appliquée à la famille, cette définition permet de comprendre que les dettes de contribution familiales ne sont que l'accomplissement d'une charge commune, d'un devoir partagé de solidarité, auquel chacun est tenu de participer, sur ordre du législateur ou du juge ». Largement comprise, il est vrai que l'obligation alimentaire contient dans une certaine mesure un aspect contributif. Par exemple, lorsque les parents se trouvent dans un état de nécessité, les enfants se doivent de contribuer à la satisfaction de leurs besoins essentiels (C. civ., art. 205). Cependant, en ce domaine, la place du contrat est nettement circonscrite du fait du caractère indisponible de l'obligation alimentaire (v. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1353). Les effets des aménagements contractuels précédemment étudiés se conjuguent mal à cette indisponibilité. En outre, l'imprévisibilité de l'obligation alimentaire, qui est gouvernée par les principes d'urgence et de nécessité (v. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1337) s'accorde difficilement à la prévisibilité recherchée à travers des aménagements conventionnels. La Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé lorsqu'elle a affirmé que « toute convention ayant pour objet la fixation d'une pension alimentaire présente un caractère provisoire et peut toujours être modifiée par le juge en raison du changement de situation des parties » (v. Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mars 1954, *D.* 1954, p. 398). Autrement dit, la convention ayant pour objet l'obligation alimentaire légale ne dispose que de la force obligatoire toute relative (v. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1354, p. 846). Dès lors, on imagine difficilement la stipulation d'une clause de présomption irréfragable de paiement ou une clause de non-recours dans une

les obligations contributives familiales proprement dites : la contribution entre partenaires et la contribution parentale à l'entretien de l'enfant. C'est en considération de ces deux obligations contributives légales que l'on se propose d'évaluer la transposition de la jurisprudence construite au sujet des clauses de présomption de contribution aux charges du mariage. La réalité des liens qu'entretiennent la contribution aux charges du mariage et l'aide matérielle semble induire une évidence de la transposition aux relations entre partenaires **(a)** ; les particularités propres à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants tendent à exclure une transposition intégrale **(b)**.

#### *a. L'aide matérielle*

**91.** — La transposition, entre les partenaires, de la jurisprudence relative aux clauses de présomption de contribution aux charges du mariage se justifie d'abord par l'attraction du régime du mariage par le PACS ( $\alpha$ ). Toutefois, à la différence des époux, les partenaires ne sont aucunement limités par le caractère impératif de l'article 214 et ne connaissent, donc, aucune limite, ou presque, à leur liberté contractuelle quant au domaine de la présomption ( $\beta$ ).

#### $\alpha$ . La transposition évidente

**92.** — **La certitude.** Malgré les réformes et modifications successives du PACS, les bases du contrat de PACS n'ont pas été altérées ; le PACS demeure un contrat particulier articulé à la fois par la liberté contractuelle et par la loi<sup>459</sup>. Toutefois, l'aspect statutaire (légal) du PACS s'est renforcé puisque les partenaires sont désormais soumis à un ensemble de règles formant, à l'instar des époux, le statut fondamental des gens pacésés<sup>460</sup> organisé autour des deux pôles personnel et patrimonial. Aussi retrouve-t-on dans le PACS « l'architecture contemporaine du droit patrimonial du mariage »<sup>461</sup> si bien que les rapports entre le mariage et le PACS ne sont, parfois, réduits qu'à une « question de mots »<sup>462</sup>. Les relations entre la contribution aux charges du mariage et l'aide matérielle en sont l'illustration. À l'égal des époux, la liberté contractuelle des partenaires ne leur

---

promesse d'aliments ou dans une convention qui fixe le montant de la pension alimentaire ; le recours au juge ne pouvant être neutralisé.

<sup>459</sup> BÉNABENT (A.), *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., 2020, LGDJ, n° 394 ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1261 ; MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 307.

<sup>460</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 34.

<sup>461</sup> BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 435.

<sup>462</sup> FULCHIRON (H.), « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 125 ; *adde* HOUSIER (J.), th. préc., n° 105 s., qui dénonce l'opposition sémantique entre la contribution aux charges du mariage et l'aide matérielle entre partenaires, qui occulte l'identité pourtant réelle des deux notions.

permet pas de se dispenser de l'obligation d'aide matérielle réciproque<sup>463</sup> de l'article 515-4 du Code civil<sup>464</sup>. De fait, la double attraction du régime de l'article 214 du Code civil et des solutions dégagées quant aux modalités d'aménagement de la contribution aux charges du mariage est évidente<sup>465</sup>. Cette transposition des solutions matrimoniales au PACS est par ailleurs déjà mise en œuvre par la Cour de cassation qui, au visa de l'article 515-4 du Code civil, a approuvé une cour d'appel d'avoir estimé que les règlements relatifs à l'acquisition du bien immobilier, opérés par l'un des partenaires, participaient de l'exécution de l'aide matérielle entre partenaires<sup>466</sup>. Une telle extension au PACS de la « neutralisation des créances afférentes au logement du couple »<sup>467</sup> sera incitative quant aux stipulations contractuelles relatives à l'aide matérielle entre partenaires. Comme l'autorise l'article 515-4 et sur le modèle des contrats de mariage, les partenaires pourront prévoir des clauses fixant des quotités quant à l'exécution de l'aide matérielle. De même, la clause de style instaurant une présomption de participation à l'aide matérielle trouvera sa place dans une convention de PACS.

### β. Les incidences de la liberté contractuelle des partenaires

**93. — L'extension : de l'aménagement de la participation à l'aménagement du périmètre de l'aide.** L'attraction du régime de l'article 214 ne constitue pas une limite de la liberté contractuelle des partenaires. À l'inverse des époux, il ne peut être contesté que les partenaires disposent d'une liberté contractuelle plus étoffée. Ceci pourrait se vérifier quant à l'aménagement non plus des modalités de l'aide matérielle, mais du périmètre de l'aide en elle-même. Pour cela, il faut raisonner en comparaison avec la situation des époux. Entre les époux, un pareil aménagement

<sup>463</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, considérant n° 28 : « si les dispositions de l'article 515-5 du Code civil instituant des présomptions d'indivision pour les biens acquis par les partenaires du pacte civil de solidarité pourront, aux termes mêmes de la loi, être écartées par la volonté des partenaires, les autres dispositions introduites par l'article 1er de la loi déferée revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger ; que tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter, ainsi que des conditions de cessation du pacte ».

<sup>464</sup> On signalera dans ce sens une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui a considéré qu'une reconnaissance de dette signée entre partenaires au titre de la participation aux loyers de leur résidence commune « n'est pas susceptible de faire obstacle à l'obligation d'aide et d'assistance instaurée par l'article 515-4 du Code civil » ; la cour ajoute qu'en « se substituant à sa compagnie dans le règlement de la contribution de celle-ci au paiement des loyers du couple [le partenaire] n'a fait qu'exécuter le devoir d'assistance légale qui lui incombe, sans qu'il y ait lieu d'effectuer des comptes entre les parties, pouvant donner lieu à compensation ». Bien que fondée sur le devoir d'assistance, alors qu'était en cause l'aide matérielle par sa dimension patrimoniale, cette décision illustre l'impossibilité pour les partenaires de contourner les obligations de leur statut impératif primaire, v. Aix-en-Provence, 13 déc. 2017, n° 15/11673, *Dr. fam.* 2018, comm. 55, note J.-R. BINET ; *D.* 2018, p. 1104, obs., J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

<sup>465</sup> BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 426, p. 319.

<sup>466</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2021, n° 19-26.140, *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, obs., Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.* 20 avr. 2021, obs. J. PIERROT-BLONDEAU ; *D.* 2021, p. 819, obs., J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *JCP G* 2021, 288, note M. MIGNOT.

<sup>467</sup> BOUCHARD (V.), « Pas plus de créance pour le partenaire d'un pacs ou le concubin que pour l'époux séparé de biens », *Dr. fam.* 2021, comm. 52 ; *adde* GOLDIE-GENICON (Ch.), « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », art. préc.

a été admis par la Cour de cassation, mais dans le seul sens d'une extension du périmètre<sup>468</sup>. Permettre l'extension d'un domaine relevant de l'ordre public n'emporte pas les mêmes effets qu'en autoriser la restriction. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, l'ouverture à une certaine souveraineté de la liberté n'évacue pas pour autant toute action de l'ordre public matrimonial<sup>469</sup>. Il faut rappeler que l'article 214 du Code civil instaure une solidarité minimale domestique en permettant à « l'époux de pouvoir compter sur la participation de son conjoint aux dépenses contractées dans un intérêt commun »<sup>470</sup>. L'ordre public matrimonial concerné a ainsi une visée protectrice de chaque époux. En ce domaine, l'impérativité n'est pas nécessairement exclusive de tout rôle de la volonté. Dès lors que la Cour de cassation admet que les époux peuvent « faire relever par avance de la contribution ménagère tout apport de deniers personnels en capital, serait-ce au moment de l'acquisition »<sup>471</sup>, elle ne s'oppose aucunement à l'ambition protectrice de l'article 214 du Code civil puisqu'elle ne fait que permettre aux époux de renforcer la solidarité patrimoniale. Si l'on conçoit aisément que les époux peuvent renforcer la solidarité entre eux, il convient de se montrer plus prudent quant à la restriction de la même solidarité. Un auteur a ainsi pu considérer que la préservation d'une consistance minimale de la notion de charge du mariage pourrait constituer une limite à la restriction volontaire du domaine des charges<sup>472</sup>. Aussi comment ne pas y voir une nouvelle source de discussions et donc de contentieux propres aux charges du mariage puisque se posera la question de savoir si la clause restrictive préserve suffisamment la substance des charges du mariage ? Une telle appréciation devra alors être subjective, à moins de recourir à une référence objective, ce qui se conjugue mal avec l'extrême diversité des situations conjugales. En définitive, il ne paraît pas raisonnable d'inverser la solution issue de l'arrêt du 3 octobre 2019. La liberté contractuelle des époux demeure restreinte par l'impérativité, certes fragilisée, du cadre matrimonial. En comparaison, cette limitation ne trouve pas nécessairement sa place dans le PACS. Certes, l'aide matérielle ne peut se résumer à une simple aide alimentaire supposant un état de nécessité ; elle ne peut pour autant pas être purement et simplement calquée sur la contribution aux charges du mariage. Comme la contribution aux charges du mariage doit se comprendre au regard

---

<sup>468</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2019, préc. : « Attendu que, **sauf convention matrimoniale contraire**, l'apport en capital provenant de la vente de biens personnels, effectué par un époux séparé de biens pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage ». (Souligné par nous)

<sup>469</sup> *Contra* VAREILLE (B.), « L'apport à l'indivision d'un capital personnel en séparation de biens : adieu, charges du mariage ! », *RTD civ.* 2019, p. 913.

<sup>470</sup> TANI (A.), th. préc., n° 188.

<sup>471</sup> VAREILLE (B.), « L'apport à l'indivision d'un capital personnel en séparation de biens : adieu, charges du mariage ! », art. préc.

<sup>472</sup> GOLDIE-GENICON (Ch.), « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », art. préc.

de la prestation caractéristique du mariage, la codirection de la famille<sup>473</sup>, l'aide matérielle doit s'interpréter au regard de la prestation caractéristique du PACS, l'organisation d'une vie commune<sup>474</sup>. Outre son aspect personnel, l'obligation de vie commune du PACS « se traduit sur le plan patrimonial par la prise en charge de l'économie domestique »<sup>475</sup>. Cette économie « domestique » est visée par les articles 515-4, al. 2, et 515-7, al. 11, du Code civil par la référence aux « besoins de la vie courante ». C'est là, à notre sens, la substance de l'aide matérielle entre les partenaires, la limite au-delà de laquelle la liberté contractuelle des partenaires doit pleinement s'exprimer. En deçà de cette limite, la liberté contractuelle n'a pas de prise, l'obligation d'aide matérielle est d'ordre public, les partenaires ont l'obligation d'assumer ensemble les besoins de la vie courante à deux<sup>476</sup>. Au-delà de cette limite, des créances sont susceptibles de naître entre les partenaires, sauf compensation lorsque le créancier n'a pas suffisamment contribué aux besoins de la vie courante<sup>477</sup>. En somme, les partenaires, contrairement aux époux, pourraient par une clause spécifique limiter le domaine de l'aide matérielle aux seuls besoins de la vie courante. Ils pourraient ainsi exclure, ou, à l'inverse, inclure, les emprunts immobiliers, même concernant le logement conjugal, ou les dépenses d'agrément. En un mot, toute liberté doit être laissée aux partenaires pour parfaire l'organisation de leur vie commune sans quoi la détermination des dépenses comprises dans la notion d'aide matérielle sera laissée à la libre appréciation des juges – et soumise à l'aléa des qualifications judiciaires – comme l'illustre l'arrêt du 27 janvier 2021<sup>478</sup>.

Au bout du compte, l'attraction du régime de la contribution aux charges du mariage par l'aide matérielle entre les partenaires devrait permettre la transposition quasiment intégrale de la construction jurisprudentielle matrimoniale au contexte du PACS. Toutefois, afin d'éviter que cette transposition ne conduise aux mêmes excès qu'entre les époux, notamment en matière d'acquisition immobilière, il conviendra de préserver suffisamment la liberté contractuelle naturelle des partenaires quant à la délimitation du domaine de l'aide. Discutable entre les époux, la possibilité de définir, extensivement ou restrictivement, le périmètre de l'aide matérielle doit être reconnue aux

---

<sup>473</sup> C. civ., art. 213 : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

<sup>474</sup> C. civ., art. 515-1 : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

<sup>475</sup> DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 173.

<sup>476</sup> DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 183, p. 109 ; dans le même sens, FLOUR (Y.), « Effets patrimoniaux du pacs », *in Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 521.23, p. 1482.

<sup>477</sup> C. civ., art. 515-7, al. 11.

<sup>478</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 2021, n° 19-26.140, préc. En l'espèce, cette solution aurait pu être évitée par une double stipulation dans la convention de PACS. En premier lieu la stipulation d'une clause de présomption irréfragable de participation à l'aide matérielle dont l'effet est d'empêcher toute preuve d'une sous-contribution ou d'une surcontribution. En second lieu, une clause de définition du domaine de l'aide restreinte aux seules dépenses de la vie courante et à l'exclusion de toutes dépenses de financement d'une acquisition immobilière.

partenaires en plus de la possibilité d'aménager les modalités de celle-ci. Des époux aux partenaires, l'extension du périmètre des clauses de contribution familiales ne fait aucun doute. Cette extension de la liberté contractuelle pourrait toutefois connaître un frein quant à un autre avatar des obligations contributives familiales, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

*b. La contribution parentale*

**94.** — Comme les époux et les partenaires, les parents bénéficient d'une liberté contractuelle quant à la détermination de leur contribution à l'entretien de leur enfant ( $\alpha$ ). Toutefois, il n'est pas certain que celle-ci soit de la même latitude quant aux types de clauses d'aménagement de la contribution qu'ils pourront stipuler ( $\beta$ ).

$\alpha$ . La liberté de principe des parents

**95.** — **L'autonomie de la volonté des parents.** Le devoir d'entretien des enfants<sup>479</sup> se rattache sans aucun doute à la catégorie des obligations contributives familiales comme en atteste l'article 371-2 du Code civil<sup>480</sup>. Lorsque les parents sont mariés, cette obligation est absorbée par l'obligation de contribution aux charges du mariage. Son sort est ainsi directement lié à la répartition décidée entre les époux pour ce qui est de leur participation respective aux charges de la famille. Il en est autrement lorsque les parents ne sont pas mariés<sup>481</sup>, cette obligation retrouve alors son autonomie, en tant qu'effet direct de la filiation – qui fait l'enfant doit le nourrir – et le pendant pécuniaire de l'autorité parentale<sup>482</sup>. Dès lors, la question de sa détermination se pose. Celle-ci peut être réglée dans des conventions parentales<sup>483</sup> puisque l'article 373-2-7 du Code civil dispose que « les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils (...) fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ». Sans qu'elle soit explicitement affirmée, la liberté contractuelle des parents leur permet de fixer les modalités et les garanties de la contribution à l'entretien des enfants<sup>484</sup>. Pour autant, les clauses contractuelles

<sup>479</sup> C. civ., art. 203 : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

<sup>480</sup> C. civ., art. 371-2, al. 1 : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ».

<sup>481</sup> Il n'est pas impossible que cette contribution se rattache aux dépenses de la vie courante entre parents pacés. La vie commune des partenaires devant également comprendre leur vie parentale, il est logique que l'entretien des enfants s'analyse, comme les époux, en des dépenses courantes de la vie commune.

<sup>482</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 923 – 924.

<sup>483</sup> REBOURG (M.), « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. fam.* 2004, n° 7-8, étude 17.

<sup>484</sup> C. civ., art. 373-2-2.

d'aménagement de la contribution permises entre les époux et les partenaires le sont-elles entre les parents ?<sup>485</sup> La prudence invite à douter de la pertinence de la transposition.

β. Les modalités d'exercice de la liberté

**96. — Les incertitudes tenant au caractère alimentaire.** Les parents pourraient décider par des clauses classiques de contribution de fixer *ab initio* la part contributive de chacun d'entre eux à l'entretien des enfants. Ils pourront pour cela stipuler une quotité fixe ou des quotes-parts correspondantes soit aux besoins de l'enfant à prendre en compte, soit aux ressources personnelles de chaque parent. La validité de ces clauses ne fait aucun doute. Elles pourront être utiles lorsque les parents sont séparés, mais également lorsque le couple parental ne vit plus avec l'enfant, mais pourvoit à ses besoins. Qu'importe la modalité retenue par les parents, celle-ci devra simplement respecter les règles d'ordre public propres aux obligations alimentaires rappelées par la Cour de cassation dans une décision rendue à propos d'une convention de concubinage<sup>486</sup>. En l'espèce, la convention comportait une clause fixant une quote-part du salaire que le concubin devait fournir à sa concubine au titre de la contribution à l'entretien des enfants. La convention avait été annulée par une cour d'appel, statuant sur les modalités de l'autorité parentale, aux motifs que la clause litigieuse était contraire aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire. La solution fut approuvée par la Cour de cassation qui ne semble pas blâmer la cour d'appel d'avoir fondé l'annulation sur les dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire ; on imagine l'article 371-2 du Code civil. Pourtant, les parents disposent de la liberté de fixer dans leur convention le montant de la contribution parentale. En d'autres termes, si la convention est contraire à l'ordre public, cette contrariété ne pouvait résulter que de la dérogation conventionnelle à la logique proportionnelle posée à l'article 371-2<sup>487</sup>. En résumé, que les parents optent pour une quotité fixe ou pour un forfait, le système choisi ne peut être décorrélé à la fois des facultés contributives du parent créancier de l'obligation d'entretien et des besoins de l'enfant débiteur<sup>488</sup>.

<sup>485</sup> V. MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille », préc., qui s'interroge sur le sort d'une clause de présomption de participation au jour le jour à la contribution à l'entretien des enfants.

<sup>486</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *RTD civ.* 2006, p. 740, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2006, p. 324, note F. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2006, comm. 155, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>487</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, préc., : « (...) qu'ayant relevé que la convention signée par les concubins **n'avait pas fixé le montant de la contribution à proportion des ressources de chacun des parents et des besoins des enfants mais à un montant forfaitaire**, égal à la moitié des revenus du concubin, susceptible d'une part de placer l'intéressé dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard d'autres créanciers d'aliments, et, d'autre part, constituant par son caractère particulièrement contraignant un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle, la cour d'appel en a justement déduit que cette stipulation, contraire aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire, était nulle (...) » (souligné par nous).

<sup>488</sup> Dans le même sens, v. LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Limites à la liberté de fixer la contribution à l'entretien des enfants dans une convention de concubinage », *Dr. fam.* 2006, comm. 155.

La situation est inverse entre les époux, où la contribution fixée peut être sans rapport direct avec la réalité des charges du ménage.

**97. — L'admission implicite.** Pourtant et nonobstant cette exception, la Cour de cassation a reconnu aux époux le droit de stipuler des clauses de présomptions irréfragables tendant à neutraliser toute indemnité de créance de contribution entre époux. Selon nous, la solution doit être la même en ce qui concerne la créance de contribution à l'entretien des enfants, elle l'est par ailleurs déjà en ce qui concerne les époux puisque les arrangements contractuels quant à la contribution aux charges du mariage prévalent<sup>489</sup>. Entre parents pacsés ou concubins, qui vivent ensemble<sup>490</sup>, la stipulation d'une clause portant présomption irréfragable de contribution au jour le jour à l'entretien et l'éducation des enfants devrait permettre de neutraliser les créances passées entre les parents. Si la présomption est simple, ce sera alors au parent qui estime avoir surcontribué d'en rapporter la preuve.

**98. — La validité des transactions sur les créances personnelles entre parents.** En outre, la Cour de cassation a auparavant admis en filigrane la liberté pour les parents de conclure des conventions sur les créances personnelles que l'un peut détenir contre l'autre au titre de l'entretien de leurs enfants communs. En l'occurrence, elle avait approuvé une cour d'appel d'avoir estimé que la mère qui a demandé au père le remboursement des sommes qu'elle a personnellement engagées dans le passé pour l'entretien des enfants ne poursuivait que « le recouvrement d'une créance personnelle [et non d'une créance propre des enfants mineurs], laquelle était susceptible de transaction »<sup>491</sup>. En l'espèce, les parents avaient conclu un accord selon lequel la mère, en contrepartie du versement d'une somme d'argent par le père des enfants, déclarait être « remplie de tous ses droits » et renonçait « tant en son nom personnel qu'en qualité d'administrateur légal (...) à toute action et instance ». La cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, avait validé la transaction portant sur les dépenses passées, mais avait annulé l'accord du fait de la renonciation future au droit de réclamer des aliments pour l'entretien des enfants. À l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation, la clause qui instaure une présomption irréfragable de contribution au jour le jour à l'entretien des enfants ne contient aucune renonciation au droit de réclamer des aliments pour le futur. En effet, comme en matière de contribution aux charges du mariage, le parent défaillant pourra toujours être contraint à exécuter son obligation. Cependant, l'autre parent ne sera pas en mesure de lui réclamer une indemnité du fait d'une surcontribution étant donné qu'il est

<sup>489</sup> BONNET (V.), BOSSE-PLATIÈRE (V.), MULLOT-THIÉBAUD (A.), « Obligation alimentaire », *Rép. civ.* Dalloz, n° 204.

<sup>490</sup> L'effectivité d'une clause de présomption de contribution est évidemment liée à l'existence d'une vie commune. Elle ne peut se concevoir en cas de séparation des parents.

<sup>491</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1985, n° 84-11.626.

présumé y avoir contribué au jour le jour. Là se situe tout l'intérêt d'une telle clause entre des parents.

**99. — Conclusion sur l'aménagement pendant le mariage.** L'extension du périmètre d'aménagement des époux a été constatée pendant le mariage. Elle trouve sa raison dans la jurisprudence libérale de la Cour de cassation qui favorise la restriction du cadre impératif normalement applicable aux époux, à l'image de l'évolution de l'aménagement de la contribution aux charges du mariage. En permettant aux époux de stipuler des clauses de présomption, notamment irréfragable, la Cour de cassation promeut une extension de leur liberté contractuelle au-delà des prévisions légales, rapprochant les obligations patrimoniales des époux des règles du droit des régime matrimoniaux. D'autant que loin de se restreindre au contexte conjugal, une telle jurisprudence a vocation à s'étendre aux obligations contributives familiales de même nature que l'obligation de contribution aux charges du mariage. Cette faveur pour l'anticipation contractuelle, dans un cadre impératif pourtant certain, tranche avec la rigueur dont fait preuve la haute juridique s'agissant des aménagements contractuels entre les époux en vue du divorce.

### *B. L'aménagement en vue du divorce, l'extension contrariée*

**100. — La gestion du risque de divorce.** Les aménagements conventionnels en vue du divorce renvoient à l'idée d'une anticipation contractuelle du risque de séparation en matière familiale. L'évocation d'une anticipation contractuelle des risques dans le droit de la famille peut surprendre au premier abord. Dans la théorie générale des contrats, le risque et sa gestion sont indissociables de la vision du contrat comme acte de prévision<sup>492</sup>. À l'inverse, le droit de la famille, par tradition « terre d'ordre public et d'institutions légalement finalisées »<sup>493</sup>, est, *a priori*, vigilant face à l'anticipation contractuelle<sup>494</sup>. Cependant, l'extension du rôle de la volonté en la matière entraîne corrélativement l'ouverture d'un espace non négligeable à la faculté pour les époux de maîtriser par anticipation la survenance du risque de séparation. Sans doute que la politique de banalisation et de libéralisation du divorce y a une influence décisive. Il n'en reste pas moins que dans le droit

<sup>492</sup> En ce sens, Monsieur Lécuyer a écrit que « la prévision se reconnaît en ce qu'elle porte sur un événement qui est postérieur au moment où elle est formulée et dont la survenance est peu ou prou incertaine » (v. LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », préc., p. 644). De fait, lorsque les contractants font acte de prévision, ils intègrent nécessairement le caractère incertain de leurs propres prévisions. Il leur appartient de veiller à ce que « l'exécution de l'opération conventionnelle respecte au plus près leurs prévisions » (v. MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481, n° 9).

<sup>493</sup> HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, spéc., p. 442.

<sup>494</sup> En adhérant aux institutions familiales, les parties sacrifient une certaine partie de leur autonomie. Pour autant, la part respective de la volonté et de l'ordre public en droit de la famille est en constante évolution. Nous avons pu le constater à propos de l'aménagement des obligations découlant des statuts familiaux.

contemporain de la famille, les époux peuvent, par la voie contractuelle, assurer la gestion du risque particulier de divorce (1). C'est là une conséquence naturelle de l'extension du périmètre d'aménagement contractuel des époux. Cependant, si elles ont connu une période d'extension à la faveur d'une pratique inventive, les solutions retenues par la Cour de cassation paraissent en menacer non seulement l'élargissement, mais aussi l'efficacité (2).

### 1. L'anticipation contractuelle du risque de divorce

**101.** — L'extrême libéralisation de la sortie du mariage a transformé le divorce. Il ne s'agit plus d'un évènement imprévu, mais éventuel. « Réformer le divorce revient à modifier le mariage »<sup>495</sup> ; le faciliter c'est en faire, en termes contractuels, un risque « considéré en état d'éventualité »<sup>496</sup> au jour de la conclusion du contrat de mariage par les époux. Le divorce est devenu un « paramètre », une « circonstance », du mariage que les époux peuvent apprivoiser par le biais de divers mécanismes contractuels, que l'on peut regrouper sous la dénomination générale de clauses de garantie-divorce, qui ont pour fonction de prémunir l'un ou l'autre des époux du risque économique du divorce (a) selon divers modes opératoires (b).

#### a. De la définition des clauses de garantie-divorce

**102.** — **La recherche d'une protection économique.** Qu'il émane des deux époux ou de l'un d'entre eux, le divorce met un terme au projet des époux de « partager leur commune destinée »<sup>497</sup>. Or, ce projet commun dans bien des cas ne se limite pas à une communauté de vie, mais également à une communauté patrimoniale. Le mariage est ainsi l'occasion d'une générosité, réciproque ou unilatérale, entre les époux par le biais de libéralités ou d'avantages matrimoniaux. Logiquement, le divorce comporte un risque économique, tant pour chacun des époux, quelle que soit leur aisance financière. Si le droit français privilégie la protection du conjoint, économiquement, vulnérable, il n'exclut pas la réflexion sur le développement de mécanismes contractuels visant à garantir le risque de divorce, « comme une assurance, ou une sorte de *pre-nup agreement* »<sup>498</sup>. Ainsi, sans que ne soit remise en cause la solidarité minimale postérieure à l'union que la loi organise, afin d'assurer aux ex-époux « un temps d'adaptation »<sup>499</sup>, l'on conçoit que l'instabilité des sentiments pousse les époux à vouloir revenir sur l'avantage conféré en raison de l'affection matrimoniale et qui ne leur paraît plus, du fait du divorce, qu'être un désavantage. C'est l'objet des clauses de garantie-divorce.

<sup>495</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 231.

<sup>496</sup> MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », art. préc., n° 2, p. 484.

<sup>497</sup> PORTALIS (J.-E.-M.), « Présentation aux corps législatif et exposé des motifs du projet de loi sur le mariage », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 9, FENET (P.-A.), p. 140.

<sup>498</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 681.

<sup>499</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 590.

**103. — Définition.** Au sens large, la garantie renvoie à « tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire »<sup>500</sup>. Partant, nous entendons par clause de garantie-divorce la clause dont la fonction principale est de garantir, sur un plan économique, l'un ou l'autre des époux du risque de séparation. À l'exemple d'une clause de dédit<sup>501</sup>, la clause de garantie-divorce anticipe, sur le plan de l'organisation patrimoniale conjugale, la fin prématurée de la relation conjugale du fait d'un divorce. En cela, elle fournit une garantie à l'un ou l'autre des époux face au risque de divorce. La clause ne vise donc pas à prévenir la survenance du risque dans une visée neutralisante, mais à fixer les conséquences de la survenance du risque dans les rapports entre époux. Par exemple, la dénomination de clause de garantie-divorce permet ainsi de mieux saisir la rationalité de la volonté des époux lorsqu'ils stipulent des clauses dites de non-divorce. La référence à la garantie est d'un aspect plus neutre quant à la liberté de rompre les liens du mariage<sup>502</sup> ; il ne s'agit pas de s'opposer à la liberté de rompre, mais simplement de prémunir l'un ou l'autre des époux de l'exercice de cette liberté par son conjoint.

*b. Du mode opératoire des clauses de garantie-divorce*

**104. — La révocation conventionnelle d'une libéralité entre époux.** En prenant effet lors du divorce, les clauses de garantie-divorce ont pour fonction de protéger l'un ou l'autre des époux du risque économique consécutif à la gracieuseté dont il a été l'auteur à l'égard de son conjoint en raison du lien conjugal qui les unissait. Entre époux, ces avantages sont principalement de deux ordres ; les libéralités que les époux s'adressent et les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer du fonctionnement du régime matrimonial tel qu'il l'a été décidé par les époux. Dans un cas comme dans l'autre, les époux peuvent s'assurer de la « sanction » de l'espoir déçu en stipulant des clauses de garantie-divorce. Si les mécanismes utilisés partagent la même finalité, il convient de les différencier quant à leur mode opératoire. Dans le cas d'une libéralité, la clause de garantie-divorce prend la forme d'une clause résolutoire ou révocatoire dite de non-divorce<sup>503</sup>. Elle a vocation à figurer dans une donation de biens présents entre époux et ne vise qu'à résoudre la donation en cas de divorce.

<sup>500</sup> CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Garantie ».

<sup>501</sup> DROSS (W.), v° « Dédit », *Clausier...*, op. cit., p. 216.

<sup>502</sup> Cons. const. 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, *JCP* 2017, 328, obs. A. GOUTTENOIRE ; *Dr. fam.* 2016, comm. 194, obs. J.-R. BINET ; *AJ fam.* 2016, 542, obs. S. DAVID ; *RTD civ.* 2016, p. 826, obs. J. HAUSER.

<sup>503</sup> La condamnation jurisprudentielle de cette clause sera discutée et critiquée plus avant.

**105. — La modulation des effets du régime matrimonial.** Dans le cas des avantages issus du fonctionnement du régime matrimonial, la clause épouse la forme d'un aménagement conventionnel matrimonial. De fait, nombre de clauses stipulées dans les contrats de mariage poursuivent ainsi ce but précis<sup>504</sup>. C'est le cas par exemple de la clause d'exclusion des biens professionnels qui, au-delà de la protection des biens professionnels, anéantit une partie de l'enrichissement que l'un des époux aurait pu retirer du fonctionnement normal du régime de participation aux acquêts. C'est également le cas de la « clause alsacienne » issue d'une pratique notariale d'Alsace-Moselle et dont l'efficacité est garantie par l'article 265, alinéa 2<sup>e</sup>, du Code civil.

Dans une hypothèse similaire, mais encore rare en pratique, la clause de liquidation alternative du régime de participation aux acquêts constitue un exemple type de la catégorie des clauses de garantie-divorce. La large liberté conférée par l'article 1581 autorise en effet la stipulation d'une clause selon laquelle, en cas de divorce, le régime matrimonial serait dissout selon les règles d'une séparation de biens et, en cas de décès, selon les règles classiques de la participation aux acquêts. Quand bien même la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se positionner sur la validité d'une telle stipulation, celle-ci n'est, de notre point de vue, plus contestable compte tenu de l'évolution du régime de la clause alsacienne, qui emporte une liquidation alternative de la communauté universelle, dont la validité est parfaitement acquise<sup>505</sup>. Pas plus que la clause alsacienne, la clause de liquidation alternative du régime de participation aux acquêts ne porte atteinte au principe d'immutabilité dès lors qu'elle n'a « ni pour but, ni pour effet de substituer un régime à un autre, le mariage étant [lors de sa prise d'effet] dissous, encore moins de revenir sur le passé [...], mais seulement d'aménager de manière alternative la liquidation du régime »<sup>506</sup>. De même quant à la théorie des avantages matrimoniaux, la clause de liquidation alternative de la participation aux acquêts ne constitue pas un avantage matrimonial puisque, comme la clause de liquidation alternative de la communauté universelle<sup>507</sup>, elle tend à éviter qu'il en existe en excluant, pour chaque époux, le droit de participer à l'enrichissement de l'autre, de telle sorte qu'elle devrait échapper à la révocation de l'article 265<sup>508</sup>. Pour cette dernière raison, toutefois, la liquidation alternative de la participation aux acquêts aura une incidence sensible sur le montant de la prestation

---

<sup>504</sup> Pour un détail des divers aménagements volontaires des effets du divorce v. HAUSER (J.), DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), « Effets du divorce. – Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Sort des avantages matrimoniaux. – Sort des libéralités entre époux », *JCl. Civil code*, art. 263 à 265-2, Fasc. 20, LexisNexis, 27 juin 2017, n° 43 s.

<sup>505</sup> Plus en détail sur la validité de la clause de liquidation alternative dans le régime de participation aux acquêts, v. FLAMENT (V.), « Observations sur un régime matrimonial à liquidation alternative », *Defrénois* 1993, n° 12, p. 737.

<sup>506</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 747, spéc. p. 625.

<sup>507</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, *ibid.*

<sup>508</sup> Si tel n'était pas le cas, rien ne s'oppose à ce que les époux précisent leur volonté commune de maintenir une telle clause même en cas de divorce, conformément aux dispositions de l'article 265 du Code civil.

compensatoire qui, on le rappelle, vise à atténuer le risque de divorce pour l'époux économiquement plus vulnérable.

**106. — Le maintien anticipé d'un avantage matrimonial.** Enfin, en élargissant quelque peu la perspective, les clauses de garantie-divorce recouvrent, du point de vue de l'époux « donateur », toutes les stipulations visant à déroger à l'irrévocabilité de principe des avantages matrimoniaux prenant effet au cours du mariage et, par exemple, à en restreindre le bénéfice à l'hypothèse d'une dissolution de la communauté par décès. Comme on le verra à propos des clauses de non-divorce, rien ne justifie de s'y opposer au nom d'un ordre public ou d'une impérativité supposée des dispositions de l'article 265 du Code civil<sup>509</sup>. Inversement, du point de vue de l'époux bénéficiaire, constitue également une clause de garantie-divorce, toute stipulation contractuelle anticipée visant à garantir le maintien d'un avantage matrimonial dont le divorce aurait entraîné la perte conformément à la même disposition. Selon un principe des vases communicants, toute perte esquivée pour l'un des époux est un avantage perdu pour l'autre. Ainsi, à rebours de son utilisation classique, la clause de garantie-divorce pourrait agir dans le sens d'un maintien d'un profit normalement révocable par le simple effet du divorce. L'article 265, al. 2, du Code civil en prévoit expressément la faculté pour les époux<sup>510</sup>. Cette solution ne paraît pas transposable au cas des donations de biens à venir entre époux. En effet, une stipulation par avance du maintien, malgré le divorce, de l'institution contractuelle entre époux contredirait l'article 1096 du Code civil qui dispose que « la donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable ». Comme le considère la jurisprudence, « les donations de biens à venir que se font les époux au cours du mariage, parce qu'elles sont révocables, sont quant à leurs effets, soumises aux règles des legs »<sup>511</sup>. Autrement dit, l'institution contractuelle entre époux ne peut entraîner aucun dessaisissement du vivant de l'époux donateur. Or, c'est à cela qu'aboutirait la stipulation anticipée du maintien de la donation de bien à venir. On peut, toutefois, défendre la position inverse puisque c'est bien la volonté même de l'époux donateur qui, constatée au moment du divorce, rend irrévocable une disposition à cause de mort. Il faut, cependant, se montrer prudent quant à l'usage anticipé d'une telle faculté qui entraîne un dessaisissement irrévocable dès l'origine, l'institution contractuelle s'éloignerait du legs pour se rapprocher de la donation avec un terme alternatif, mais

<sup>509</sup> Du même avis, v. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 757, p. 639.

<sup>510</sup> V. à cet effet la réponse ministérielle selon laquelle la volonté de l'époux « donateur » peut être exprimée antérieurement au divorce dans un contrat de mariage, une convention de changement du régime ou dans la libéralité, rép. min. n° 18632, *JO Assemblée nationale* 26 mai 2009, 5148, *JCP N* 2009, act. 428.

<sup>511</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 févr. 1998, n° 96-12.501, *JCP G* 1999, I, 132, obs. R. LE GUIDEC ; *Defrénois* 1998, n° 12, p. 832, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP N* 1998, 1049, note J. CASEY ; *Dr. fam.* 1999, comm. 103, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 1998, p. 444, obs. J. PATARIN.

certain : le divorce ou la mort. Tout autre est le maintien anticipé des avantages matrimoniaux, différés à la dissolution du régime, puisqu'ils ne sont pas assimilés à des libéralités.

Ainsi, en l'état du droit positif, les époux bénéficient d'une large latitude dans l'aménagement de leurs relations patrimoniales en prévision de la réalisation du risque de divorce. Encore qu'il soit impossible de se prononcer définitivement en l'absence de décisions jurisprudentielles. D'autant que lorsque la Cour de cassation a l'occasion de se prononcer, elle tend à porter un coup à l'extension de la liberté contractuelle des époux, en adoptant des solutions indubitablement contestables.

## 2. Une extension contrariée

**107.** — À des degrés différents, l'atteinte jurisprudentielle à l'extension du pouvoir d'aménagement des intérêts patrimoniaux entre époux est particulièrement notable en ce qui concerne la clause de non-divorce dans les donations de biens présents entre époux (a) et la clause d'exclusion des biens professionnels dans le régime de participation aux acquêts (b).

### a. La clause de non-divorce

**108.** — La donation de biens présents entre époux est, désormais, une donation ordinaire<sup>512</sup>. Dès lors, la question de l'aménagement de son irrévocabilité ne doit s'analyser qu'au regard du droit

---

<sup>512</sup> À la veille de la réforme du divorce de 2004, la donation entre époux, qu'elle soit de biens présents ou de biens à venir, constituait un véritable contrat spécial. Ceci tant du point de vue du droit commun des donations que du point de vue du droit commun des contrats : les donations de biens présents reposaient sur un principe inverse aux donations de droit commun, celui d'une révocabilité absolue ; De fait, la libre révocabilité des donations entre époux dérogeait au principe de la force obligatoire de tout contrat puisqu'elle était valable en dehors de toute clause contractuelle. Ce régime particulier ne se justifiait que par l'existence du lien matrimonial entre les époux qui faisait redouter au législateur un possible « abus d'influence, exercé par l'époux donataire sur l'époux donateur ; [un] soupçon de captation » (FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Droit civil. Les libéralités*, éd. A. Colin, 1982, n° 447). Au-delà de la simple altération, le lien matrimonial transformait en profondeur la nature et le régime de la donation et en faisait un contrat non obligatoire, un acte juridique précaire. Cette forte spécificité a néanmoins perdu en vigueur avec la loi du 26 mai 2004 (sur laquelle, v. BÉNABENT (A.), *La réforme du divorce. Article par article*, Defrénois, 2004) puisque celle-ci a supprimé la révocabilité absolue des donations de biens présents entre époux<sup>512</sup> actant le passage « d'un régime à l'autre » (v. BEIGNIER (B.), et NICOD (M.), « Donations entre époux : d'un droit à l'autre... », *Defrénois* 2005, n° 4, p. 265). Le régime des donations de bien à venir entre époux est lui resté inchangé. Néanmoins, la bascule paraît contrariée par l'exclusion des donations entre époux – y compris donc les donations de biens présents – des articles 943 à 946 du Code civil qui limitent le pouvoir de la volonté quant à l'aménagement de l'irrévocabilité des donations (v. V. MALAURIE (Ph.), BRENNER (Cl.), *Droit des successions et des libéralités*, 10<sup>e</sup> éd., 2022, LGDJ, n° 342 ; BRENNER (Cl.), « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », art. préc., n° 2 ; DROSS (W.), « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », art. préc., spéc., n° 1). Parmi ces dispositions, l'article 944 présente le plus grand intérêt s'agissant du régime des donations de biens présents entre époux. Il faut pourtant prendre en considération l'article 947 du Code civil qui soustrait les donations de biens présents de la prohibition des conditions potestatives posées par l'article 944. Si cette faveur n'affecte pas le retour en droit commun des donations de biens présents entre époux elle a son importance pour ce qui est du périmètre des clauses contractuelles accessoires à la donation. Nonobstant cette particularité, l'exception de l'article 947 du Code civil ne permet pas de défendre un quelconque maintien d'une spécificité des donations de biens présents entre époux. En outre, toute contestation doit être écartée dès lors que l'article 1096 du Code civil aligne les cas de révocabilité des donations de biens présents sur le régime des exceptions à l'irrévocabilité des donations de droit commun. Pour finir, l'article 265

commun des donations. Comme toute donation de droit commun, la donation de biens présents doit pouvoir être assortie de « réserves, de restrictions, de charges et de conditions, pourvu qu'elles soient licites »<sup>513</sup>. C'est, à notre sens, en ces termes, que le débat relatif à la clause de non-divorce devrait être posé. Cependant, en proclamant l'illicéité de la clause de non-divorce sur le fondement de l'impérativité de l'article 265 du Code civil<sup>514</sup>, la Cour de cassation l'esquive de manière contestable. En résumé, l'absence d'obstacles à la validité des clauses de non-divorce quant aux donations de biens présents entre époux ( $\alpha$ ) conduit la Cour de cassation à se placer sur le terrain fragile de l'impérativité pour leur dénier toute efficacité ( $\beta$ ).

$\alpha$ . L'analyse de la validité des clauses de non-divorce entre époux

**109. — La validité de la clause de non-divorce au regard du droit commun des donations.**

C'est dans le contexte de la donation de biens présents entre époux, que s'illustre le plus parfaitement le phénomène de contractualisation du risque de divorce considéré en lui-même. La Cour de cassation l'avait, d'ailleurs, expressément reconnu lorsqu'elle a estimé que « la clause par laquelle un époux subordonne la donation faite à son conjoint durant le mariage au cas où celui-ci lui survivrait, à la persistance du lien matrimonial ou à l'absence de toute action entreprise pour y mettre fin, n'est pas en soi illicite et est justifiée, sauf intention de nuire, par la nature même de cette libéralité »<sup>515</sup>. Plus que la « pérennité du mariage »<sup>516</sup> c'est davantage le risque de divorce, ou de séparation, qui est érigé en condition résolutoire de l'obligation conditionnelle souscrite par l'époux donateur. Du point de vue de ce dernier, le divorce n'est rien d'autre qu'une condition résolutoire, un événement futur et incertain qui emporte l'anéantissement rétroactif de son obligation de donner, qu'importe qu'elle soit déjà née et exécutée<sup>517</sup>. À cet égard, l'irrévocabilité des donations entre vifs ne fait pas obstacle à la stipulation d'une clause résolutoire. Les donations de biens présents entre époux n'étant que des donations ordinaires, l'article 1096 du Code civil admet, implicitement, le fait qu'elles puissent être révoquées pour cause d'accomplissement de la condition sous laquelle

---

confirme la bascule en faisant perdre au divorce son effet révocatoire. Tout porte donc à conclure au passage d'un régime doublement spécial au simple régime commun des donations et, partant, en une perte d'influence du lien familial sur le régime du contrat.

<sup>513</sup> SIMLER (Ph.), « La validité de la donation sous la condition de non-divorce à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », *JCP* 2006, II, 10136.

<sup>514</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2012, n° 11-13.791, *JCP* 2012, comm. 83, note Cl. BRENNER ; *JCPN* 2012, n° 12, act. 350, H. BOSSE-PLATIÈRE ; *RLDC* 2012, p. 4674, note M. NICOD ; *D.* 2012, p. 812, obs. J. MARROCHELLA, p. 1386, obs. A. POSEZ et p. 2476, obs. V. BRÉMOND ; *RDC* 2012, p. 891, obs. C. GOLDIE-GENICON ; *RTD civ.* 2012, p. 300, obs. J. HAUSER et p. 357, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2012, p. 223, obs. S. DAVID.

<sup>515</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 2005, n° 02-14.135, *JCP* 2006, II, 10136, note Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2006, p. 543, obs. J. HAUSER.

<sup>516</sup> SIMLER (Ph.), « La validité de la donation sous la condition de non-divorce à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », art. préc.

<sup>517</sup> V. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 1338.

elles auront été faites<sup>518</sup>. Par conséquent, la condition de l'absence de divorce ou de procédure de divorce est *a priori* une cause possible de révocation d'une donation de biens présents entre époux. Mais encore faut-il qu'une telle condition soit licite<sup>519</sup>.

Cette licéité s'apprécie principalement au regard de la potestativité de la condition. Comme l'ont relevé certains auteurs, « jamais la jurisprudence ni la doctrine n'ont admis que le donateur puisse insérer dans la donation une condition résolutoire purement potestative, ou si l'on préfère, mais c'est de la même réalité dont on parle, une clause de dédit »<sup>520</sup>. Une telle faculté contredirait nécessairement l'irrévocabilité spéciale des donations qui implique un engagement ferme et définitif de la part du donateur<sup>521</sup>. Partant, on pourrait défendre l'idée que l'époux donateur qui stipule une clause de non-divorce se ménage indirectement une faculté de dédit. Cette observation appelle, toutefois, deux remarques. Premièrement, selon un argument de logique, l'article 947 du Code civil exclut, sans distinction, les donations entre époux du champ d'application de l'article 944 du même code qui, en l'occurrence, prohibe la condition potestative à l'égard du donateur<sup>522</sup>. Ce fondement n'est donc pas en mesure de s'opposer à l'insertion d'une clause de non-divorce quand bien même elle renfermerait une forme de potestativité puisqu'elle fait dépendre, en partie, de la volonté de l'époux donateur l'accomplissement de la condition – le divorce ou la simple demande en divorce<sup>523</sup>. Mais à y regarder de plus près, l'exception de l'article 947 du Code civil ne s'explique qu'au regard des donations de biens à venir entre époux<sup>524</sup>. L'imprécision textuelle ne saurait être utilement exploitée au profit des donations de biens présents qui ne sont que des donations ordinaires. Cela n'en condamne pas pour autant les clauses de non-divorce entre époux. Puisque, secondement, la validité de la clause, du point de vue du droit commun des donations entre vifs et des obligations<sup>525</sup>, ne souffre d'aucune incertitude dès lors que la condition de non-divorce

<sup>518</sup> C. civ., art. 953 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ».

<sup>519</sup> C. civ., art. 900 : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ».

<sup>520</sup> DROSS (W.), « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », art. préc., n° 13.

<sup>521</sup> V. DAVID (S.), « Une donation entre époux de biens présents prenant effet au cours du mariage ne peut contenir une clause de non-divorce », *AJ fam.* 2012, p. 223.

<sup>522</sup> C. civ., art. 944 : « Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle ».

<sup>523</sup> V. en ce sens, DEPONDT (A.), « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 17 mars 2012 : « Pour notre part, nous sommes favorables à l'insertion de clauses de non-divorce dans les donations entre époux, à la condition toutefois que l'époux donateur ne puisse pas invoquer cette clause lorsqu'il a demandé et perdu le divorce ». Adde DAVID (S.), « Une donation entre époux de biens présents... », art. préc., « (...) la volonté révocatoire du disposant s'analyse ici a priori comme une condition purement potestative, dans la mesure où sa mise en œuvre paraît abandonnée à la décision discrétionnaire du disposant (...) ».

<sup>524</sup> DONZEL-TABOUCOU (C.), « Donation entre époux et clause de non-divorce », *Defrénois* 2012, n° 18, p. 893, spéc. n° 9.

<sup>525</sup> C. civ., art. 1304-2 : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. (...) ».

est stipulée à l'encontre de l'époux donataire<sup>526</sup>. La mise en œuvre de la condition n'est plus dépendante de la volonté du donateur. C'est par ailleurs la réalité même de la volonté de l'époux donateur qui inclut une clause de non-divorce dans une donation faite à son conjoint ; celle de se prémunir contre le risque de séparation provoquée par l'autre<sup>527</sup>. En résumé, une rédaction précise de la clause suffit à vaincre le grief d'un éventuel caractère potestatif. Néanmoins, en faisant dépendre de la volonté du donataire l'accomplissement de la condition, l'efficacité de la clause de non-divorce se déplace sur un autre terrain, celui d'une possible restriction de la liberté de divorcer. La Cour de cassation l'avait pressenti dans sa décision du 13 décembre 2005 lorsqu'elle émettait la réserve de « l'intention de nuire ». Pour Jean Hauser, une telle réserve ne pouvait donner lieu qu'à une analyse en miroir de celle relative aux clauses de célibat entre des ex-époux et le remariage<sup>528</sup>.

**110. — La clause de non-divorce et le droit fondamental au divorce.** Il pourrait être paradoxal de plaider pour une validité des clauses de non-divorce à l'heure où l'on s'interroge sur l'existence d'un « droit fondamental » au divorce<sup>529</sup>. À cet égard, ne pourrait-on pas arguer d'une restriction de cette liberté du fait de la stipulation d'une clause de non-divorce ? L'interrogation s'étend aux clauses qui écarteraient l'irrévocabilité de principe des avantages matrimoniaux. Concrètement, il s'agit de contrôler le but (auparavant de la cause), comme à propos des clauses de célibat, déclarées illicites dès lors qu'elles empêchent le donataire de se marier. Madame Goldie-Genicon note, à cet égard, que « la perspective de perdre le bénéfice d'une libéralité constitue une pression indiscutable sur la volonté du gratifié qui risque de renoncer à la rupture du mariage pour conserver le bien donné »<sup>530</sup>.

On objectera, avant tout, un argument de raison : de la même manière qu'on ne se marie pas, uniquement, pour des raisons patrimoniales, il paraît excessif de concevoir qu'un époux

<sup>526</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 1339, p. 1476 : « [...] c'est la condition potestative pour le débiteur qui est seule visée. La condition peut, sans soulever d'objection [...], être potestative pour le créancier ».

<sup>527</sup> V. BRÉMOND (V.), « Chronique de droit patrimonial de la famille », *D.* 2012, p. 2476, qui conteste le caractère purement potestatif de la clause même lorsqu'elle est formulée en des termes généraux.

<sup>528</sup> HAUSER (J.), « Les clauses de non-divorce », *RTD civ.* 2006, p. 543. *Adde* BÉNABENT (A.), « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.* 1973, p. 440 ; HUET (A.), « Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques », *RTD civ.* 1967, p. 45.

<sup>529</sup> V. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 414, qui cite la décision du Conseil constitutionnel du 29 juill. 2016 (n° 2016-557 QPC, *JCP* 2017, 328, obs. A. GOUTTENOIRE ; *Dr. fam.* 2016, comm. 194, obs. J.-R. BINET) qui a reconnu sur le fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de 1789 qu'il existe une « liberté pour chacun de se marier ainsi qu'une liberté de mettre fin aux liens du mariage » ; *adde* TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 215 ; GOUËZEL (A.), « Réflexions sur la liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.* 2017, étude 19. Même s'il n'a pas reconnu l'existence d'un droit au divorce analogue au droit au mariage, le Conseil constitutionnel a affirmé l'existence d'une liberté constitutionnelle de mettre fin aux liens du mariage, v. Cons. const. 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, préc. Développée à propos de l'action législative quant au droit du divorce, cette liberté pourrait sortir de son lit d'origine et s'étendre aux relations personnelles entre les époux en tant qu'instrument de contestation.

<sup>530</sup> GOLDIE-GENICON (Ch.), « Clause de non-divorce et donations de biens présents entre époux... », *RDC* 2012, p. 891.

s'empêcherait de solliciter le divorce uniquement pour se sauvegarder le bénéfice d'une libéralité<sup>531</sup>. Ce serait considérer que la révocation de droit des avantages qui prennent effet à la dissolution du régime constitue une pression sur la volonté des époux qui pourraient, de ce fait, renoncer à la rupture du mariage. On ajoutera, par ailleurs, que l'ancienne révocabilité absolue des donations de biens présents entre époux n'a eu aucune incidence sur la volonté de divorcer des époux, au regard de la multiplication des divorces depuis lors<sup>532</sup>.

Ensuite, il ne paraît pas opportun d'apprécier la liberté de divorcer au regard des conséquences du divorce alors que le mouvement général du droit de la famille est une séparation continue du divorce et de ses conséquences. Concrètement, la pression que peut subir l'époux donataire est d'ordre économique, il s'agit pour ce dernier d'éviter la « précarité économique » qu'entraînerait le divorce. Or, considérer qu'il peut y avoir, de ce fait, une limitation de la liberté de rompre revient à faire abstraction de tout « l'arsenal protecteur »<sup>533</sup> économique de l'époux que le divorce rend impécunieux. En ce sens, la protection de la liberté de divorcer ne peut s'étendre au-delà de la protection de l'accès effectif au divorce et du bénéfice de la protection légale qui l'accompagne – par exemple, le droit à une prestation compensatoire<sup>534</sup>. En l'occurrence, la clause de non-divorce ne produit aucune entrave tant au regard du droit d'accès au divorce qu'au regard de la protection légale des époux divorcés<sup>535</sup>. Elle ne peut donc constituer une entrave, sérieuse, à la liberté de rompre le mariage.

Au regard de cette première analyse, le basculement des donations de biens présents entre époux dans le régime des donations ordinaires aurait dû ouvrir un nouvel espace de liberté aux époux quant à l'aménagement contractuel d'une exception à l'irrévocabilité des donations<sup>536</sup>. Cependant, malgré cette validité manifeste, la Cour de cassation s'est opposée dans un arrêt remarqué à un tel pouvoir de la volonté des époux.

---

<sup>531</sup> BEIGNIER (B.), « Clause de révocation de la donation de biens présents en cas de divorce : "marche arrière toute !" », art. préc.

<sup>532</sup> V. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, p. 639, note n° 1.

<sup>533</sup> GOLDIE-GENICON (Ch.), « Clause de non-divorce et donations de biens présents entre époux... », art. préc.

<sup>534</sup> V. par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2015, p. 492, obs. A. BOICHÉ ; *Rev. crit. DIP* 2016, p. 126, obs. U. PETER GRUBER : à propos d'un contrat de mariage établi en Allemagne contenant une clause de renonciation anticipée à la prestation compensatoire validée par une cour d'appel. L'arrêt d'appel est censuré par la Cour de cassation aux motifs qu'il incombait aux juges du fond de rechercher « de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français, » qui prohibe les renonciations anticipées à la prestation compensatoire.

<sup>535</sup> V. dans le même sens, HYDE (A.-A.), *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. FABRE-MAGNAN, IRJS Éditions, 2015, n° 150, p. 111.

<sup>536</sup> *Contra* GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), *th. préc.*, n° 487, qui semble soutenir qu'il va de l'essence des donations de biens présents entre époux d'être irrévocables.

β. La critique de l'impérativité des dispositions de l'article 265 du Code civil

**111. — Une impérativité virtuelle.** L'illicéité de la clause de non-divorce a été proclamée au motif que « les dispositions impératives [de l'article 265 du Code civil] font obstacle à l'insertion, dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, d'une clause résolutoire liée au prononcé du divorce ou à une demande en divorce »<sup>537</sup>. La solution en elle-même pourrait être acceptable si l'on arrivait à percevoir sa logique. L'impérativité de l'alinéa premier de l'article 265 ne pouvant qu'être que virtuelle, puisqu'elle n'est affirmée par aucun texte, c'est dans la substance de la règle qu'il faut rechercher « l'intérêt ressortissant aux valeurs sociales essentielles » qu'elle met en œuvre<sup>538</sup>.

**112. — L'analyse critique du souci de sécurité juridique.** À cet égard, c'est le souci de la sécurité juridique qui est le plus souvent avancé par l'ensemble de la doctrine<sup>539</sup>. On peine, cependant, à identifier l'insécurité juridique que ferait peser la stipulation d'une clause de non-divorce dans une donation de bien présent entre époux. En réalité, une telle justification résulte d'une extrapolation des raisons qui ont motivé la réforme du 26 mai 2004. Rien ne justifie que, en basculant de la révocabilité absolue à l'irrévocabilité des donations de droit commun, le législateur ait voulu affirmer une impossibilité pour les époux de révoquer les donations entre vifs qu'ils auront pu se faire. Cela reviendrait à traiter plus durement les époux que des contractants de droit commun, ce que rien ne peut pourtant expliquer. En effet, le souci de sécurité juridique, auquel souhaitait parvenir le législateur, est atteint par la simplification qui résulte d'un alignement de la situation des époux sur celle des contractants ordinaires. Les travaux préparatoires de la loi du 26 mai 2004 confirment par ailleurs ce dernier point, puisqu'ils justifient la clarification du sort des donations et avantages matrimoniaux entre époux par le caractère abscons du système qui s'appliquait faute de prévisions claires des époux<sup>540</sup>. Aussi, faut-il considérer que l'article 265 du Code civil ne fait que

<sup>537</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2012, n° 11-13.791, préc.

<sup>538</sup> DEUMIER (P.), REVET (Th.), v° « Ordre public », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.) et RIALS (S.) dir., Lamy-PUF, 2019, p. 1119.

<sup>539</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 475. Qu'il s'agisse de la sécurité juridique du donataire et de ses ayants cause (v. GRIMALDI (M.), « La clause de non-divorce mise hors la loi dans les donations de biens présents entre époux », *RTD civ.* 2012, p. 357) ou de la sécurité des transactions en général – notamment immobilières (v. BRENNER (Cl.), « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux... », art. préc., n° 3 ; SAUVAGE (F.), « Conséquences du divorce sur les libéralités entre époux... », art. préc., *passim*). La consultation des travaux préparatoires de la loi du 26 mai 2004 semble confirmer la poursuite d'un tel objectif par le législateur, v. DELNATTE (P.), *Rapport n° 1513*, 6 avr. 2004, documentation de l'Assemblée nationale : « Compte tenu du caractère désormais irrévocable des donations de biens présents entre époux (cf. I de l'article 21 du projet de loi), cela signifie que ces donations seront maintenues irrévocablement. Cette disposition est de nature à éviter toute remise en cause des droits acquis durant le mariage, alors que, sous l'empire de la loi actuelle, la révocation de donations de biens présents est lourde de conséquences pour le donataire puisque son titre est rétroactivement détruit, que le bien retourne dans le patrimoine du donateur et que la restitution des biens donnés doit s'opérer en nature ».

<sup>540</sup> V. DELNATTE (P.), *Rapport n° 1513*, préc., : « Alors que le caractère révocable des donations consenties entre époux est aujourd'hui une source de complexité et d'ambiguïté, **puisque à défaut de décision prise par eux sur ce point**, les règles

tirer les conséquences de l'alignement du régime des donations de biens présents entre époux sur le régime de droit commun. Il n'a, de ce fait, vocation à jouer qu'en l'absence de prévisions des époux. Il leur appartient de préciser leur intention *ab initio* et, désormais, selon les règles du droit commun des donations. En un mot, la source de l'insécurité n'était pas le divorce, mais la libre révocabilité en l'absence de toute prévision contractuelle. La clause de non-divorce est-elle alors un facteur d'insécurité ? La réponse est, dès lors, négative<sup>541</sup>, à moins de considérer que toute obligation conditionnelle l'est tout autant. L'époux donataire ne demeure pas dans l'incertitude puisqu'il *sait* son droit conditionnel. La donation de biens présents entre époux sous condition résolutoire du divorce, pas plus qu'une vente sous condition résolutoire, ne menace la sécurité des transactions.

**113. — L'analyse critique d'un ordre public du divorce.** Si la préservation de la sécurité des transactions ne peut être mobilisée comme justification principale de l'impérativité de l'article 265, al. 1<sup>er</sup>, il ne reste guère que deux justifications possibles. Soit l'impérativité découverte par la Cour de cassation participe d'un ordre public de direction du divorce, soit l'impérativité vise un ordre public de protection. Dans la première hypothèse, il s'agirait de poursuivre l'objectif de la réforme de 2004 qui était de pacifier le contentieux familial en dédramatisant le divorce. La première des solutions est alors d'éviter que les époux puissent remettre en cause, d'une manière ou d'une autre, les droits acquis durant le mariage en trompant l'espérance légitime de l'un ou de l'autre. N'y a-t-il pas, alors, un paradoxe à priver les époux de la voie contractuelle qui permet, justement, une anticipation assurément pacificatrice ? Quant à la seconde hypothèse, on pourrait voir dans la solution de la Cour de cassation une volonté implicite de protection des libertés individuelles<sup>542</sup>. Ainsi, Monsieur Grimaldi observe à propos de l'arrêt du 14 mars 2012 que la motivation de la solution « révèle une complète indifférence aux mobiles qui ont inspiré le donateur, et permet de penser que le vice de la clause est dans l'atteinte indirecte qu'elle porte au droit de divorcer »<sup>543</sup>. C'est là, toutefois, une position à laquelle nous ne souscrivons pas, du moins dans une approche globalisante, pour les raisons qui ont été précédemment développées<sup>544</sup>.

**114. — Plaidoyer pour une validité des clauses de non-divorce entre époux.** En résumé, les difficultés éprouvées dans la recherche de la signification de l'impérativité de l'article 265, al. 1<sup>er</sup>,

---

actuelles conduisent à considérer que les époux les ont maintenues avec leur caractère d'origine, le projet de loi simplifie le régime des donations et avantages matrimoniaux en cas de divorce ». (Nous soulignons)

<sup>541</sup> V. dans le même sens, DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), et HAUSER (J.), « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, n° 5, p. 357.

<sup>542</sup> TANI (A.), th. préc., n° 226.

<sup>543</sup> GRIMALDI (M.), « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avr. 2017, hors-série n° 2, p. 11, spéc., n° 14.

<sup>544</sup> V. *supra*, n° 110.

du Code civil, traduisent l'existence en droit de la famille, plus particulièrement dans le volet patrimonial, de ce que l'on peut désigner comme une impérativité de circonstance, sans lien direct avec la préservation d'un véritable ordre public<sup>545</sup>. En outre, le recours à l'impérativité de circonstance est clairement théorisé par la Cour de cassation à propos du droit patrimonial de la famille<sup>546</sup>. Appliquée à l'objet de nos développements – la clause de non-divorce – cette nouvelle doctrine justifie, aux yeux de la Cour, que « l'ordre public n'est pas expressément invoqué pour repousser les clauses résolutoires, en cas de prononcé du divorce ou de demande en divorce (...). La référence au caractère impératif de l'article 265, alinéa premier, du Code civil suffit à faire obstacle à l'insertion d'une telle disposition dans la donation ». Comme a pu le relever un auteur, si l'ordre public n'est plus en cause l'impérativité des textes devient une affaire de circonstance : si le juge « y est invité par les parties, il constatera éventuellement l'atteinte à une règle impérative et prononcera la sanction qui en résulte »<sup>547</sup>. En d'autres termes, en se délaissant du contrôle de l'ordre public, qui implique la recherche de son contenu, la jurisprudence s'arroge la faculté de créer des lois impératives par pure « pétition de principe sans nulle démonstration »<sup>548</sup>. En ce qui concerne la clause de non-divorce, les coûts de la solution adoptée l'emportent sur ses avantages. Avant tout, la solution est un coup porté à la liberté contractuelle des époux qui reste un objectif affiché du droit contemporain des époux. Sur le plan de la liberté des conventions, la cohérence du système de l'article 265 du Code civil s'en trouve atteinte dès qu'est permise la stipulation d'une clause de reprise d'apport, relativement proche de la clause de non-divorce. Ensuite, au regard de la jurisprudence développée à propos des clauses de contribution, la rigueur affichée par la Cour de cassation quant aux clauses de non-divorce produit un étrange contraste. Enfin, la prohibition des clauses de non-divorce met un terme à « l'amarrage de l'intention libérale à l'affection conjugale »<sup>549</sup>. Or, n'était-ce pas là une spécificité ou une singularité, du mariage, qui aurait dû être préservée ? De façon inattendue, c'est bien une forme de contractualisation du droit de la famille qui le permet.

---

<sup>545</sup> En ce qui concerne la distinction des lois d'ordre public et des lois impératives v. TANI (A.), th. préc., n° 9, (ainsi que les références citées).

<sup>546</sup> De son propre aveu, « les décisions relatives au contentieux des régimes matrimoniaux ne se fondent pas sur l'ordre public, il n'est pas possible de déterminer, en la matière, les finalités de celui-ci. Tout au plus peut-on relever que le législateur, en étant précis dans les règles qu'il édicte et les prohibitions qu'il impose, assure lui-même le respect des dispositions dont la doctrine relève qu'elles sont d'ordre public, sans qu'il y ait place pour une appréciation de celui-ci par la Cour de cassation, qui se borne à contrôler l'exacte application de règles impératives et à sanctionner, le cas échéant, tout écart en relevant une violation du texte en cause », v. Cass., *Rapport annuel 2013. L'ordre public*, édition numérique, p. 346.

<sup>547</sup> TANI (A.), th. préc., n° 171, p. 182.

<sup>548</sup> BEIGNIER (B.), « Clause de révocation de la donation de biens présents en cas de divorce... », art. préc.

<sup>549</sup> SAUVAGE (F.), « Les clauses de non-divorce ont-elles encore un avenir ? », *RJPF* 2012, n° 5.

**115. — Proposition n° 4 : restaurer la validité des clauses de non-divorce.** En fin de compte, nous ne pouvons que plaider pour une validité des clauses de non-divorce dans les donations de biens présents entre époux. En conséquence, à moins d'un revirement de jurisprudence, il appartient au législateur de procéder à la réécriture de l'alinéa premier de l'article 265 du Code civil en prévoyant, expressément, la possibilité d'une stipulation contraire qui vaudrait pour les donations de biens présents entre époux. Par exemple, l'article peut prévoir que : « *Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage. Il est également sans incidence sur les donations de biens présents, quelle que soit leur forme, sauf convention contraire expresse et sous réserve des articles 953 à 958* ». De cette manière, la validité de la clause de non-divorce ne dépendra plus que du droit commun des donations entre vifs – en particulier des règles qui gouvernent les conditions de dérogation à l'irrévocabilité. Nous avons observé sur ce point que cette irrévocabilité ne s'opposait pas à la stipulation d'une condition résolutoire, sous réserve du respect des règles de validité de la celle-ci, notamment le caractère potestatif de la condition<sup>550</sup>. Si l'intervention législative apparaît nécessaire en ce qui concerne la clause de non-divorce, il semble qu'une solution contractuelle suffise à déjouer les effets néfastes de la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation rendue à propos des clauses d'exclusion des biens professionnels.

*b. La clause d'exclusion des biens professionnels*

**116. —** La clause d'exclusion des biens professionnels est le plus souvent présentée au titre des mécanismes de liquidation alternative du régime matrimonial des époux. Ainsi, comme la clause alsacienne, la clause qui exclut les biens professionnels du calcul de la créance de participation implique un « traitement différent lorsque l'union arrivera à son terme non par le décès, mais par la désunion du couple »<sup>551</sup>. En faisant dépendre du divorce son effectivité, la clause fournit aux époux une véritable garantie patrimoniale contre le risque de séparation. Contrairement aux clauses de non-divorce, ce n'est pas la validité des clauses qui est en cause ici, mais leur efficacité ( $\alpha$ ). De sorte qu'une solution contractuelle s'offre aux époux ( $\beta$ ).

$\alpha$ . L'efficacité menacée

**117. — Une qualification d'avantage matrimonial.** L'on rappelle qu'en tant que garantie-divorce, la clause d'exclusion des biens professionnels dans un régime de participation aux acquêts vise à prémunir les époux d'un risque économique consécutif en raison du divorce. Partant, elle

<sup>550</sup> Il suffit alors que la condition de non-divorce ne soit stipulée qu'à l'encontre de l'époux donataire (C. civ., art. 1304-2).

<sup>551</sup> MURAT (P.), « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux"... », art. préc., n° 8.

confère à l'un ou l'autre des époux un avantage certain qui, par définition, ne prend effet qu'à la dissolution du régime pour cause de séparation. C'est pour cela que la Cour de cassation leur a appliqué la qualification d'avantage matrimonial au sens de l'article 265, al. 2, du Code civil<sup>552</sup>. Paradoxalement, lesdites clauses se retrouvent, de fait, inefficaces du fait de l'évènement déterminant de leur effectivité. Les nombreuses contributions doctrinales, occasionnées par cette jurisprudence remarquable, rendent superfétatoire une nouvelle analyse du bien-fondé de la qualification posée par la Cour de cassation. On se contentera de dire que, désormais, l'avantage matrimonial ne se limite pas aux régimes communautaires. L'article 1527 du Code civil n'est qu'un modèle et non une limite quant à la découverte des avantages matrimoniaux. Par conséquent, tout profit que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses qui aménagent les règles de base de leur régime constitue un avantage matrimonial<sup>553</sup>. Dans la caractérisation des avantages matrimoniaux, seul le régime de référence doit compter<sup>554</sup>. Sur ce point, la position de la Cour de cassation semble acquise – en témoigne la confirmation par deux arrêts<sup>555</sup> – à moins d'une éventuelle future réforme<sup>556</sup>. En revanche, la recherche des moyens de renforcer l'efficacité des clauses du régime de participation aux acquêts présente plus d'intérêt. D'autant plus qu'à rebours d'une première impression, la position de la Cour de cassation conforte l'extension du périmètre de la liberté contractuelle des époux. Comme le constate le doyen Beignier, « loin d'anéantir la liberté des conventions matrimoniales (...). L'arrêt du 18 décembre 2019 invite à se saisir de la créativité que permet encore ce principe directeur du droit des régimes matrimoniaux »<sup>557</sup>.

<sup>552</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n° 18-26.337, *JCP N* 2020, act., 116, note A. KARM ; *ibid.*, 1129, note B. BEIGNIER ; *ibid.* 1226, note CH. LESBATS ; *JCP G* 2020, 225, note J.-R. BINET ; *Dr. fam.* 2020, comm. 44, note S. TORRICELLI-CHIRFI ; *AJ fam.* 2020, p. 126, obs. N. DUCHANGE ; *RTD civ.* 2020, p. 175 et p. 178, obs. B. VAREILLE ; *D.* 2020, p. 635, obs. TH. LE BARS et L. MAUGER-VIELPEAU ; *ibid.* p. 2206, obs. S. GADECHOT-PATRIS ; *D.* 2021, p. 499, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Gaz. Pal.* 31 mars 2020, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *ibid.* 7 avr. 2020, obs. A. DEPRET ; *LPA* 11 janv. 2021, obs. D. FILOSA ; *Defrénois* 27 févr. 2020, obs. F. LETELLIER ; *ibid.* 28 mai 2020, I. DAURIAC ; *RJPF* 2020-2/14, obs. J. DUBARRY et E. FRAGU ; *Dalloz actualité* 23 janv. 2020, note Q. GUIGUET-SCHIELÉ.

<sup>553</sup> C'est à peu de choses près la définition qu'en donne le Vocabulaire juridique, CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Matrimonial » : « Profit particulier qui résulte du fonctionnement du régime matrimonial pour un époux ».

<sup>554</sup> BEIGNIER (B.), « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : nouveaux enseignements, nouvelles pratiques », *JCP N* 2020, n° 24, 1129, spéc., n° 13. Comp. GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), th. préc., n° 403, qui préconise l'absence de régime matrimonial en tant qu'étalon de mesure de l'avantage matrimonial.

<sup>555</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 2021, n° 19-25.903, *Dr. fam.* 2021, n° 6, comm. 92, note B. BEIGNIER ; *JCP G* 2021, n° 50, doct. 1340, obs. M. STORCK ; *Gaz. Pal.* 6 juill. 2021, obs. J. LÉPAPE ; *ibid.* 27 juill. 2021, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; v. également Civ. 1<sup>re</sup> 15 déc. 2021, n° 20-15.623.

<sup>556</sup> Réponse ministérielle n° 14362, *JO Sénat* 28 mai 2020, p. 2446 : « Le ministère de la Justice serait favorable à une clarification de ce texte dans le but de favoriser la prévisibilité juridique et de renforcer le principe de liberté des conventions matrimoniales. Une réforme du droit des régimes matrimoniaux n'est toutefois pas envisagée dans l'immédiat mais elle pourrait s'insérer dans une réforme plus globale ».

<sup>557</sup> BEIGNIER (B.), « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : critiquons le Code civil, pas la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2021, n° 2, étude 5, spéc., n° 41.

β. La solution contractuelle

**118. — La validité du maintien anticipé de l'avantage matrimonial.** Il est indéniable que la clause d'exclusion des biens professionnels est un avantage pour l'époux qui en bénéficie et un désavantage pour l'autre. C'est de l'essence même du régime de participation aux acquêts que de permettre à chaque époux de profiter de l'enrichissement de l'autre pendant la durée du mariage. Or, en acceptant la stipulation de ladite clause, les époux font sciemment le choix « de ne pas profiter réciproquement des enrichissements procurés par leur activité professionnelle <sup>558</sup> ». En pratique, l'époux qui n'exerce pas une activité professionnelle indépendante pourrait être fortement désavantagé lors de la liquidation du régime, notamment si les biens professionnels de l'autre époux constituent une part significative de son patrimoine. Il est logique que la générosité exprimée lors de l'établissement du contrat de mariage ne soit plus de mise lors de la séparation. Pourtant, cette générosité peut être utilement sécurisée lors de la conclusion du contrat de mariage puisque l'article 265, al. 2, du Code civil permet la dérogation à la révocation automatique lors du divorce. Rien ne s'oppose ainsi à ce que les époux consentent réciproquement, outre l'exclusion des biens professionnels, à la neutralisation de la révocation légale. La doctrine demeure toutefois divisée sur l'efficacité d'une renonciation dans le contrat de mariage à la révocation de plein droit. On a ainsi pu contester la possibilité d'une volonté contraire exprimée dans le contrat de mariage en raison du caractère d'ordre public de la révocation légale de l'article 265, al. 2, du Code civil<sup>559</sup>. Toutefois, l'ordre public ne peut être en cause ici dès lors que la loi elle-même permet de déroger à la révocation légale. Par ailleurs, en l'état de la jurisprudence, seul l'alinéa premier de l'article 265 a été reconnu comme impératif<sup>560</sup> ; les décisions rendues sur le fondement de l'alinéa 2 ne font aucunement référence à un quelconque caractère impératif.

Dans le prolongement d'un hypothétique caractère impératif, on a pu soutenir l'illicéité de la clause de maintien de l'avantage aux motifs qu'elle emporterait une renonciation anticipée à une protection d'ordre public<sup>561</sup>. Au soutien de cette explication, on peut noter l'insistance de la Cour de cassation quant à l'*expression au moment du divorce* de la volonté de maintenir l'avantage normalement révoqué par le divorce<sup>562</sup>. Pour ce qui est du fondement d'une telle solution, elle se trouverait dans

<sup>558</sup> BINET (J.-R.), « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts. Un avantage matrimonial révoqué de plein droit en cas de divorce », *JCP G* 2020, n° 9, 225.

<sup>559</sup> SAUVAGE (F.), « Conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », art. préc., n° 27.

<sup>560</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2012, n° 11-13.791, préc.

<sup>561</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in *Études offertes à Jacques Béguin. Droit et actualité*, LexisNexis-Litec, 2005, p. 761.

<sup>562</sup> Le principe de la révocation de plein droit par le divorce des avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime matrimonial, « sauf volonté contraire de celui qui les a consentis exprimée au moment du divorce » figure tel quel dans les trois décisions rendues à propos de la clause d'exclusion des biens professionnels : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, n° 18-

la substitution d'un système de protection – l'article 265 du Code civil – à un système de sanction – l'ancien article 267 du même code<sup>563</sup>. Néanmoins, une telle vision en vient à prêter au législateur de 2004 une intention qui n'était pas la sienne. En effet, si le nouveau système de l'article 265 évacue toute considération propre à la cause du divorce ou aux torts des époux, il n'apparaît aucunement guidé par une volonté protectrice. Au contraire, le nouveau dispositif est orienté vers la recherche de la sécurité juridique et la neutralisation de toutes incertitudes quant au sort des donations entre époux et avantages matrimoniaux<sup>564</sup>. Dès lors, il n'y a aucune violation de l'ordre public dans la volonté qui neutralise la révocation de plein droit. Le fait que cette volonté doive émaner de l'époux qui a consenti l'avantage matrimonial témoigne tout naturellement du lien naturel qui unit les avantages matrimoniaux et les libéralités entre époux ; l'« *affectio conjugal* » de l'avantage matrimonial n'est qu'une forme particulière d'intention libérale<sup>565</sup>. En d'autres termes, par souci de sécurité juridique, le dispositif de l'article 265, al. 2, du Code civil n'abandonne pas, en principe, le sort des avantages matrimoniaux prenant effet à la dissolution du régime à la volonté des époux ; cette volonté est toutefois admise à modifier le système supplétif ainsi posé. Dans les deux cas, la sécurité juridique est préservée. Partant, rien ne doit s'opposer à la volonté contraire exprimée *ab initio* dans le contrat de mariage<sup>566</sup>. Il n'y a là aucune renonciation à défaut de droit protégé par la loi. Dès lors que la volonté des époux est clairement exprimée dans le contrat de mariage, cette volonté doit primer au nom de la liberté des conventions matrimoniales et de la force obligatoire du contrat de mariage. En pratique, c'est la sagesse et l'honnêteté qui doivent guider le rédacteur d'actes. Compte tenu de la nouvelle position de la Cour de cassation à propos de la définition de l'avantage matrimonial, la clause d'exclusion des biens professionnels doit être clairement qualifiée d'avantage matrimonial par les époux. Puisqu'il s'agit d'un avantage lié à la dissolution du régime pour toute autre cause que le divorce, les époux sont en droit de régler le sort de ce dernier en cas de divorce. Dans une telle hypothèse, la clause d'exclusion sera assortie d'une clause de non-incidence du divorce ou, plus ouvertement, de maintien de l'avantage en cas de divorce visant à sécuriser l'avantage.

---

26.337, préc. ; Civ. 1re, 31 mars 2021, n° 19-25.903 préc. et Civ. 1re 15 déc. 2021, n° 20-15.623. La répétition constante du même attendu de principe peut être de nature à évacuer l'hypothèse doctrinale d'une simple maladresse rédactionnelle (cf. BINET (J.-R.), « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts... », art. préc. ; KARM (A.), « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts : coup d'arrêt ou maladresse ? », *JCP N* 2020, n° 1-2, act. 116).

<sup>563</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », préc., p. 758 s.

<sup>564</sup> Comme on peut l'observer dans les travaux préparatoires de la loi du 26 mai 2004, le système de l'article 265 est plus directif tout en laissant une place à la volonté des époux en ce qui concerne la révocation de plein droit. Mais ce rôle préservé de la volonté ne s'inscrit pas dans une visée protectrice de l'un des époux, mais impose simplement aux époux de « se prononcer sur le sort de ces avantages matrimoniaux et donations, accroissant ainsi sensiblement la sécurité juridique sur ce point », v. DELNATTE (P.), *Rapport n° 1513*, préc., p. 80-81.

<sup>565</sup> TISSERAND-MARTIN (A.), « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », préc., p. 755.

<sup>566</sup> V. rép. min. n° 18632, *JO Assemblée nationale* 26 mai 2009, 5148, préc., qui se prononce dans le même sens.

**119. — Les conditions d’expression de la volonté anticipée.** La jurisprudence pourrait-elle s’opposer à une telle stipulation ? Il faut bien évidemment se garder de toute velléité prémonitoire. À se fier à sa tendance libérale, l’illicéité ne semble pas encourue. Toutefois, l’imprécision de l’article 265, al. 2, quant aux modalités d’expression de la volonté des époux, offre une voie possible d’invalidation de la clause de maintien anticipé de l’avantage. En effet, l’usage du verbe « constater » crée une certaine incertitude. Il est tout à fait possible de soutenir deux solutions opposées. D’abord, la volonté contraire devant être *constatée* lors du divorce, elle peut être *exprimée* antérieurement au divorce<sup>567</sup>. De l’autre, il est aussi possible de soutenir que dès lors que la loi lie le constat de la volonté au moment du divorce, c’est seulement à ce moment que la volonté peut être déclarée<sup>568</sup>. Nonobstant cette imprécision textuelle, il faut s’en tenir à une lecture stricte du texte. Dans le langage commun, le verbe « constater » renvoie à une simple opération de vérification de la réalité d’un fait – la volonté exprimée – dont il faut prendre acte<sup>569</sup>. L’objectif de sécurité juridique du législateur transparaît nettement. La volonté contraire peut être exprimée, dès lors qu’elle est non équivoque. Mais il importe qu’elle soit constatée afin de lui faire produire toutes ses conséquences. Si la volonté est exprimée dans le contrat de mariage, elle est simplement reprise – donc constatée – soit dans la convention de divorce soit dans le jugement de divorce. Si la volonté n’a pas été exprimée par anticipation, elle devra être déclarée et constatée lors du divorce.

En conclusion, la jurisprudence du 18 décembre 2019 a été présentée comme un encouragement au législateur à procéder à une nouvelle évolution de l’article 265 du Code civil<sup>570</sup>. Cet appel au législateur se confirme à la lecture du rapport annuel de l’année 2019 de la Cour de cassation dans lequel il est précisé, à propos de la clause d’exclusion, que « le législateur pourrait envisager d’en consacrer expressément la validité au sein de l’article 265 du Code civil, comme il l’a fait en 2006 au troisième alinéa de ce texte s’agissant de la clause, dite “alsacienne”, de reprise des apports en régime de communauté »<sup>571</sup>. Une telle réforme est-elle pour autant vitale ? On pourrait dans un premier temps en douter. D’abord, le parallèle avec la clause de reprise des apports ne se justifie que partiellement. Sur le plan purement juridique, le sort de la clause alsacienne nécessitait une clarification législative puisqu’elle constitue une exception directe au système de l’alinéa premier de l’article 265 du Code civil. Or, dès lors qu’est reconnu, même injustement, le caractère impératif

<sup>567</sup> V. en ce sens, BEIGNIER (B.), « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : critiquons le Code civil, pas la Cour de cassation », art. préc., n° 26.

<sup>568</sup> V. en ce sens, BÉNABENT (A.), *La réforme du divorce...*, op. cit., n° 96.

<sup>569</sup> ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire*, 9<sup>e</sup> éd., v° « Constater ».

<sup>570</sup> V. en ce sens, BEIGNIER (B.), « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : *bis repetita* », *Dr. fam.* 2021, comm. 92.

<sup>571</sup> Cass., *Rapport annuel 2019*, La documentation française, édition numérique, p. 35.

de cette dernière disposition, toute dérogation est prohibée sauf exception légale. De plus, la réforme souhaitée par une partie de la doctrine ne se justifie pas nécessairement en opportunité. À l'inverse de la clause alsacienne qui est – régionalement – fortement répandue<sup>572</sup>, la clause d'exclusion est tributaire de la désaffectation pratique du régime participatif et reste par conséquent assez peu fréquente<sup>573</sup>. De ce point de vue, l'urgence d'une réforme ne se constate que peu<sup>574</sup>. Partant, plus qu'une incitation à l'égard du législateur, la position de la Cour de cassation doit être analysée comme une incitation à une anticipation contractuelle plus étendue. Toutefois, l'imperfection textuelle de l'article 265, al. 2 du Code civil soumet la validité de cette clause de maintien de l'avantage à l'aléa judiciaire.

**120. — Proposition n° 4-1 : sécuriser la clause d'exclusion des biens professionnels.** Une intervention du législateur visant à réécrire l'article 265 du Code civil pourrait ainsi se justifier face à une jurisprudence défavorable. Une première solution consisterait à préciser les modalités d'expression de la volonté contraire à la révocation de plein droit de tous les avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial. Une autre solution consisterait à distinguer dans le texte les avantages matrimoniaux selon qu'ils prennent effet à la dissolution du régime par le décès ou par le divorce. Les premiers seraient révocables de plein droit par le divorce ; les seconds seraient maintenus précisément en cas de divorce<sup>575</sup>. Suivant cette seconde solution, la loi procéderait ainsi à une sécurisation de l'avantage matrimonial stipulée précisément pour le cas du divorce<sup>576</sup>.

En définitive, en restreignant l'efficacité de la clause d'exclusion des biens professionnels dans le régime de participation aux acquêts, la Cour de cassation ouvre un nouveau champ de liberté en ce qui concerne l'anticipation contractuelle du risque de divorce. La stipulation d'une clause de maintien des avantages normalement révoqués par le divorce est ainsi susceptible de devenir une clause de style, du moins dans le cadre du régime de participation aux acquêts.

<sup>572</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 747.

<sup>573</sup> PILLEBOUT (J.-F.), *La participation aux acquêts. Le contrat de mariage du chef d'entreprise*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2020, n° 8 ; TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 809 ; MAUGER-VIELPEAU (L.), « La participation aux acquêts, cette malaimée », in *Quelle association patrimoniale pour le couple*, *op. cit.*, p. 43 s ; MURAT (P.), « La participation aux acquêts : un régime d'avenir ? », *JCP N* 2015, n° 7, 1076 ; NAUDIN (E.), « La participation aux acquêts », *JCP N* 2015, n° 28, 1125, spéc. n° 3.

<sup>574</sup> En outre, on ne peut être certain que cette intervention législative entraînera un engouement nouveau pour ce régime, la réforme précédente du régime de participation aux acquêts n'ayant pas eu les effets escomptés.

<sup>575</sup> V. en ce sens la proposition du 106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2*, *op. cit.*, n° 3521, p. 832.

<sup>576</sup> C'est une des suggestions de réforme du dernier Rapport annuel de la Cour de cassation dans lequel la Cour « appelle le législateur à modifier l'article 265 du code civil, de façon à consacrer la validité d'une telle clause, comme cela a pu être fait en 2006 à propos de la clause dite « alsacienne » de reprise des apports en régime de communauté », *Cass. Rapport annuel 2022*, La documentation française, édition numérique, p. 29.

**121. — Conclusion de paragraphe.** La jurisprudence « a creusé et continue de creuser le lit d'une gestion consensuelle de la famille »<sup>577</sup>. En effet, la construction jurisprudentielle entamée à propos de la contribution aux charges du mariage n'a certainement pas encore livré toutes ses potentialités. Le recul très net de l'impérativité matrimoniale au profit de la force obligatoire impose de reconsidérer les avis quant à la liberté dont bénéficient les membres de la famille. Le cas des obligations contributives familiales a, à cet égard, été le parfait témoin des nouvelles possibilités en matière de clauses contractuelles. Pourtant, alors même qu'elle favorise l'extension du périmètre des clauses d'aménagement des devoirs légaux patrimoniaux entre les époux, au détriment du cadre légal impératif, la Cour de cassation rechigne à reconnaître une liberté analogue à ces derniers dans un cadre impératif plus incertain. C'est ce que révèle l'analyse des aménagements conventionnels en vue du divorce. La désunion est désormais un risque contre lequel les époux peuvent se prémunir. En l'état du droit positif, cette anticipation se réalise par la stipulation de clauses de garantie-divorce : la clause dont la fonction principale est de garantir, sur un plan économique, l'un ou l'autre des époux du risque de séparation. Nous avons constaté que leur extension ne connaît pas de limites intrinsèques à l'aune du droit positif. Toutefois, cette extension est aujourd'hui freinée soit par l'interprétation de ces mêmes textes par la Cour de cassation, soit par leur imprécision rédactionnelle. Ainsi, rien ne justifie la prohibition jurisprudentielle des clauses de non-divorce dans les donations de biens présents entre époux. En outre, les incertitudes pesant sur la clause d'exclusion des biens professionnels sont dues à l'interprétation qui est faite en doctrine d'un texte, il est vrai, en partie imprécis. Si l'intervention du législateur est souhaitable dans les deux cas de figure, elle l'est pour différentes raisons. En premier lieu, il s'agit de redonner aux époux un espace de liberté qui leur a été injustement confisqué. En second lieu, il s'agit de poursuivre l'objectif de sécurité juridique déjà présent lors de la loi du 26 mai 2004. En fin de compte, il s'agit d'offrir aux époux des outils spécifiques de gestion du risque particulier qu'est le divorce.

**122. — Conclusion de section.** À l'issue de la première division de cette section, nous constatons, à propos du périmètre de la liberté contractuelle des partenaires, les incertitudes causées par l'absence de cadre impératif certain et, par la même, soulignons l'intérêt d'un tel cadre certain propre à encadrer l'accroissement effréné de l'action de la volonté. En effet, à défaut d'un cadre impératif, la logique contractuelle tend à gouverner l'intégralité des rapports familiaux patrimoniaux permettant aux parties d'aboutir à des conséquences pratiques assurément imprévues par le législateur. La multiplication des clauses de garantie-divorce le démontre entre les époux, celles-ci prospérant, cependant, du principe de liberté des conventions matrimoniales. Dans ces

---

<sup>577</sup> ÉGÉA (V.), th. préc., n° 111, p. 75.

deux hypothèses, nous avons formulé des propositions visant à instaurer un équilibre entre la garantie de la liberté contractuelle et la préservation nécessaire du cadre impératif (**propositions n° 1, 2, 3 et 4**). En contrepoint, la suite de nos développements s'est concentrée sur les possibilités d'aménagements contractuels cette fois dans un cadre impératif. Le choix d'axer nos propos principalement sur les aménagements contractuels des obligations contributives se justifie par l'équilibre apparent auquel le législateur a voulu parvenir entre une faveur réelle pour une organisation conventionnelle des rapports familiaux et la nécessité d'un encadrement des volontés exprimées par les membres de la famille. Cet équilibre est, toutefois, apparu fortement remis en cause. L'acteur majeur de ce changement de paradigme reste indubitablement la jurisprudence. L'exemple de la construction de la Cour de cassation en matière de contribution aux charges du mariage en témoigne parfaitement. Elle conduit à redessiner les limites de la liberté contractuelle en permettant la stipulation de clauses contredisant le caractère impératif même des prescriptions légales. Les certitudes que nous pouvions fonder sur le caractère impératif de certaines dispositions paraissent plus que jamais bien fragiles. D'autant qu'aucun domaine du droit de la famille – pas plus les relations patrimoniales conjugales que parentales – ne semble à l'abri de ce que l'on a pu dénommer les « leçons contractuelles » de la Cour de cassation. La seule existence d'un cadre impératif certain ne suffit plus à définir le périmètre des clauses contractuelles. En affaiblissant l'ordre public matrimonial, par la valorisation de la volonté et de sa force obligatoire, la Cour de cassation permet l'extension des aménagements contractuels, du moins pour ce qui est de l'ordre des rapports patrimoniaux conjugaux.

Après avoir mis en évidence les tendances relatives à l'aménagement conventionnel des obligations légales dans un contexte conjugal, il convient de s'attarder sur l'aménagement conventionnel dans l'ordre des relations parentales.

## *Section 2. Les degrés de l'aménagement conventionnel dans les relations parentales*

**123. — Le lien parental, entre protection et disponibilité.** Traditionnellement, en matière d'autorité parentale, la tendance est à une méfiance à l'égard du contrat. Celle-ci transparaît indubitablement dans l'interdiction formulée par l'article 1388 du Code civil<sup>578</sup>. La prohibition est reprise et généralisée par l'article 376<sup>579</sup>. Pourtant, pas moins que les relations entre époux, les relations entre les parents ne sont pas hermétiques au contrat. Nul ne contestera le continuum qui

<sup>578</sup> « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle ».

<sup>579</sup> « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement ».

existe entre l'essor de l'égalité entre les parents – marquée par la loi du 4 juin 1970 – et l'essor du contrat en matière d'autorité parentale<sup>580</sup>. En consacrant l'égalité, l'on ouvrait la porte à la recherche du consensus entre parents. Avec la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, la relation parentale fait un pas supplémentaire vers l'organisation conventionnelle et, donc, le contrat. Cette loi marque la bascule du droit de l'autorité parentale – en ce qui concerne son exercice – du domaine de l'indisponibilité à celui d'une disponibilité régulée<sup>581</sup>. On a ainsi pu affirmer que la « première règle de détermination des modalités de l'exercice de l'autorité parentale est l'accord des parents »<sup>582</sup>. Cette tendance a abouti à la reconnaissance d'une liberté contractuelle des parents quant à l'exercice de l'autorité parentale. L'article 373-2-7 du Code civil en est le fondement. Si les conventions parentales interviennent habituellement entre parents séparés, la disposition ne se restreint pas uniquement à une telle hypothèse et peut tout à fait concerner des parents non séparés<sup>583</sup>. Cette contractualisation de l'autorité parentale a conduit la doctrine à distinguer entre la parenté et la parentalité aboutissant à un savant équilibre<sup>584</sup>. L'indisponibilité de l'autorité parentale se rattacherait à la parenté, tandis que la parentalité serait le siège d'une disponibilité régulée. Bien qu'il soit à nuancer, ce constat est, du reste, valable entre les parents : que ces derniers ne puissent ni renoncer ni céder leur autorité parentale se justifie, en principe, par l'indisponibilité de la parenté, du moins une fois établie. Que, de l'autre, il leur soit permis d'aménager par contrat les modalités d'exercice de ladite autorité parentale est, cette fois, justifié par la disponibilité inhérente à la parentalité, au lien parental. Cette disponibilité autorise une organisation contractuelle des modalités de l'autorité parentale entre les parents sur le fondement de la coparentalité : c'est l'aménagement au minimum de l'autorité parentale. Au minimum, puisque selon une tendance plus exceptionnelle, la disponibilité du lien parental permet, par dérogation à la coparentalité, un partage de l'autorité parentale avec un tiers. Il s'agit de l'hypothèse de la délégation-partage de l'autorité parentale. Consacrée à l'occasion de la refonte des mécanismes de délégation de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, la délégation-partage de l'autorité parentale a un temps semblé répondre

---

<sup>580</sup> V. LEROYER (A.-M.), « Autorité parentale et contrat », préc., p. 154 ; ROUJOU DE BOUDÉE (I.), « L'accord parental », *RRJ* 1999, p. 319.

<sup>581</sup> V. C. civ., art. 373-2-7 : « Les parents 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 la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

<sup>582</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), « Le lien parental », *LPA* 1<sup>er</sup> juill. 2004, p. 70.

<sup>583</sup> L'article 373-2-7 est prévu dans la section relative à l'exercice de l'autorité parentale et au paragraphe concernant les hypothèses d'intervention du juge aux affaires familiales.

<sup>584</sup> V. FULCHIRON (H.), dir., *Mariage-Conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 109 s. ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1305 s. La première est de l'ordre des structures familiales puisqu'elle met en cause l'état civil de l'enfant, son rattachement à ses parents. À l'inverse, la parentalité concerne les relations entre l'enfant et ses parents – plus largement, sa famille. Elle « désigne une fonction factuelle [de prise en charge et de protection de l'enfant] qui peut largement être exercée par d'autres personnes que les parents », v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1306

aux vœux de la doctrine et de la pratique d'un développement des pactes de famille relatifs à l'autorité parentale<sup>585</sup>, c'est l'aménagement conventionnel au maximum de l'autorité parentale.

**124.** — Ainsi, les tendances relatives à l'aménagement conventionnel de la parentalité sont susceptibles d'une approche graduelle. À l'analyse de l'influence ordinaire du contrat sur l'organisation du lien parental à travers les conventions d'autorité parentale (§ I), succédera l'étude de l'influence exceptionnelle, la délégation-partage de l'autorité parentale (§ II).

### § I. L'influence ordinaire du contrat sur le lien parental

**125.** — **Le principe d'organisation conventionnelle de l'autorité parentale.** Si comme nous le démontrerons, il est possible de soutenir une influence du contrat quant à l'attribution de l'autorité parentale, en ce qu'il contribue désormais à l'établissement du lien de filiation<sup>586</sup>, le contrat exerce également une influence sur l'exercice de cette autorité. À la différence de la première, cette dernière influence ne fait, toutefois, l'objet d'aucune controverse. L'avènement d'un droit familial consensuel<sup>587</sup> en a fait une idée communément admise de tous. La recherche de l'accord parental innerve le droit de l'autorité parentale à tel point que le droit lui-même fait preuve de dynamisme dans la recherche de l'accord parental. Ainsi, en cas de désaccord entre les parents, la loi confère au juge aux affaires familiales une mission de conciliation et des pouvoirs étendus en matière d'initiative ou d'injonction de médiation<sup>588</sup>. Plus encore, lorsque l'échec du consensus ne fait aucun doute, le juge aux affaires familiales amené à se prononcer sur les modalités de l'autorité parentale doit prendre en compte, à titre principal, les pratiques communes et accords qui ont eu cours entre les parents<sup>589</sup>. Comme on a pu le faire remarquer, le droit de l'autorité parentale est à « l'avant-garde »<sup>590</sup> du phénomène d'organisation consensuelle de la famille. Sans l'explicitier, il fait de l'accord parental une nécessité<sup>591</sup>. Cette tendance conventionnelle se confirme par le principe, implicite, de l'organisation conventionnelle qui figure à l'article 373-2-7.

La liberté qu'octroie cette disposition aux parents se rapproche nettement de la liberté des époux en matière de régimes matrimoniaux : par analogie, la loi ne régit l'association parentale qu'à défaut

<sup>585</sup> V. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), dir., *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1999, p. 90 s. ; LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1091 s. ; *id.* « Autorité parentale et contrat », *préc.*, p. 161 s.

<sup>586</sup> V. *infra*, n° 327 s.

<sup>587</sup> V. ÉGÉA (V.), *th. préc.*, n° 41 s.

<sup>588</sup> V. C. civ., art. 373-2-10.

<sup>589</sup> C. civ., art. 373-2-11.

<sup>590</sup> ÉGÉA (V.), *th. préc.*, n° 58.

<sup>591</sup> Pour un point de vue critique, v. GAREIL (L.), *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2004, n° 48 s.

de conventions sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant que peuvent faire les parents comme ils le jugent à propos. Comme en matière matrimoniale, tout n'est pas permis. À la limite des bonnes mœurs et de l'impérativité de certaines dispositions matrimoniales correspond la boussole de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est en contemplation de cet intérêt que le juge homologue ou non la convention conclue par les parents. En déterminant ainsi l'étendue du contrôle du juge, le législateur confère à sa mission d'homologation une certaine souplesse. Il n'est pas contestable que la fonction judiciaire d'homologation poursuive « une évidente finalité protectrice »<sup>592</sup> de l'enfant. Encore faut-il garder à l'esprit que l'objectif de l'homologation judiciaire est moins « de limiter le libre concours des aspirations individuelles que de les placer sous un contrôle plus ou moins institutionnalisé »<sup>593</sup>. Ainsi, l'homologation, en tant qu' « étape entre le dirigisme familial et la déréglementation »<sup>594</sup>, n'est qu'une limite indirecte à une « aire de véritable création et de liberté »<sup>595</sup>.

Une telle limite indirecte pourrait d'ailleurs être concurrencée par la valorisation constante de l'acte d'avocat en matière familiale<sup>596</sup>. Conformément à l'article 1568 du Code de procédure civile, « lorsque l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative prend la forme d'un acte contresigné par les avocats de chacune des parties, cet acte peut être revêtu, à la demande d'une partie, de la formule exécutoire » ; la formule étant apposée par le greffe de la juridiction compétente. En matière d'autorité parentale, l'accord parental issu d'une médiation entre les parents pourra ainsi être revêtu de la formule exécutoire en contournant la nécessité d'une homologation judiciaire prévue à l'article 373-2-7 ; rien ne justifie d'exclure l'accord sur les modalités de l'autorité parentale du domaine du livre V du Code de procédure civile relatif à la résolution amiable des différends et donc du domaine des articles 1568 à 1571 relatifs à l'apposition de la formule exécutoire par le greffe. Cette assertion est confirmée par la réforme opérée par le décret n° 2023-25 du 23 janvier 2023<sup>597</sup> : afin de permettre la circulation dans l'espace européen de l'acte d'avocat revêtu de la formule exécutoire en matière d'autorité parentale, l'article 1568-1 du Code de procédure civile prévoit que « lorsque l'accord porte sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il est fait mention dans l'acte de ce que le mineur capable

<sup>592</sup> ÉGÉA (V.), th. préc., n° 214.

<sup>593</sup> LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217, spéc., n° 1.

<sup>594</sup> HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le directionnel*, Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), dir., Economica, 2001, p. 114 s., spéc., p. 116.

<sup>595</sup> HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », préc., p. 115.

<sup>596</sup> Sur lequel v. le dossier « L'acte d'avocat », *AJ fam.* 2011, p. 288 s.

<sup>597</sup> Décret n° 2023-25 du 23 janvier 2023 pris pour l'application de règlements européens en matière familiale, d'obtention des preuves et de signification ou notification des actes et portant diverses dispositions relatives au divorce, aux sûretés et à la légalisation et l'apostille.

de discernement a été avisé de son droit à être entendu et, le cas échéant, qu'il n'a pas souhaité faire usage de cette faculté. À défaut, le greffier rejette la demande ». On peut donc considérer que, désormais, deux systèmes cohabitent : soit, les parents s'accordent, en dehors de toute procédure amiable, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, auquel cas l'accord doit être soumis à l'homologation, comme le prescrit l'article 373-3-7 du Code civil. Soit, l'accord parental est issu d'une procédure amiable (le plus souvent une médiation) et prend la forme d'un acte contresigné par les avocats de chaque parent : dès lors, les parties pourront solliciter l'apposition de la formule exécutoire suivant les conditions des articles 1568 et suivants du Code de procédure civile, ceci les dispensant de l'homologation judiciaire. Dans ce dernier système, proche d'un droit spécial de la convention de l'autorité parentale, la charge de veiller à une préservation suffisante de l'intérêt de l'enfant sera assumée par les avocats respectifs des parents. Comme on a pu le noter, il semble que le législateur a « voulu créer une alternative à l'homologation judiciaire lorsque l'accord de règlement amiable des parties est constaté dans un acte d'avocats. En effet, ce sont les avocats qui, dans ce cadre, ont la tâche de conseiller les parents afin qu'ils préservent au mieux l'intérêt de l'enfant »<sup>598</sup>.

**126. — La souplesse de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant.** La limite directe à la liberté parentale est formulée à l'article 376 du Code civil. En dehors de la cession et de la renonciation portant sur l'autorité parentale, les parents peuvent convenir de toutes les modalités relatives à l'organisation de la vie de l'enfant, dès lors que leur convention ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant. Or, c'est précisément cette notion-cadre de l'intérêt de l'enfant<sup>599</sup> qui confère à la liberté conventionnelle des parents, quant à l'organisation de leur parentalité, une large étendue. Essentiellement variable<sup>600</sup>, la notion d'intérêt de l'enfant permet au droit et au juge de s'adapter à la pluralité des situations familiales<sup>601</sup>. De cette façon, en dehors de ces grandes orientations<sup>602</sup>, l'intérêt de l'enfant ne peut s'apprécier qu'à l'aune des choix de vie des parents.

<sup>598</sup> LECLERE (K.), « Champ d'application de la formule exécutoire apposée par le greffe », *AJ fam.* 2023, p. 268. Comp. MOUTARDIER (H.), « Un nouveau titre exécutoire en matière familiale », *AJ fam.* 2022, p. 84 ; AVENA-ROBARDET (V.), « Des réformes à venir, des réformes à parfaire », *AJ fam.* 2023, p. 65.

<sup>599</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1045 s.

<sup>600</sup> Sur l'intérêt de l'enfant, v. DONNIER (M.), « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, p. 179 ; RENCHON (J.-L.) « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? » *LPA* 7 oct. 2010, p. 29 ; BRUNETTI-PONS (C.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, p. 4405 ; GOUTTENOIRE (A.), « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de la Professeure Dekeuwer-Défossez*, Montchrestion-Lextenso, 2012, p. 147 s. ; Sur les notions à contenu variable, v. CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, PERELMAN (C.) ET VANDER ELST (R.), dir., Bruxelles, 1984, p. 99 s. ; FRÉMAUX (S.), « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ* 1998/3, p. 865 s.

<sup>601</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1046.

<sup>602</sup> Notamment l'intérêt à entretenir des relations avec les deux parents et les proches, à être à l'abri des conflits parentaux, à connaître ses origines et son ascendance..., v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 165.

**127. — L'organisation conventionnelle de la vie de l'enfant.** Selon une approche synthétique, la convention d'autorité parentale, comme le contrat de mariage, ne peut se réduire à une prestation caractéristique unique. Une telle convention comporte à la fois des aspects d'un contrat d'éducation, d'un contrat de représentation ou encore d'un contrat d'organisation de la vie d'autrui. De même que le contrat d'éducation, par lequel les parents peuvent confier l'éducation de leur enfant à un tiers précepteur, plusieurs qualifications (et, par conséquent, classifications) sont possibles sans pour autant que l'une d'entre elles l'emporte irrémédiablement de façon à supplanter toutes les autres. Nous ne résistons pas à la tentation de reprendre à notre compte, pour ce qui est de la convention d'autorité parentale, les interrogations alors formulées par Carbonnier à propos du contrat d'éducation<sup>603</sup> : est-il assimilable au louage de services (compte tenu des actes matériels qu'il implique) ? Au mandat (la présence d'actes juridiques justifierait cela) ? Ou encore au contrat d'entreprise ? C'est sans doute du mandat que se rapproche le plus la convention d'autorité parentale. Elle s'éloigne du louage de services ou du contrat d'entreprise, puisque, d'une part, l'autorité parentale est un droit que chaque parent tient de la loi et, d'autre part, l'éducation effective de l'enfant par l'un des parents, en cas de séparation des enfants, ne fait pas l'objet d'une contrepartie convenue au sens de l'article 1710 du Code civil, pas plus que saurait y être assimilée la contribution du parent non-hébergeur, qui est une obligation légale. Du reste, la convention d'autorité parentale pourrait se rapprocher du mandat : quoique l'autorité parentale s'exerce en commun, même en cas de séparation des parents, la convention qui fixe la résidence habituelle de l'enfant chez l'un des parents et accorde un droit de visite et d'hébergement à l'autre n'en comporte pas moins un mandat tacite portant sur l'éducation quotidienne de l'enfant. Cette fixation conventionnelle n'est pas sans incidence juridique puisque l'on rappelle, par exemple, que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « la responsabilité de plein droit prévue par l'article 1242, al. 4, incombe au seul parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant a été fixée, quand bien même l'autre parent, bénéficiaire d'un droit de visite et d'hébergement, exercerait conjointement l'autorité parentale »<sup>604</sup>. Autrement dit, la volonté des parents est à même de modifier le contenu de la règle générale des parents du fait de leur enfant mineur, en ce qu'elle détermine la condition de la cohabitation de l'article 1242, alinéa 4°. Ainsi, en fixant la résidence de l'enfant chez l'un des parents, l'accord parental transfère, en quelque sorte, au parent hébergeur, l'entier pouvoir de surveillance et de contrôle de l'éducation de l'enfant. À la différence du mandat, toutefois, le parent

<sup>603</sup> V. CARBONNIER (J.), obs. sous Tribunal civil de Lille du 21 juin 1950, *JCP G*, 1951, II, 6439.

<sup>604</sup> Crim. 6 nov. 2012, n° 11-86.857, *D.* 2012, p. 2658, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2012, p. 613, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2012, p. 106, obs. J. HAUSER – *adde* Crim. 29 avr. 2014, n° 13-83.207, *D.* 2014, p. 1620, obs. L. PERDRIX ; *RTD civ.* 2013, p. 639, obs. J. HAUSER.

qui exerce concrètement l'autorité parentale ne tient pas ses pouvoirs de l'autre parent, mais de la loi et agit en son propre nom.

On le voit, toute appréhension globale de la convention d'autorité parentale, selon les qualifications connues du droit des contrats, est nécessairement complexe. Une solution serait alors d'affirmer comme Monsieur Terré, toujours à propos du contrat d'éducation, que le contrat d'autorité parentale constitue un contrat innommé qui rejette les qualifications proposées<sup>605</sup>. Il est, plus simplement, un contrat d'organisation de la vie d'autrui, comme le prouvent ses diverses clauses.

**128. — La diversité des clauses de la convention d'autorité parentale.** Ainsi, la convention parentale peut contenir les clauses usuelles relatives à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ou les clauses relatives à la résidence de l'enfant. Ces dernières pouvant être assorties d'une clause de proximité restreignant les parents à un voisinage géographique en cas de choix d'une résidence alternée. Il faudra, alors, veiller à ne pas porter atteinte aux libertés individuelles des parents, notamment la liberté de mouvement et la liberté du choix de domicile, composantes de la vie privée<sup>606</sup>.

Outre ces clauses habituelles, les parents peuvent s'accorder sur tout, ou presque, des circonstances relatives à l'organisation de la vie de l'enfant. La convention pourra ainsi contenir des clauses relatives à la scolarité ; au suivi médical de l'enfant ; aux loisirs ; aux vacances ; à la pratique religieuse<sup>607</sup>, culturelle et sportive. Par exemple, la direction de l'instruction de l'enfant appartenant aux parents, ces derniers pourraient en préciser les modalités dans la convention<sup>608</sup>. La clause pourrait préciser la nature de l'enseignement, privé ou public ; ou, en lien avec la pratique religieuse ou culturelle de l'enfant, le caractère confessionnel ou laïc de l'école. Par ailleurs, rien n'empêche que le contrat parental fixe un âge à partir duquel l'enfant pourrait être associé à certains choix parentaux. Le droit prévoit, lui-même, que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »<sup>609</sup>. Dès lors, rien ne s'oppose à inclure dans la convention parentale une clause de renégociation de l'accord en raison du changement de

<sup>605</sup> V. TERRÉ (FR.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, n° 616.

<sup>606</sup> V. FAVOREU (L.), DUFFY-MEUNIER (A.), FASSASSI (I.), GAÏA (P.), LE BOT (O.), PECH (L.), PENA (A.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droits et libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz, n° 211 s. et 652 s.

<sup>607</sup> L'enfant étant titulaire d'une liberté religieuse, sur cette question v. RAMACIOTTI (S.), *Laïcité et droit privé*, préf. L. GANNAGÉ, Dalloz, 2022, n° 109 s.

<sup>608</sup> Par exemple, la proposition de loi n° 1856 et n° 1925 du 27 juin 2014 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant tentait d'inscrire dans le Code de l'éducation un article relatif à l'organisation scolaire de l'enfant (v. art. 7 bis A de la proposition).

<sup>609</sup> C. civ., art. 371-1.

circonstances dû à un changement d'âge de l'enfant. Une telle clause s'assimile aux clauses de *hardship* du droit des contrats qui permettent à « l'une des parties d'exiger de l'autre la renégociation de leur accord à exécution successive »<sup>610</sup>, comme l'est un contrat d'autorité parentale.

De la même manière, les relations de l'enfant avec ses proches peuvent faire l'objet d'une contractualisation. La convention peut ainsi comporter des clauses relatives aux communications de l'enfant avec chacun des deux parents, mais aussi avec ses ascendants ou des membres de sa famille, voire des tiers. Si l'article 371-4 précise que le juge peut fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, rien ne dit que ces relations ne puissent faire l'objet d'un accord entre les parents, dès lors que celui-ci ne couve pas une cession des droits relatifs à l'autorité parentale et est conforme à l'intérêt de l'enfant, il devrait pouvoir franchir l'obstacle de l'homologation judiciaire.

**129. — Conclusion de paragraphe.** En résumé, il est permis au parent de contractualiser, à peu près, tous les éléments de la vie de l'enfant visant à lui assurer une éducation, à permettre son développement et à le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité<sup>611</sup>. Bien évidemment, le contenu de la convention ne devra pas porter atteinte à l'intérêt de l'enfant : c'est l'objet du contrôle du juge homologateur en droit de l'autorité parentale. Sur ce point, ce formalisme limitant est à mettre en relation avec la rareté pratique des refus d'homologation. Celle-ci a même conduit le législateur à assouplir la procédure d'homologation ; la comparution devant le magistrat n'est plus nécessaire<sup>612</sup>. À cela, il faut ajouter que dans le cas de parents divorcés, la convention parentale sera comprise dans le « contrat de divorce ». Un tel accord échappe, par la force des choses, à l'autorité du juge aux affaires familiales et bénéficie, par ricochet, de la force exécutoire de la convention de divorce<sup>613</sup>. La protection de l'intérêt de l'enfant en ressort quelque peu affaiblie puisqu'à l'inverse du juge du divorce<sup>614</sup>, le notaire n'a pas pour mission de vérifier que la convention préserve suffisamment l'intérêt des enfants, pas plus que celui des époux. Il appartiendra, alors, aux avocats respectifs des parties de veiller à la préservation suffisante de l'intérêt des enfants. Du reste, ce rôle ne leur est pas étranger puisqu'ils participent souvent à la rédaction d'accords parents soumis à l'homologation.

<sup>610</sup> V. DROSS (W.), v<sup>o</sup> « Hardship », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 353 s.

<sup>611</sup> C. civ., art. 371-1.

<sup>612</sup> Décret n° 2016-1906 du 28 déc. 2016 ; v. à ce propos ÉGÉA (V.), « Chronique de droit procédural de la famille (juill. 2016 – janv. 2017) », *Dr. fam.* 2017, chron. 1, spéc., n<sup>os</sup> 28 et 29.

<sup>613</sup> L'article 373-2-13 semble confirmer cette lecture puisqu'il prévoit les cas de modification, par le juge et *a posteriori*, de la convention parentale comprise dans la convention de divorce.

<sup>614</sup> C. civ., art. 232.

Ainsi, à un degré minimum, le contrat permet aux parents non seulement d'organiser leurs relations avec leur enfant, mais encore la vie de ce dernier. Ce n'est là qu'une conséquence du principe de coparentalité. À un degré supérieur, le contrat autorise les parents à rompre avec un tel principe.

## § II. L'influence exceptionnelle du contrat sur le lien parental

**130.** — De manière exceptionnelle, l'accord parental permet de fonder le partage de parentalité avec un tiers : c'est l'hypothèse de la délégation-partage de l'autorité parentale. Prévues au titre d'une délégation classique de l'autorité parentale, la délégation-partage s'en distingue pourtant par sa finalité consensuelle (A) comme en attestent les quelques illustrations pratiques dudit mécanisme qui ont paru, un temps, lui conférer une véritable autonomie (B).

### A. La délégation-partage de l'autorité parentale

**131.** — Une **modalité consensuelle**. D'un point de vue tout à fait général, la délégation de l'autorité parentale est une incidence de la nature de droit-fonction de l'autorité parentale. En effet, il s'agit d'une « fonction qui investit les parents d'un ensemble de missions »<sup>615</sup> ayant pour finalité la satisfaction de l'intérêt de l'enfant. Ce « pédocentrisme »<sup>616</sup> justifie, parfois, de déroger aux règles traditionnelles de l'autorité parentale et, notamment, à son principe d'indisponibilité. C'est à ce titre que la délégation-partage figure, aux côtés des délégations volontaire et forcée, au rang des modalités dérogatoires d'exercice de l'autorité parentale. Ces trois formes de délégation sont le plus souvent amalgamées en raison du peu de clarté des dispositions des articles 377 et suivants du Code civil. En réalité, il serait plus juste de distinguer, au titre des modes d'exercice dérogatoire de l'autorité parentale, la délégation volontaire et la délégation forcée de la délégation-partage, ceci en raison de leur finalité respective. Lorsqu'elle est volontaire ou forcée, la délégation s'apparente à une mesure de crise. Il s'agit, soit de pallier la crise due aux « circonstances » qui affectent les parents, comme le prévoit l'article 377, al. 1<sup>er</sup> ; soit de remédier à une crise plus sévère due au « désintérêt manifeste » ou à « l'impossibilité parentale d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale », au sens du deuxième alinéa de la même disposition. À l'opposé, la délégation-partage vise l'aménagement consensuel de l'exercice de l'autorité parentale « pour les besoins de l'enfant », certes toujours sous l'autorité du juge. En ce sens, le partage ne peut intervenir sans l'accord « des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale »<sup>617</sup>.

<sup>615</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 801.

<sup>616</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1487.

<sup>617</sup> C. civ., art. 377-1, al. 2°.

En s'éloignant tant soit peu de l'analyse traditionnelle, il est permis de soutenir qu'en exigeant de la sorte l'accord des parents et du tiers délégataire, la loi fait reposer la décision du juge sur un véritable pacte de famille non dit. Autrement, comment nommer, dans le cadre d'une famille recomposée, l'accord du parent non recomposant pour le partage de l'exercice de l'autorité parentale au profit du beau-parent ? Le droit français n'est, à ce titre, pas très éloigné du droit anglais qui, par le *Children Act* 1989<sup>618</sup>, confère « plus de liberté aux parents dans la gestion de leurs problèmes post-divorce, notamment en ce qui concerne leurs enfants. Cette grande liberté permet de régler par des accords privés (...) la place à conférer au beau-parent de l'enfant. Les choix faits par les parents doivent être respectés par les juges (...). Ainsi, lorsque les parents concluent un accord visant à conférer certaines prérogatives au beau-parent, cette volonté ne doit pas être remise en cause par le juge »<sup>619</sup>. Si un tel pacte explicite encourt la nullité en droit français sur le fondement de l'article 376 du Code civil, il n'en demeure pas moins qu'il est tenu pour tacite, sous réserve de l'autorisation judiciaire. En un mot, c'est bien un pacte de famille inexprimé qui se trouve au fondement de la délégation-partage. Il ne bénéficie de la reconnaissance juridique qu'au prix d'une validation judiciaire, seule garante de l'intérêt de l'enfant.

Une réflexion sur les effets de chaque mécanisme finit de convaincre de ce qui vient d'être énoncé. Parce qu'elles se caractérisent par une nature protectrice<sup>620</sup>, les délégations volontaire et forcée emportent un transfert – total ou partiel, selon les cas – de l'exercice de l'autorité parentale<sup>621</sup>. Autrement dit, une fois la délégation prononcée par le juge, les parents perdent, totalement ou partiellement, la faculté d'exercer l'autorité parentale dont ils ont été investis au profit du tiers délégataire. À rebours, l'hypothèse d'une délégation-partage n'occasionne aucun transfert de l'exercice de l'autorité parentale. Puisqu'elle se limite à un simple partage, la délégation-partage ne dépossède pas les parents de l'exercice de leur fonction d'autorité parentale. Elle met simplement en place un exercice concurrent, consensuel, entre les parents et le tiers délégataire<sup>622</sup>. Ce tiers délégataire se trouve associé à l'exercice de l'autorité parentale au point de bénéficier de la présomption prévue à l'article 372-2 du Code civil s'agissant des actes usuels de l'autorité parentale. Cette recherche d'une organisation consensuelle de la relation parentale, motrice de la délégation-partage, explique, en partie, l'utilisation pratique qui a été faite de ce mécanisme.

<sup>618</sup> V. *Children Act* 1989, section 4A *Acquisition of parental responsibility by step-parent*.

<sup>619</sup> LESTIENNE-SAUVÉ (L.), *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, préf. G. CHAMPENOIS, LGDJ, 2013, n° 82.

<sup>620</sup> V. ÉGÉA (V.), th. préc., n° 492 s.

<sup>621</sup> C'est la définition même de la délégation que d'être une opération par laquelle le titulaire d'une fonction en transfère l'exercice à une autre personne, v. CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Délégation ».

<sup>622</sup> Dans le même sens, v. GAREIL (L.), *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2004, n° 587 ; LESTIENNE-SAUVÉ (L.), th. préc., n° 94.

### ***B. L'évolution du régime de la délégation-partage***

**132. — Un espoir douché.** Si la délégation-partage a été conçue comme un instrument de valorisation du statut du tiers dans les relations parentales – en particulier les grands-parents et les beaux-parents – c'est à partir de la parenté homosexuelle que son régime s'est précisé en jurisprudence. En la matière, la Cour de cassation a été l'alpha et l'oméga en favorisant, dans un premier temps, l'autonomie du partage de l'autorité parentale (1) avant, dans un second temps, d'en sonner le glas (2). Sans doute faut-il préciser que l'ouverture du mariage et de l'adoption et de la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe affaiblissent quelque peu la portée des décisions rendues à propos de la délégation-partage de l'autorité parentale. Plus vraisemblablement, ces réformes permettent de recentrer les débats autour de la place du tiers dans le droit de l'autorité parentale, les beaux-parents, hétérosexuels ou homosexuels en particulier.

#### **1. La construction d'une jurisprudence autonomiste**

**133. — La tentation de la séparation entre la délégation choisie et la délégation subie.** La délégation-partage de l'autorité parentale se distingue des délégations volontaire et forcée par sa finalité consensuelle. Pourtant en liant ce mécanisme aux deux formes de « délégations-remèdes », le législateur de 2002 a pris le risque de limiter les possibilités que peut offrir un tel instrument, notamment en ce qui concerne le statut du tiers beau-parent en matière d'autorité parentale. Sont au cœur du problème les liens entre la délégation volontaire et la délégation-partage : la seconde est-elle une particularité d'exécution de la première ou obéit-elle à ses propres critères ?

À supposer vrai la première option, la délégation-partage ne pourrait être sollicitée qu'en cas de circonstances exceptionnelles et uniquement pour les besoins d'éducation de l'enfant. En d'autres termes, le partage ne serait qu'un effet possible de la délégation volontaire et non une délégation à part entière. C'est l'interprétation qu'a adoptée le Tribunal de grande instance de Paris lorsqu'il considéra que « les dispositions de l'article 377, alinéa 1, emportent délégation de l'autorité, et non un exercice conjoint de celle-ci entre le délégant et le délégataire, et que la possibilité de partage de l'autorité parentale prévue par l'article 377-1, alinéa 2, du Code civil ne vise que les besoins d'éducation de l'enfant »<sup>623</sup>. Raisonner de la sorte c'était ruiner l'objectif du législateur d'offrir au beau-parent les « instruments juridiques qui lui permettraient d'exercer en droit la fonction qu'il

---

<sup>623</sup> TGI Paris, 2 juill. 2004, n° 04/33358, *AJ fam.* 2004, p. 361, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2005, p. 116, obs. J. HAUSER ; *adde* TGI Paris, 2 avril 2004, n° 03/41602, *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. Fr. CHÉNEDÉ. Comp. TGI Nice : 08 juill. 2003, n° 03/00318 ; 7 avril 2004, n° 03/06009 ; 30 juin 2004, n° 03/06007, *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. Fr. CHÉNEDÉ.

assume en fait »<sup>624</sup>. Il serait en effet étrange pour un parent de solliciter la délégation au profit du beau-parent de l'enfant dans le but d'être *remplacé* et non pas *assisté* par le tiers beau-parent dans l'exercice de l'autorité parentale. Si un tel constat plaide pour l'autonomie du partage de l'autorité parentale à l'égard de la délégation volontaire, elle implique de voir dans le critère des « besoins d'éducation de l'enfant » une condition du partage et non pas un critère de délimitation du domaine de celui-ci<sup>625</sup>.

**134. — L'appui prétorien : les conditions de la délégation-partage.** Une première de clarification intervint par l'arrêt du 24 février 2006 de la Cour de cassation. Dans un attendu de principe, la haute juridiction déclare que : « l'article 377, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>626</sup>. Quand bien même l'arrêt ne se prononce principalement que sur le cas du partage d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel, l'interprétation des textes qui en est ressortie avait vocation à intéresser l'ensemble des hypothèses de partage de l'autorité parentale. L'attendu de principe pose clairement trois conditions de la délégation partage : la stabilité et continuité de l'union entre le parent délégant et le tiers délégataire ; l'exigence due aux circonstances ; la conformité à l'intérêt de l'enfant.

La condition du respect de l'intérêt de l'enfant appelle le moins de développement en ce qu'elle est désormais classique dans les procédures et décisions qui concernent la personne de l'enfant. À tout le moins peut-on préciser qu'il s'agit d'une reformulation de la condition des « besoins d'éducation de l'enfant » figurant à l'article 377-1 du Code.

Vient ensuite la condition de la stabilité et de continuité de l'union entre le tiers beau-parent et le parent délégant. Du point de vue du seul couple homosexuel, la condition d'une union stable et continue doit être resituée dans un contexte historique. On rappelle, à cet effet, que les couples de personnes de même sexe ne disposaient pas de la faculté de se marier. Seuls leur étaient permis le PACS et le concubinage qui se caractérisent, surtout pour le dernier, par une vie commune stable et continue. En visant le concubinage, la Cour de cassation avait alors pour objectif d'embrasser le plus largement possible les hypothèses de famille homosexuelle. Si la stabilité et la continuité

<sup>624</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, p. 1330.

<sup>625</sup> Dans le même sens, CHÉNEDÉ (Fr.), « Délégation d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *AJ. Fam.* 2004, p. 361.

<sup>626</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 2006, n° 04-17.090 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT ; *D.* 2006, p. 897, obs. D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2006, p. 159, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *D.* 2006. 1139, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.*, p. 876, obs. H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER.

relèvent d'une appréciation factuelle en ce qui concerne le concubinage, elle est à l'évidence présumée dans le PACS qui impose aux partenaires une obligation de vie commune. Aussi, à l'aune de la décision du 24 février 2006, la première condition posée par la Cour de cassation est-elle, *a priori*, satisfaite en présence d'un couple de partenaires homosexuels. Le constat vaut autant pour le tiers beau-parent hétérosexuel, qu'il soit pacsé ou en concubinage avec le parent recomposant.

Enfin et surtout, la condition des circonstances qui « exigent » la mesure. Au premier regard, la Cour de cassation ne semble pas se désolidariser de la position susmentionnée des juges du fond. Comme l'a relevé Monsieur Murat, en « admettant que le juge doit caractériser que “les circonstances l'exigent” », la Cour de cassation soumet la délégation-partage aux conditions de droit commun de toute délégation volontaire »<sup>627</sup>. Mais à y bien observer ce rattachement n'efface pas toute l'idiosyncrasie de la délégation-partage de l'autorité parentale. D'abord, la Cour de cassation ne se limite pas à la condition posée par l'article 377, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil. Puis, l'interprétation que fait la Cour de son propre critère introduit une nuance dans l'affirmation d'un rattachement pur et simple à la délégation volontaire classique. En effet, la Cour approuve les juges du fond d'avoir considéré qu'il était dans l'intérêt des deux filles, de l'espèce, de prononcer le partage de l'autorité parentale aux motifs que ces dernières « étaient décrites comme des enfants épanouies, équilibrées et heureuses, bénéficiant de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement, que la relation unissant [les deux femmes] était stable depuis de nombreuses années et considérée comme harmonieuse et fondée sur un respect de leur rôle auprès des enfants et que l'absence de filiation paternelle laissait craindre qu'en cas d'évènement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté [le beau-parent] ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux [des enfants] ».

**135. — L'appréciation souple.** L'appréciation des circonstances qui « exigent » le partage de l'exercice de l'autorité parentale se révèle particulièrement souple. À l'inverse de la délégation volontaire classique, il ne s'agit pas de pallier une carence passagère, mais réelle, de l'un ou des parents. Les hauts magistrats approuvent, ici, le caractère hypothétique de la carence. Là se situe, selon nous, une différence de degré entre la délégation volontaire et la délégation-partage. Ainsi, dans l'hypothèse d'une délégation-partage, il ne s'agit pas pour le juge de vérifier l'impossibilité temporaire du ou des parents d'exercer leur autorité parentale. « Poser comme condition de la

---

<sup>627</sup> MURAT (P.), « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2006, comm. 89.

délégation volontaire que les circonstances l'exigent n'a pas de signification particulière, sinon celle d'obliger les juges du fond à caractériser des éléments de faits à l'appui de leur décision (...). [Étant précisé que les] circonstances ouvrant droit à la délégation ne peuvent s'apprécier indépendamment de l'intérêt de l'enfant : elles doivent impérativement s'avérer conforme à celui-ci »<sup>628</sup>. Dans une famille recomposée, l'appréciation des circonstances se fera nécessairement au regard de la vie familiale effective, c'est-à-dire de la relation entre le tiers beau-parent et les enfants. Celle-ci devra, comme l'union entre le parent délégant et le beau-parent délégataire, revêtir un caractère stable et continu. D'une certaine manière, le partage pourra être prononcé, dans l'intérêt de l'enfant, lorsque le tiers beau-parent assume *in loco parentis* la fonction de protection, de prise en charge et d'éducation au quotidien de l'enfant. Autrement dit, lorsqu'il assure la parentalité à l'égard de l'enfant. Rien ne s'oppose à y voir une circonstance suffisante, au sens du critère posé par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 février 2006. C'est du reste la voie qui, le plus souvent, a été retenue par les juridictions du fond<sup>629</sup>.

Finalement, la décision de principe de la Cour de cassation, par ses conséquences, a été interprétée comme une bénédiction juridique des familles homoparentales<sup>630</sup>. Dans une famille homoparentale, « le fait que les deux partenaires [ou concubins] vivent ensemble et s'occupent conjointement de l'enfant [suffit] à autoriser la délégation-partage d'autorité parentale »<sup>631</sup>. Mais rien ne permet de dire que ce contrôle des circonstances particulières se limite à la seule famille homoparentale, bien au contraire ! Faut-il rappeler que le système de l'article 377-1 du Code civil « n'est pas [fait] seulement pour les couples de même sexe, mais [qu'il] a été conçu pour traiter un problème essentiel du droit contemporain de la famille »<sup>632</sup> : celui des familles recomposées. À l'évidence, la situation des familles homoparentales permet un contrôle plus complaisant des circonstances particulières, justifiant la délégation-partage, que l'hypothèse des familles recomposées. Dans un cas, le parent délégant est, généralement, le seul parent de l'enfant, la filiation de l'enfant n'étant établie qu'à son égard. À l'inverse, la recombinaison familiale classique suppose l'accord des deux parents, ce qui implique que le parent non recomposant, mais qui exerce toujours

<sup>628</sup> MURAT (P.), « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », art. préc.

<sup>629</sup> V. par ex. le cas d'une délégation-partage croisée entre deux femmes, TGI Lille, 11 déc. 2007, n° 06/05918, *D.* 2008, 292, *AJfam.* 2008, p. 119, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2008, p. 290, obs. J. HAUSER – dans le cas d'un couple d'hommes qui vivent ensemble et « élèvent, de fait, l'enfant » : TGI Grenoble, 28 janvier 2008, n° 07/04889, *D.* 2009, p. 773, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJfam.* 2009, p. 476, obs. Fr. CHÉNÉDÉ – La même solution pour un couple de concubines : TGI Paris, 18 sept. 2009, n° 09-34715, *AJfam.* 2009, p. 490, obs. Fr. CHÉNÉDÉ – et de partenaires TGI Paris, 28 mars 2008, n° 07-43787, *AJfam.* 2008, p. 249, obs. Fr. CHÉNÉDÉ.

<sup>630</sup> V. par ex. LESTIENNE-SAUVÉ (L.), th. préc., n° 99 s.

<sup>631</sup> CHÉNÉDÉ (FR.), « Délégation d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : contrôle de l'existence des circonstances exceptionnelles et de la conformité à l'intérêt de l'enfant », *AJfam.* 2008, p. 249.

<sup>632</sup> FULCHIRON (H.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Statut des tiers et/ou statut des "familles" homosexuelles ? », *LPA* 24 févr. 2010, p. 17.

l'autorité parentale, consente au partage de cet exercice avec le tiers beau-parent qui vit au quotidien avec l'enfant. Malgré cette difficulté, qui relève de considérations plus humaines que juridiques, l'interprétation de la condition des circonstances particulières, telle qu'issue de l'arrêt du 24 février 2006, ne diverge pas d'une hypothèse à l'autre. L'on sait que la saisine du juge aux fins d'un partage de l'autorité parentale repose *a priori* sur un pacte tacite de famille. Dans le cadre d'une recomposition familiale, une telle saisine ne peut précéder la recherche d'un consensus intrafamilial dans un « mariage à trois » entre les parents de l'enfant et le tiers beau-parent. Le partage est alors possible si les circonstances le justifient, c'est-à-dire si le parent délégant et le beau-parent délégataire vivent ensemble et s'occupent, de fait, conjointement de l'enfant.

**136. — Résumé.** En définitive, à l'issue de la décision de principe du 24 février 2006, la recherche d'une autonomie de la délégation-partage quant à la délégation volontaire classique paraissait promise à un avenir certain. Quand bien même la Cour de cassation affirma l'unité de nature entre la délégation volontaire classique et la délégation-partage, il existait une différence de degré dans l'appréciation des circonstances fondant l'une et l'autre. Dans le cas d'une délégation volontaire classique, les circonstances exceptionnelles certaines exigent une délégation de l'exercice de l'autorité parentale, et partant une dépossession du ou des parents délégataires. Quant à la délégation-partage, ce sont les circonstances particulières – recomposition familiale ou famille homoparentale – qui permettent le partage de l'exercice de l'autorité parentale, sans dépossession du ou des parents délégataires. Cet équilibre auquel parvenait la jurisprudence des juridictions du fond a toutefois été rompu par durcissement de la position de la Cour de cassation, à rebours de sa décision du 24 février 2006.

## 2. Le coup d'arrêt à l'autonomie de la délégation-partage

**137. — La restriction dans l'appréciation.** À l'occasion d'une décision rendue le 8 juillet 2010<sup>633</sup>, la Cour de cassation porta un coup non négligeable à l'émancipation du régime de la délégation-partage au sein du droit commun des délégations de l'autorité parentale. Elle était alors invitée à se prononcer sur le cas, classique, d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale dans une famille homoparentale. C'est à une reformulation étroite du principe de 2006 que se livra la Cour en affirmant que : « si l'article 377, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la

---

<sup>633</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-12.623, *D.* 2011, p. 1585, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHETS ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2010, p. 394, obs. Fr. CHÉNÉDÉ.

mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Du point de vue de la sémantique de la Cour, la substitution des locutions conjonctives modifie subrepticement le rapport hiérarchique entre les trois conditions énoncées par l'attendu de principe. Le contrôle de l'interprétation du principe par la cour d'appel permet de le vérifier : celle-ci est approuvée par la Cour de cassation pour s'être opposée à la demande de délégation-partage aux motifs que si les requérantes « démontraient qu'elles avaient une vie commune stable (...) et que les enfants étaient bien intégrés dans leur couple et dans la famille de chacune d'elles et qu'elles s'occupaient aussi bien de leur propre enfant que de celui de l'autre sans faire de différence entre eux, elles ne rapportaient pas la preuve de circonstances particulières qui *imposeraient* une délégation d'autorité parentale et [qu'elles] ne démontraient pas en quoi l'intérêt supérieur des enfants *exigeait* que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre elles et *permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection quand les attestations établissaient que les enfants étaient épanouis* »<sup>634</sup>.

La souplesse avec laquelle les juridictions du fond ont appliqué les principes issus de l'arrêt du 24 février 2006 a-t-elle justifié un tel recadrage ? On peut l'estimer, c'est d'ailleurs l'avis de la doctrine<sup>635</sup>. Toujours est-il que, désormais, la délégation-partage s'aligne sur la délégation volontaire classique : il ne suffit plus qu'il existe des circonstances particulières, encore faut-il qu'elles *imposent* la mesure sollicitée. Au surplus, pour la Cour, la mesure ne satisfait l'intérêt supérieur de l'enfant que lorsque ce dernier l'exige, c'est-à-dire lorsque le partage permettrait une *amélioration* des conditions de vie et d'éducation de l'enfant concerné.

**138. — L'effacement de la finalité consensuelle de la délégation-partage.** Quoi qu'il en soit, il ressort de ce qui précède qu'à rebours de la construction jurisprudentielle antérieure à la décision de 2010, la délégation-partage ne sert plus à avaliser juridiquement une organisation familiale consensuelle de fait, mais à mettre en place une structure que la simple commodité ne pourrait permettre. En l'espèce, dès lors que les requérants ne « [se heurtaient pas] à des difficultés particulières pour pouvoir jouer auprès des tiers ou de leur entourage familial le rôle de parents qu'elles entendaient se reconnaître mutuellement », aucune urgence ne commandait l'intervention du droit. Par conséquent, « la survenance d'évènement éventuel et hypothétique ne suffit pas à justifier une délégation. Il faut des éléments réels et sérieux, de nature à compromettre le bon

---

<sup>634</sup> Souligné par nous.

<sup>635</sup> V. par ex. CHÉNEDÉ (Fr.), « Rappel des conditions de la délégation-partage d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *AJfam.* 2010, p. 394, qui note que les « différentes décisions indiquaient que les juges du fond n'étaient pas toujours disposés à exercer ce contrôle ou, plus exactement, qu'ils se contentaient fréquemment de vérifier que les deux partenaires vivaient ensemble et s'occupaient quotidiennement de l'enfant : une telle "vie de famille" suffisait, selon eux, à caractériser l'existence de circonstances particulières et la conformité à l'intérêt de l'enfant ».

exercice de l'autorité parentale »<sup>636</sup>. Ce faisant, le principe réformé tel qu'issu de la décision du 8 juillet 2010 transforme la raison profonde de la délégation-partage. D'une mesure d'organisation consensuelle, elle s'apparente dorénavant à une mesure de gestion de crise. La différence avec la délégation volontaire classique ne subsiste plus que dans l'étendue de leur effet principal respectif. L'une entraîne, du point de vue des parents, la dépossession temporaire de l'exercice de l'autorité parentale, tandis que l'autre en permet, simplement, l'exercice conjoint avec un tiers.

Sans doute, la solution pouvait s'expliquer, alors, par la crainte que le mouvement jurisprudentiel précédent aboutisse à une pleine reconnaissance de la famille homoparentale et, plus encore, de l'homoparenté. Il est, cependant, regrettable que la Cour de cassation n'ait pas saisi la distinction doctrinale entre parenté et parentalité, en affermissant ce mouvement de reconnaissance de l'homoparentalité. *A posteriori*, il n'est pas incongru de voir dans un tel recul un renforcement de la revendication d'une reconnaissance de l'homoparenté en matière de filiation. Le constat s'intensifie au vu de l'ouverture du mariage, de l'adoption et de la parenté – s'agissant des couples de femmes – aux couples de mêmes sexes. En l'état du droit positif, le recul opéré par l'arrêt du 8 juillet 2010 ne pénalise plus que les familles recomposées pourtant au cœur des préoccupations ayant motivé la réforme de la délégation de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002.

Une telle limitation du potentiel de la délégation-partage<sup>637</sup>, validée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>638</sup>, renforce le clair-obscur dans lequel notre droit de la famille maintient la question des beaux-parents. Cela provoquant, comme par automatisme, des propositions de réformes d'une pertinence variable, toutes ayant en commun la modification du rôle du juge. Madame Leroyer a, avant la loi du 4 mars 2002, proposé la création de véritables pactes de famille sur l'autorité parentale, non plus tacite, mais exprès et soumis au contrôle du juge selon l'objet du pacte : « si celui-ci concerne la dévolution de l'autorité parentale ou familiale, le contrôle judiciaire par voie d'homologation permettrait de s'assurer à la fois de l'intérêt de l'enfant et de la liberté du consentement des parties. [...]. Si l'objet du pacte ne concerne que la résidence, ou encore le pouvoir d'accomplir certains actes, le pacte pourrait être valable sans contrôle judiciaire *a priori*,

<sup>636</sup> LESTIENNE-SAUVÉ (L.), th. préc., n° 101, spéc., p. 78.

<sup>637</sup> À tout dire, la décision de la Cour de cassation n'a pas ôté toute souplesse aux juridictions du fond qui ont continué à interpréter largement l'exigence des circonstances particulières, ne retenant que l'intérêt de l'enfant : v. par ex. TGI Paris, 21 sept. 2012, n° 11/44249, *D.* 2013, p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2012, p. 550, obs. C. SIFFREIN-BLANC. *Adde* Paris, 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 11/06495, *D.* 2012, p. 1432, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2012, p. 146, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950, *D.* 2012, p. 2267, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2011, p. 604 ; *ibid.*, p. 605, obs. A. MIRKOVIC ; *RTD civ.* 2012, p. 111, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2011, comm. 179, obs. C. NEIRINCK. V. aussi MÉCARY (C.), « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.* 2011, p. 604.

<sup>638</sup> CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 6 févr. 2018, n° 6190/11, *Bonnaud et Lecoq c/ France*, *Dr. fam.* 2018, comm. 132, H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2018, p. 228, obs. J. HOUSIER.

sachant que le juge pourrait toujours intervenir *a posteriori* pour vérifier ses conditions de validité »<sup>639</sup>. De telles propositions étaient reprises, en partie, dans un avant-projet de loi sur l'autorité parentale et le droit des tiers de 2009<sup>640</sup>. Celui-ci visait principalement à fonder le partage de l'autorité parentale sur le modèle conventionnel habituel en matière d'autorité parentale<sup>641</sup>. Pareillement, un avant-projet de loi de 2013 proposait de restreindre la conventionnalisation du partage de l'autorité parentale à la seule hypothèse de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale<sup>642</sup>.

**139. — La tentation d'une réforme.** En tout état de cause, si l'on peut s'accorder sur l'utilité d'une réforme propre à la délégation-partage, il n'est pas certain qu'une disparition du juge est souhaitable. Une clarification des textes portant sur la délégation de l'autorité parentale est, en soi, pertinente. Quand bien même, elle partage une identité de nature avec la délégation, ce n'est qu'avec la délégation volontaire classique, en tant que toutes deux des délégations volontaires, la délégation-partage se singularise, malgré tout, par son effet principal : le partage de l'exercice de l'autorité parentale sans dépossession du parent délégant. À cet égard, c'est mal nommer les choses que d'envisager le partage de l'autorité parentale comme une mesure accessoire de la délégation volontaire classique. Il serait préférable de l'en distinguer plus clairement. Deux voies sont alors possibles. Soit envisager le partage de l'autorité parentale en opposition à la délégation – qu'elle soit volontaire ou forcée. Soit distinguer les délégations volontaires – comprenant la délégation volontaire classique et le partage – de la délégation forcée. La première option, qui a notre préférence, serait fidèle à la finalité de chaque mécanisme ; d'un côté la voie consensuelle, de l'autre les mesures de crises.

**140. — Proposition n° 5 : consacrer explicitement le partage conventionnel de l'autorité parentale.** Une section 3-1 « Du partage de l'autorité parentale » pourrait être ajoutée au premier

<sup>639</sup> LEROYER (A.-M.), « Autorité parentale et contrat », préc., p. 165.

<sup>640</sup> LÉONETTI (J.), *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, Rapport au Premier ministre, 7 oct. 2009, spéc., p. 70 s., qui proposait « de distinguer clairement (...) deux hypothèses, en instituant deux procédures distinctes : délégation et partage de l'autorité parentale. (...) En cas de partage [un parent] soumettra au juge aux affaires familiales une convention que celui-ci homologuera si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et si le consentement du parent a été donné librement. En cas de délégation, il saisira le juge aux affaires familiales d'une demande qui statuera en fonction des circonstances. La procédure de délégation, telle qu'elle est envisagée par l'avant-projet de loi, prévoit la possibilité pour le tiers d'agir en justice en cas de décès du parent pour se voir déléguer l'autorité parentale à la double condition que ce tiers ait résidé avec l'enfant et l'un de ses parents et qu'il ait noué des liens affectifs étroits avec lui ».

<sup>641</sup> Sur les critiques formulées à l'encontre d'un tel projet au regard, principalement, du risque de concurrence entre adultes néfaste pour l'enfant, v. LESTIENNE-SAUVÉ (L.), th. préc., n° 102, spéc., p. 79.

<sup>642</sup> *Avant-projet de loi portant diverses dispositions relatives au droit de la famille*, 2013, qui proposait une réécriture des articles 377 et 377-1 : Art. 377 « Le parent qui exerce seul l'autorité parentale peut saisir le juge aux affaires familiales, afin de faire homologuer la convention par laquelle il organise le partage de tout ou partie de l'exercice de cette autorité parentale avec un tiers. L'avis de l'autre parent doit être recueilli ». Art. 377-1 « Le partage prend fin par une convention homologuée par le juge ou, en cas désaccord par un jugement, à la demande du tiers ou de l'un des parents. Si elle émane du parent qui exerce l'autorité parentale, le juge fait droit à la demande sauf circonstances exceptionnelles ».

chapitre du Titre IX sur l'autorité parentale. Celle-ci inclurait, par exemple, les dispositions suivantes : **Article 1<sup>er</sup>** « Le parent qui exerce l'autorité parentale et a une communauté de vie avec un tiers, peut saisir le juge aux affaires familiales, afin de faire homologuer la convention par laquelle il organise le partage de tout ou partie de l'exercice de cette autorité parentale avec ce tiers. L'accord<sup>643</sup> de l'autre parent doit être recueilli en tant qu'il exerce également l'autorité parentale ; à défaut, seul son avis est requis. » – **Article 2<sup>e</sup>** « Le juge homologue la convention si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ; si le consentement du parent a été donné librement et s'il existe une communauté de vie entre le parent et le tiers partageants. »<sup>644</sup> – **Article 3<sup>e</sup>** « Le partage prend fin par une convention homologuée par le juge ou, en cas de désaccord par un jugement, à la demande du tiers ou de l'un des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. Si elle émane du parent partageant, le juge fait droit à la demande sauf circonstances exceptionnelles. »

On l'observe, l'individualisation du partage de l'autorité parentale ne doit pas conduire à une déjudiciarisation de la matière. Au minimum, le maintien d'une homologation, en toutes circonstances, est à privilégier pour une meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Encore que l'on puisse craindre une automaticité des homologations à la manière des conventions sur l'autorité parentale entre les parents. L'office du juge tend à se transformer en une chambre d'enregistrement comme en témoigne la simplification de la procédure, qui est désormais sans comparution. Un tel risque pourrait justifier le maintien de la procédure judiciaire dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un partage ou d'une délégation. De l'autre, la rareté des refus d'homologation peut aussi témoigner du respect par les parents de l'intérêt de leur enfant en évitant toute excentricité conventionnelle. Rien ne s'oppose au renouvellement de la confiance en la raison des parents – et des professionnels du droit – dont a fait preuve le législateur du 4 mars 2002. Au juge, par la suite, de s'assurer en même temps de l'intérêt de l'enfant et du consentement libre et éclairé des deux parents et du tiers beau-parent.

**141. — Conclusion de section.** L'influence du contrat sur l'établissement du lien de parenté est désormais une réalité en droit français. Le contrat fonde le rattachement familial de l'enfant. Une fois la structure parentale établie, par la loi ou par le contrat, la loi lui attache des effets dans l'ordre des relations entre les parents et les enfants. C'est le passage du lien de parenté au lien parental. Le premier étant le fondement, habituel, du second. Aussi, comme à propos de la structuration du lien

<sup>643</sup> L'accord est ici préférable au consentement, le parent non recomposant n'étant pas strictement partie à la convention. Toutefois, cette condition n'évacue pas le risque d'inefficacité en raison du blocage dû à une mésentente entre les parents. Elle est pourtant nécessaire au regard des principes du droit de l'autorité parentale.

<sup>644</sup> La condition de la communauté de vie permet de restreindre le mécanisme aux cas des beaux-parents qui vivent avec l'enfant.

de parenté, l'analyse a révélé une influence du contrat sur le lien parental. Simplement posée, la question était de savoir si l'on peut moduler les effets de l'autorité parentale par le contrat. La réponse positive à cette interrogation trouve sa justification dans la disponibilité du lien parental. À un premier degré, celle-ci permet une organisation contractuelle des modalités de l'autorité parentale entre les parents sur le fondement de la coparentalité. C'est alors toute la vie d'une personne, l'enfant, qui se trouve, potentiellement, réglée par le contrat. À un degré supérieur, l'analyse a révélé une tendance plus exceptionnelle. En raison, toujours, de la disponibilité du lien parental, l'accord des parents permet la dérogation au principe de la coparentalité, puisqu'il fonde un partage de l'autorité parentale avec un tiers. Si le mécanisme du partage de l'autorité parentale présente d'évidents avantages quant à la problématique non résolue du beau-parent, il a pourtant vu son intérêt pratique nettement affaibli à la suite d'une jurisprudence par trop restrictive quant aux conditions de la délégation-partage. Sans doute qu'une telle circonstance s'explique par l'imperfection des textes qui confondent de manière regrettable des mécanismes de crises (la délégation de l'autorité parentale) et des mesures consensuelles (le partage de l'autorité parentale). C'est pourquoi il a été proposé une réforme des dispositions du droit de l'autorité parentale tendant à distinguer plus efficacement le partage de l'autorité parentale en opposition à la délégation – qu'elle soit volontaire ou forcée (**proposition n° 5**).

#### CONCLUSION DE CHAPITRE

**142.** — L'ouverture des espaces de manifestation de volonté en droit de la famille s'est toujours faite de manière diversifiée en fonction de la nature des rapports familiaux appréhendés. Traditionnellement, si la liberté d'aménagement des rapports patrimoniaux est admise<sup>645</sup>, les interrogations portant, alors, sur l'étendue de cette liberté, l'aménagement contractuel des rapports personnels est, en principe, exclu<sup>646</sup>. Aussi est-ce dans l'ordre des relations patrimoniales que le mouvement d'extension du contenu du contrat, quant à ses clauses, est le plus visible. La réalité de l'extension a pu être constatée à propos des relations conjugales. À ce titre, nous avons vu qu'entre les partenaires, à défaut d'un cadre impératif, la logique contractuelle tend à gouverner l'intégralité des rapports familiaux patrimoniaux permettant aux parties d'aboutir à des conséquences pratiques, à l'évidence, non prévues par le législateur. L'on pense par exemple à la possibilité de conférer, par l'aménagement des effets de l'indivision conventionnelle, un avantage analogue à l'avantage matrimonial entre époux. Ainsi, en l'état du droit positif, le périmètre des clauses d'aménagement du contenu de l'indivision conventionnelle du PACS est bel et bien extensible. Toutefois, la

---

<sup>645</sup> C. civ., art. 1387.

<sup>646</sup> C. civ., art. 1388.

complexité de la question nécessiterait une intervention légale visant à « déterminer les frontières ultimes dans lesquelles l'indivision d'acquêts opère attribution des acquêts au sein du couple pacsé »<sup>647</sup> (**propositions n° 1, 2 et 3**). Mais l'existence d'un cadre impératif permettrait-elle d'endiguer, à tout le moins contenir, une telle extension de l'influence du contrat dans l'aménagement des obligations légales ? Contre toute attente, l'analyse des relations patrimoniales entre les époux impose une certaine nuance. S'agissant par exemple de l'aménagement conventionnel de la contribution aux charges du mariage, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui par son interprétation libérale favorise l'extension de la liberté contractuelle des époux au-delà des prévisions légales. C'est alors l'impérativité du cadre légal qui en ressort fragilisée. Au-delà, c'est l'essor en droit de la famille d'une fonction anticipatrice du contrat qui favorise la tendance extensive de l'aménagement conventionnel des obligations légales. Cette fonction n'est évidemment pas inconnue du droit de la famille, plus précisément du droit patrimonial de la famille. Il suffit de songer au volet successoral et aux multiples exceptions familiales à la prohibition générale des pactes sur succession future<sup>648</sup>. En dehors du droit successoral, l'anticipation contractuelle se fait plus rare, moins évidente à entrevoir. Certainement parce qu'elle est confondue avec une fonction d'organisation du contrat, c'est le cas dans le droit des régimes matrimoniaux. Nous avons, toutefois, pu en démontrer la réalité à propos des clauses de garantie-divorce dont la fonction principale est de garantir l'un ou l'autre des époux du risque économique du divorce. Les obstacles à la liberté des époux doivent être levés sur ce point (**proposition n° 4 et 4-1**).

Le passage de la sphère des relations patrimoniales à celle des relations personnelles confirme la tendance extensive générale, néanmoins, dans une évidence tranquille. Si entre les époux, les aménagements conventionnels des obligations personnelles sont, en principe, exclus en raison de l'ordre public, il en va tout autrement des relations personnelles relevant de la parentalité : en ce domaine, la large place faite au consensus familial fait du contrat un mode privilégié d'organisation de la vie de l'enfant (le contenu de la convention d'autorité parentale est ainsi en constante expansion) et, de manière plus singulière, entre l'enfant, ses parents et les tiers à travers le mécanisme de la délégation-partage de l'autorité parentale, dont le fondement et la finalité consensuels ont été démontrés et mériteraient d'être plus amplement consacrés (**proposition n° 5**).

En définitive, tout en se maintenant à un rôle de premier ordre, la loi offre des espaces de liberté de plus en plus étendue quant à l'aménagement du comportement que doivent adopter les membres de la famille. L'extension est évidente concernant les relations patrimoniales au prix d'une

---

<sup>647</sup> DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 783.

<sup>648</sup> L'intérêt même d'un tel pacte est d'anticiper le risque de décès de l'un des membres de la famille.

contestation des limites traditionnelles de l'impérativité des règles familiales. Dans les relations personnelles, c'est la recherche d'une organisation consensuelle de la famille qui guide et justifie l'infléchissement de l'indisponibilité du lien parental. Ce rôle de plus en plus déterminant du contrat dans les relations familiales invite à prolonger la réflexion quant à son influence sur les sanctions desdits comportements familiaux. La privatisation du comportement familial ne pourrait-elle pas s'étendre à sa sanction ? Il semblerait qu'elle puisse s'envisager lorsque la situation des membres de la famille, soumis aux obligations familiales, se rapproche de celle de contractants ordinaires, soumis aux obligations contractuelles.



## CHAPITRE SECOND – LA PERSPECTIVE D’UN AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA SANCTION DU COMPORTEMENT FAMILIAL

### 143. — L’évidente privatisation de la sanction du comportement patrimonial entre époux.

Tout comme le contrat, l’adhésion à un statut familial impose à l’adhérent le suivi d’une ligne de conduite familiale. À la différence de la situation contractuelle, cette ligne familiale est habituellement définie par la loi par des obligations tant personnelles que patrimoniales qui s’imposent aux adhérents au statut familial. Par conséquent, l’inexécution des obligations familiales légitime l’immixtion étatique dans la sphère privée familiale. *A priori* donc, la sanction des obligations familiales est exclusive de toute justice privée<sup>649</sup>. Ce constat se nuance sur un plan patrimonial puisque la volonté des membres de la famille est de plus en plus à même de prévoir des effets et conséquences du lien familial et, de fait, leur sanction. De manière générale, la liberté qui irrigue les relations familiales patrimoniales implique que leur sanction dépende, en partie, des arrangements des parties. Aussi est-il devenu habituel de démontrer l’effacement d’un ordre public au profit d’un ordre privé impératif<sup>650</sup> en soulignant « l’essoufflement des nullités absolues en droit patrimonial de la famille »<sup>651</sup>, ces dernières étant, traditionnellement, considérées comme « l’arme de prédilection »<sup>652</sup> de l’ordre public classique. À l’inverse des règles d’ordre public au sens strict, « les règles impératives peuvent laisser place à des dispenses, à des tempéraments ou à des dérogations »<sup>653</sup>, notamment du point de vue de leur sanction. Les renoncements aux sanctions des libéralités excessives par les héritiers réservataires le prouvent, qu’il s’agisse de la renonciation à l’action en revendication de l’article 924-4 du Code civil, ou, plus explicitement, de la renonciation anticipée à l’action en réduction de l’article 929. À côté de ces aménagements indirects de la sanction, le droit patrimonial de la famille fait également place aux mécanismes de droit commun des obligations qui influencent directement la sanction du comportement. Ainsi en va-t-il de la possibilité de confirmer<sup>654</sup> ou de ratifier<sup>655</sup> des comportements, normalement, illicites. Par exemple, en droit successoral, les héritiers peuvent, une fois la succession ouverte, confirmer explicitement ou implicitement (en cas d’exécution volontaire) une donation entre vifs, viciée en sa forme<sup>656</sup>. Cet

---

<sup>649</sup> V. RUFFIEUX (G.), *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014, n° 28 s.

<sup>650</sup> Sur la distinction entre règles d’ordre public et règles impératives, v. TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 562 s.

<sup>651</sup> TANI (A.), th. préc., n° 278.

<sup>652</sup> NIBOYET (Fr.), th. préc., n° 440, p. 229.

<sup>653</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 564.

<sup>654</sup> C. civ., art. 1182 : « La confirmation est l’acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l’objet de l’obligation et le vice affectant le contrat. [...] L’exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation ».

<sup>655</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Ratification » 1<sup>er</sup> sens : « Approbation ; acte juridique unilatéral par lequel une personne approuve [...] l’acte accompli pour elle – mais sans pouvoir – par une tierce personne ».

<sup>656</sup> C. civ., art. 931-1, al. 2<sup>nd</sup>.

aménagement de la sanction de l'acte irrégulier a été étendu par la jurisprudence aux testaments par la jurisprudence<sup>657</sup>. De même en droit des régimes matrimoniaux, l'article 1427 admet la possibilité pour l'un des époux de ratifier l'acte irrégulier accompli par l'autre en violation de la règle de la cogestion des biens communs<sup>658</sup>. La ratification est également admise, par la jurisprudence, dans le cas d'un excès de pouvoir de l'un des époux lorsqu'il prend en main la gestion des biens propres de son conjoint en raison d'un mandat tacite, tel que le permettent les articles 1432 et 1540 du Code civil<sup>659</sup>. Dans ces diverses situations du droit patrimonial familial, la sanction de la nullité, normalement applicable, est écartée par la volonté, explicite ou tacite, des parties. En un mot, l'aménagement volontaire de la sanction du comportement en droit patrimonial de la famille est guidé par la « tentation de consolider les actes nuls »<sup>660</sup>. Cette extension du rôle de la volonté contractuelle en droit de la famille invite à prolonger la réflexion sur les possibilités d'une privation de la sanction des obligations familiales non plus patrimoniales, mais personnelles et, plus spécifiquement, en matière conjugale. C'est dans ce domaine que s'observe, dans bien des cas, un relâchement de l'emprise étatique sur le comportement des membres de la famille et donc sur sa sanction.

**144. — La persistance de la vigueur de la sanction publique dans les relations parentales.** En ce qui concerne les relations parentales, au sens des relations entre l'enfant et sa famille, la vigueur ne faiblit pas. Au contraire, l'essor certain de la volonté en cette matière s'accompagne, souvent, d'un contrôle de l'État par une présence constante du juge aux affaires familiales ou du juge des enfants<sup>661</sup>. Du reste, l'objectif de protection de l'enfant mineur, en tant que personne vulnérable, explique que l'existence de mécanismes de sanction des parents tels que le retrait de l'autorité parentale ou les mesures dérogatoires d'exercice de l'autorité parentale<sup>662</sup>. Une telle prégnance de

<sup>657</sup> Req., 9 juill. 1873, *DP* 1974, 1, p. 219 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janv. 1949, *D.* 1949, p. 118 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, n° 01-14.031, *D.* 2004, p. 2953, obs. M. NICOD ; *JCP G* 2004, II, 10165, obs. A. SÉRIAUX : « si une disposition de dernière volonté purement verbale est nulle de plein droit, elle peut cependant, comme constituant une obligation naturelle, servir de cause à une obligation civile valable » ; en l'espèce l'accord des héritiers légaux à l'exécution du legs a permis de sauver le testament pourtant nul.

<sup>658</sup> C. civ., art. 1427, al. 1<sup>er</sup> : « Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation ».

<sup>659</sup> À propos d'un bail rural consenti sur un bien propre, v. Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mars 1998, n° 96-14.840, *JCP G* 1998, I, 183, obs. Ph. SIMLER. Sur la gestion d'un compte épargne propre, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2003, n° 00-18.891, *Dr. fam.* 2003, comm. 91, note B. BEIGNIER. À propos d'une ratification *tacite* d'un bail commercial, déduite de la parfaite connaissance, par les époux, des déclarations fiscales et de la localisation de l'entreprise à la même adresse que le domicile des époux, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, n° 91-20.112, *D.* 1994, p. 25, obs. G. PAISANT ; *RTD civ.* 1994, p. 927, obs. B. VAREILLE ; *JCP G* 1994, I, 3733, obs. Ph. SIMLER. À propos de la ratification tacite des opérations d'achats et de ventes opérés sur le portefeuille d'actions propre, entre époux séparés en biens, v. Com. 15 sept. 2009, n° 08-13.282, *JCP G* 2009, 381, obs. M. STORCK.

<sup>660</sup> NIBOYET (Fr.), th. préc., n° 475 s., spéc., p. 246.

<sup>661</sup> Sur l'enfant et ses juges v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1128 s.

<sup>662</sup> Sur les modalités de l'intervention de l'État en matière d'autorité parentale v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1110 s. ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1369 s., et 1487 s.

l'ordre public dans la sanction des obligations parentales, si elle ne l'exclut pas tout à fait, limite fortement le rôle de la volonté quant à la sanction.

**145. — La tentation d'une privatisation de la sanction du comportement personnel entre époux.** Entre les époux, de la privatisation du contenu de la relation conjugale à la privatisation de la sanction de la relation, il n'y a qu'un pas. Nous le verrons, dans bien des hypothèses par ailleurs, ce pas est franchi, même concernant les relations personnelles dont la loi exclut, pourtant, toute possibilité d'aménagements volontaires. Mais même lorsque la volonté est inapte à aménager le contenu des obligations familiales, la question de l'aménagement de la sanction reste tout entière. À cet égard, les remèdes à l'inexécution du droit des contrats constituent des instruments d'analyse adéquats. La recherche des voies de transposition ne doit pas pour autant s'extraire des particularités du contexte familial. Plus encore que le lien entre des contractants ordinaires, le lien familial repose sur un lien psychologique. Ainsi, au-delà d'une simple inobservation des obligations, l'inexécution des obligations familiales se vit comme une trahison de la confiance réciproque caractéristique des relations familiales. Dans le contexte matrimonial par exemple, l'inexécution des devoirs matrimoniaux est une faute susceptible de sonner le glas de l'union. Comme on a pu le relever à propos de la responsabilité délictuelle, « il est difficilement imaginable que la victime assigne son conjoint en dommages-intérêts tout en envisageant de rester mariée »<sup>663</sup>, poursuivant ainsi la relation à l'image de contractants ordinaires. Cependant, la bonne poursuite de la relation familiale étant fondée sur l'attitude et le comportement des époux, ne peut-on pas reconnaître à ces derniers une certaine latitude dans la prévention des risques d'inexécution des obligations familiales qui « tiennent au comportement de l'une des parties »<sup>664</sup> ? Par conséquent, gérer le risque d'inexécution dans le contexte familial revient, inévitablement, à prévoir la rupture du lien familial. Nous avons vu qu'un tel risque n'était désormais plus ignoré. L'utilitarisme contractuel serait ainsi mis au service du droit de la famille<sup>665</sup> renouvelé et viserait à garantir, entre les époux, l'effectivité du rapport familial, du moins sur le plan personnel. Dans la sphère des sanctions du comportement familial, deux voies d'action sont envisageables. En contemplation du droit des contrats, les parties pourraient soit prévoir des clauses relatives à l'inexécution des obligations familiales, soit des clauses relatives à la fin de la relation familiale. La libéralisation constante du comportement familial, dans le couple, autorise la recherche sur la contractualisation de la sanction des obligations conjugales (**Section 1**). Dans le même temps, la percée du contrat quant à l'extinction du lien

<sup>663</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., n° 18.

<sup>664</sup> MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », art. préc., n° 9.

<sup>665</sup> Sur cette question v., HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, préc.

conjugal permet de prolonger la réflexion quant à l'anticipation contractuelle des causes de rupture de la relation conjugale (**Section 2**).

### *Section 1. La contractualisation de la sanction des obligations conjugales*

**146. — L'opportunité d'un contrôle individuel.** La réflexion sur la contractualisation de la sanction des obligations conjugales ne peut se résumer à une étude des compatibilités entre les mécanismes contractuels de sanction et les obligations conjugales. Il faut avant tout s'intéresser à la finalité de la sanction dans le domaine familial. À ce titre, la prescription, par la loi, d'un comportement familial permet de marquer la spécificité de la relation familiale par rapport à la relation entre deux étrangers<sup>666</sup>. Partant, la sanction du comportement familial vise à préserver une telle spécificité, c'est ce qui a justifié la « socialisation » ou « l'extériorisation » de la sanction des obligations conjugales dès la fin de l'Ancien Régime<sup>667</sup> ; la vigueur traditionnelle de la sanction du comportement familial correspondait au caractère de « chose publique » de la famille. Compte tenu de la libéralisation et de la privatisation de la vie familiale, on peut se demander si la loi assure encore, de manière efficace, la singularisation propre à la relation familiale dans le couple. L'analyse du droit positif révèle le contraire. À rebours de de « l'extériorisation » traditionnelle de la sanction des obligations conjugales, il devient possible de soutenir la thèse d'une « réintériorisation » des sanctions des obligations du couple qui justifie leur contractualisation. Partant, l'étude de la contractualisation de la sanction des obligations dans le couple nécessite de démontrer préalablement l'utilité d'une anticipation contractuelle de l'inexécution des obligations conjugales (§ I) avant d'en envisager les modalités (§ II).

#### **§ I. Les justifications**

**147. —** L'hypothèse d'une contractualisation de la sanction des obligations familiales peut se justifier par l'évolution de la politique familiale (A) qui explique l'avènement d'un changement de circonstances favorable (B).

##### *A. L'évolution de la politique familiale*

**148. — Diriger ou protéger : le droit de la famille entre deux rives.** Avant tout, la quête d'une privatisation de la sanction de l'inexécution des obligations dans un contexte familial est profondément dépendante de la politique familiale menée. Elle rejoint la vaste question de la finalité

<sup>666</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1117.

<sup>667</sup> À propos de l'extériorisation des sanctions datant de la fin de l'Ancien Régime et de la période révolutionnaire v. RUFFIEUX (G.), *th. préc.*, n° 29.

du droit de la famille : s'agit-il de construire un ou plusieurs modèles de référence ou « de manière plus pragmatique d'accompagner les évolutions sociales et d'assurer que la vie familiale s'exerce dans la mesure du possible, de manière sereine en garantissant les libertés et droits fondamentaux des membres de la famille ? »<sup>668</sup>

La première approche est celle d'un droit de la famille traditionaliste qui s'ouvrirait à la modernité tout en reposant sur la logique classique de l'institution familiale, un ordre directif. En ce sens, s'il est possible de reconnaître plusieurs modèles de conjugalité, toute tentative unificatrice – le droit commun des couples – doit être écartée ; chaque statut demeure soumis à ses propres règles. Dans cette hypothèse, la sanction des règles établies pour chaque statut est l'apanage de la loi, ce qui exclut toute possibilité d'une privatisation.

La seconde perspective confère au droit de la famille un fonctionnement plus souple. Le droit de la famille s'inscrit alors dans une philosophie individualiste, visant à l'épanouissement de l'individu avant tout. Ses règles doivent être pleinement orientées vers la protection de ce dernier, même au détriment du groupe familial dans lequel il s'inscrit. Cette seconde vision accorde un rôle plus prégnant à la volonté et, de fait, à une possible privatisation de la sanction des obligations ; le tout sous réserve du respect des droits fondamentaux de la personne.

Il serait excessif de soutenir un basculement total du droit de la famille français dans l'une ou l'autre direction. En réalité, la mutation de ce dernier est plus subtile, ce qui le situe « entre les deux rives »<sup>669</sup>. Les mouvements de contractualisation et déjudiciarisation traduisent assurément une privatisation de la matière<sup>670</sup>. Toutefois, celle-ci se réalise principalement à propos des relations conjugales, fondées sur une horizontalité des rapports, *a priori*, égaux<sup>671</sup>. Dans l'ordre des relations verticales, le poids d'une « police de la famille » demeure prégnant par l'effet de la protection de l'enfant et de ses droits fondamentaux<sup>672</sup>.

**149. — Une privatisation synonyme d'un réengagement de la volonté.** Dans les rapports conjugaux, les relations familiales sont, plus que jamais, vécues comme un lieu privé. La poussée individualiste conduit à délégitimer l'intervention étatique, du moins dans son aspect directif. Dans le domaine conjugal, la conception du rôle de la volonté repose principalement sur l'égalité des

<sup>668</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 31.

<sup>669</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>670</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 35 s.

<sup>671</sup> NIBOYET (Fr.), *th. préc.*, n° 17.

<sup>672</sup> RUFFIEUX (G.), *th. préc.*, n° 36 s.

individus et des liens qui les unissent – comme en témoignent les opinions favorables à l'avènement d'un droit commun des couples<sup>673</sup>. Lentement, mais sûrement, le rôle directif de l'autorité étatique décroît. Il est aujourd'hui classique de conclure en la substitution d'un ordre public de protection à un ordre public de direction. Récemment, il a nettement été démontré, concernant le volet patrimonial du droit de la famille, l'illusion de l'ordre public et l'évidence de l'ordre *privé* impératif<sup>674</sup>. Quant au volet extrapatrimonial, on a constaté que le déclin de l'ordre public de direction s'est accompagné d'une réduction manifeste de l'intensité des sanctions censée garantir le respect des modèles légalement définis<sup>675</sup>. En d'autres termes, à mesure que l'État tente de se désengager des affaires familiales, l'illégitimité de l'immixtion de la puissance publique à travers la sanction des obligations grandit. Or, puisque ce désengagement étatique se fait à la faveur d'une valorisation de la volonté des individus, celle-ci n'est-elle pas à même de réinvestir les espaces laissés libres par le recul de l'État ? On ne peut y voir que l'aboutissement du phénomène de privatisation de la famille que Carbonnier avait résumé sous un titre célèbre, « à chacun sa famille, à chacun son droit »<sup>676</sup> ; on pourrait ajouter : à chacun sa sanction.

### ***B. Le changement de circonstance favorable***

**150.** — L'illusion qui, par bien des aspects, caractérise la sanction « publique » des manquements fautifs dans un contexte conjugal (1) explique l'intérêt que peut revêtir une contractualisation de la sanction des obligations conjugales (2).

#### **1. Le recul de la sanction publique des obligations conjugales**

**151.** — **Une illégitimité grandissante dans le mariage.** Souligner la crise du mariage est depuis longtemps devenu un poncif<sup>677</sup>. Les manifestations de la crise sont connues, elles sont principalement statistiques<sup>678</sup> et illustrent la « désaffection du mariage »<sup>679</sup>, mais elles sont également concurrentielles. La modernisation du mariage s'est faite par une perte de spécificité au profit de modèles conjugaux concurrents, principalement au profit du PACS<sup>680</sup>. Du reste, la tradition institutionnelle du mariage se maintient dans sa dimension personnelle à travers la persistance des obligations matrimoniales que l'on pourrait qualifier d'exorbitantes du droit commun des couples.

<sup>673</sup> V. en ce sens, SAULIER (M.), th. préc.

<sup>674</sup> TANI (A.), th. préc., n° 174 et n° 291.

<sup>675</sup> NIBOYET (Fr.), th. préc., n° 440 s.

<sup>676</sup> CARBONNIER (J.), *Essais sur les lois*, 2<sup>ème</sup> éd., 1995, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 91.

<sup>677</sup> La banalité du constat était déjà soulignée par CALAIS-AULOY (M.-T.), « Pour un mariage aux effets limités », art. préc., n° 1.

<sup>678</sup> Selon la formule consacrée, un – voire plus d'un – mariage sur deux s'achève par un divorce !

<sup>679</sup> BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 27.

<sup>680</sup> V. MIRABAIL (S.), « Le mariage : entre modernité et traditions », *Dr. fam.* 2018, étude 7.

Toutefois, cette dimension traditionnelle n'en est pas pour autant préservée de la crise du mariage. Le déplacement des objectifs des sanctions des obligations familiales dans le couple l'illustre particulièrement. L'objet de la protection n'est plus l'institution, porteuse d'une axiologie considérée comme archaïque et illégitime<sup>681</sup>, mais l'individu<sup>682</sup>. Il y a ainsi un lien évident entre la dépénalisation de l'adultère par la loi du 11 juillet 1975<sup>683</sup> et la consécration du devoir de respect<sup>684</sup> par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 qui avait pour objectif la lutte contre les violences conjugales<sup>685</sup>. Ainsi que l'a écrit un auteur, « le législateur a tenu compte [des] mutations sociales et culturelles : dans le mariage, en émancipant les individus de leurs obligations statutaires, non en supprimant leur force obligatoire, mais en allégeant leur force contraignante »<sup>686</sup>. Cette évolution a une incidence directe du point de vue de la sanction de l'inexécution des obligations conjugales. Il suffit de consulter les manuels de droit de la famille pour le constater : d'aucuns se questionnent sur la force des devoirs et obligations du mariage qui oscille entre ordre public et volonté individuelle, « la volonté des époux se [frayant] parfois un chemin habile pour aménager ses devoirs créant l'impression d'un mariage à la carte »<sup>687</sup> ; d'autres soulignent plus nettement la perte d'effectivité de la sanction des obligations matrimoniales qui est tantôt malaisée<sup>688</sup>, tantôt délicate<sup>689</sup>, lorsqu'elle n'est pas purement et simplement abandonnée<sup>690</sup>. Comme à la suite de tout recul de l'autorité publique en matière familiale, c'est au bon vouloir des époux qu'est abandonnée la véritable sanction des obligations conjugales : le divorce pour faute<sup>691</sup>. On peut, néanmoins, s'interroger sur la pertinence d'un divorce-sanction dont « l'enjeu lié au prononcé des torts n'a plus de portée »<sup>692</sup> et qui, de ce fait, n'assume plus qu'une portée symbolique<sup>693</sup>.

<sup>681</sup> À titre d'exemple, cette illégitimité transparaît nettement dans l'abandon du contrôle des bonnes mœurs, autrement dit d'une bonne morale (v. Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *D.* 2004, p. 3175, note D. VIGNEAU et 2005, p. 809, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, comm. 230, obs. BEIGNIER ; *AJfam.* 2005, p. 23, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2005, p. 104, obs. J. HAUSER).

<sup>682</sup> Sur le rôle du juge dans sa mission de protection de l'individu au sein de la famille v. ÉGÉA (V.), th. préc., n° 448 s.

<sup>683</sup> Ainsi que la suppression des causes péremptoires de divorce par la même loi, v. BORRICAND (J.), « L'adultère cause péremptoire de divorce », *JCP G* 1955, I, 1237.

<sup>684</sup> Sur ce devoir, v. DEPADT-SEBAG (V.), « L'obligation de respect dans l'article 212 du Code civil », *RJPF* 2014, n° 1.

<sup>685</sup> L'intitulé exact de la loi est « Loi n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ».

<sup>686</sup> RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 700. *Adde* GARRIGUE (J.), th. préc.

<sup>687</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 437 s.

<sup>688</sup> Par ex. sur la sanction de l'obligation commune de direction de la famille, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1180.

<sup>689</sup> À propos de l'obligation de communauté de vie, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1184 ; *adde* TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 163 s.

<sup>690</sup> S'agissant de l'obligation de fidélité, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1193 s. ; *adde* LEROYER (A.-M.), n° 347 ; TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 161.

<sup>691</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1198.

<sup>692</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 346, p. 194.

<sup>693</sup> Toutefois, à propos du caractère imparfait, mais nécessaire du divorce pour faute en tant que sanction, v. RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 138 s.

**152. — Une illusion dans le PACS.** Dans le PACS, c'est moins la légitimité ou l'illégitimité de la prescription étatique qui est en cause que l'illusion de la sanction de ces obligations. Si le PACS se rapproche du mariage par certains de ses aspects obligatoires, il s'en éloigne par l'absence de contenu réellement contraignant des obligations qu'il impose aux partenaires, contrairement aux époux, « il n'existe pas de dissolution du PACS en raison de la faute d'un des partenaires »<sup>694</sup>. Ce détail rend d'autant inutile l'insertion de clause exclusive ou limitative de responsabilité dans un contrat de PACS. La seule voie offerte aux partenaires est celle de la sanction de la rupture brutale par le biais de la responsabilité délictuelle<sup>695</sup>. On rappelle, à cet égard, que l'ordre public contractuel exclut toutes clauses relatives à la responsabilité civile<sup>696</sup>. Les partenaires ne peuvent, ainsi, pas s'exonérer par anticipation de la faute commise dans la rupture du PACS. Malgré tout, la nature contractuelle du PACS induit naturellement un rôle de la volonté des partenaires. Si les limites de cette dernière ont été fixées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999, la stipulation de clauses prévoyant la sanction de l'inexécution des obligations du PACS ne souffre *a priori* pas de ce bornage constitutionnel<sup>697</sup>.

Un tel constat d'ensemble légitime la recherche des moyens d'une sanction privée de l'inexécution entre les époux comme entre les partenaires.

## 2. L'intérêt de la sanction privée

**153. — L'utilitarisme contractuel.** La recherche portant sur la contractualisation des sanctions des obligations familiales<sup>698</sup> procède d'une analogie entre le comportement des membres de la famille et celui du contractant ordinaire. À rebours de la conséquence traditionnellement attachée à

<sup>694</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 333.

<sup>695</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1264. Cependant, cette perspective paraît également hypothétique pour la doctrine. Ainsi a-t-on pu, par exemple, écrire à propos du devoir de vie commune qu'il ne s'agit que d'un « postulat [et] non d'un devoir », v. CORNU (G.), *Droit civil. La famille, op. cit.*, p. 106.

<sup>696</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 17 févr. 1955, n° 55-02.810, *D.* 1956, p. 17, note P. ESMEIN ; *JCP G* 1955, II, 8951, note R. RODIÈRE : « sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention ». La remarque est valable concernant les concubins. Il faut considérer qu'il en va de même pour ce qui est des époux. L'identité de nature entre l'article 266 et l'article 1240 justifie la nullité d'une clause exclusive ou limitative de responsabilité dans le contrat de mariage (les deux dispositifs ne se distinguent que par leur finalité : « l'article 266 répare le préjudice causé par la rupture du lien conjugal, tandis que [...] l'article [1240 répare] le préjudice résultant de toute autre circonstance » : TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 299).

<sup>697</sup> Le Conseil constitutionnel a par ailleurs pris la peine de réserver l'application des règles du droit des contrats et des obligations au regard de la nature contractuelle du pacs : Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 28 : « (...) que les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi ».

<sup>698</sup> V. en ce sens, MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., n° 21 s. ; RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 146.

la « privatisation du mariage »<sup>699</sup>, la privatisation de la sanction est animée par l'objectif de donner toute sa consistance au lien conjugal. Comme le soulignait Mousseron, à propos du droit des contrats, « la théorie classique rattache la plupart des situations d'inexécution d'obligations contractuelles à la faute par négligence, imprudence ou volonté d'occasionner le dommage de leur débiteur. Tolérer cette faute renforce le dommage et développe le risque. Prévenir le risque conduit à éviter le dommage en contrariant une pareille attitude fautive »<sup>700</sup>. La fragilisation constante du statut du mariage a conduit à une augmentation de ce risque. La tolérance tant à l'égard du devoir de fidélité qu'à l'égard du devoir de communauté de vie en sont des exemples. La réponse à cet affaiblissement de l'intervention étatique ne peut provenir que des parties elles-mêmes à travers une « pratique réflexive du contrat conjugal »<sup>701</sup>. En ce sens, la contractualisation de la sanction des obligations familiales agit comme une mise en garde ou une dissuasion à l'égard des parties en les « conscientisant » au « sérieux de leur engagement de manière à renforcer ou consolider leur sentiment d'obligation »<sup>702</sup>.

## § II. Les modalités

**154. — Neutraliser ou renforcer.** En pratique, on le verra, la privatisation de la sanction du comportement familial est d'ores et déjà tolérée par les juges. Seulement, celle-ci se réalise dans le sens élusif de l'ordre matrimonial. Par exemple, des accords visant à excuser l'inexécution des devoirs issus du mariage sont pris en compte dans la procédure du divorce. Souvent présentés comme des travers de la contractualisation<sup>703</sup>, ces accords sont parfois instrumentalisés pour justifier toute impossibilité d'aménagement contractuel de l'exercice des obligations familiales, notamment entre époux. C'est pourtant occulter tout l'aspect comminatoire que peuvent revêtir certaines clauses relatives à l'exécution des obligations conjugales<sup>704</sup>, qui participerait au contraire

<sup>699</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 137, qui voit dans la privatisation du mariage un basculement dans un « subjectivisme retirant toute consistance au lien conjugal. Livré aux volontés individuelles, le mariage ne serait qu'une auberge espagnole, un cadre juridique vide de sens ».

<sup>700</sup> MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », art. préc., n° 11.

<sup>701</sup> Nous nous inspirons ici de l'expression développée à partir de l'analyse de contrats de mariage en droit de la famille québécois : V. ROY (A.), « La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », *Revue juridique Thémis*, vol. 41, 2007, p. 399-425. L'auteur s'inspire lui-même des travaux du juriste américain L.L. Fuller qui, dans son étude sur l'équivalent de la « cause » en droit nord-américain (FULLER (L. L.), « Consideration and Form », *Columbia Law Review*, Vol. 41, n° 5, mai 1941, pp. 799-824), dégage trois fonctions de la procédure contractuelle : d'une part, une fonction probatoire, « *the evidentiary function* », qui permet la preuve de l'entente des parties ; d'autre part, une fonction d'encadrement, « *the channeling function* », qui permet de transcrire l'entente des parties ; et enfin une fonction « consciente », « *the cautionary function* », ayant un rôle prophylactique à l'égard d'une éventuelle inexécution des parties.

<sup>702</sup> ROY (A.), « La charte de vie commune ... », art. préc., p. 419.

<sup>703</sup> V. en ce sens, BÉNABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, REVET (Th.) dir., Dalloz, 1996, p. 27, spéc., p. 30 : « Rien n'interdit aux gens de vivre différemment de ce que prescrivent les règles d'ordre public. Ce qui leur est interdit, c'est de passer des conventions contraires, de s'engager à vivre différemment, de s'engager à une séparation de fait, de s'engager à l'exercice de l'autorité parentale dans des conditions différentes de ce qui est prévu par la loi ».

<sup>704</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., n° 22.

à renforcer la consistance des obligations conjugales. La privatisation de la sanction des devoirs familiaux peut ainsi conduire à deux hypothèses en pratique. Comme le souligne justement Madame Ruffieux, la « possibilité de prévoir une sanction contractuelle de devoirs statutaires ne se pose pas dans les mêmes termes, selon que la volonté vise à s'obliger davantage que ne le fait la loi ou, au contraire, à se libérer de certaines obligations légales »<sup>705</sup>. Soit, l'accord des parties vise à excuser l'inexécution et neutralise de fait toute possibilité de sanction (**A**) ; soit, l'accord peut tenter de prévenir l'inexécution en organisant les modalités d'une sanction privée (**B**). Malgré la violation de l'ordre public qu'elle constitue, la première hypothèse n'en est pas moins prise en compte par les juges qui lui font produire des effets non négligeables entre les époux. La seconde, à l'inverse, ne viole aucune obligation d'ordre public du couple, mais est susceptible de contrarier le droit fondamental à rompre le lien conjugal.

### A. *L'inexécution excusée*

**155. — La neutralisation de la sanction.** En préambule, il faut admettre que dans les rapports entre époux, l'accord visant à excuser l'inexécution d'une obligation matrimoniale pourrait connaître un nouvel intérêt au regard de la validation des clauses de présomption irréfragable et, surtout, des clauses de non-recours relatives à la contribution aux charges du mariage. En effet, l'effet indirect de ces clauses n'est-il pas, précisément, d'excuser tout comportement défaillant quant au respect des devoirs du mariage ? Bien évidemment, jusqu'à présent, l'on n'imagine pas qu'une telle volonté guidait les époux qui y avaient recours. Toutefois, la confirmation de leur validité quant à un devoir du mariage pose la question de leur extension aux autres devoirs, notamment les devoirs d'ordre personnel. Ce point sera abordé plus loin dans l'étude à propos de l'aménagement conventionnel de l'action en justice en matière familiale<sup>706</sup>. Pour l'heure, c'est à l'incidence de l'accord, implicite ou explicite, des époux quant à l'excuse de l'inexécution d'une obligation que nous nous consacrerons. Un exemple est significatif de la tendance du droit positif : le devoir de fidélité.

Malgré sa perte d'intensité flagrante<sup>707</sup>, le devoir de fidélité continue de s'imposer aux époux qui ne peuvent s'en exonérer comme le prévoit l'article 1388 du Code civil. Pourtant, si la dispense conventionnelle est à l'évidence nulle, les clauses de liberté sexuelle que les époux ont pu stipuler entre eux retrouvent une certaine valeur lors d'un éventuel divorce. La célèbre décision du Tribunal

<sup>705</sup> RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 146.

<sup>706</sup> V. *infra*, n° 180 s.

<sup>707</sup> V. ANTONINI-COCHIN (L.), « Le paradoxe de la fidélité », *D.* 2005, p. 23.

de Lille<sup>708</sup> est révélatrice des problématiques soulevées par le relâchement – naturel<sup>709</sup> – du devoir de fidélité lors de l'instance en divorce<sup>710</sup>. En dehors du cas précis du divorce, le mode de vie des époux a pu être retenu comme une cause de rejet d'une demande fondée sur la violation du devoir de fidélité. Ainsi, la Cour de cassation avait jugé – sous empire de l'ancien article 229 du Code civil – que si l'adultère était une cause péremptoire de divorce, « la demande peut cependant être rejetée au cas de connivence caractérisée de l'époux demandeur de l'adultère de son conjoint »<sup>711</sup>. De même, une cour d'appel a pu juger que « le fait pour des époux d'avoir des relations échangistes, des relations adultères communes ou indépendantes ne suffit pas pour prononcer le divorce pour faute dès lors que chacun a participé aux ébats et été complaisant à l'égard des aventures de l'autre »<sup>712</sup>. En définitive, « si l'obligation de fidélité apparaît comme une valeur intrinsèque au mariage (...) on constate cependant que le bouclier de l'ordre public la défend aujourd'hui moins vigoureusement qu'hier »<sup>713</sup>. S'il n'est évidemment pas question de plaider pour une suppression du devoir de fidélité<sup>714</sup>, il s'agit plus de démontrer que le pouvoir de la volonté exerce une influence décisive sur la « principale sanction »<sup>715</sup> de l'inexécution de ce devoir qu'est le divorce pour faute. En ce sens, l'efficacité d'une clause de liberté sexuelle stipulée entre les époux n'est pas à sous-estimer puisqu'elle constitue la preuve écrite de la connivence des époux dans l'adoption d'un mode de vie libre. Malgré son illicéité, elle est de nature à empêcher les époux de se reprocher l'un à l'autre des comportements infidèles et par conséquent neutraliser la sanction du divorce pour faute.

Il en va de même s'agissant des pactes qui organisent une séparation de fait entre les époux. Si d'aventure de tels pactes devaient contenir une exonération du devoir de communauté de vie, les époux s'exposeraient à ce qu'une telle violation des devoirs du mariage soit exclue des causes du

<sup>708</sup> TGI Lille, 26 nov. 1999, *D.* 2000, p. 254, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2000, p. 296, obs. J. HAUSER.

<sup>709</sup> NIBOYET (Fr.), th. préc., n° 319.

<sup>710</sup> La Cour de cassation a par exemple admis que « le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure » : Civ. 2<sup>e</sup>, 29 avr. 1994, n° 92-16.814, *RTD civ.*, 1994, p. 571, obs. J. HAUSER. La même solution a été reprise par une cour d'appel qui a considéré, à propos d'un adultère postérieur d'environ vingt ans à la séparation des époux, que « le devoir de fidélité des époux est nécessairement moins contraignant après une aussi longue période et son manquement ne peut, compte tenu des circonstances de l'espèce et notamment de la durée précitée, être qualifié de violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien du lien matrimonial » : Pau, 19 nov. 2012, n° 12/4573, *JurisData* n° 2012-032115, *Dr. fam.* 2013, n° 3, comm. 36, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>711</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 juill. 1973, n° 72-12.110 ; dans le même sens v. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 oct. 2000, n° 98-17.217 : « l'arrêt relève, en ce qui concerne le grief d'adultère invoqué par [l'époux] à l'encontre de sa femme, qu'il avait déclaré lui-même que le couple avait accepté le principe d'une totale liberté sexuelle, ce qui l'empêchait d'invoquer l'adultère de celle-ci comme cause de divorce ».

<sup>712</sup> Toulouse, 19 févr. 1997, *JurisData* n° 1997-042943. V. dans le même sens, Chambéry, 4 févr. 2014, n° 13/00870, *JurisData* n° 2014-002683, *JCP G* 2014, obs. G. KESSLER ; *Dr. fam.* 2014, comm. 57, obs. J.-R. BINET.

<sup>713</sup> NIBOYET (Fr.), th. préc., n° 322.

<sup>714</sup> V. not. CALAIS-AULOY (M.-T.), « Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255.

<sup>715</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1198.

divorce pour faute en raison de leur connivence. La Cour de cassation considère même que la séparation de fait volontaire était susceptible d'évincer la sanction de l'adultère d'un des époux<sup>716</sup>.

**156. — Un ordre public matrimonial désactivé.** En définitive, le mariage, à l'image du droit contemporain de la famille, « reste au milieu du gué »<sup>717</sup>. La persistance d'un caractère institutionnel justifie le maintien des obligations et des sanctions liées à un temps où il servait avant tout de ferment à l'institution familiale qui, elle-même, était la pépinière de l'État<sup>718</sup>. Cependant, le désir d'adaptation et de modernité conduit à une exaltation de la volonté au point d'en modifier l'équilibre entre volonté et loi<sup>719</sup>. Madame Revel a écrit, à juste titre, que « la fonction de l'ordre public s'est déplacée de la protection de l'institution à la protection des personnes impliquées dans la désorganisation du mariage »<sup>720</sup>. L'impérativité des devoirs issus du mariage est de plus en plus menacée par l'extension du périmètre de l'action de la volonté ; que celle-ci soit manifeste – par exemple, concernant la contribution aux charges du mariage – ou subreptice – par exemple en matière de fidélité entre époux.

Cette démarche contestataire n'est, toutefois, pas le seul mode de mise en mouvement de la volonté des époux. La contractualisation du droit de la famille offre, plus conformément à l'ordre public matrimonial, aussi aux époux des moyens de renforcement des obligations familiales qui doivent toutefois œuvrer avec l'essor des droits fondamentaux en droit de la famille.

### *B. L'inexécution dissuadée, la clause pénale*

**157. — Le renforcement de la sanction légale du comportement familial.** En matière contractuelle, les clauses visant à dissuader l'inexécution du débiteur d'une obligation et à en renforcer la consistance sont rassemblées sous la catégorie générique de clause pénale. Contrairement à l'ancien droit des contrats, le nouveau droit renonce à toute tentative de définition des clauses pénales au profit d'une disposition qui en synthétise le régime<sup>721</sup>. La définition de la

<sup>716</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 5 juin 2000, n° 98-21.110 : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a apprécié qu'après une séparation de fait ayant duré plus de 3 ans, l'adultère reproché au mari ne constituait pas, en l'espèce, une cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 sept. 2013, n° 12-16.862, *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> avr. 2013, obs. A.-M. LEROYER : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a relevé que la liaison extraconjugale du mari, survenue plus de huit ans après la séparation des époux, ne pouvait être considérée comme rendant intolérable le maintien de la vie commune et comme une faute au sens de l'article 242 du Code civil ».

<sup>717</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 31.

<sup>718</sup> V. HAUSER (J.), « Une république familiale », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 139 s.

<sup>719</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 37.

<sup>720</sup> REVEL (J.), « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », *JCP G* 1982, I, 3055, spéc. n° 46.

<sup>721</sup> C. civ., art. 1231-5.

clause pénale n'étant pas chose aisée, elle est le plus souvent abordée par ses caractères. Ainsi, la clause pénale a, avant tout, « une origine contractuelle [et] ensuite, pour raison d'être de garantir l'exécution d'une obligation, enfin, pour objet de sanctionner l'inexécution illicite de l'obligation garantie »<sup>722</sup>. C'est en raison de sa fonction comminatoire que la clause pénale présente un intérêt évident dans le contexte familial, spécifiquement dans les rapports conjugaux. En principe, la clause pénale est stipulée accessoirement dans le but de garantir l'effectivité d'une obligation contractuelle ; tout autre est le contexte familial qui suppose de lier une telle stipulation à l'exécution d'une obligation légale et d'ordre public. À ce titre, nous étudierons les conditions de validité (1) puis d'efficacité (2) de la clause pénale dans un contexte conjugal.

### 1. La validité

**158. — La clause pénale dans un contexte d'ordre public.** Aucun texte ne prohibe *a priori* la stipulation d'une clause pénale dans un contrat de mariage ou dans une convention de PACS. Comme on a pu le souligner, « la seule règle impérative qui peut venir circonscrire leur validité (...) semble être celle de l'article 6 du Code civil. Autrement dit, tant que la clause pénale ne porte pas atteinte à l'ordre public, elle paraît pouvoir prospérer sur le terreau familial »<sup>723</sup>. Il est vrai que concernant certaines matières d'ordre public, la stipulation d'une clause pénale a un temps été l'objet d'incertitudes. L'on songe, en particulier, au droit du travail ou aux baux d'habitation<sup>724</sup>. Ces hésitations s'expliquaient, toutefois, moins en raison du caractère d'ordre public des matières concernées, qu'en raison de l'existence de dispositions spéciales prohibant les amendes et sanctions pécuniaires. Du reste, la Cour de cassation y a validé le recours aux clauses pénales qu'elle refuse d'assimiler à l'amende<sup>725</sup>.

**159. — La clause pénale et les sanctions traditionnelles du droit conjugal.** En ce qui concerne le droit familial, aucune disposition ne prohibe, expressément, le recours à une sanction pécuniaire quant à la violation des obligations conjugales. Au surplus, strictement entendue, la clause pénale ne déroge à aucune loi impérative familiale au sens de l'article 6 du Code civil. Par exemple, une clause fixant une pénalité forfaitaire en cas de violation de l'obligation de fidélité ne porte pas

<sup>722</sup> MAZEAUD (D.), « Clause pénale », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2008, n° 07-13.989, *RDC* 2009, p. 60.

<sup>723</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., n° 22.

<sup>724</sup> Ainsi, a-t-on pu croire que les articles L. 1331-2 du Code du travail et 4 i) de la loi du 6 juill. 1989, qui prohibent les amendes ou autres sanctions pécuniaires, pouvaient être appliqués aux clauses pénales dans le contrat de travail ou dans un contrat de location.

<sup>725</sup> DROSS (W.), v° « Pénale », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 587.

atteinte à cette même obligation<sup>726</sup>. De la même manière entre les partenaires, on peut imaginer une clause stipulant une astreinte pour l'obligation de vie commune dans le but premier de faire respecter cette obligation<sup>727</sup>. De même, entre les époux, la clause pénale ne porte pas non plus atteinte à l'effectivité de la sanction légale, pas plus qu'elle ne lui substitue une sanction purement contractuelle. Il est évident que la mise en œuvre de la clause pénale et la demande en divorce peuvent avoir la même cause, c'est-à-dire l'inexécution d'une même obligation familiale. Cependant, comme le rappelle constamment la Cour de cassation, le prononcé du divorce, même pour faute, et l'octroi d'une prestation compensatoire n'ont pas pour objet la réparation d'un préjudice<sup>728</sup>. Dès lors, le principe même du divorce pour faute ne suffit pas à exclure le jeu d'une clause pénale dans les rapports obligatoires entre époux.

Pareillement, la combinaison de l'article 266 du Code civil avec le jeu d'une clause pénale ne devrait pas être source de difficulté, les deux mécanismes occupant deux domaines distincts. Marqueur d'une forme d'équité « correctrice »<sup>729</sup> dans les conséquences du divorce, les dommages-intérêts de l'article 266 visent uniquement à compenser le préjudice d'une particulière gravité résultant de la rupture du mariage<sup>730</sup>. Par son caractère de peine privée, la clause pénale n'est orientée que vers la sanction de l'inexécution coupable de l'obligation garantie. Autrement dit, la clause pénale sanctionne un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal, la jurisprudence considérant que ce dernier peut faire l'objet d'une réparation dans les conditions du droit commun. À titre d'exemple, l'adultère, faute civile selon la Cour de cassation<sup>731</sup>, peut faire l'objet d'une action en dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. À l'inverse, l'infidélité morale ou l'adultère ne suffisent pas à caractériser des conséquences d'une particulière gravité subies par un époux du fait de la dissolution du mariage qui permettent le jeu de

<sup>726</sup> Une telle clause correspond ainsi aux anciennes définitions de la clause pénale dans le Code civil. Elle permet aux époux de s'assurer du respect de l'obligation de fidélité, l'époux fautif s'engageant à réparer le préjudice que son conjoint souffre de l'inexécution de l'obligation de fidélité (C. civ., art. 1226 et 1229 anc.).

<sup>727</sup> La qualification d'une telle clause est plus sujette à discussion. Elle oscille entre la clause pénale moratoire – qui sanctionne le retard dans l'exécution d'une obligation – et la clause pénale compensatoire – qui sanctionne l'inexécution définitive. Il convient toutefois de retenir la nature de clause pénale moratoire dès lors que l'inexécution sanctionnée ne pourra être définitive qu'après la rupture du pacs. En pratique, l'inexécution de l'obligation de vie commune précédera la rupture du pacs par le partenaire fautif. Du reste c'est la qualification retenue par la jurisprudence qui interprète les clauses d'astreinte comme une variété de la clause pénale, v. en ce sens, WEILLER (L.), « Clause d'astreinte », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 115.

<sup>728</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juin 1996, n° 94-18.103, *RTD civ.* 1996, op. 886, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 1996, comm. 22, note H. LÉCUYER.

<sup>729</sup> BATTEUR (A.), « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, PUIGELIER (C.), dir., préf. FR. TERRÉ, p. 189 s., spéc., n° 1.

<sup>730</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janv. 2005, n° 02-19.016, *RTD civ.* 2005, p.375, obs. J. HAUSER ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2016, n° 15-27.900, *RTD civ.* 2017, p. 110, obs. J. HAUSER ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2022, n° 20-22.746, *RTD civ.* 2022, p. 596, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2022, comm. 119, note C. BERTHIER.

<sup>731</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2020, n° 19-19.387, *D.* 2021, p. 819, obs. J.-J. LEMOULAND ET D. VIGNEAU ; *ibid.*, p. 453, note Ch. BIGOT ; *RTD civ.* 2021, p. 107, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ fam.* 2021, p. 61, obs. J. HOUSSIER ; *Dr. fam.* 2021, comm. 14, note. J.-R. BINET.

l'article 266<sup>732</sup>. Partant, l'obligation de fidélité peut être garantie par une clause pénale visant à en prévenir et sanctionner l'inexécution. Il en va de même, en théorie, de l'obligation de respect et d'assistance. L'équivocité de ces deux dernières obligations exigera, en pratique, un effort de précision des conditions de mise en œuvre de la clause pénale. En revanche, le caractère libératoire de la clause pénale prive l'époux qui l'invoque de toute action sur le fondement de l'article 1240 du Code civil pour les faits correspondant à la défaillance sanctionnée par la peine privée. La clause pénale tient lieu de dommages-intérêts puisque l'« évaluation conventionnelle (...) est substituée à l'évaluation juridique qu'elle rend inutile »<sup>733</sup>.

**160. — Une action complémentaire.** Dans les rapports du couple, la clause pénale remplit son rôle de « peine privée contractuelle »<sup>734</sup> en ce qu'elle sanctionne l'inexécution d'une obligation familiale statutaire. Par ce biais, tant les époux, dans un contrat de mariage, que les partenaires, dans la convention de PACS, sont en mesure de garantir le respect des devoirs et obligations auquel la loi les oblige. Parce qu'elle est indépendante des conditions de la responsabilité délictuelle, la clause pénale offre aux membres de la famille un moyen de se prémunir des difficultés de l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts, toute discussion portant sur l'existence et l'importance du préjudice subi étant supprimée. Enfin, la clause pénale ne contredit ni ne contourne les voies de sanction classique des obligations familiales. Entre les partenaires, l'absence de véritable sanction ne soulève aucune difficulté particulière. Entre les époux, l'aspect purement symbolique du divorce pour faute laisse une place à la stipulation d'une peine privée qui n'a pas vocation à s'y substituer. Enfin, n'étant pas liée au devenir du contrat, mais uniquement à l'inexécution d'une obligation, la clause pénale ne se chevauche pas avec l'article 266 du Code civil qui a vocation à réparer les conséquences de la rupture du mariage.

Cependant, en tant que mécanisme dissuasif, la stipulation d'une clause pénale pose la question de sa confrontation aux libertés individuelles, notamment la liberté de rompre dans le couple. Dans le droit contemporain de la famille, « nul ne peut être contraint à demeurer dans les liens du mariage et les anciens mécanismes dissuasifs ont disparu »<sup>735</sup>. Or, la prévision d'une sanction privée ne peut-elle pas être perçue comme une résurgence de ces anciens mécanismes dissuasifs, qui contraignent,

<sup>732</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 08-17.825, *AJ fam.* 2009, p. 347, obs. S. DAVID ; *D.* 2009, p. 1897, obs. C. LE DOUARON ; *RTD civ.* 2009, p. 705, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2009, comm. 103, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 avr. 2015, n° 14-11.575, *D.* 2016, p. 674, obs. M. DOUCHY-OUUDOT ; *RTD civ.* 2015, p. 594, obs. J. HAUSER.

<sup>733</sup> TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 891. *Adde* Com. 14 juin 2016, n° 15.12-734, *D.* 2016, p. 1628, obs. D. MAZEAUD, qui a jugé que la clause qui prévoit une « évaluation forfaitaire et anticipée du montant du préjudice résultant » d'une inexécution du contrat, était une clause pénale.

<sup>734</sup> MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992, n° 555 s.

<sup>735</sup> ÉGÉA (V.), *th. préc.*, n° 443.

de fait, la liberté de rompre les liens conjugaux ? Répondre à cette interrogation revient à évaluer les conditions d'efficacité des clauses pénales dans le contexte familial.

## 2. L'efficacité

**161. — Un rôle accessoire.** Outre les conditions d'efficacité du droit commun des obligations qui lui sont propres<sup>736</sup>, la clause pénale, par son caractère comminatoire, est susceptible de générer un risque quant à l'exercice de la faculté de rompre les liens conjugaux. Encore faut-il distinguer selon que la clause pénale est stipulée en présence d'une obligation légale ou en l'absence de celle-ci, tout en étant justifiée par la relation familiale. Si la clause pénale devait être stipulée en tant qu'accessoire d'une obligation légale, l'efficacité devrait être garantie dès lors qu'elle n'est pas, en raison de son caractère excessif, instrumentalisée dans le but de dissuader de la rupture **(a)**. À l'inverse, il semble que la protection des libertés fondamentales s'oppose au détournement de la clause pénale, qui servirait, alors, à créer une obligation non prévue par la loi **(b)**.

### *a. Le contrôle de l'excès*

**162. — Le principe de la clause pénale et la liberté de rompre.** Lorsque la clause pénale vise à garantir l'existence d'un devoir légal, elle ne saurait, en son principe même, être considérée comme entravant l'exercice de la liberté de rompre les liens conjugaux. Envisagée dans le contexte conjugal, la clause pénale ne sanctionne pas le fait de rompre, mais uniquement l'inexécution d'une obligation conjugale. C'est moins un moyen de dissuasion de la rupture qu'une mesure de dissuasion de l'inexécution, qui, certes, peut déboucher sur une rupture. Il serait, par exemple, incongru de soutenir l'idée qu'une clause pénale stipulée à propos du devoir de fidélité des époux constitue une atteinte à la libre rupture du mariage, à la liberté individuelle ou encore à la vie privée. Selon une telle conception, c'est moins la clause pénale qui fait l'objet d'une critique que l'existence même du devoir de fidélité. De la même manière, l'obligation de communauté de vie est une restriction légitime de la liberté fondamentale d'aller et venir. Lorsque la cohabitation relève d'un choix commun des époux, ils ne peuvent y mettre fin de manière unilatérale, sauf à être coupable d'un abandon de domicile conjugal. C'est dire que, par principe, les devoirs et obligations des époux restreignent une facette ou une autre de la liberté individuelle de chaque époux. L'on peut, en conséquence, admettre qu'ils peuvent faire l'objet d'une contractualisation s'agissant de leur sanction. Ce qui fait l'objet d'une protection est la liberté de rompre les liens du mariage. Mais l'on ne saurait en déduire un droit à la faute matrimoniale. Aussi, dans son principe, la stipulation d'une

<sup>736</sup> À propos du régime de la clause pénale, v. C. civ., art. 1231-5. *Adde*, DROSS (W.), v° « Pénale », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 588 s.

clause pénale s'agissant d'obligations conjugales légales n'empêche aucunement l'un des époux de demander le divorce. Elle le contraint, simplement, jusqu'au terme de l'union, au respect de ses engagements matrimoniaux.

**163. — L'entrave de la liberté de rompre en raison d'une pénalité excessive.** Cependant, on ne peut contester qu'assortir une obligation légale d'une pénalité contractuelle contribue à relever l'intensité d'une telle obligation. De cette façon, il est indéniable que la clause pénale peut constituer une entrave à la liberté individuelle de rompre les liens conjugaux. Mais c'est moins le principe de la clause pénale que le montant de la pénalité qui est source de l'entrave. À l'instar de ce qui a été jugé à propos d'une convention de concubinage, la clause pénale ne sera effective que pour autant qu'elle ne prévoit pas une pénalité « constituant par son caractère particulièrement contraignant un moyen de dissuader un [époux ou un partenaire] de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle »<sup>737</sup>. Précisons que l'appréciation de l'excès ne pourra se faire qu'*in concreto*, puisque par principe la clause pénale rattachée à des devoirs légaux ne peut entraver la liberté fondamentale que dans ses modalités. De manière générale, c'est au regard de la capacité financière de l'époux ou du partenaire défaillant que sera apprécié l'éventuel caractère excessif de la pénalité stipulée. De la même façon, le mode de fixation de la pénalité importe. En reprenant l'exemple de l'arrêt du 20 juin 2006, la pénalité qui correspondrait à une quote-part du revenu d'une des parties sera plus facilement qualifiée d'excessive. En résumé, bien que valide, dans son principe, la clause pénale pourra être jugée contraire à l'ordre public en raison du montant de la pénalité.

Pourrait-on envisager une attraction du régime de droit commun de la clause pénale en permettant au juge de faire usage de son pouvoir modérateur sur le fondement de l'article 1231-5, al. 2, du Code civil<sup>738</sup>. L'hésitation est permise. En effet, contrairement au contexte contractuel, la clause pénale dans le contexte conjugal ne joue qu'un rôle de peine privée. Elle ne vise qu'à garantir l'exécution des obligations légalement prévues. Un tel usage de la clause pénale n'en est pas moins valable « à moins toutefois qu'elles n'aient pour but d'assurer l'exécution de dispositions contraires

<sup>737</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *D.* 2006, p. 2430, obs. M. DOUCHY-OU DOT ; *RTD civ.* 2006, p. 740, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2006, p. 324, obs. F. CHÉNÉDÉ. Bien que, dans l'espèce rapportée, la convention de concubinage a été annulée en raison de son mode de fixation de l'obligation alimentaire des parents (« la convention signée par les concubins n'avait pas fixé le montant de la contribution à proportion des ressources de chacun des parents et des besoins des enfants mais à un montant forfaitaire, égal à la moitié des revenus du concubin »), le mode de fixation forfaitaire – conférant des allures d'indemnité de rupture à la pension alimentaire – permet l'analogie avec la clause pénale dont le principe est la fixation d'un forfait qui détermine « de façon définitive le chiffre des dommages-intérêts pour le cas d'inexécution » (v. TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 892).

<sup>738</sup> V. en ce sens, MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., n° 22.

à des règles impératives ou attentatoires aux droits et libertés du contractant »<sup>739</sup>. Dans une telle hypothèse, la mise en œuvre de la clause est, en principe, indépendante de tout constat d'un préjudice. Ce peut être le cas d'une clause pénale sanctionnant le manquement d'un des époux à son obligation de fidélité. La démonstration d'un préjudice, au sens de l'article 1240, sera de plus en plus difficile à rapporter dans le contexte actuel d'invisibilisation de cette obligation. Songeons par exemple à l'arrêt qui approuve une cour d'appel d'avoir considéré que l'adultère n'est plus à lui seul « de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »<sup>740</sup>. L'époux qui invoque une atteinte à son honneur en raison du comportement « humiliant » de son conjoint infidèle pourrait se voir opposer la même solution. L'observation est extensible aux obligations de respect ou d'assistance entre époux. Ou encore, dans le cas du PACS, au manquement d'un des partenaires à son obligation de vie commune ou d'assistance. Là se situe tout l'intérêt de la clause pénale dans le contexte des obligations conjugales. C'est moins sa fonction réparatrice que sa fonction comminatoire qui en fait un atout indéniable du renforcement des obligations. Du reste, la jurisprudence admet sans aucune difficulté l'efficacité d'une clause pénale en l'absence de tout préjudice. La solution est désormais classique en matière civile : « la clause pénale, sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution »<sup>741</sup>. De cette façon, en stipulant une clause pénale, les époux ou partenaires s'exemptent de la démonstration d'un préjudice et se prémunissent de l'aléa judiciaire.

Or, pour que le juge fasse usage de son pouvoir de modération ou d'accentuation de la pénalité, encore faut-il qu'il puisse en apprécier le caractère excessif ou dérisoire au regard du préjudice effectivement subi<sup>742</sup>. C'est au regard du préjudice que le débiteur doit démontrer le caractère excessif de la pénalité<sup>743</sup>. Bien entendu, en matière contractuelle, l'existence d'un préjudice est quasi certaine, la clause pénale venant garantir l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette réalité vient atténuer la position de principe de la Cour de cassation au regard de l'absence de préjudice. Dans le contexte conjugal, cependant, le constat d'un préjudice se fait moins certain. En conséquence, il semble qu'il faille écarter le régime de l'article 1231-5, al. 2, s'agissant des clauses

<sup>739</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 889. C'est par exemple le cas des clauses pénales stipulées dans les actes à titre gratuit.

<sup>740</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *ibid.*, p. 724, obs. E. RASCHEL ; *RTD civ.* 2016, p. 81, obs. J. HAUSER.

<sup>741</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 1994, n° 91-19.540, *RTD civ.* 1994, p. 605, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1994, I, 3809, n° 16, obs. G. VINEY ; 20 déc. 2006, n° 05-20.065, *JCP G* 2007, II, 10024, note D. BAKOUICHE. *Contra* la position de la chambre commerciale : Com. 16 juill. 1991, n° 89-19.080, *D.* 1992, p. 365, note D. MAZEAUD ; 8 avr. 2015, n° 13-26.734, *D.* 2016, p. 566, obs. M. MEKKI, qui n'exclut pas la possibilité pour le juge de s'opposer à l'application d'une clause pénale en l'absence de tout préjudice.

<sup>742</sup> V. en ce sens TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 894 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, n° 635.

<sup>743</sup> V. en ce sens GRIMALDI (C.), *Leçons pratiques de droit des contrats*, 2<sup>e</sup> éd., 2022, LGDJ, n° 497, spéc., p. 399.

pénales visant à garantir des obligations familiales légales. Ceci ne signifie pas pour autant que les parties pourront fixer des pénalités démesurées. Simplement, le fondement du pouvoir de contrôle se déplace du droit commun des contrats au droit commun général. Il demeure, en effet, le contrôle du respect des libertés fondamentales, plus précisément la liberté individuelle de rompre les liens conjugaux. Puisqu'il s'agit de conférer à la clause un caractère comminatoire, il va de soi que l'indemnité ne peut être dérisoire. Mais afin d'éviter tout excès, il faudra veiller à fixer une indemnité suffisamment significative du caractère punitif de la clause, sans, pour autant, qu'elle en devienne un handicap financier pour son débiteur. En fin de compte, selon nous, l'efficacité de la clause pénale stipulée au soutien d'une obligation conjugale d'origine légale sera garantie pour autant qu'elle ne porte pas atteinte, par son montant, au principe d'ordre public de la liberté individuelle.

**164. — La circonscription du périmètre de la clause pénale.** Si nous écartons le régime de droit commun de la clause pénale s'agissant du fondement du contrôle du juge, les règles relatives aux conditions de mises en œuvre peuvent être adaptées à la matière familiale. Ainsi, il ressort de l'article 1231-5, al. 5, du Code civil que la clause pénale ne peut, en principe, jouer de manière automatique. Il faut que « le créancier de l'obligation inexécutée s'en prévale »<sup>744</sup>. Dans le domaine qui nous occupe, la question se posera le plus souvent lors de la séparation. L'hypothèse d'une mise en œuvre de la clause pénale, par le biais d'une mise en demeure, en cours d'union qui n'aurait aucune incidence sur le devenir de celle-ci paraît être un cas d'école. La dissolution est un prétexte au « solde de tout compte » entre les époux ou les partenaires. C'est à cette occasion que l'un tentera de mettre en jeu l'éventuelle clause pénale qui figure dans le contrat qui les lie. On s'inscrit, alors, dans l'hypothèse d'une inexécution définitive au sens de l'article 1231-5 du Code civil. Partant, il appartient à l'époux ou au partenaire qui s'estime trompé d'établir la violation de l'obligation sanctionnée par la clause pénale. Il importe, à cet égard, que la clause vise le plus précisément et expressément possible l'obligation qu'elle entend garantir. Nous avons vu que l'insertion d'une clause pénale quant aux obligations légales des partenaires et des époux pouvait être admise sans difficulté spécifique. Encore convient-il de faire preuve de plus ou moins de précision suivant l'obligation visée. Il y aura lieu d'adapter le champ de la clause en fonction de l'obligation garantie. Le degré de précision ne pourra être le même selon qu'il s'agit de garantir l'obligation de fidélité ou le devoir de respect entre les époux ; ou, entre les partenaires, l'obligation d'aide matérielle ou celle de la vie commune. La grande généralité de certaines obligations familiales risquerait d'amoindrir l'efficacité de la clause pénale stipulée. Prenons le cas de l'obligation de vie commune.

---

<sup>744</sup> DROSS (W.), v° « Pénale », *Clausier...*, op. cit., p. 588.

La clause pourra, par exemple, préciser que le partenaire ou l'époux qui abandonne volontairement le domicile commun devra verser une somme fixe prédéterminée par jour d'absence à titre de clause pénale moratoire. En ce qui concerne le devoir d'aide matérielle, une clause pénale compensatoire pourra garantir le respect de la répartition conventionnelle de cette aide entre les partenaires. La même remarque s'appliquera aux époux s'agissant des obligations de respect ou d'assistance dont la généralité les rend difficiles à circonscrire. L'on sait, par exemple, que « respecter le conjoint oblige à ne pas lui porter d'atteintes morales (...) du fait d'injures, de mensonges, de déloyauté ou de contrainte ; ni d'atteintes corporelles ou sexuelles »<sup>745</sup>. De même, l'obligation d'assistance « désigne le soutien moral que chaque époux doit apporter à l'autre en raison de la vie commune et en particulier, face à l'adversité, au deuil, à la maladie, au chômage et à l'échec »<sup>746</sup>. La clause pénale visant à garantir le devoir de respect ou d'assistance pourra, notamment, être restreinte aux atteintes corporelles, aux injures ou encore à l'abandon face à l'infortune. En déterminant le champ d'application de la clause par des faits matériellement observables, les époux ou partenaires se faciliteraient la preuve de l'inexécution imputable au débiteur de la clause.

*b. La limite du détournement*

**165. — Le cas particulier de la fidélité dans le PACS.** Inversement lorsque la clause pénale est stipulée pour le cas où il n'y a aucun devoir légal, l'atteinte à la liberté individuelle sera plus aisée à démontrer. *A priori*, une clause pénale stipulée en tant qu'accessoire d'une obligation conventionnelle de fidélité dans le contrat de PACS sera déclarée illicite. L'exclusivité des relations sexuelles est hors du commerce juridique. Cela étant, la jurisprudence ne restreint plus le devoir de fidélité à son essence originelle de l'exclusivité sexuelle. La fidélité n'est plus simplement un rapport charnel, elle est aussi un rapport spirituel ou intellectuel<sup>747</sup>. Le devoir de fidélité se mute en un devoir de loyauté entre les époux<sup>748</sup>. De l'appréhension du devoir de fidélité entre époux à travers un devoir général de loyauté à la consécration de la fidélité entre partenaires par le devoir de loyauté contractuelle, il n'y aurait qu'un pas, si la jurisprudence ne s'y refusait pas.

Même appréhendée à travers une exigence de loyauté, la fidélité demeure un horizon inaccessible pour les partenaires<sup>749</sup>. La liberté sexuelle ne peut être limitée que par la loi. Pourtant,

<sup>745</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1199.

<sup>746</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1201.

<sup>747</sup> V. CHAUVET (D.), « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ fam.* 2016, p. 148.

<sup>748</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 315.

<sup>749</sup> Malgré la tentative osée en ce sens du TGI de Lille (TGI Lille, 5 juin 2020, *D.* 2003, p. 515, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2003, p. 270, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2003, comm. 57, note B. BEIGNER), la jurisprudence demeure opposée à la consécration – même indirecte – d'une obligation de fidélité entre les partenaires, v. Rennes, 5 mai 2015, n° 14/01737, *Dr.*

la fidélité est en quelque sorte sous-entendue dans le contrat de PACS. Ainsi que l'a écrit Monsieur Beignier, « qui dit contrat dit nécessairement fidélité. Conclure un contrat pour ne pas y être fidèle est une contre-vérité »<sup>750</sup>. Néanmoins, cette fidélité ne peut se confondre avec la fidélité charnelle entre époux<sup>751</sup>. La fidélité implicite au contrat de PACS trouverait son fondement dans l'obligation de bonne foi du droit commun des contrats. L'infidélité sexuelle du partenaire est-elle contraire à l'exécution de bonne foi du PACS ? La réponse dépend en réalité de la solution à une question non encore tranchée par le droit : la fidélité sexuelle participe-t-elle de l'essence du couple ? Autrement dit, la vie commune, condition commune aux trois formes de couples, implique-t-elle une obligation de fidélité ? En l'état du droit positif, la réponse est à l'évidence négative<sup>752</sup>, le devoir de fidélité doit être considéré comme une obligation exorbitante du droit commun des couples. L'explication se trouve alors dans la triple restriction qu'elle engendre : de la liberté sexuelle, du droit de nouer des relations avec ses semblables et du droit à l'autonomie personnelle<sup>753</sup>. Ce « caractère exorbitant » justifie qu'une telle restriction ne puisse être l'objet d'un contrat. En effet, la clause de fidélité dans le contrat de PACS – ou de concubinage – est une restriction directe de l'indépendance sexuelle de la personne.

En outre, si la restriction contractuelle des droits fondamentaux est parfois admise<sup>754</sup>, elle ne peut conduire à valider un contrat ayant pour objet une chose hors du commerce juridique. L'entrave contractuelle à une telle liberté fondamentale ne peut être mise sur le même rapport que l'entrave qui résulte de la clause de non-concurrence<sup>755</sup>. Souvent stipulée dans un contrat de travail, une telle clause limite une liberté individuelle, la liberté professionnelle. Mais, il est admis que cette liberté est intrinsèquement soumise à des impératifs économiques à l'inverse de la liberté sexuelle. Partant,

---

*fam.* 2015, comm. 140, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2015, p. 855, obs. J. HAUSER : « la situation de concubinage, même formalisée par la conclusion d'un pacs, ne génère aucune obligation de fidélité, propre au mariage ».

<sup>750</sup> BEIGNIER (B.), « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir », *Dr. fam.* 1997, chron. 5.

<sup>751</sup> *Contra* BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013, n° 738 s.

<sup>752</sup> *Contra* BEN HADJ YAHIA (S.), th. préc., n° 743, qui voit dans la décision du Conseil constitutionnel du 9 nov. 1999 une reconnaissance de « la place de la fidélité au sein du pacs [puisqu'il] rattache (...) la fidélité à la vie commune ». En réalité une telle interprétation est pour le moins surprenante à la lecture de la décision du Conseil. En effet, ce dernier considère que « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, **soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage** ; qu'en conséquence, sans définir expressément le contenu de la notion de vie commune, le législateur en a déterminé les composantes essentielles » (souligné par nous). Ce considérant renseigne simplement sur l'idée que la vie de couple implique une vie affective incompatible avec la situation où l'un des partenaires est déjà engagé dans un mariage. En effet, dans un tel cas, la vie affective du pacs constitue nécessairement une violation de l'obligation de fidélité du mariage et non une quelconque obligation de fidélité du pacs.

<sup>753</sup> V. FAVOREU (L.), *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz, n° 654 S.

<sup>754</sup> MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, av.-pr., R. CABRILLAC, préf., E. PUTMAN, LGDJ, 2013, n° 297 s.

<sup>755</sup> V. HAUSER (J.), « À quoi engage le pacs : conventions et ordre public ? », *RTD civ.* 2015, p. 855.

l'argument qui vise à justifier la licéité de la clause de fidélité dans le PACS, ou dans une convention de concubinage, par le fait qu'une telle fidélité est « bien présente dans un contrat de travail ou dans différents contrats d'affaires »<sup>756</sup> est, de ce fait, profondément contestable. *Idem*, l'hypothèse d'une fidélité fondée sur la conclusion d'un pacte de préférence est contestable. Le pacte de préférence<sup>757</sup> prévu à l'article 1123 du Code civil est une forme de limitation du droit de propriété. Transposé dans le contexte du PACS, un tel pacte induit une restriction d'une sorte de propriété de son propre corps, dit autrement du droit à l'autonomie personnelle. L'objet et le but d'un tel pacte ne peuvent être qu'illicites sur le fondement des articles 6 et 1162 du Code civil.

En définitive, qu'il s'agisse de la clause de non-concurrence, de la clause d'exclusivité ou du pacte de préférence, tous trois appartiennent à des logiques consuméristes qui les rendent inaptes à fonder une morale du couple dans le PACS. Dans le contexte des affaires, l'objet de la prestation – même se rapportant à des libertés individuelles – est détachable de la personne du débiteur. Dans le contexte du PACS, l'objet de la prestation – l'exercice restreint de la liberté sexuelle – est indissociable de la personne du partenaire débiteur<sup>758</sup>. Partant, l'inexistence d'une obligation de fidélité dans le PACS ne permet pas la stipulation d'une clause pénale censée garantir une obligation non prévue par la loi<sup>759</sup>.

**166. — Conclusion de paragraphe.** Étonnamment, c'est entre les époux, que l'efficacité de la clause pénale paraît la plus assurée. En effet, une fois que l'on admet que la préexistence de devoirs légaux ne s'oppose pas à ce que ces derniers soient garantis par une clause pénale, seule l'atteinte disproportionnée à la liberté de dénouer les liens conjugaux constitue un risque pour l'efficacité de la clause. La situation des partenaires est plus délicate. Elle implique de distinguer entre les obligations légales et les obligations qui pourraient être conventionnellement créées. Nous avons

<sup>756</sup> BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013, n° 745, p. 678.

<sup>757</sup> V. HAUSER (J.) « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 460.

<sup>758</sup> V. HYDE (A.-A.), th. préc., n° 143 s, qui, à propos de la prohibition des choses hors commerce, distingue entre l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation. La prohibition ne viserait que l'objet de prestation et non l'objet de l'obligation. La prohibition a pour finalité l'interdiction de la circulation des « attributs personnels indétachables de la personne de leur titulaire » (n° 144). Cela justifie que la liberté professionnelle puisse être restreinte par une clause de non-concurrence. « L'obligation de ne pas faire a pour objet les libertés professionnelles du salarié. (...) En revanche, l'objet de la prestation sera (...) la ou les activités interdites [ou] la part de clientèle désignée » (n° 145). Transposés au contexte du pacs, la clause de fidélité ou la clause de non-concurrence ou le pacte de préférence, ont pour objet de l'obligation la liberté sexuelle des partenaires. L'objet de la prestation est un exercice négatif de la liberté sexuelle, par principe inséparable de la personne du débiteur.

<sup>759</sup> *Contra* HYDE (A.-A.), th. préc., n° 632, qui se prononce favorablement à la stipulation de clauses de fidélité dans le pacs (n° 632). Cette position est justifiée par l'intérêt moral que revêtirait une telle clause. Pour l'auteur, l'appréciation de la légitimité de cet intérêt aurait été laissée aux juges par le législateur. À notre sens, l'évolution du droit de la famille contredit nettement cette dernière observation. Il n'appartient pas au juge – c'est-à-dire à l'État – de juger de la légitimité de telle ou telle valeur morale que les parties pourraient se fixer. En ce qui concerne le pacs, l'atteinte à la liberté sexuelle est trop importante pour être justifiée par un intérêt moral particulier. D'autant que la libre rupture sans motifs du pacs permet aux partenaires de sanctionner la violation de la morale commune qu'ils s'étaient communément fixée.

ainsi vu, à titre d'exemple, que les partenaires ne pouvaient pas s'obliger à une fidélité conjugale par le truchement d'une clause pénale sanctionnant l'infidélité de l'un ou de l'autre. Dans le PACS, l'infidélité semble condamnée à la seule contrainte morale, le partenaire trompé pouvant librement sortir du contrat. Sans être juridiquement obligatoire, l'infidélité est donc une cause de rupture du PACS.

**167. — Conclusion de section.** Nous l'avons vu, le besoin de privatisation de la relation familiale permet de revendiquer une privatisation de la sanction du comportement des membres de la famille. Dans un droit familial qui se désengage de plus en plus sur le plan axiologique, la contractualisation de la sanction peut être synonyme d'un réengagement de la volonté et, partant, d'une revalorisation du lien familial. C'est dans le couple que cette tendance s'observe tout particulièrement. En pratique, l'aménagement de la sanction des comportements familiaux s'observe s'agissant de l'évitement de la sanction. On l'observe notamment en matière matrimoniale : l'accord des époux, même nul, est tenu pour effectif sur le plan de la sanction par les juges. À rebours, la dissuasion de l'inexécution peut être recherchée. Pour ce faire, les membres de la famille peuvent recourir à la clause pénale dans leurs relations personnelles. Si sa validité ne souffre pas d'obstacles majeurs, son efficacité pourrait être fragilisée par la nécessité de préserver la liberté fondamentale de rompre les liens conjugaux. Par où l'on constate le lien étroit entre la contractualisation de la sanction des obligations conjugales personnelles et la rupture du couple. À ce sujet, l'on sait dorénavant que la rupture conjugale peut-être tant judiciaire que contractuelle. Cette ouverture au contrat permet-elle pour autant aux parties d'anticiper l'éventuelle séparation en contractualisant les conditions dans lesquelles elle pourrait advenir ? Sur le modèle contractuel, il s'agit d'envisager l'utilité des clauses de fin de contrat en droit de la famille.

## *Section 2. La contractualisation des conditions de rupture de la relation familiale*

**168. — L'anticipation de la rupture volontaire.** Les clauses relatives à la fin du contrat sont principalement de deux ordres : les clauses qui organisent les causes de fin du contrat et celles qui organisent les effets de la fin du contrat<sup>760</sup>. Les diverses clauses que recouvrent ces deux ensembles intéressent-elles pour autant le droit de la famille ? Il est désormais classique de rapprocher les causes de fin de la relation contractuelle, les modalités de rupture du lien familial. Le droit de la famille, comme le droit des contrats, connaît tant la rupture conjugale d'un commun accord, le *mutuus dissensus*, que la rupture unilatérale. En ce domaine, la volonté des membres de la famille

---

<sup>760</sup> MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », art. préc., n° 39.

n'est pas moindre que celle des contractants ordinaires<sup>761</sup>. De telle sorte, « la véritable question réside dans les possibilités et modalités de rupture volontaire de ces “contrats” »<sup>762</sup> de famille. Plus précisément, dans les possibilités d'anticipation contractuelle des modalités de rupture du lien familial. Là se situe encore, à notre avis, la différence notable entre les « contractants » du droit de la famille et les contractants ordinaires. À l'image de ces derniers, les « contractants familiaux » pourraient-ils agir sur les causes de la rupture ? Si la nature contractuelle du pacs justifie que les partenaires puissent organiser par anticipation les conditions de leur rupture (§ I), l'ordre public, tant général que matrimonial, s'oppose à ce que les époux puissent conclure des clauses d'anéantissement du contrat (§ II).

### § I. La naturelle contractualisation des conditions de rupture du PACS

**169.** — La nature contractuelle du pacs permet, *a priori*, une contractualisation anticipée de sa rupture. Deux stipulations sont, ainsi, envisageables : la clause de résiliation (A) et la clause résolutoire (B).

#### A. La clause de résiliation dans le PACS

**170.** — **L'exigence de motivation de la rupture unilatérale.** Entendue strictement, la clause de résiliation se définit comme celle qui « fixe les modalités de rupture unilatérale d'un contrat à durée indéterminée »<sup>763</sup>. Le but d'une telle clause est ainsi l'aménagement de la faculté de résiliation unilatérale commune à tous les engagements à durée indéterminée comme le PACS. Son intérêt est de prémunir chacun des contractants contre la soudaineté d'une réalisation unilatérale du contrat. Par exemple, la faculté de résiliation unilatérale sera restreinte par la prévision d'un délai de préavis, d'un certain formalisme, d'une obligation d'information préalable du cocontractant voire d'une obligation de motivation. Une telle stipulation présente ainsi un avantage pour les partenaires compte tenu de la faculté de résiliation unilatérale du PACS. Outre son laconisme<sup>764</sup>, cette faculté est interprétée comme une forme de répudiation<sup>765</sup> ou encore comme un « simulacre de procédure

<sup>761</sup> La sortie du contrat, comme celle du mariage, est moins automatique que ne le laisse voir une lecture superficielle des textes du droit des contrats. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la « procéduralisation » du comportement contractuel à l'issue de la réforme du droit des contrats et présente aux articles 1217 et suivants du Code civil. Du reste en pratique, la rupture du contrat donnera lieu, comme le divorce entre les époux, à de nouvelles négociations sur les conséquences de cette rupture.

<sup>762</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., *loc. cit.*

<sup>763</sup> CHANTEPIE (G.), « Clause de résiliation », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 1617. *Adde*, DROSS (W.), v° « Résiliation (Aménagement) », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 799 s.

<sup>764</sup> HAUSER (J.) « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille » art. préc.

<sup>765</sup> Le grief d'une atteinte à la dignité humaine a toutefois été rejeté par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 nov. 1999 : Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 71.

de licenciement »<sup>766</sup>. En ce sens, la stipulation d'une obligation de motivation de la rupture permettrait d'atténuer un tant soit peu sa brutalité. Certes, le caractère d'ordre public des conditions de cessation du PACS<sup>767</sup> limite le périmètre des clauses qui peuvent être stipulées quant à la résiliation unilatérale. Il n'en reste pas moins que le droit commun des contrats et des obligations, a vocation à s'appliquer au PACS. L'on rappelle, ainsi, que la faculté d'ordre public de rompre unilatéralement des contrats à durée indéterminée en droit communs peut être limitée par une exigence de motivation « pourvu qu'il ne s'agisse pas de rendre en fait impossible l'exercice de la résiliation »<sup>768</sup>. Or, puisque le Conseil constitutionnel a lié la dissolution unilatérale du PACS au droit général de rupture unilatérale des contrats à durée indéterminée<sup>769</sup>, les mêmes règles doivent pouvoir lui être appliquées comme l'a admis le Conseil<sup>770</sup>.

Ainsi, le contrat de PACS peut prévoir une exigence de motivation de la rupture figurant dans la signification prévue par l'article 515-7, al. 5, du Code civil. Il pourra également être prévu le versement d'une indemnité en cas de non-respect de ce devoir de motivation. L'indemnité ne doit toutefois pas être excessive sous peine d'être attentatoire à la liberté de rompre. Partant, si la prévision d'une indemnité du seul fait de l'exercice de la rupture unilatérale doit être déconseillée, en ce qu'elle pourrait être constitutive d'une atteinte directe à la liberté de rompre le PACS (ce n'est rien de moins qu'un « prix de la rupture »<sup>771</sup>), la stipulation d'une obligation de motivation est quant à elle une limite plus acceptable compte tenu du contexte d'intimité et de confiance réciproque qui lie, d'ordinaire, les partenaires. Dans un tel cas de figure, les dommages-intérêts ne sont pas assimilables à un « prix de la rupture » unilatérale, en tant qu'ils sanctionnent la rupture brutale en violation des prévisions contractuelles, à condition, toutefois, qu'ils ne soient pas d'un montant excessif<sup>772</sup>. On ajoutera que le Conseil constitutionnel a lui-même jugé que l'exercice du droit de rompre unilatéralement le contrat à durée indéterminée ne doit pas se faire au détriment de « l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture »<sup>773</sup>. Si l'alinéa 11 de l'article 515-7 réserve « le droit du partenaire à

<sup>766</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 381.

<sup>767</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 28.

<sup>768</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, n° 569 s.

<sup>769</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 68.

<sup>770</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 28 : « les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi »

<sup>771</sup> La jurisprudence s'oppose à voir dans la simple mise en œuvre de la rupture unilatérale du PACS une quelconque faute pouvant engendrer des dommages-intérêts, v. TI Lille, 7 sept. 2009, n° 09/002107, *D.* 2010, p. 69, note A. KOUMDAJI et X. LABBÉE – Montpellier, 4 janv. 2011, n° 10/00781, *D.* 2012, p. 971, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.*, 2011, comm. 89, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>772</sup> V. à propos de concubins, Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475, préc.

<sup>773</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 61.

réparation »<sup>774</sup>, la signification, prévue par l'alinéa 5, ne peut être considérée que comme une exigence minimale d'information que les partenaires doivent être libres de relever au besoin par une exigence de motivation de la rupture voire par un délai de préavis contractuel. La même liberté autorise la stipulation d'une clause résolutoire dans la convention de PACS.

### **B. La clause résolutoire dans le PACS**

**171. — La sanction naturelle des obligations du PACS.** À l'inverse de la clause de résiliation, la clause résolutoire permet, le plus souvent, aux contractants de gérer l'hypothèse pathologique de l'inexécution du contrat<sup>775</sup>. Cette clause « possède, au même titre que la clause pénale, une vocation comminatoire »<sup>776</sup>. L'intérêt de la clause résolutoire dans un contrat de PACS est ainsi double : d'une part, inciter les partenaires à respecter les obligations issues du PACS et, d'autre part, permettre au partenaire déçu de bénéficier de la résolution de plein droit du contrat de PACS. Or, ni les dispositions spéciales du PACS ni la jurisprudence ne fournissent à ce jour les moyens d'appréhension de la validité de la clause résolutoire dans le PACS. La décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 offre, malgré tout, un élément d'arbitrage de la question. Le considérant n° 28 de la décision précise ainsi que « les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer [au PACS], sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi ». Il faut donc voir dans le rapport entre le droit commun des contrats et des obligations et les dispositions relatives au PACS, un rapport de droit commun à droit spécial<sup>777</sup>. Les règles générales relatives à la résolution du contrat s'appliquent au PACS lorsqu'elles ne sont pas contraires aux dispositions de l'article 515-7 du Code civil<sup>778</sup>. C'est en ce sens qu'il faut aborder le problème de la validité de la clause résolutoire dans le PACS. La démonstration de sa compatibilité avec le dispositif de dissolution du pacs (1) précédera l'étude de son effet comminatoire (2).

<sup>774</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc. considérant n° 62.

<sup>775</sup> V. en ce sens CHANTEPIE (G.), « Clause résolutoire », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 1642, qui définit la clause résolutoire comme « la stipulation par laquelle les parties déterminent par avance les modalités d'une éventuelle résolution en cas d'inexécution contractuelle ».

<sup>776</sup> CHANTEPIE (G.), « Clause résolutoire », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 1642.

<sup>777</sup> C. civ., art. 1105.

<sup>778</sup> Dans le même sens : BÉNABENT (A.), op. cit., n° 491 ; HAUSER (J.) « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », art. préc. *Contra* MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), op. cit., n° 376 : « (...) le législateur du 15 nov. 1999 ayant pris soin de régler les causes et la procédure de dissolution du pacs, le droit commun [des contrats] doit être écarté ».

## 1. La comptabilité avec l'ordre public du PACS

**172. — L'absence de contournement du dispositif de rupture du PACS.** La clause résolutoire tient une place spéciale au sein des conditions de résolution du droit commun des contrats. Malgré son caractère usuel, elle demeure une dérogation à la résolution judiciaire classique<sup>779</sup>. Au regard des règles de dissolution du PACS, la stipulation d'une clause résolutoire soulève deux interrogations respectivement relatives aux causes et à la procédure de la dissolution. En premier lieu, la clause résolutoire ajoute une cause supplémentaire de dissolution du PACS. En effet, la clause résolutoire est « une réponse à un défaut d'exécution : elle autorise le créancier déçu à rompre le contrat »<sup>780</sup>. Or, contrairement au mariage<sup>781</sup>, l'inexécution d'une obligation des partenaires n'a pas formellement été prévue comme une cause de dissolution du PACS<sup>782</sup>. Cela n'est pas pour autant contraire aux règles de dissolution du PACS. Le caractère d'ordre public de l'article 515-7 interdit seulement aux partenaires d'y déroger par exemple en écartant une ou plusieurs causes de dissolution<sup>783</sup>. La clause résolutoire n'écarte aucune des conditions légales de dissolution ; tout au plus, elle est une contractualisation de la faculté de rompre unilatéralement le PACS au regard d'un certain motif, en l'occurrence l'inexécution d'une des obligations prévues à l'article 515-4 du Code civil. La clause résolutoire peut ainsi être instituée en peine privée. S'agissant de ce premier point, on peut soutenir que la clause résolutoire ne conduit pas à un contournement du dispositif de rupture d'ordre public du PACS<sup>784</sup>.

En second lieu, la résolution de plein droit qu'occasionne la clause résolutoire peut sembler contraire aux règles procédurales qui régissent la dissolution du PACS, la signification d'une part et la publicité de l'autre. Cependant, la malléabilité du régime de la clause résolutoire permet une parfaite adaptation auxdites règles. Si « la mise en œuvre de la clause résolutoire ne nécessite pas l'intervention préalable du juge »<sup>785</sup>, elle doit encore « être mise en œuvre, cela même lorsqu'il est précisé que la clause doit jouer “de plein droit” »<sup>786</sup>. En outre, l'article 1229, al. 2, du Code civil

<sup>779</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., 2021, PUF, n° 1034.

<sup>780</sup> HELLERINGER (G.), th. préc., n° 361.

<sup>781</sup> C. civ., art. 242.

<sup>782</sup> Celles-ci sont au nombre de quatre et sont prévues par l'article 515-7 du Code civil : la dissolution naturelle par décès, la dissolution automatique par mariage, la dissolution par déclaration conjointe et, enfin, la dissolution par décision unilatérale.

<sup>783</sup> *Contra* SAULIER (M.), th. préc., n° 100, qui estime que stipuler une clause résolutoire dans le pacs reviendrait à le considérer comme un contrat ordinaire ; conception qu'elle rejette. En définitive, le rejet de la clause résolutoire dans le pacs repose moins sur le caractère d'ordre public des dispositions relatives à la dissolution du pacs que sur la contestation de sa nature contractuelle.

<sup>784</sup> En comparaison, la stipulation d'une clause résolutoire a été condamnée pour cette raison en droit du travail concernant la procédure de licenciement, v. CHANTEPIE (G.), « Clause résolutoire », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 1651.

<sup>785</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 1035, p. 801.

<sup>786</sup> HELLERINGER (G.), th. préc., n° 364.

dispose que la « résolution prend effet (...) dans les conditions prévues par la clause résolutoire ». Par conséquent, le contrat de PACS peut prévoir que la clause sera mise en œuvre selon les conditions de l'article 515-7. À l'évidence, l'accomplissement de ces formalités ne pourra être écarté par une clause quelconque étant donné que la simple déclaration de rupture est sans effet : « le PACS survit à la lettre de rupture »<sup>787</sup>. Par où l'on voit que l'intérêt principal de la clause résolutoire dans le cas du PACS n'est pas tant dans le droit potestatif de rompre qu'elle accorde à chaque partenaire – en cela elle n'ajoute rien à la dissolution par décision unilatérale – mais certainement plus dans la définition des obligations dont l'inexécution entraînera la mise en œuvre de la clause, dit autrement son effet comminatoire.

## 2. L'effet comminatoire

**173. — Une solution à l'illusion de la sanction du PACS.** D'une certaine manière l'effet d'une clause résolutoire rapprocherait la dissolution du PACS de celle du mariage sur le plan de la « rupture-sanction de la relation »<sup>788</sup>. Jusqu'à présent, seules les règles de la responsabilité civile offrent aux partenaires une voie de sanction de l'inexécution d'obligations pourtant contractuelles. Toutefois, celle-ci ne sanctionne que la rupture abusive et non l'inexécution des obligations du PACS, « la faute consiste en une violation de l'obligation de rompre en bon père de famille »<sup>789</sup> ou en bon amant<sup>790</sup>. En outre, les exigences propres à la responsabilité délictuelle sont telles que la faute dans la rupture n'est le plus souvent pas retenue par les juges<sup>791</sup>. Partant, la stipulation d'une clause résolutoire peut redonner une certaine consistance juridique aux obligations entre partenaires. D'un point de vue symbolique, elle permet au partenaire déçu de mettre en mouvement la sanction de l'inexécution de l'autre. Cette fonction symbolique est, à notre avis, mieux assurée par la clause résolutoire pour inexécution – en « conscientisant » l'idée de sanction – que par la simple faculté de rompre unilatéralement prévue à l'article 515-7 du Code civil<sup>792</sup>. D'un point de vue pécuniaire,

<sup>787</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 383, spéc. p. 271.

<sup>788</sup> MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille », art. préc., n° 24. Ce

<sup>789</sup> RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 182, p. 198.

<sup>790</sup> Sur la rigueur dans l'appréciation des circonstances fautives de la rupture v. PIZARRO (L.), *Le traitement juridique de la rupture. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, préf. I. BARRIÈRE-BROUSSE, Defrénois, 2017, n° 245 s.

<sup>791</sup> Par exemple, le caractère abusif n'a pas été retenu dans une espèce où l'un des partenaires avait quitté le domicile commun, puis notifié trois jours après, par courrier recommandé, à son partenaire sa décision de rompre au motif que la vie de couple n'était plus supportable pour lui comme pour les enfants (TI Lille, 7 sept. 2009, préc.). V. également, Montpellier, 4 janv. 2011, préc., qui a considéré que « l'abandon de la compagne atteinte de maladie n'est pas constitutif de faute en l'absence d'autre circonstance ». La rupture fautive a, par exemple, été retenue dans le cas d'une rupture intervenue sans avis préalable avec une mise à la porte de la partenaire de la résidence commune sans possibilité de reprise des effets personnels (Paris, 21 févr. 2013, n° 10/13523, *JurisData* n° 2013-003546).

<sup>792</sup> Sur l'absence de coloration sanctionnatrice de la dissolution par décision unilatérale v. RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 182, p. 177.

la clause résolutoire peut tout à fait se combiner avec une clause pénale<sup>793</sup>, renforçant d'autant la symbolique de la sanction dans la rupture<sup>794</sup>.

L'article 1225 du Code civil dispose que la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. Parce que nous croyons l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat des partenaires valide, cette exigence doit également leur être appliquée. À plus forte raison, si la clause résolutoire est appareillée avec une clause pénale. Par exemple, la clause résolutoire pourra être stipulée pour l'inexécution de l'obligation de communauté de vie, de l'obligation d'assistance ou encore d'aide matérielle. Néanmoins, l'indétermination concrète du contenu de ces obligations dans le PACS doit justifier une plus grande précision. Ainsi, l'inexécution de la communauté de vie pourra être entendue comme l'abandon volontaire et sans préavis de la résidence commune<sup>795</sup> ou le refus systématique de cohabiter<sup>796</sup>. De la même manière, au regard de la jurisprudence, des cas d'inexécution de l'obligation d'assistance peuvent être prévus. Par exemple, l'abandon du partenaire atteint d'une affection physique<sup>797</sup> ou morale<sup>798</sup> constitue, au moins moralement, une violation de l'obligation d'assistance que le contrat des partenaires pourrait légitimement prévoir tant au titre d'une cause de résolution du contrat qu'au titre d'une clause pénale. Outre les obligations légalement définies, la clause résolutoire dans une convention de PACS pourrait-elle préciser des obligations contractuellement ? La question n'est pas innocente, elle concerne, une nouvelle fois, la possibilité pour les partenaires de s'astreindre à une obligation de fidélité. Nous l'avons préalablement démontré, les libertés fondamentales auxquelles se rattachent la fidélité, ne peuvent être aliénées par le contrat<sup>799</sup>. Dès lors, la fidélité ne peut être un engagement contractuel, cause de la résolution du fait d'une clause résolutoire – de la même manière qu'elle ne peut être une obligation garantie par une clause pénale. À notre sens, la fidélité dans le PACS (et le

<sup>793</sup> Dans ce cas, la résolution du contrat par l'effet de la clause résolutoire ne paralyse pas le jeu de la clause pénale dès lors que l'anéantissement du contrat a pour cause une inexécution, v. DROSS (W.), v° « Pénale », *Clausier...*, *op. cit.*, p. 589.

<sup>794</sup> Sur la validité d'une clause pénale dans la convention de PACS, v. *supra*, n° 158 s.

<sup>795</sup> Le départ brutal et l'abandon du partenaire sont souvent retenus comme une faute dans la rupture entre concubins : v. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avr. 1998, n° 96-10.581, *Dr. fam.* 1998, comm. 81, note H. LÉCUYER ; *LPA* 17 févr. 1999, note J. MASSIP – Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janv. 2006, n° 04-11.016, *AJ fam.* 2006, p. 110, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2006, n° 4, comm. 85, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *JCP G* 2006, n° 50, doct. 199, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE.

<sup>796</sup> Sans pour autant aller jusqu'à la sanction d'un refus d'entretenir des relations sexuelles sous peine de nullité du fait de l'atteinte à la liberté sexuelle.

<sup>797</sup> V. Montpellier, 4 janv. 2011, préc., qui, de manière surprenante, avait rejeté la demande de dommages-intérêts d'un partenaire atteint d'une leucémie aux motifs « qu'il est de principe constant que face à l'absence d'obligation d'assistance entre personnes unies par un pacs, l'abandon de la compagne atteinte de maladie n'est pas constitutif de faute en l'absence d'autre circonstance ».

<sup>798</sup> À propos d'un abandon du concubin dans un désarroi matériel et moral v. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2008, n° 07-14.628, *D.* 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Defrénois* 2008, n° 21, p. 2420, obs. J. MASSIP. À propos de la rupture consécutive à l'annonce d'une grossesse v. Civ., 1<sup>re</sup>, 15 mai 1990, n° 88-15.254, *Defrénois* 1990, n° 17 p. 943, obs. J. MASSIP.

<sup>799</sup> V. *supra*, n° 165.

concubinage) ne relève que de l'engagement sur l'honneur plus proche de la « complaisance et de la courtoisie »<sup>800</sup> que d'une véritable obligation, voire d'une promesse sanctionnée juridiquement<sup>801</sup>.

À rebours de la naturelle contractualisation des modalités de rupture dans le PACS, le poids de l'ordre public exclut toute contractualisation anticipée des conditions de rupture du mariage.

## § II. L'impossible contractualisation de la rupture dans le mariage

**174. — L'évidence d'un contournement du dispositif du divorce.** Le mariage n'étant pas un contrat ordinaire il ne peut être résolu, mais seulement dissous par la mort ou par le divorce<sup>802</sup>. Ces causes doivent être considérées comme d'ordre public. La clause résolutoire dans un contrat de mariage a nécessairement pour effet de contourner ces modes de dissolution au bénéfice de conditions contractuellement définies, elle est en cela nulle. En outre, contrairement au PACS, la volonté d'un seul époux ne suffit pas à anéantir le mariage. Il faut encore que le divorce soit prononcé par le juge ou enregistré par un notaire. Partant, une clause qui accorde à l'un des époux un pouvoir potestatif de dissoudre le mariage ne peut être que nulle sur le fondement de l'article 6 du Code civil. S'agissant du divorce par consentement mutuel, il repose sur la volonté commune des deux époux. On peut, toutefois, s'interroger sur le sort d'une clause du contrat de mariage par laquelle les époux s'accordent *ab initio* sur le choix du mode de divorce en fonction de la violation d'une des obligations du mariage ou expriment leur préférence pour un divorce par la voie contractuelle. À notre avis, une telle clause ne peut avoir un quelconque effet contraignant à l'égard des époux. En effet, elle porte atteinte à la liberté constitutionnelle de mettre fin aux liens du mariage<sup>803</sup> qui implique la protection de l'accès effectif à toutes les voies de divorce et le bénéfice de la protection légale qui l'accompagne. En pratique, toutefois, l'absence de contestation permettra aux époux de respecter leur engagement. On serait alors face à un nouveau pacte conjugal qui s'épanouirait à l'abri du droit et ferait écho à la pratique du divorce en droit romain, lequel n'imposait « aucune formalité [...] à l'établissement du divorce. Il [suffisait] que la volonté de rompre soit exprimée »<sup>804</sup>.

<sup>800</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 89.

<sup>801</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La liberté de rupture du pacs face aux obligations jugées inexistantes ou presque des partenaires », *Dr. fam* 2011, comm. 89, spéc., n° 3.

<sup>802</sup> C. civ., art. 227.

<sup>803</sup> Cons. const. 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, préc.

<sup>804</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, *op. cit.*, n° 80.

**175. — Une évolution future.** Plus que jamais la consécration du divorce sans juge préfigure le droit à venir du divorce. Soumis aux conditions de résolution du droit commun des contrats, le divorce deviendrait automatique sur le modèle de la clause résolutoire où les conditions de rupture ont été fixées à l'avance par les parties dans le contrat de mariage, des effets personnels de la séparation aux effets patrimoniaux en passant par la prestation compensatoire (ce que la prohibition des liquidations anticipées ne permet pas, en l'état du droit positif). À l'image du juge du contrat, le juge familial n'aurait plus qu'à constater que la clause résolutoire a été régulièrement mise en jeu conformément aux prévisions contractuelles des ex-époux.

**176. — Conclusion de section.** La contractualisation de la rupture de la relation familiale revient à prévoir par anticipation les modalités de rupture de la relation conjugale. Nous avons vu qu'à s'en tenir à la nature contractuelle du PACS, cette contractualisation ne souffre d'aucune contestation juridique insurpassable. L'opinion opposée à ce constat ne se justifie que par la persistance de certains auteurs à rejeter la dimension contractuelle du PACS. Il s'agit d'un « vrai contrat d'union civile »<sup>805</sup> soumis, en tant que de raison, aux modes de résolution du droit commun des contrats. On a ainsi pu constater que la stipulation d'une clause résolutoire dans le PACS ne contredisait aucunement les causes de dissolution légales du PACS. Envisageable entre les partenaires, la clause résolutoire doit être exclue dans les rapports entre époux. Parce qu'elle a nécessairement pour effet de contourner les règles de dissolution du mariage, une telle clause encourt la nullité sur le fondement de l'article 6 du Code civil.

#### CONCLUSION DE CHAPITRE

**177. —** L'organisation contractuelle de la sanction des obligations familiales est encore peu développée en droit de la famille. La nature statutaire des obligations explique en partie ce constat. Il faut pourtant distinguer deux objectifs tenant à l'anticipation contractuelle de la sanction : le premier tend à organiser les conditions d'excuse de l'inexécution tandis que le second vise à renforcer l'effectivité de la règle familiale en agissant sur sa force contraignante.

Paradoxalement, ce sont les accords visant à excuser l'inexécution qui sont les plus répandus en pratique. On le constate aisément entre les époux à propos des clauses de liberté (en matière de fidélité comme de communauté de vie) *a priori* nulles, mais prises en compte tant au regard de la sanction de l'inexécution qu'au regard des causes du divorce.

---

<sup>805</sup> LARRIBAU-TERNEYRE (V.) » L'amélioration du pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1.

À côté de ces clauses, il existe – et doit exister – un espace de liberté quant aux clauses opposées dont le but est de dissuader l'inexécution des obligations. Une fois l'utilité de ces clauses mise en lumière, ce sont leurs conditions de licéité et d'efficacité qu'il convenait d'appréhender. Ainsi, nous avons démontré que l'origine légale des obligations et devoirs familiaux n'est pas exclusive de la stipulation d'une clause pénale. En tant que peine privée, la clause pénale dans le contexte familial doit, cependant, composer avec l'essor des droits fondamentaux (la liberté de rompre les liens conjugaux) qu'elle ne peut excessivement contrarier.

Enfin, à propos de la sanction de l'inexécution, la résolution automatique par l'effet d'une clause résolutoire a été étudiée avec résultats divergents selon le statut conjugal. Dans le PACS, le régime de la dissolution est si peu développé que le renvoi au droit commun des contrats apparaît comme une évidence. La clause résolutoire permet de redonner à la dissolution du PACS la dimension de rupture-sanction que le législateur lui a déniée. Dans le mariage, la libéralisation du divorce ne permet pas, encore, aux époux d'anticiper les conditions de leur rupture.

## CONCLUSION DE TITRE

178. — C'est, en principe, le droit qui détermine la substance de la relation familiale. Dit autrement, ce sont « des règles de droit qui prescrivent et sanctionnent le comportement que doivent adopter les membres de la famille »<sup>806</sup>. En conséquence, l'objet de ce titre était d'analyser l'influence du contrat sur le contenu des obligations familiales et sur la sanction de telles prescriptions légales. Celle-ci a été constatée en droit international et en droit interne.

En droit international, c'est de manière indirecte que la volonté des parties peut parvenir à aménager le contenu des obligations que produit leur relation familiale. La multiplication, dans les instruments européens du droit international privé de la famille, de la faculté de choix de la loi applicable influence, indirectement, la possibilité d'aménager le contenu du comportement familial, puisque ce dernier dépend de la loi applicable. En présence d'un élément d'extranéité, la volonté des parties est à même de déterminer le contenu des règles qui gouvernent la relation familiale. Plus encore, elle aboutit, au regard du droit français, à la paralysie des entraves classiques à la liberté contractuelle en droit interne. La mutabilité incontrôlée ainsi que la possibilité de contourner le principe de la réserve héréditaire ou la prohibition des pactes sur succession future en sont des exemples majeurs.

En droit interne, malgré la persistance d'un ordre public, du moins dans les termes du droit, force est de constater que la tendance est à une extension du rôle de la volonté en ce qui concerne la détermination de la règle et sa sanction. Dans l'ordre des relations patrimoniales, par exemple, l'extension du domaine de la liberté des membres de la famille n'est pas contestée, bien qu'elle ne soit pas uniforme. L'influence du contrat quant à l'aménagement des relations patrimoniales des partenaires est ainsi évidente au regard de la nature contractuelle du PACS. Dans le cas des époux, deux éléments justificatifs d'une extension peuvent être avancés. D'abord, elle s'explique par le repliement de l'impérativité traditionnelle du cadre matrimonial, en raison, principalement, de l'interprétation libérale des règles impératives par les juges. Ensuite, c'est l'affirmation du « risque » comme une donnée contractuelle inhérente à la famille qui favorise l'extension du rôle de la volonté contractuelle, par exemple en ce qui concerne l'anticipation des effets du divorce entre les époux. Ce risque est, en l'occurrence, double : au risque ordinaire d'inexécution des obligations, il faut ajouter le risque particulier de la séparation, le risque de divorce. Ce dernier est en pratique géré par la stipulation de clauses que l'on peut rassembler sous la dénomination commune de clause

---

<sup>806</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 44.

de garantie-divorce. Doit être ainsi comprise, toute clause, entre époux, dont la fonction principale est de garantir les époux contre risque économique du divorce. Par ces clauses, les époux sont ainsi amenés à aménager leurs relations patrimoniales en vue de l'incidence future d'un divorce. En ce qui concerne le risque d'inexécution, l'étude s'est axée, dans un second mouvement, sur les possibilités de transposition dans le domaine familial, des mécanismes contractuels de gestion de l'inexécution. Dans une approche, quelque peu, prospective, c'est alors de l'aménagement conventionnel de la sanction du comportement familial dont il a été question. En définitive, au regard des apports quant à la personnalisation et à la prévisibilité de la relation familiale, il semble qu'il est utile de promouvoir une extension du périmètre des clauses d'organisation contractuelle anticipée dans le domaine familial. Cette promotion n'est par ailleurs pas indépendante de la protection des individus qui s'opère principalement par la protection des libertés fondamentales. Si la liberté doit être conférée aux membres de la famille lorsqu'il s'agit de prévoir et sanctionner les comportements défailants, c'est sous réserve de toute atteinte disproportionnée aux libertés individuelles de chacun, notamment la liberté de rompre les liens familiaux.

Ce glissement de l'aménagement à l'anticipation serait incomplet si l'on s'en tenait au seul volet substantiel de la relation familiale. En effet, la gestion anticipée des risques, d'inexécution ou de rupture, ne concerne que la dimension substantielle de l'anticipation contractuelle en droit de la famille. Elle doit être complétée par un volet procédural qui tient à la prévision des modalités de résolution en cas de survenance d'un conflit.

## TITRE SECOND – L’ANTICIPATION CONTRACTUELLE DE LA CRISE FAMILIALE

**179. — L’anticipation du règlement du litige.** Classiquement, le droit de la famille ne permet à la volonté d’appréhender la résolution du conflit qu’une fois celui-ci apparu. Sans doute que cela peut s’expliquer par le fait que les rénovations successives du droit de la famille sont majoritairement orientées vers l’apaisement de la résolution des conflits<sup>807</sup>. Pourtant « ni la loi ni le juge ne parviennent vraiment à apaiser les conflits ; [pis], ils font plus de mal que de bien en s’immisçant dans une intimité fragile »<sup>808</sup>. On ne s’étonne alors que peu lorsque l’on remarque qu’après avoir associé les membres de la famille à la fonction de juger<sup>809</sup>, il s’agit désormais d’en déposséder le juge et de rendre, autant que possible, les individus maîtres de la gestion des conflits par une promotion animée des modes amiables de règlement des différends<sup>810</sup> : l’accord familial (sous toutes ses formes)<sup>811</sup>, la conciliation<sup>812</sup>, la médiation<sup>813</sup>, la convention participative<sup>814</sup> ou encore le nouveau divorce contractuel<sup>815</sup>. En substance, la régulation privée des litiges familiaux est fortement exaltée par le droit contemporain de la famille, parfois même instrumentalisée<sup>816</sup>. À côté de cette gestion amiable *a posteriori* du litige, il apparaît, néanmoins, des espaces de liberté permettant une gestion *a priori*, c’est-à-dire anticipée. C’est vrai qu’en droit de la famille, comme ailleurs, « les parties ne sont pas condamnées à attendre qu’un litige survienne entre elles pour se préoccuper de l’éventualité de le résoudre à l’amiable. En amont de la naissance du litige, le principe

<sup>807</sup> Pour un exposé des séries de réformes, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 9 s.

<sup>808</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 49. *Adde* les propos de Carbonnier qui dénonçait une « sorte d’acharnement, non pas thérapeutique, mais conciliatoire, réconciliatoire, unanime, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d’argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix » : CARBONNIER (J.), « Regard d’ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 déc. 1997 organisé par la Cour de cassation*, 1998, La documentation française, p. 16. Sur l’argument de la défaillance de l’État au soutien d’une régulation privée en droit international privé, v. FULLI-LEMAIRE (S.), *th. préc.*, p. 135 s.

<sup>809</sup> V. ÉGÉA (V.), *th. préc.*, n° 21 s.

<sup>810</sup> FRICERO (N.) ET AL., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 3<sup>e</sup> éd., 2017, Dalloz ; AMRANI-MEKKI (S.) dir., *Guide des modes amiables de résolution des différends 2020-2021*, LexisNexis, 2020. Plus spécifiquement au droit de la famille : ANTONINI-COCHIN (L.) dir., *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, 2014 ; FRICERO (N.) : « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Dr. fam.* 2017, dossier 10, « Contentieux familial et chantiers de la justice : quels bouleversements ? », *Dr. fam.* 2018, étude 11 ; AMRANI-MEKKI (S.), « La liberté contractuelle en droit processuel de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avr. 2017, hors-série n° 2, p. 4.

<sup>811</sup> V. ÉGÉA (V.), *th. préc.*, n° 41, qui distingue trois formes d’accords qui jalonnent la procédure familiale : l’accord souhaité, l’accord implicite et l’accord discuté ; *adde* « Dossier : l’amiable », *Dr. fam.*, 2020, n° 1.

<sup>812</sup> C. civ., art. 373-2-10.

<sup>813</sup> « Dossier : Médiation familiale », *AJ fam.* 2022, p. 117 s.

<sup>814</sup> AMRANI-MEKKI (S.), « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007 ; FRICERO (N.), « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement... », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l’humanisme processuel. Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 145.

<sup>815</sup> FRICERO (N.), « Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel », FULCHIRON (H.), « Le divorce sans juge, c’est maintenant. Et après ? », *Dr. fam.*, 2017, dossiers 3 et 4.

<sup>816</sup> L’exemple du nouveau divorce contractuel illustre notre propos. Était en réalité en cause, la volonté de recentrer le juge sur ses missions essentielles (Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle). De la même manière, la réforme du divorce issue de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, n’est guidée que par une volonté d’alléger le divorce judiciaire, c’est-à-dire la charge du juge.

de liberté contractuelle leur offre la possibilité de prévoir, dans leur convention, des clauses relatives aux litiges »<sup>817</sup>. Comme souvent, dans la matière, la question est de déterminer l'étendue de cette liberté contractuelle. Les discussions relatives à la validité de la clause compromissoire en droit de la famille illustrent les revendications à venir quant à l'anticipation contractuelle de la gestion du conflit<sup>818</sup>. Le droit international privé de la famille se situe à l'avant-garde d'un tel mouvement. L'anticipation contractuelle tend à y devenir un principe puisqu'il permet la réalisation pratique de l'objectif de prévisibilité des solutions qui caractérise le droit international privé de la famille et se traduit par l'octroi d'une faculté de choix<sup>819</sup> de la loi applicable et, dans certains cas, de la juridiction compétente<sup>820</sup>. En droit interne, l'ordre public familial continue d'opposer une résistance plus ou moins énergique à l'anticipation contractuelle de la gestion des litiges. Sans doute parce qu'elle implique d'admettre une influence de la volonté sur le droit à agir des parties. Dans une matière empreinte d'impérativité, l'on comprend qu'il puisse être malaisé d'admettre que la volonté peut évincer, plus ou moins définitivement, l'intervention de l'autorité étatique. Malgré cela, la volonté individuelle, avec la complicité de la jurisprudence, parvient à déjouer les prescriptions légales quant au comportement familial. De la même manière, l'observation du droit positif révèle que le cadre impératif familial n'est plus si incompatible avec une influence du contrat quant à l'aménagement procédural du litige familial.

De plus en plus, l'influence du contrat sur l'action en justice se renforce. Comme l'ont écrit Messieurs Cadiet et Jeuland, « l'action en justice unit deux notions, celle d'action et celle de justice [et] indique le mouvement de l'une vers l'autre. Il s'agit, d'une part, de savoir si un demandeur est

<sup>817</sup> CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., 2013, PUF, n° 118, p. 467.

<sup>818</sup> MALLEY-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. & patr.* 2002, n° 104 ; FULCHIRON (H.) et DEVERS (A.), « Dossier : Arbitrage et famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275.

<sup>819</sup> Sur l'ouverture d'une faculté de choix dans le domaine du statut personnel v. AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, LGDJ, 2022, n° 224 (ainsi que les références citées).

<sup>820</sup> Les possibilités d'anticipation et de prévisibilité sont nettement développées en droit international privé de la famille. L'ensemble des instruments internationaux est ainsi traversé par une anticipation contractuelle régulée, qu'il s'agisse du droit européen ou du droit de La Haye (v. Protocole « Aliments » du 23 nov. 2007, art. 8). C'est principalement en matière de loi applicable que l'ouverture à la prévision des individus est la plus intense. Ainsi, est-il possible de faire le choix de la loi applicable dans les domaines suivants : les obligations alimentaires (v. Règlement « Aliments » n° 4/2009 du 18 déc. 2009, art. 15) ; le divorce et la séparation de corps (v. Règlement n° 1259/2010, *Rome III*, art. 5) ; les régimes matrimoniaux (v. Règlement « Régimes matrimoniaux » n° 2016/1103 du 24 juin 2016, art. 22) ; les partenariats enregistrés (v. Règlement « Partenariats enregistrés » n° 2016/1104 du 24 juin 2016, art. 22) ; les successions (v. Règlement « Successions » n° 650/2012 du 4 juill. 2012, art. 22). Plus encore, l'ouverture à l'anticipation contractuelle et à la planification s'étend au choix du *for*. Les clauses d'élection de *for* sont ainsi licites en ce qui concerne les obligations alimentaires (v. Règlement « Aliments » préc., art. 4), les successions (v. Règlement « Successions » préc., art. 5), les régimes matrimoniaux (v. Règlement n° 2016/1103, préc., art. 5 et 7) et les partenariats enregistrés (v. Règlement n° 2016/1104, préc., art. 5 et 7). Sur l'ensemble de ces questions v. en ce sens, FULLI-LEMAIRE (S.), *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. préc., n° 154 s. ; PANET (A.), FULCHIRON (F.) et WAUTELET (P.), dir., *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017 ; BONOMI (A.), et WAUTELET (P.) ET AL., *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n°s 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, 2021, p. 391 s. ;

en mesure d'agir en justice et, d'autre part, de déterminer devant quelle juridiction il peut agir »<sup>821</sup>. Sur le plan de l'action, l'aménagement anticipé du droit à agir, qui tend à évincer l'intervention du juge dans le litige, est une réalité, surprenante, du droit de la famille qui prend appui sur la mutation de l'ordre public familial en un ordre privé, essentiellement, impératif (**Chapitre premier**). Cette assertion se confirme quant à l'aménagement de la détermination de la compétence qui prospère dans la matière familiale, principalement, sous l'influence du droit international privé de la famille et, accessoirement, en raison de disponibilité renouvelée du statut familial (**Chapitre second**).

---

<sup>821</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 11<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis, n° 35.



**180. — L'ère conventionnelle de la procédure civile.** Le vocabulaire juridique entretient une synonymie entre le droit d'agir en justice et l'action. Dans un sens précis, le droit d'agir désigne l'action en justice<sup>822</sup>. Celle-ci est définie par le droit processuel comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée »<sup>823</sup>. Or, « dès lors que l'action est définie comme un droit subjectif, elle se trouve nécessairement dans la dépendance du sujet qui en est titulaire »<sup>824</sup>. Autrement dit, l'action se trouve soumise à la volonté de son titulaire. C'est ainsi qu'il est admis que la volonté puisse influencer l'existence de l'action par le biais de clauses contractuelles relatives à l'action en justice. En effet, « en matière contractuelle, les parties peuvent envisager leur éventuel désaccord, en prévenir l'apparition ou prévoir les modalités de son règlement pour le cas où il surviendrait »<sup>825</sup>. En droit processuel, les clauses relatives aux litiges connaissent un développement conséquent qui s'explique par les mutations de la procédure civile. Au premier rang de celles-ci se trouve l'avènement d'une « ère conventionnelle »<sup>826</sup> qui répond au besoin contemporain d'une « justice plus consensuelle »<sup>827</sup>, quitte à ce que celle-ci participe au développement de « technique de contournement du juge en favorisant, au besoin par la contrainte, les modes de résolution amiable de différends »<sup>828</sup>. Le droit familial n'évolue pas à l'abri d'une telle évolution. L'ambition d'une justice « apaisée »<sup>829</sup> a par exemple conduit à la déjudiciarisation et à la contractualisation du divorce. Sur un plan purement procédural, elle conduit, par exemple, à la multiplication des références du législateur familial aux modes alternatifs de règlement des litiges.

**181. — L'amplification de l'influence de la volonté sur l'action en justice en droit de la famille.** S'agissant du droit à agir, proprement dit, le droit de la famille se montre de moins en moins timide à l'égard d'une action anticipée de la volonté. L'avènement d'une faculté d'aménagement du droit à agir est, particulièrement, remarquable en droit patrimonial de la famille. Constitue, ainsi, une renonciation anticipée au droit à agir, la faculté pour les héritiers réservataires de consentir à l'aliénation, par un tiers, d'un bien reçu par libéralité, comme le prévoit l'article 924-4 du Code

---

<sup>822</sup> CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Agir », 3° sens.

<sup>823</sup> C. pr. civ., art. 30.

<sup>824</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 381.

<sup>825</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 382.

<sup>826</sup> GUINCHARD (S.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile ? Propos introductifs », *in 40 ans... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, BLÉRY (C.), RASCHEL (L.), dir., 2015, Dalloz, p. 1 s., spéc. p. 2.

<sup>827</sup> GUINCHARD (S.) *et al.*, *Droit processuel*, 12 éd., 2023, Dalloz, n° 9, spéc., p. 9.

<sup>828</sup> GUINCHARD (S.) *et al.*, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>829</sup> GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée. Rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 2008.

civil et par laquelle ils renoncent à exercer l'action en réduction ou en revendication contre le tiers détenteur<sup>830</sup>. On pense, plus encore, à la renonciation anticipée à l'action en réduction, par laquelle un héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte, prévue à l'article 929 du Code civil. À cette dernière, il faut rapprocher la renonciation anticipée temporaire à l'action en retranchement de l'avantage matrimonial excessif prévu au troisième alinéa de l'article 1527 ; il s'agit dans ce cas d'une renonciation temporaire au droit à agir. Enfin, l'on renvoie aux renonciations anticipées des réservataires à l'action en réduction qui se nichent dans les pactes de familles complexes à l'image de la donation-partage-transgénérationnelle<sup>831</sup> ou de la donation graduelle transgénérationnelle<sup>832</sup>.

Le volet extrapatrimonial paraît, toutefois, plus réservé. On citera, néanmoins, la convention de procédure participative préalable au divorce. Ainsi, entre époux, « la convention de procédure participative conclue avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le » divorce<sup>833</sup>. Sauf en cas d'inexécution, l'accord des époux neutralise, sans l'exclure, l'action en divorce. À l'issue de la convention de procédure participative, les époux sont de nouveau admis à saisir le juge du divorce.

**182. — Annonce.** En résumé, bien que disparates, les cas d'influence de la volonté sur l'action, le droit à agir, en droit de la famille n'en sont pas moins certains. La tendance est irréfutable dans le droit successoral où le législateur, en souhaitant favoriser la « paix des familles », multiplie les facultés de renonciation à un droit substantiel (la réserve héréditaire) en lui conférant un habillage procédural : ce n'est pas, directement, à la réserve que l'héritier renonce, mais à l'action qui lui en garantit l'effectivité. Un tel essor de l'aménagement conventionnel du droit à agir a connu une

<sup>830</sup> Sur ce mécanisme, v. ROUZET (G.), « Le concours des réservataires à la vente d'un bien donné », *Dr. & patr.* 1994, p. 20 ; LA TAILLE (S. DE), PEZAR (S.), « La menace de l'article 924-4 du Code civil », *JCP N* 2009, n° 48, 1321 ; GALHAUD (E.), « L'article 924-4 et la vente », *JCP N* 2016, n° 48 1326 ; VAREILLE (B.), « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565.

<sup>831</sup> Prévue aux articles 1075-1 et 1078-4 et suivants du Code civil, la donation-partage transgénérationnelle n'est, au fond, qu'une donation-partage. La singularité, importante, est la faculté offerte au *de cuius* d'opérer une distribution et un partage intergénérationnel, c'est-à-dire un saut générationnel. Comme la donation-partage simple, la donation-partage transgénérationnelle ne peut avoir lieu qu'au sein d'une même lignée. Le lien de famille justifie la validité du contrat. Plus encore, c'est le caractère familial du pacte qui justifie le mécanisme au cœur de celui-ci. Aussi, concrètement, ce pacte de famille conventionnel enferme-t-il en son sein un pacte de famille unilatéral, une abdication anticipée (v. C. civ., art. 1878-5). Un tel pacte couvre une renonciation anticipée à la succession et, éventuellement, à la réserve ainsi qu'à l'action qui la protège (v. C. civ., art. 1878-8).

<sup>832</sup> Variété des libéralités substitutives, la donation graduelle permet de grever une libéralité d'une charge « comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte » (C. civ., art. 1048). Lorsqu'elle est réalisée dans un cadre familial, la donation graduelle transgénérationnelle peut de déroger à la règle selon laquelle la charge de conserver et de transmettre les biens donnés ne peut porter sur la réserve héréditaire du premier gratifié, lorsqu'il s'agit d'un héritier réservataire. Le cas échéant, la loi autorise l'héritier réservataire à renoncer de manière anticipée à son droit à une réserve « libre de charges » au sens de l'article 912 du Code civil (v. C. civ., art. 1054, al. 2°).

<sup>833</sup> C. civ., art. 2065 ; il n'empêche, toutefois, pas la saisine du juge aux fins des mesures provisoires (art. 2065, al. 2°).

consécration prétorienne éclatante entre les époux par la validation de la clause de non-recours à propos de la contribution aux charges du mariage. Cette reconnaissance mérite de plus longs développements en raison de son caractère subversif (la clause de non-recours entraîne une éviction définitive du droit à agir) et des conséquences, autres que patrimoniales, qui en découlent (**Section 1**). Fort du constat d'exaltation de la volonté, il est possible de se demander si, sans aller, jusqu'à une éviction définitive de l'action en justice, les parties ne pourraient pas se contenter d'un aménagement temporaire, qui paraît plus conforme à l'aspiration du droit de la famille pour la résolution amiable des litiges (**Section 2**).

### ***Section 1. L'éviction définitive du droit à agir***

**183. — La clause de non-recours.** L'irruption des clauses de non-recours en matière familiale peut, à première vue, surprendre. Il est vrai qu'en définissant l'action comme un droit subjectif de son titulaire, l'article 30 du Code de procédure civile affirme son autonomie en le distinguant nettement « du droit subjectif qui est l'objet du litige »<sup>834</sup>. Aussi la renonciation au droit d'agir en justice, par le biais d'une clause de non-recours, n'emporte aucune conséquence quant au fond du droit. Pourtant, une telle distinction n'efface pas le lien évident entre l'action et le droit. Renoncer à exercer tout recours revient à renoncer, au moins à titre principal, à faire valoir le droit subjectif substantiel dont s'estime titulaire l'auteur d'une prétention. Si une telle renonciation s'envisage aisément en matière contractuelle, elle est plus difficile à admettre dans la matière familiale où les droits des membres de la famille se rattachent, traditionnellement, à un ordre public de direction. Malgré cela, l'on a constaté la multiplication des renonciations, en matière successorale, tant à l'action qu'au droit d'ordre public qu'il protège. Force est de constater que ce glissement d'un ordre public de direction à un ordre privé impératif, permettant une prise de la volonté sur l'effectivité des droits garantis par la loi, se généralise en droit de la famille<sup>835</sup>. Dans le mariage, par exemple, les règles qui gouvernent les relations conjugales sont traditionnellement assimilées à un ordre public directif qui limite la liberté contractuelle des époux. Bien qu'il demeure effectif en droit, il s'affaiblit, incontestablement, en fait<sup>836</sup>. La percée de la clause de non-recours en matière matrimoniale (§ I) ainsi que la perspective de sa diffusion au-delà de la sphère conjugale (§ II) sont une confirmation supplémentaire de la métamorphose de l'ordre public familial.

<sup>834</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 316.

<sup>835</sup> V. TANI (A.), *th. préc.*, n° 175 s., qui défend l'évidence d'un ordre privé impératif en droit patrimonial de la famille et récuse la thèse d'un ordre public coercitif.

<sup>836</sup> Par ex. à propos de la sanction des obligations familiales, v. *supra*, n° 143 s.

## § I. La percée

**184.** — C'est à propos de l'aménagement de la contribution aux charges du mariage que les clauses de non-recours ont été admises par la jurisprudence (A). On observera que la hardiesse dont fait preuve, sur ce sujet, la Cour de cassation confine à l'imprudence au regard des incidences tant sur l'effectivité de l'impérativité des règles matrimoniales que sur l'effectivité des causes de divorce (B).

### A. Les clauses de non-recours entre époux

**185.** — Lorsqu'elle est stipulée à propos de la contribution aux charges du mariage, la clause de non-recours paralyse tout recours rétrospectif à titre principal (1). Plus encore, la possibilité de la joindre à une clause de présomption irréfragable permet, tout autant, de s'opposer à toute demande à titre incident (2).

#### 1. L'irrecevabilité du recours rétrospectif à titre principal

**186.** — **L'efficacité de la clause de non-recours entre époux.** L'on sait que la Cour de cassation admet la possibilité de stipuler des présomptions irréfragables de contribution. Plus grave encore, elle autorise la stipulation d'une clause de non-recours entre époux. En effet, davantage que la clause instituant une présomption irréfragable, la clause de non-recours démontre, si besoin est, l'extension du périmètre des clauses d'aménagement de la contribution aux charges du mariage et l'affaiblissement corrélatif de l'ordre public matrimonial<sup>837</sup>. Dans une décision qualifiée de « mémorable »<sup>838</sup> en date du 13 mai 2020<sup>839</sup>, la Cour de cassation fut confrontée à la qualification de la clause usuelle formulée de la manière suivante : « chacun [des époux] sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature ». Sur le fondement de cette stipulation, la cour d'appel avait alors cru bon de déclarer irrecevable la demande de l'épouse tendant à une fixation judiciaire de la contribution aux charges du mariage. Il est vrai que la clause de non-recours s'analyse en une renonciation des parties à exercer tout recours

<sup>837</sup> V. DAURIAC (I.), « L'action en contribution aux charges du mariage : quid d'une fin de non-recevoir conventionnelle », *Defrénois* 2020, n° 49, p. 34.

<sup>838</sup> GUIGET- SCHIÉLÉ (Q.), « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage ? », *Dalloz actualité* 18 juin 2020.

<sup>839</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, n° 19-11.444, *Dr. fam.* 2020, n° 9, comm. 120, note S. TORRICELLI-CHRIFI ; *Dr. fam.* 2020, n° 10, chron. 4, obs. V. ÉGÉA ; *RTD civ.* 2021, p. 189, note B. VAREILLE ; *D.* 2021, p. 819, obs. J.-J. LEMOULAND ; *D.* 2021, p. 499, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Defrénois* 2020, n° 49, p. 34, note I. DAURIAC ; *Gaz. Pal.* 6 oct. 2020, note E. MULON ; *ibid.* 28 juill. 2020, note S. DEVILLE.

l'un contre l'autre, autrement dit, elle emporte une renonciation au droit d'agir en justice<sup>840</sup>. À cet égard et en raison du caractère impératif de la contribution aux charges du mariage, la censure de la Cour de cassation était prévisible. L'occasion lui était, alors, offerte de réaffirmer le caractère impératif fortement éprouvé par les clauses de présomption. Le dénouement s'avéra tout autre. L'arrêt de la cour d'appel est cassé au visa des articles 214, 226 et 1388 du Code civil. La haute juridiction affirma que la clause litigieuse « ne fait pas obstacle, pendant la durée du mariage, au droit de l'un d'eux d'agir en justice pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage ». La solution ne surprend pas, la Cour de cassation ne faisant qu'une application de l'article 214 du Code civil qui dispose que « si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ». Ce texte étant d'ordre public, les époux ne pouvaient y déroger par contrat<sup>841</sup>. L'essentiel est en réalité ailleurs.

Si la clause de non-recours est inefficace pour l'avenir ; elle est, selon la solution, pleinement efficace pour le passé. Certes, admettre que la clause de non-recours peut faire échec à la demande de fixation judiciaire de la contribution reviendrait à « permettre à un époux d'échapper à son obligation de contribution »<sup>842</sup>, mais, dans le même temps, en admettre l'efficacité pour le passé n'est rien d'autre qu'avaliser une atteinte directe à l'ordre public<sup>843</sup>. On rappelle que le principe même de la clause de non-recours est d'interdire « l'exercice en justice des actions propres à sanctionner l'invalidité ou l'inexécution »<sup>844</sup> de l'obligation objet de la clause. C'est dire que lors de la conclusion du contrat de mariage, les époux renoncent, au moins implicitement, à la sanction de l'inexécution de l'un d'entre eux. Plus que la clause instituant une présomption irréfragable, la clause de non-recours constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute demande rétrospective, qu'il s'agisse de la démonstration d'une surcontribution et plus encore d'une sous-contribution. On a souligné, à raison, que « la demande en exécution pour le futur et le recours en inexécution pour le passé répondent à une logique similaire et l'issue doit pouvoir être transposée en son entier au contentieux de l'après-divorce mettant en cause un défaut d'acquiescement, durant l'union, des charges du mariage »<sup>845</sup>. Ce n'est pourtant pas l'esprit de la solution de la Cour de cassation. Quand bien même cette dernière pose, au triple visa des articles 214, 226 et 1388 du Code civil, le principe

---

<sup>840</sup> V. WEILLER (L.), « Clause de non-recours », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 1231 ; DROSS (W.), v° « Non-recours », *Clausier. Dictionnaire des clauses ...*, op. cit., p. 554.

<sup>841</sup> C. civ., art. 6 et 1388.

<sup>842</sup> AZAR (C.), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2020, p. 2190, spéc., n°5.

<sup>843</sup> DEVILLE (S.), « Ordre public matrimonial et clauses relatives aux charges du mariage : la cohérence enfin retrouvée ? », *Gaz. Pal.* 28 juill. 2020, p. 65.

<sup>844</sup> WEILLER (L.), « Clause de non-recours », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 1232, p. 574.

<sup>845</sup> DEVILLE (S.), « Ordre public matrimonial ... », art. préc.

selon lequel « les conventions conclues par les époux ne peuvent les dispenser de leur obligation d'ordre public de contribuer aux charges du mariage », elle en restreint immédiatement la portée pour donner à la clause une portée maximale. Même lorsque la demande est exercée en cours d'union, la clause de non-recours empêche toute discussion sur l'effectivité de la contribution ; le recours en exécution forcée, prévu au second alinéa de l'article 214 du Code civil, devient un simple « instrument de cessation de l'illicite »<sup>846</sup>.

Rien ne permet pourtant de justifier une telle restriction puisque le caractère impératif de l'obligation de contribution aux charges du mariage aurait dû conduire à préserver tant le recours prospectif que le recours rétrospectif<sup>847</sup>. On a ainsi pu soutenir que « c'est l'association des deux éléments présents au sein de la clause (présomption irréfragable de contribution dont on déduit l'absence de recours) qui conduit à rendre impossible toute action d'un époux contre l'autre en versement d'une somme pour compenser l'inexécution de l'obligation durant le mariage »<sup>848</sup>. Cette justification ne convainc pourtant que peu, puisqu'elle conduit à déduire de la présomption irréfragable la fin de non-recevoir. Or, l'examen précis de la réponse de la Cour démontre que l'élément déterminant de la qualification est l'exclusion expresse de tout recours entre les époux<sup>849</sup>. La stipulation d'une présomption irréfragable de contribution renforce bien évidemment cette qualification, mais elle est en réalité surabondante, au moins pour ce qui est de la sanction de fin de non-recevoir. En effet, la détermination de la nature simple ou irréfragable de la présomption nécessite une appréciation des juges de l'intention des parties et partant une analyse au fond. Toutefois, cet examen ne peut logiquement précéder l'examen d'une fin de non-recevoir qui « tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir »<sup>850</sup>.

---

<sup>846</sup> DUBARRY (J), « Clause de contribution aux charges du mariage : la procédure et le fond en miroir », *RJPF* 2020, n° 7-8-9, p. 23 ; *adde* DAURIAC (I.), « L'action en contribution aux charges du mariage ... », art. préc. ; MULON (E.), « Contribution aux charges du mariage et ordre public : tantôt oui, tantôt non », *Gaz. Pal.* 6 oct. 2020, p. 68 ; *contra*, DEVILLE (S.), « Ordre public matrimonial ... », art. préc.

<sup>847</sup> GUIGET-SCHIELÉ (Q.), « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage ? », art. préc. ; *adde* MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 70, p. 73, qui témoigne de l'incompréhension de la doctrine : « on ne comprend pas pourquoi les époux peuvent se prémunir d'un recours pour le passé alors que l'article 214 leur permet seulement d'aménager les modalités de leur contribution aux charges du mariage ».

<sup>848</sup> DEVILLE (S.), « Ordre public matrimonial ... », art. préc.

<sup>849</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, n° 19-11.444, point n° 3 : « Ayant constaté que la clause figurant dans le contrat de mariage des époux stipulait non seulement « que chacun d'eux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet », **mais également** « qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature », faisant ainsi ressortir qu'elle instituait expressément une clause de non-recours entre les parties, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci avait la portée d'une fin de non-recevoir ». (Nous soulignons)

<sup>850</sup> C. pr. civ., art. 122.

En outre, relevons qu'il n'est pas anodin qu'après avoir énoncé le principe selon lequel les conventions conclues par les époux ne peuvent les dispenser de leur obligation d'ordre public de contribuer aux charges du mariage, la Cour de cassation raisonne sur le droit d'agir en justice des époux et non sur la substance même du devoir de contribution aux charges du mariage<sup>851</sup>. La clause qui érige une présomption irréfragable n'a aucun effet sur l'action, mais sur le droit substantiel puisqu'elle constitue un moyen de défense au fond<sup>852</sup> ; elle permet à l'époux défendeur de discuter le bien-fondé de la prétention du conjoint demandeur. C'est précisément la solution de la Cour dans l'arrêt précédemment étudié du 18 novembre 2020<sup>853</sup>. En l'espèce, la clause litigieuse ne comportait pas d'exclusion de tout recours entre les époux pour tout ce qui se rapporte à la contribution aux charges du mariage. C'est tout l'inverse dans l'espèce ayant donné lieu à la décision du 13 mai 2020. En l'occurrence, la clause des parties comportait, en plus de la présomption de contribution, une exclusion de toute action en justice. Contrairement à ce qui a pu être soutenu, la différence de rédaction entre les deux clauses justifie la différence de solution<sup>854</sup>. Dans l'affaire du 18 novembre 2020, la Cour de cassation ne pouvait se placer sur le terrain de l'irrecevabilité puisque la clause ne stipulait qu'une présomption reconnue par les juges du fond comme irréfragable. Contrairement à la clause de non-recours, la présomption irréfragable conventionnelle, en tant que moyen de défense au fond<sup>855</sup>, ne met pas en cause le droit d'agir proprement dit<sup>856</sup>. Pour prolonger cette idée, on ajoutera que la clause de non-recours, parce qu'elle limite le droit d'agir, ne peut être que d'interprétation stricte<sup>857</sup> et formulée clairement et sans ambiguïté<sup>858</sup>. Il est donc impossible de déduire de la clause qui constitue une présomption, même irréfragable, une renonciation anticipée au droit d'agir en justice. Du reste, les termes employés par la Cour de cassation, en ce que la clause du contrat de mariage « instituait expressément une clause de non-recours [qui] avait la portée d'une fin de non-recevoir »<sup>859</sup>, viennent à l'appui de notre raisonnement. Il faut donc en déduire, en ce qui concerne les demandes de contribution aux charges du mariage, que l'irrecevabilité pourra être

---

<sup>851</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, préc., point n° 11 : « Dès lors, en présence d'un contrat de séparation de biens, la clause aux termes de laquelle « chacun [des époux] sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature », **ne fait pas obstacle, pendant la durée du mariage, au droit de l'un d'eux d'agir en justice** pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage ». (Nous soulignons)

<sup>852</sup> V. CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 467.

<sup>853</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 2020, préc., point n° 3 : dès lors que la présomption est reconnue comme irréfragable, un époux ne peut, « au soutien d'une demande de créance, être admis à prouver l'insuffisance de la participation de son conjoint aux charges du mariage pas plus que l'excès de sa propre contribution ».

<sup>854</sup> V. GUIGUET-CHIELÉ (Q.), « L'irréfragable présomption conventionnelle de contribution aux charges du mariage », art. préc., qui estime que « la différence [de rédaction] entre les clauses paraît trop maigre pour justifier une telle disparité de raisonnement dans les deux affaires ».

<sup>855</sup> Puisqu'elle nécessite un examen du bien-fondé de la demande, autrement dit un examen au fond.

<sup>856</sup> V. CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 475.

<sup>857</sup> DROSS (W.), v° « Non-recours », *Clausier. Dictionnaire des clauses ...*, *op. cit.*, p. 558.

<sup>858</sup> WEILLER (L.), « Clause de non-recours », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 1240.

<sup>859</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, préc., point n° 3.

opposée à l'époux demandeur si et seulement si une clause du contrat de mariage stipule expressément l'exclusion de tout recours entre les époux.

## 2. L'irrecevabilité du recours rétrospectif à titre incident

**187. — L'élargissement de l'efficacité de la clause de non-recours.** Au regard de leur effet, la clause de non-recours et la clause de présomption irréfragable entraînent des conséquences similaires<sup>860</sup>. La fin de non-recevoir et le moyen de défense au fond (présomption irréfragable de contribution) entraînent « un rejet définitif et irrémédiable de la prétention inverse »<sup>861</sup>. Pour l'une avant tout examen au fond, pour l'autre après un examen au fond du bien-fondé de la demande. La subtilité du raisonnement de la Cour de cassation, dans les deux affaires précédemment citées, réside dans les opportunités qu'elles confèrent aux époux quant aux aménagements conventionnels de la contribution aux charges du mariage. D'abord, les deux clauses ne peuvent neutraliser *que* le recours rétrospectif, autrement dit pour le passé. S'agissant du recours prospectif, l'ordre public matrimonial s'applique, curieusement, de manière résiduelle. Ensuite, les deux stipulations ont le même effet que le recours soit introduit pendant ou à l'issue du mariage : une fin de non-recevoir en ce qui concerne la clause de non-recours ; un rejet de la demande pour la clause qui institue une présomption irréfragable. Enfin, lorsque le contrat ou l'accord entre époux stipule simplement une clause de non-recours, celle-ci pourra être opposée à l'époux se prévalant d'une surcontribution ou d'une sous-contribution<sup>862</sup>.

Néanmoins, que faire lorsque le droit n'est pas l'objet d'un recours principal, mais invoqué par voie d'exception, en défense ; par exemple, contre l'époux qui à titre principal invoque une créance entre époux ? En principe, puisque la clause de non-recours n'interdit que l'action, nous soutenons donc, à l'instar de Monsieur Dross, que celle-ci est inapte à interdire que le droit soit invoqué en défense<sup>863</sup>. Dans une telle hypothèse, la stipulation d'une simple clause de non-recours sera insuffisante à neutraliser tout contentieux quant à la contribution aux charges du mariage. L'adjonction d'une clause de présomption irréfragable retrouve ainsi toute son utilité puisqu'elle permet de s'opposer à la prétention d'un des époux, que la demande en surcontribution soit invoquée à titre principal ou en défense.

<sup>860</sup> V. en ce sens le tableau récapitulatif de DUBARRY (J), « Clause de contribution aux charges du mariage : la procédure et le fond en miroir », art. préc. ; GUIGUET-CHIELÉ (Q.), « L'irréfragable présomption conventionnelle de contribution aux charges du mariage », art. préc.

<sup>861</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 475 s.

<sup>862</sup> V. DROSS (W.), v° « Contribution aux charges du mariage », *Clausier. Dictionnaire des clauses ...*, *op. cit.*, p. 207, qui propose la formule suivante « Les époux renoncent à tout recours entre eux pour le cas où ils n'auraient pas contribué aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives ».

<sup>863</sup> DROSS (W.), v° « Non-recours », *Clausier. Dictionnaire des clauses ...*, *op. cit.*, p. 555.

La doctrine de la Cour de cassation n'a jamais paru aussi téméraire. Tant sur le fond (l'aménagement des modalités de contribution) que sur la forme<sup>864</sup> (l'aménagement du droit d'agir), la force obligatoire du contrat est plus que jamais valorisée ; les époux ne mesurent que trop peu le poids de leurs aménagements conventionnels, ils ne découvrent que trop tard les affres de la liberté qui leur a été conférée.

### ***B. Les incidences***

**188.** — La libéralisation constante de l'aménagement conventionnel de la contribution aux charges du mariage emporte deux conséquences majeures. D'abord, elle contribue à un affaiblissement évident de l'ordre public matrimonial en renforçant l'influence de la volonté (1). Ensuite, il n'est pas à exclure que de tels aménagements influent indirectement sur les causes de divorces entre époux. L'hypothèse n'est, d'ailleurs, plus un cas d'école (2).

#### **1. Une impérativité fragilisée**

**189.** — **Une renonciation anticipée à l'entraide conjugale.** Au vu des développements qui précèdent, il paraît difficile de ne pas abonder dans le sens d'une extension réelle du domaine des clauses contractuelles de contribution aux charges du mariage. La Cour de cassation semble déterminée à aller au bout des « potentialités (...) de la liberté contractuelle »<sup>865</sup> offerte par l'article 214 du Code civil. On demeure toutefois interrogatif face à l'arbitrage qu'elle opère entre l'ordre public matrimonial d'un côté et la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat de l'autre. C'est vraisemblablement au détriment de l'impérativité que cet arbitrage se fait. Sous couvert d'un aménagement des modalités de la contribution, la jurisprudence avait validé les clauses instituant des règles probatoires tendant à faire échec à toute contestation au titre de la contribution aux charges du mariage. À cet égard, que la présomption soit interprétée comme simple ou irréfragable, la double dispense de compte et de justification entre époux rend nécessairement plus difficile (dans le cas d'une présomption simple) ou impossible (dans le cas d'une présomption irréfragable) la démonstration de l'inexécution par l'un des époux de son devoir de contribution.

Dorénavant, la Cour de cassation admet au-delà de l'aménagement, la possibilité d'agir *ab initio* sur l'action attachée au devoir de contribution. Concrètement, lorsqu'ils stipulent une clause de non-recours, les époux renoncent à toute action en justice ; or, « la neutralisation du recours relatif

<sup>864</sup> Sur l'aspect processuel v. ÉGÉA (V.), « Chronique de droit procédural de la famille », *Dr. fam.* 2020, n° 10, chron. 4, n° 16 s.

<sup>865</sup> DUBARRY (J.), « Clause de contribution aux charges du mariage : la procédure et le fond en miroir », art. préc.

à une inexécution passée n'aboutit-elle pas à atteindre l'existence même de l'obligation ? En d'autres termes, admettre que la clause empêche toute demande revient à permettre indirectement aux époux d'éluder une règle d'ordre public »<sup>866</sup>. La Cour de cassation s'efforce tant bien que mal de sauvegarder le caractère d'ordre public de l'article 214 du Code civil. Elle y parvient en posant un critère temporel relatif au moment de la demande ; la stipulation d'une clause de non-recours ou d'une clause de présomption (simple ou irréfragable) n'est pas de nature à priver l'un des époux du droit d'agir en justice pour contraindre son conjoint à remplir son obligation pour l'avenir. Cependant, ce verrou temporel est « illusoire »<sup>867</sup>, il ne sera utile que pour les « derniers temps du mariage »<sup>868</sup>. En effet, la demande en exécution forcée de contribution aux charges du mariage n'intervient qu'en cas de séparation des époux. En outre, elle aboutira le plus souvent à l'introduction d'une procédure de divorce comme en témoignent les faits de l'arrêt du 13 mai 2020. Ainsi que l'a noté un auteur, « la Cour n'a donc pas pris un grand risque en limitant ainsi la portée de la clause et fait même preuve d'un remarquable cynisme : tout au plus seront concernés les époux séparés, mais pas encore divorcés et la condamnation se limitera à la période comprise entre la date de l'assignation et celle des effets du divorce entre les parties »<sup>869</sup>. Il n'est pas à douter qu'en cas de conflit entre les époux occasionnant une séparation de fait avant le divorce, cette clause sera de nature à favoriser des comportements malhonnêtes<sup>870</sup>. Au surplus, le droit commun des contrats sera sans secours pour l'époux victime de la déloyauté de son conjoint. En effet, l'article 1170 du Code civil constitue, en principe<sup>871</sup>, une limite à la validité des clauses de non-recours ; mais encore faut-il que la clause litigieuse prive le débiteur de son obligation essentielle. Cette dernière condition est considérée comme accomplie lorsque la clause ne se contente pas d'exclure la sanction du défaut d'exécution, mais interdit « de surcroît l'exécution forcée de l'obligation »<sup>872</sup>. Or, dans le contexte de la contribution aux charges du mariage, la solution de la Cour de cassation neutralise la clause de non-recours pour le futur, autrement dit elle préserve l'exécution forcée de l'obligation.

**190. — L'ultime limite à la volonté : le domaine des charges du ménage.** Au bout du compte, une question reste en suspens. La libéralisation des aménagements contractuels de la contribution aux charges du mariage pourrait-elle avoir des incidences sur les possibilités de définition

<sup>866</sup> DEVILLE (S.), « Ordre public matrimonial ... », art. préc.

<sup>867</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *Droit des régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 70, p. 73.

<sup>868</sup> GUIGET-SCHIELÉ (Q.), « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage ? », art. préc.

<sup>869</sup> GUIGET-SCHIELÉ (Q.), « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage ? », art. préc.

<sup>870</sup> *Contra*, CASEY (J.), « Recevabilité de l'action en CCC ante divorce : gare aux confusions... », *AJfam.*, 2020, p. 362.

<sup>871</sup> V. BARBIER (H.), « Les clauses de non-recours ne privent pas nécessairement l'obligation essentielle de la substance », obs. sous Com. 26 avr. 2017, n° 15-23.239, *RTD civ.* 2017, p. 851 : « toute clause exonératoire portant sur l'obligation essentielle du contrat n'est pas nécessairement nulle, bien qu'elle soit suspecte. Là comme ailleurs, l'esprit du contrat et ses circonstances, les relations entre les parties, peuvent justifier sa validité ».

<sup>872</sup> DROSS (W.), v° « Non-recours », *Clausier. Dictionnaire des clauses ...*, op. cit., p. 556.

conventionnelle desdites charges ? Autrement dit, en valorisant ainsi la volonté, la Cour de cassation ne prend-elle pas le risque qu'elle déborde de l'aménagement des modalités d'exécution de l'obligation à l'aménagement de son contenu ? À première vue, une réponse négative paraît s'imposer. La liberté contractuelle énoncée par l'article 214 du Code civil ne concerne *a priori* que les modalités de contribution aux charges du mariage. Bien évidemment, la jurisprudence s'inscrit dans une voie libérale tendant à réduire au possible l'impérativité au profit d'une valorisation de la liberté et de la force obligatoire du contrat. Mais cette réalité ne semble pas transposable à la définition du domaine des charges du mariage. Plusieurs arguments permettent de conclure en ce sens. D'abord, ouvrir un tel espace de liberté aux époux posera nécessairement la question de la restriction du champ des charges du mariage. En effet, alors que d'ordinaire la jurisprudence considère que la contribution ne se réduit pas à une simple obligation alimentaire, dont elle se distingue nettement<sup>873</sup>, il serait tentant pour les époux de contrecarrer cette position en limitant leur contribution aux seules dépenses nécessaires aux besoins du ménage<sup>874</sup> à l'exclusion, par exemple, de toutes les dépenses d'agrément. Or, une telle solution est à rebours de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, au contraire, s'inscrit dans une tendance extensive de la notion de charges du mariage<sup>875</sup>.

Ensuite, la Cour a paru ouvrir la porte à un aménagement contractuel du contenu des charges du mariage lorsqu'elle a considéré que, sauf convention matrimoniale contraire, « l'apport en capital provenant de la vente de biens personnels, effectué par un époux séparé de biens pour financer la part de son conjoint lors de l'acquisition d'un bien indivis affecté à l'usage familial, ne participe pas de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage »<sup>876</sup>. En réalité, l'ouverture à l'aménagement contractuel ne concerne pas tant le contenu même des charges du mariage que le mode de contribution particulier qui est en cause. En effet, le principe formulé par la Cour de cassation au visa de l'article 214 semble exclure la contribution sous forme d'un apport en capital unique. La précision de l'origine des fonds paraît surabondante ; les époux étant séparés de biens, la participation aux charges du mariage ne se fait *a priori* que par des deniers personnels, faute de masse commune<sup>877</sup>. La solution ne surprend alors guère dès lors qu'elle concerne les

<sup>873</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 1981, n° 79-17.171, : » la contribution des époux aux charges du ménage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire et peut inclure des dépenses d'agrément ».

<sup>874</sup> En visant, par exemple, les dépenses ménagères telles que définies à l'article 220 du Code civil.

<sup>875</sup> TERRÉ (Fr.) et SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 39 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.), *op. cit.*, n° 70.

<sup>876</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 oct. 2019, n° 18-20.828, *Dr. fam.* 2019, comm. 241 et 242, S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP N* 2019, n° 51, 1343, obs. J. VASSAUX ; *JCP G* 2019, n° 46, 1151, obs. V. BOUCHARD ; *AJ fam.* 2019, p. 604, obs. J. CASEY ; *D.* 2020, p. 60, note B. CHAFFOIS ; *RTD civ.* 2019, p. 913. Dans le même sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2021, n° 19-21.463.

<sup>877</sup> *Contra*, TORRICELLI-CHRIFI (S.), « Apport en capital et contribution aux charges du mariage : une visée pratique (II) », *Dr. fam.* 2019, comm. 242.

modalités de contribution, la liberté contractuelle des époux est en ce domaine pleinement reconnue. Cependant, tolérer que les époux puissent par convention inclure l'apport en capital comme mode d'exécution du devoir de contribution aux charges du mariage ne revient-il pas à admettre la possibilité d'une extension volontaire du domaine des charges du mariage ? La Cour parvient, pour l'instant, à sauver les apparences en visant expressément dans son attendu de principe « l'exécution » de l'obligation de contribution. Les dépenses d'acquisition du logement de la famille demeurent par principe dans le giron des charges du mariage, mais uniquement lorsqu'elles sont financées par un emprunt. Le paiement échelonné des mensualités s'assimile ainsi aux loyers tendant à assurer le logement de la famille. La motivation de la Cour de cassation trahit son désir de limiter les conséquences de sa propre jurisprudence concernant l'extension de la catégorie des charges du mariage aux dépenses d'investissement. Quoiqu'il en soit, la solution permet ainsi de mettre un coup de frein à la neutralisation des créances entre époux du fait d'une clause de présomption irréfragable<sup>878</sup>, une telle solution – dans l'hypothèse du financement intégral d'un bien indivis entre les époux par l'un seul d'entre eux – est injuste dès lors qu'elle permet à l'un des époux de s'enrichir au détriment de l'autre. L'équilibre auquel parvient la haute juridiction paraît pourtant fragile dès lors qu'elle distingue entre les modes d'exécution de la contribution aux charges du mariage là où l'article 214 du Code civil ne pose aucune distinction. En outre, il est incontestable qu'elle ouvre, indirectement, un champ d'aménagement du contenu des charges du mariage<sup>879</sup>. Comme l'a noté un auteur, il faut se satisfaire que cette disponibilité nouvelle se limite à une extension et non à une réduction du champ des dépenses du mariage<sup>880</sup>. Il semble, en effet, que les époux demeurent inaptes à exclure, par avance, du domaine des charges du mariage, les dépenses ayant une finalité familiale<sup>881</sup>.

En plus de fragiliser l'ordre public matrimonial, la validation de la clause de non-recours, en ce qui concerne les obligations des époux, peut avoir une incidence imprévue lorsqu'il s'agit du divorce et particulièrement du divorce pour faute.

---

<sup>878</sup> V. GUIGET-SCHIELÉ (Q.), « Contribution aux charges du mariage : l'apport en capital toujours exclu », *Daloz actualité* 31 mars 2021.

<sup>879</sup> Ce détail est toutefois à relativiser au regard de la rareté d'une telle convention en pratique : v. en ce sens, CASEY (J.), « Logement et contribution aux charges du mariage : les apports personnels sont toujours remboursables », *AJ fam.* 2019, p. 604.

<sup>880</sup> GUIGET-SCHIELÉ (Q.), « Contribution aux charges du mariage : l'apport en capital toujours exclu », art. préc.

<sup>881</sup> *Contra* GOLDIE-GENICON (Ch.), « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », *D.* 2021, p. 668, qui estime que la possibilité d'un élargissement conventionnellement du périmètre des charges du mariage implique, inversement, la possibilité d'une restriction du même périmètre.

## 2. Des cas de divorce neutralisés

**191. — Une renonciation anticipée à une cause de divorce ?** Entre l'action en divorce pour faute fondée sur l'inexécution renouvelée de l'obligation de contribution aux charges du mariage et le recours visant à sanctionner la contribution insuffisante ou inexistante d'un des époux, le pas n'est pas bien grand. En effet, si elle est le plus fréquemment invoquée à propos de difficultés liquidatives entre époux, la contribution aux charges du mariage demeure principalement un devoir entre époux dont la violation grave et renouvelée expose l'époux fautif à une action en divorce pour faute sur le fondement de l'article 242 du Code civil. D'aspect patrimonial, cette obligation n'en prescrit pas moins une règle personnelle, un « certain comportement »<sup>882</sup> raisonnable auquel chacun des époux doit s'astreindre. À défaut, l'époux fautif devra répondre de son inexécution. Or, l'obligation de contribution aux charges du mariage tient une place à part dans le corpus de règles formant le régime impératif des époux : impérative quant à son existence, elle est supplétive quant aux modalités de la contribution. C'est pourtant cet équilibre qui est sans cesse bouleversé par la jurisprudence dès lors que la Cour de cassation admet désormais aux époux d'écarter conventionnellement la sanction de l'inexécution de leur devoir de contribution par la stipulation d'une clause de non-recours. Il y a une contradiction à considérer cette obligation comme étant d'ordre public, tout en tolérant que la clause de non-recours, érigée au rang des fins de non-recevoir, empêche de sanctionner la violation du devoir puisqu'elle prive les époux du droit d'agir pour le passé<sup>883</sup>. D'autant que la démonstration d'une inexécution passée prend toute son importance dans le contentieux du divorce. Ainsi, d'après l'article 242 du Code civil, seule la violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage constitue une cause de divorce pour faute. Or, lorsque la faute invoquée est constituée par une violation répétée du devoir de contribution de l'article 214 du Code civil, le recours en divorce pour faute n'est-il pas paralysé par la clause de non-recours stipulée par les époux ? Deux arguments permettent d'évacuer cette possible incidence.

Le premier tient à la portée de la clause de non-recours qui constitue une fin de non-recevoir. Il serait néanmoins douteux que cette portée s'étende à l'exercice de l'action en divorce qui obéit à des fins de non-recevoir propres<sup>884</sup>. *A fortiori* – c'est le second argument – lorsque la clause de non-recours n'est stipulée qu'au regard du possible contentieux liquidatif des époux, il serait assurément illogique de faire produire un effet à cette clause dans le cadre de l'action spécifique en divorce. On

<sup>882</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1174.

<sup>883</sup> V. dans le même sens, MULON (E.), « Contribution aux charges du mariage et ordre public : tantôt oui, tantôt non », art. préc.

<sup>884</sup> Sur les fins de non-recevoir dans le cadre de l'action en divorce v. BONNET (V.), GOUTTENOIRE (A.), « Divorce : procédure », *Rép. pr. civ.* Dalloz, n° 33 s.

voit néanmoins poindre l'incohérence de la situation : l'un des époux sera admis à agir en divorce pour faute et partant il devra démontrer l'inexécution de l'obligation de contribution aux charges du mariage. Mais en dehors de la preuve de la faute « cause » du divorce, cette démonstration sera sans effet sur le plan de la liquidation des intérêts patrimoniaux puisque les époux ont renoncé à tout recours rétrospectif au titre d'une inexécution, pourtant réelle, de l'obligation de contribution aux charges du mariage, à moins, alors, que la clause de non-recours s'applique sans distinction à toutes les actions en rapport avec l'obligation de contribution aux charges du mariage, même l'action en divorce.

L'hypothèse n'est d'ailleurs plus un cas d'école puisque la Cour d'appel de Limoges, dans une décision du 7 mars 2016<sup>885</sup>, a bien franchi le Rubicon. En l'espèce, la clause n'excluait pas tout recours entre époux, mais instituait une présomption qualifiée d'irréfragable par les juges du fond. En première instance, le divorce avait été prononcé aux torts exclusifs du mari sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Il lui était reproché de ne pas avoir participé aux charges du mariage. L'époux contestait la pertinence de ce grief au regard de la présomption conventionnelle entre les époux. Statuant sur les griefs de l'épouse et en particulier sur l'absence de contribution aux charges du mariage, la cour d'appel, en se fondant sur la clause usuelle<sup>886</sup>, affirme que « cette présomption, née de la volonté des époux, interdit à [l'épouse] de prouver que [son époux] ne s'est pas acquitté de cette obligation et qu'elle ne peut donc se saisir comme cause de divorce du prétendu manquement du mari à cette obligation »<sup>887</sup>. Sur le plan purement juridique, la solution paraît difficilement contestable. Dès lors que la présomption est irréfragable, les époux ne peuvent prouver ni une surcontribution ni une sous-contribution. Ils ne peuvent donc davantage prouver l'inexécution par l'un d'entre eux de son devoir de contribution. Or, cette preuve est nécessaire dans le cadre d'un divorce pour faute fondée sur l'absence de contribution aux charges du mariage. Logiquement, ne pouvant rapporter la preuve du manquement au devoir de contribution, cette cause de divorce se trouve exclue du seul fait de la volonté des époux.

Dans l'affaire rapportée, l'épouse a néanmoins obtenu le prononcé du divorce aux torts exclusifs de son époux sur le fondement de manquements graves et renouvelés au devoir de loyauté entre époux. On peut supposer que l'existence d'un autre grief de nature à entraîner le prononcé du divorce a pu justifier l'extrême orthodoxie dont ont fait preuve les juges quant à la portée de la

---

<sup>885</sup> Limoges, 7 mars 2016, n° 15/00665.

<sup>886</sup> Limoges, 7 mars 2016, préc., : « (...) que le contrat passé le 30 juin 1979 entre Monsieur Michel C. et Madame Dominique S.-C., adoptant le régime de la séparation des biens, a comporté une clause disposant que chaque époux sera réputé s'être acquitté jour par jour de sa part contributive aux charges du mariage, en sorte qu'ils ne seraient assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre ».

<sup>887</sup> Limoges, 7 mars 2016, préc.

présomption irréfragable. Cependant, il est difficile d'anticiper la solution des juges du fond si la demande en divorce avait été fondée sur l'unique grief de l'absence de contribution, rien ne permet de subodorer que la solution aurait été inverse. Dès lors, à quoi bon maintenir le caractère d'ordre public, pour l'avenir, de l'obligation de contribution aux charges du mariage ? En fragilisant ainsi l'impérativité du devoir de contribution aux charges du mariage, c'est le caractère d'ordre public du régime primaire qui est atteint !

Que penser par exemple de la clause de non-recours stipulée à propos du devoir de fidélité ? Le relâchement dont il fait l'objet quant à sa sanction a été relevé. L'on rappelle, au surplus, que la clause de non-recours n'a pas pour objet d'aménager l'exécution du devoir auquel elle se rattache. En cela, la clause de non-recours stipulée à propos de l'obligation de fidélité ne déroge formellement ni aux articles 212 et 226 du Code civil ni à l'article 1388 du même code. Concrètement, dans une telle hypothèse, la clause de non-recours empêcherait l'un des époux d'engager la responsabilité de l'autre en cas d'inexécution de l'obligation de fidélité, autrement dit, elle neutralise cette possible cause de divorce pour faute. On sait qu'en ce qui concerne l'appréciation judiciaire du pacte de liberté, malgré son inefficacité juridique, les tribunaux peuvent en tenir compte dans l'appréciation du bien-fondé de la demande en divorce pour faute. Or, la clause de non-recours concernant la fidélité n'est-elle pas une forme nouvelle de pacte de liberté en ce qu'elle interdit à un époux de dénoncer l'infidélité de son conjoint ? Dans une telle circonstance, son caractère bilatéral pourrait conduire à l'interpréter comme la preuve d'une connivence des époux dans le choix d'une vie maritale « dissolue ». En conclusion, la clause de non-recours en ce qu'elle ne déroge pas directement à l'obligation n'encourt pas, nécessairement, une illicéité de plein droit. Les époux ne se délient pas de l'obligation, ils n'en aménagent que la sanction. En outre, quand bien même la clause serait déclarée illicite – l'illicéité pourrait s'expliquer par le but illicite de la clause, conformément à l'article 1162 du Code civil, ou par la privation de la substance de l'obligation principale dont elle est l'accessoire, comme le prévoit l'article 1170 du même code – son inexistence sur le plan du droit n'entamerait en rien son existence sur le plan des faits. Dans les faits, la clause de non-recours entre les époux est à même de neutraliser la sanction de l'inexécution du devoir de fidélité par l'un des époux, puisque les époux ne seraient pas admis à prouver les manquements constitutifs d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil, en raison de la connivence que laisse supposer la clause.

Après avoir exposé les circonstances et les incidences de l'avènement des clauses de non-recours entre les époux, il est possible de s'interroger sur l'extension de cette tendance libérale aux obligations contributives voisines.

## § II. La diffusion

**192.** — Comme à propos de la clause de présomption irréfragable, la transposition sera envisagée dans les relations entre partenaires, l'aide matérielle (A) et dans les relations entre parents, la contribution parentale (B).

### A. La clause de non-recours entre partenaires

**193.** — **La transposition évidente.** Entre époux, l'on sait dorénavant que la Cour de cassation reconnaît aux clauses de non-recours une efficacité rétrospective et non prospective. La clause ne s'oppose pas au recours en exécution forcée de la contribution aux charges du mariage. Toutefois, l'extension de cette solution au cadre « partenarial » doit être envisagée avec prudence. En effet, celle-ci repose sur l'alinéa 2 de l'article 214<sup>888</sup> qui octroie à l'un des époux la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales pour contraindre l'autre à respecter son obligation. Par conséquent, les partenaires ne bénéficient *a priori* pas des « procédures de recouvrement exorbitantes du droit commun, applicables aux époux »<sup>889</sup>. L'exécution forcée, telle qu'elle est prévue entre les époux, semble exclue entre les partenaires<sup>890</sup> – on en veut pour preuve l'absence de l'aide matérielle du PACS des dispositions propres aux procédures spéciales de recouvrement des dettes alimentaires<sup>891</sup> – bien que certains auteurs affirment le contraire<sup>892</sup>.

Est-ce à dire que les partenaires, plus que les époux, pourraient stipuler des clauses excluant tout recours, rétrospectif comme prospectif, au titre de l'aide matérielle ? Nous ne le pensons guère. À défaut de bénéficier d'une protection équivalente aux époux, il faut alors faire produire au PACS tous les effets de sa nature contractuelle. Or, c'est de cette nature que découle l'impossibilité pratique pour un partenaire de solliciter l'exécution forcée à la manière d'un époux. Comme un auteur a pu

<sup>888</sup> C. civ., art. 214, al. 2 : « Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

<sup>889</sup> RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 192.

<sup>890</sup> Les partenaires pourraient toutefois bénéficier d'une exécution forcée selon les procédures de droit commun lorsque l'aide matérielle a été fixée par le juge (comme le prévoit l'article L.213-3, 3° du Code de l'organisation judiciaire), ou lorsqu'elle a été fixée par une convention notariée. L'exécution forcée est alors fondée sur le titre exécutoire : RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 192, p. 205.

<sup>891</sup> HOUSSIER (J.) th. préc., n° 321 s., qui propose une généralisation des voies d'exécution à l'intégralité des dettes de contribution familiales y compris l'aide matérielle ; *adde* SAULIER (M.), th. préc., n° 360 s.

<sup>892</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 337, p. 215 ; ÉGÉA (V.), th. préc., n° 475.

l'écrire, « la rupture, très souple [du contrat de PACS] précédera la demande liée à la contribution »<sup>893</sup>. En outre, cette nature contractuelle fournit aux partenaires des voies d'action propres au contrat. Ainsi, l'inexécution de l'aide matérielle pourra « donner lieu à une action en exécution, ainsi qu'à la responsabilité contractuelle du défaillant »<sup>894</sup>, le tout sur le fondement du droit commun des contrats<sup>895</sup>. C'est ainsi sur ce fondement que l'efficacité de la clause de non-recours stipulée entre les pacsés pourra être débattue, plus particulièrement au regard du caractère abusif de la clause.

Il convient d'abord d'écarter le motif de l'article 1171 du Code civil, en raison de son champ d'application spécial et restreint. Le contrat de PACS suscite bien des réflexions au regard de sa nature paradoxale<sup>896</sup>, mais une éventuelle qualification de contrat d'adhésion ne paraît pas envisageable. Au surplus, la démonstration du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties serait difficile à rapporter dès lors que la clause est stipulée de manière réciproque. Reste alors l'article 1170 du Code civil<sup>897</sup>. Il est admis que « l'efficacité de certaines clauses de non-recours pourrait se trouver limitée par l'article 1170 »<sup>898</sup>. Or, une clause de non-recours qui aboutirait à exclure entre les partenaires toute action tant passée que future contredirait nécessairement le droit d'une partie à poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation sur le fondement de l'article 1217 du Code civil<sup>899</sup>. Du point de vue du PACS, c'est l'obligation d'aide matérielle qui serait ainsi contredite. Une telle obligation, au même titre que la vie commune et l'assistance, fait partie des obligations essentielles du contrat de PACS, d'où l'affirmation par le Conseil constitutionnel de l'impossibilité pour les parties d'y déroger<sup>900</sup>. La clause de non-recours au titre de la contribution à l'aide matérielle, inscrite dans la convention de PACS, ne peut donc produire qu'un effet rétroactif. Le recours prospectif, visant à exiger l'exécution forcée de l'aide matérielle, ne peut être évincé. Une telle clause, parce qu'elle annihile l'obligation essentielle d'aide matérielle, serait nécessairement réputée non écrite. Gageons, toutefois, que l'interprétation des juges se contentera, comme en matière matrimoniale, de restreindre les effets de la clause au recours passé.

<sup>893</sup> GOLDIE-GENICON (Ch.), « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », art. préc. ; dans le même sens, RUFFIEUX (G.), th. préc., n° 192.

<sup>894</sup> BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 426, p. 319.

<sup>895</sup> DAURIAC (I.), *op. cit.*, n° 182.

<sup>896</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 299 ; SAULIER (M.), th. préc., n° 43 s.

<sup>897</sup> C. civ., art. 1170 : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

<sup>898</sup> WEILLER (L.), « Clause de non-recours », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 1238.

<sup>899</sup> DROSS (W.), v° « Non-recours », *Clausier. Dictionnaire des clauses ...*, *op. cit.*, p. 556.

<sup>900</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc., considérant n° 31.

### B. La clause de non-recours entre parents

**194. — La limite de l'indisponibilité de l'obligation alimentaire.** Entre les parents, une différence importante doit être faite entre la clause de non-recours et la clause portant présomption de participation à l'entretien des enfants. Alors que, la seconde est par sa portée de nature à neutraliser la créance d'entretien personnelle que les parents peuvent détenir l'un contre l'autre, la première au contraire envisage *ab initio* l'inexécution de l'obligation par l'un ou l'autre des parents et la renonciation à toute action contre le parent défaillant. Or, une telle renonciation avait par ailleurs été condamnée par la Cour de cassation, à cela près, toutefois, que la renonciation portait sur le droit de réclamer des aliments<sup>901</sup>. En effet, l'interdiction de toute renonciation à l'obligation d'entretien est constamment rappelée par la jurisprudence ; plus encore, celle-ci s'étend à la renonciation tacite ou expresse que ce soit à propos de la contribution à venir ou des arriérés<sup>902</sup>. Par conséquent, à première vue, la clause de non-recours au titre de la contribution à l'entretien des enfants peut s'analyser en une renonciation indirecte à l'obligation d'entretien puisqu'elle est porteuse d'une renonciation directe au droit d'agir.

Néanmoins, comme en matière de contribution aux charges du mariage, l'efficacité de la clause de non-recours ne peut être que rétroactive. Une telle clause stipulée à propos de la contribution à l'entretien des enfants ne pourra empêcher l'action en exécution pour le futur. En outre, si l'on admet la distinction entre la créance alimentaire des enfants et la créance personnelle des parents, la clause de non-recours, rétrospectif, n'a d'effet qu'au regard de la créance personnelle des parents. Or, de l'avis de la Cour de cassation, cette créance de remboursement des frais engagés par l'un seul des parents est susceptible de transaction<sup>903</sup> ; *a fortiori*, elle est susceptible de renonciation. Si un parent ne peut renoncer par anticipation au versement d'une pension alimentaire<sup>904</sup>, rien ne l'empêche de renoncer à la créance personnelle qu'il détient à l'égard de l'autre parent.

**195. — Conclusion de section.** L'irruption des clauses de non-recours en matière matrimoniale permet de confirmer l'essor d'une liberté d'aménagement du droit à agir. Plus que la simple faculté

<sup>901</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1985, préc.

<sup>902</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 2 mai 2001, n° 99-15.714, *RTD civ.* 2001, p. 860, obs. J. HAUSER ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 déc. 2012, n° 11-19.779, *RTD civ.* 2013, p. 108, obs. J. HAUSER.

<sup>903</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1985, préc. ; comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 2 mai 2001, n° 99-15.714, préc., : la convention de divorce homologuée comportait également une forme de transaction entre les parents à propos de la contribution à l'entretien des enfants. La mère renonçait irrévocablement à toute demande de contribution à l'égard du père ; en contrepartie, ce dernier prenait l'engagement d'acquitter certaines dettes contractées pendant le mariage. L'inexécution du père a conduit la mère à agir en demande d'une pension alimentaire pour les enfants ; demande rejetée par la cour d'appel au nom de la force obligatoire de la convention homologuée. La décision ne pouvait encourir que la censure puisque la « transaction » portait non pas sur une créance personnelle à la mère mais sur une créance personnelle aux enfants en l'occurrence la créance d'aliments ; la mère renonçait à toute action future à l'égard du père.

<sup>904</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 637.

d'aménager les modalités de la contribution aux charges du mariage, les époux peuvent, désormais, exclure, *ab initio*, les conséquences de l'inexécution d'une obligation impérative ; renforçant d'autant l'autonomie du divorce par rapport à la vie matrimoniale. La solution de la Cour de cassation se rapproche, ainsi, aux diverses renonciations anticipées à l'action en réduction du réservataire, par lesquelles ce dernier renonce au bénéfice d'un droit d'ordre public. Plus encore, c'est une contractualisation insoupçonnée que fait naître cette construction jurisprudentielle. En effet, au-delà des règles de fonctionnement du mariage, ce sont indirectement certaines causes de divorce qui sont, possiblement, neutralisables par l'effet de la volonté des époux. Comme il a été observé, l'hypothèse n'est, par ailleurs, plus un cas d'école puisque certains juges du fond ont par ailleurs franchi le Rubicon en admettant que la clause qui instaure une présomption irréfragable paralyse l'action en divorce pour faute fondée sur l'inexécution renouvelée de l'obligation de contribution aux charges du mariage en tant qu'il s'agit d'une clause de non-recours. Enfin, au-delà du couple conjugal, la solution libérale de la Cour de cassation peut être étendue aux rapports patrimoniaux dans le couple parental embrassant ainsi l'ensemble du droit de la famille. Gageons que la fenêtre ainsi ouverte sur d'autres possibles et la faveur pour les pactes parentaux seront susceptibles de prolonger l'extension constatée du périmètre des clauses contractuelles par-delà la certitude d'un caractère impératif. La possibilité d'une éviction temporaire du droit à agir peut être appréhendée en ce sens.

## ***Section 2. L'éviction temporaire du droit à agir***

**196. — La clause de médiation préalable obligatoire.** Le droit de la famille est un terrain fertile au développement des modes amiables de résolution des litiges. Nul ne conteste que la pacification des conflits est un objectif cardinal du droit contemporain de la famille<sup>905</sup>. Néanmoins, à l'inverse de la matière économique, qui connaît également un développement soutenu de la résolution amiable, le droit de la famille n'envisage l'organisation d'une gestion amiable, pour l'heure, qu'à un stade postérieur à l'avènement du litige. Est-ce à dire que l'anticipation de la gestion amiable du litige obéit à une logique différente ? Du point de vue des utilités théorique et pratique, la réponse est, indubitablement, négative, puisque les justifications de l'attrait de la « médiation conventionnelle »<sup>906</sup> dans le domaine économique ne sont pas bien différentes de celles qui favorisent le développement de la médiation en matière familiale<sup>907</sup>. Tout comme le milieu

<sup>905</sup> V. ÉGÉA (V.), « La déjudiciarisation permet-elle vraiment la pacification ? », in 2010-2020. *Une décennie de mutations du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 125 s.

<sup>906</sup> L'expression « médiation conventionnelle » sera employée pour désigner la médiation qui prend appui sur une clause contractuelle stipulée initialement dans le contrat avant l'apparition de tout conflit.

<sup>907</sup> On considère, généralement, que si les relations d'affaires constituent un terrain de prédilection pour l'amiable conventionnel, c'est parce qu'il « permet à l'entreprise de se réapproprier la gestion de ses conflits en éludant les aléas liés

économique, le milieu familial est également un lieu de prédilection de la médiation<sup>908</sup>. Cependant, à la différence de l'ordre public contractuel, l'ordre public familial peut, au premier abord, paraître rétif à la clause de médiation préalable obligatoire qui fonde un empêchement temporaire à l'action en justice<sup>909</sup>. Jusqu'à présent, cette voie contractuelle n'a été que discrètement envisagée par la doctrine familiale<sup>910</sup>. Il est vrai que la stipulation d'une clause de recours préalable obligatoire à un mode de résolution amiable peut soulever des doutes quant à sa validité, notamment au regard de son effet juridique.

Indirectement consacrées dans le Code civil par la réforme du droit des obligations<sup>911</sup>, les clauses de médiation<sup>912</sup> ne font pas l'objet d'une définition légale. En tant qu'instrument d'anticipation conventionnelle du règlement des différends à naître, elles créent une obligation pour les parties de recourir au mode amiable. La clause se borne ainsi à « faciliter l'ouverture d'une discussion entre les parties »<sup>913</sup>. Puisqu'elles sont relatives aux litiges<sup>914</sup>, ces clauses aménagent directement l'action en justice en conditionnant la saisine du juge à la participation obligatoire à une médiation ou une conciliation préalable. En sanctionnant la violation de ces clauses par l'irrecevabilité de l'action<sup>915</sup>, la jurisprudence en a garanti l'utilité et la force obligatoire<sup>916</sup>. De telles stipulations sont-elles valables dans les relations familiales ? Par exemple, les époux ou les partenaires peuvent-ils insérer une clause de médiation ou de conciliation dans le contrat de mariage ou le contrat de PACS ? Pareillement, peut-on envisager la stipulation d'une clause de médiation obligatoire dans une convention portant sur l'autorité parentale ? En réalité, rien ne permet, *a priori*, de s'y opposer

---

aux procédures juridictionnelles (...), mais aussi de prévenir les conflits en ménageant les relations futures entre les différents acteurs », FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 221.11. En outre, les acteurs du monde économique « reconnaissent [à la médiation et la conciliation] toute une série d'intérêts pratiques » en matière de rapidité, de confidentialité, de maîtrise des coûts, de personnalisation de la solution, MESTRE (J.), « Clause de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 289.

<sup>908</sup> V. en ce sens GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée. Rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 2008, p. 160 s. Le dispositif de médiation préalable obligatoire (à peine d'irrecevabilité) en matière familiale instaurée par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle du 18 nov. 2016 s'inscrit dans cette lignée : v. FRICERO (N.), « Recourir à un mode alternatif préalablement à la saisine d'une juridiction », in *Droit et pratique de la procédure civile*, GUINCHARD (S.) dir., 7<sup>e</sup> éd., 2021-2022, Dalloz-Action, n° 111.31 s.

<sup>909</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), op. cit., n° 385, spéc., p. 352.

<sup>910</sup> DEPONDT (A.), « Pour un renouveau des contrats de mariage », art. préc. ; 113<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *Famille-Solidarités-Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille, 2017, n° 1147 s.

<sup>911</sup> C. civ., art. 1230 qui vise les clauses relatives au règlement des différends.

<sup>912</sup> Par volonté de simplifier, l'expression « clause de médiation » sera indistinctement employée pour désigner tant les clauses de médiation que les clauses de conciliation.

<sup>913</sup> LAGARDE (X.), « L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 382.

<sup>914</sup> V. CADIET (L.), JEULAND (E.), op. cit., n° 382 ; CADIET (L.), « Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », *JCl. Contrats – Distribution*, fasc. 190, LexisNexis, 27 févr. 2022, n° 19 ; HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, th. préc., n° 575.

<sup>915</sup> Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, 00-19.424, *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; *ibid.* p. 2480, obs. T. CLAY ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* p. 349, obs. R. PERROT ; *LPA* 12 mars 2003, obs. L. BERNHEIM ; *JCP G* 2003, I, 128, obs. L. CADIET ; *ibid.* 2003, I, 142, obs. G. VIRASSAMY ; *ibid.* 2003, I, 164, obs. C. SERAGLINI ; *RDC* 2003, p. 189, obs. X. LAGARDE ; *ibid.* p. 182, obs. L. CADIET.

<sup>916</sup> SANSONE (G.), *Les sanctions en procédure civile*, préf. E. PUTMAN, LGDJ, n° 265.

ouvertement. Néanmoins, la médiation familiale n'est, en principe, jamais obligatoire en matière familiale<sup>917</sup>. Mais quand bien même elle le serait, l'accord issu d'une médiation n'a aucune force obligatoire tant qu'il n'est pas homologué ou constaté par un acte d'avocat revêtu de la formule exécutoire<sup>918</sup>. Il ne saurait donc constituer, pour les parties, un moyen efficace de contournement des procédures habituelles du droit de la famille ou d'éviction du juge.

En résumé, la validité d'une clause de médiation préalable en droit de la famille est une question ouverte. Pour tenter d'y voir plus clair, il convient de procéder à une analyse des conditions de validité (§ I) et d'efficacité (§ II) d'une clause de médiation préalable en droit de la famille.

### § I. La validité des clauses de médiation obligatoire en droit de la famille

**197. — Une question ouverte.** À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cette question<sup>919</sup>. En apparence, rien ne s'oppose à une telle stipulation. Les articles 1532 et suivants du Code de procédure civile, applicables à la médiation conventionnelle, ne posent aucune restriction quant à la matière familiale. En outre, l'article 1529 du même code prévoit que le domaine des règles applicables à la médiation conventionnelle s'étend à tous différends relevant de la matière civile sous réserve, toutefois, des règles spéciales à chaque matière. En l'occurrence, concernant le droit de la famille, cette réserve pourrait résulter du caractère d'ordre public de la matière. En d'autres termes, une clause de recours obligatoire à la médiation serait illicite lorsqu'est en cause un droit non disponible<sup>920</sup>. Or, la matière familiale demeure rattachée aux principes d'ordre public et d'indisponibilité<sup>921</sup>. Est-ce à dire que la clause de médiation serait condamnée dans tous les contrats du droit de la famille ? Une solution affirmative serait curieuse au regard du développement continu de la médiation dans ce domaine. À vrai dire, la réponse ne peut être apportée qu'en délaissant l'approche monolithique du droit de la famille au profit d'une approche parcellaire. Puisqu'il s'agit de sonder la validité d'une clause contractuelle, les instruments contractuels familiaux, pouvant contenir *ab initio* une telle stipulation, constituent le point de départ de l'analyse. Selon l'*instrumentum* envisagé, la validité de la clause de médiation sera plus ou moins garantie. Ainsi, si bien des actes conventionnels du droit de la famille autorisent une stipulation sans

<sup>917</sup> Sur l'expérimentation d'une médiation préalable obligatoire en matière familiale, v. LEROYER (A.M.), *op. cit.*, n° 1173.

<sup>918</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1174 s.

<sup>919</sup> Comp. à la jurisprudence en matière de contrat de travail : la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi considéré « qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend » : v. Soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, D. 2013, p. 114, obs. P. BAILLY ; *ibid.*, p. 2936, obs. TH. CLAY ; *RTD civ.* 2013, p. 171, obs. R. PERROT.

<sup>920</sup> FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.*, n° 221.12.

<sup>921</sup> V. MUSSO (A.), *La disponibilité du statut personnel et familial*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2020.

restriction de la clause de médiation (A), le cas du contrat de mariage appelle des observations plus nuancées (B).

### A. *Les certitudes*

**198.** — La stipulation d'une clause de médiation obligatoire ne devrait souffrir d'aucune contestation lorsqu'elle figure dans une convention de PACS ou de concubinage (1) ; dans une convention parentale (2) et, enfin, dans un « contrat de divorce » (3).

#### 1. Les relations conjugales hors mariage

**199.** — **Le PACS.** Entre les partenaires, la validité de la clause de médiation ne soulève aucune difficulté. La nature contractuelle du contrat de PACS justifie que cette clause puisse y être insérée à l'instar des contrats de droit commun. Si la dissolution judiciaire du PACS est encore sujette à débats et objet d'incertitudes, l'intervention du juge est, néanmoins, expressément prévue par le Code civil. L'article 515-7 permet aux partenaires de saisir le juge en cas de désaccord sur le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. La facilité octroyée aux partenaires dans la rupture du PACS est, toutefois, susceptible d'entraîner un assèchement du principe du consensualisme et d'encourager le recours intempestif au juge avant toute tentative de règlement amiable. La clause de médiation préalable obligatoire peut, à cet égard, paralyser l'action du partenaire belliqueux. Dans une telle hypothèse, la situation des partenaires est proche de celle des contractants ordinaires ; la liberté contractuelle des partenaires ne diffère pas de celle des contractants étrangers. Le différend relatif à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux peut faire l'objet d'une tentative préalable de règlement amiable conformément à la clause de médiation qui figure dans la convention de PACS. L'action du partenaire exercée au mépris de ladite clause sera déclarée irrecevable.

**200.** — **Le concubinage.** Entre les concubins, la clause de médiation pourra se loger dans une convention de concubinage portant sur leurs rapports patrimoniaux, dont la validité est reconnue par la jurisprudence<sup>922</sup>. La liberté contractuelle qui gouverne l'union libre justifie que ces derniers puissent aménager librement les modalités de règlement de leur litige. De fait, la saisine du juge aux affaires familiales<sup>923</sup> pour toute question relative aux relations patrimoniales de concubins devra être précédée d'une tentative de résolution amiable sous peine de fin de non-recevoir.

<sup>922</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 540.

<sup>923</sup> La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a « donné compétence en ce domaine au juge aux affaires familiales », v. Égée (V.), *op. cit.*, n° 613.

**201.** — Tout comme le pacs et le concubinage, la convention sur l'autorité parentale peut également prévoir une clause de médiation préalable obligatoire.

## 2. La convention parentale

**202.** — **La tentation contemporaine de l'obligation.** L'autorité parentale relève désormais du domaine de la disponibilité régulée. En effet, si son principe demeure indisponible<sup>924</sup>, le droit organise la disponibilité de ses modalités<sup>925</sup>. Cette ouverture de l'autorité parentale à l'organisation consensuelle justifie, à notre avis, que la gestion des litiges qui y sont relatifs puisse faire l'objet d'une clause de médiation préalable obligatoire. Plusieurs raisons permettent de le soutenir. D'abord, l'autorité parentale est un domaine naturel de l'organisation consensuelle en droit de la famille. La médiation judiciaire y est ainsi fortement encouragée, sans toutefois que soit franchi le pas de l'obligation<sup>926</sup>. La tentation de l'obligation est, toutefois, réelle comme le révèle le dispositif expérimental d'une médiation préalable obligatoire en matière d'autorité parentale<sup>927</sup>. Dans certains ressorts, à peine d'irrecevabilité, la saisine du juge aux affaires familiales doit être précédée d'une tentative de médiation familiale entre les parents. Une telle obligation couvre toute demande en rapport avec la modification d'une convention parentale homologuée ou d'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, la résidence habituelle ou encore le droit de visite et d'hébergement. Le bilan de cette expérimentation<sup>928</sup> démontre, toutefois, que le caractère judiciaire de la médiation influe nécessairement sur l'engagement des parties dans un processus de médiation contrairement au processus conventionnel<sup>929</sup>.

En résumé, l'obligation contractuelle de se soumettre à une médiation préalable à la saisine du juge est en tout point conforme à la philosophie contemporaine du droit de l'autorité parentale. Une telle stipulation dans une convention parentale devrait, à notre sens, aisément franchir le filtre de l'homologation des conventions sur l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale

---

<sup>924</sup> C. civ., art. 376 et 1388. L'application de ces dispositions est assez claire en jurisprudence. Est ainsi prohibée, la modification conventionnelle des règles d'attribution de l'autorité parentale, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars, 1994, n° 92-16.774, *D.* 1995, p. 197, note, E. MONTEIRO ; *ibid.*, p. 275, obs. J.-P. GRIDEL ; *LPA* 28 sept. 1994, note J. MASSIP. N'est pas plus licite, une convention qui réaliserait le partage des droits de l'autorité parentale entre partenaires, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *D.* 2007, p. 1047, note D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2007, obs. J. HAUSER. L'indisponibilité du principe de l'autorité parentale est ainsi rattachée à l'indisponibilité de la filiation et de ses effets.

<sup>925</sup> C. civ. art. 373-2-7.

<sup>926</sup> L'article 373-2-10 du Code civil permet ainsi au juge, soit de proposer aux parents une médiation avec désignation du médiateur, soit de les enjoindre à rencontrer un médiateur à titre informatif. V. également C. pr. civ., art. 1071.

<sup>927</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 7.

<sup>928</sup> BOUSSARD (V.) dir., *L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO)*, Rapport final de recherche, Site internet de la Mission de recherche Droit et Justice : [gip-recherche-justice.fr/](http://gip-recherche-justice.fr/).

<sup>929</sup> FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.*, n° 231.31.

et sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. À titre de comparaison, la disparition de l'homologation en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel renforce la validité de la clause de médiation préalable dans un tel acte.

### 3. Le « contrat de divorce »

**203. — Les litiges post-divorce.** La convention issue du divorce par acte sous seing privé est un contrat<sup>930</sup> qui obéit, en tant que de raison, aux règles qui gouvernent les contrats<sup>931</sup>. En prévision d'un contentieux post-divorce dont on ignore encore les implications, il peut être utile de stipuler une clause de médiation préalable à la saisine du juge. On pense particulièrement au contentieux de l'inexécution de la convention ou à celui de sa révision<sup>932</sup>. La recherche d'une solution amiable paraît plus fidèle à l'esprit du divorce par acte d'avocat. Les différends touchant les rapports pécuniaires comme personnels – notamment à propos de l'autorité parentale – pourront relever du domaine de la clause de médiation.

Voilà pour ce qui est des hypothèses dans lesquelles la validité d'une clause de médiation préalable paraît certaine. Il faut désormais traiter le cas particulier de la clause stipulée, dans un contrat de mariage, en prévision de la séparation des époux.

#### *B. L'incertitude, le contrat de mariage*<sup>933</sup>

**204. —** Plus que l'acte qui fixe l'organisation patrimoniale des époux, le contrat de mariage s'apparente, de plus en plus, à un instrument d'anticipation de la désunion. On pense particulièrement aux clauses de contribution aux charges du mariage (qu'elles instituent une présomption irréfragable ou une fin de non-recevoir) ou aux clauses de liquidation alternative du régime matrimonial. Aussi est-il légitime d'envisager la stipulation d'une clause de médiation pour des raisons similaires. Le règlement des conséquences du divorce est, certainement, un but possible de la clause de médiation préalable entre époux. Celles-ci, qu'elles soient extrapatrimoniales<sup>934</sup> ou

<sup>930</sup> Sur cette qualification v. *infra*, n° 297 s.

<sup>931</sup> C. civ., art. 1100-1, al. 2. V. en ce sens, CHÉNEDÉ (Fr.), « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJ fam.* 2017, p. 26.

<sup>932</sup> À cet effet, la circulaire de présentation du divorce par contrat précise qu'en « cas d'inexécution par l'un des époux de ses obligations résultant de la convention de divorce ayant force exécutoire, l'autre pourra toujours saisir le tribunal de grande instance de la difficulté » : Circulaire du 26 janv. 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n°2016-1907 du 28 déc. 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale (Fiche 9). Autrement dit, la nature contractuelle de la convention justifie le recours devant le juge du contrat.

<sup>933</sup> Les arguments développés à propos du contrat de mariage sont entièrement transposables à la convention de changement qui n'est qu'une modification du contrat de mariage initial des époux.

<sup>934</sup> Par exemple, les conventions sur le nom (C. civ., art. 264) et sur l'autorité parentale (C. civ., art. 373-2 s.).

patrimoniales<sup>935</sup>, sont dorénavant pleinement ouvertes à la maîtrise volontaire des parties du fait de la généralisation du divorce consensuel et en raison de la place importante laissée aux accords entre époux dans les divorces contentieux<sup>936</sup>. La consécration du divorce contractuel n'a fait qu'entériner le changement de paradigme : en matière de mariage et de divorce « nous sommes passés d'un système reposant sur l'opposition disponibilité/indisponibilité à un système de disponibilité [...] généralisée [et régulée] »<sup>937</sup>. La solution volontaire, consensuelle et conventionnelle s'affirme au rang de principe cardinal<sup>938</sup>. Par conséquent, par son but, la clause de médiation dans le contrat de mariage ne déroge pas à l'ordre public familial. Cependant, parce qu'elle constitue une fin de non-recevoir, temporaire, la clause de médiation insérée dans un contrat de mariage pourrait neutraliser l'action en divorce, ce qui justifierait sa nullité, à moins que ce risque ne soit évité par la restriction du domaine et de la portée de la clause de médiation insérée dans un contrat de mariage.

**205. — La nullité de la clause de médiation de portée générale.** Depuis la loi du 12 mai 2009<sup>939</sup>, il existe une volonté de séparer la procédure de divorce en deux instances : l'une relative au principe du divorce et l'autre à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux<sup>940</sup>. C'est dans cette lignée que s'inscrit l'ordonnance du 15 octobre 2015<sup>941</sup> qui réforme l'article 267 du Code civil et opte pour une compétence liquidative de principe du juge, mais conditionnée à la justification, par les parties, de la subsistance de désaccords relatifs à la liquidation et au partage de leurs biens<sup>942</sup>. En somme, dans les divorces contentieux, la dissociation des causes et des conséquences du divorce se poursuit par la dissociation du principe du divorce et de ses conséquences. Si le principe de la dualité d'instances demeure dans la loi, les conséquences qui lui sont attachées ont été nettement édulcorées par la loi du 23 mars 2019<sup>943</sup> qui en réécrivant l'article 116 a supprimé le « verrou

<sup>935</sup> La convention de liquidation et de partage du régime matrimonial (C. civ., art. 265-2) ; la fixation conventionnelle de la prestation compensatoire (C. civ., art. 278 s.).

<sup>936</sup> Cette évolution est en outre confirmée par le rapport annuel de la Cour de cassation sur l'ordre public, v. Cass., *Rapport annuel 2013.*, préc., p. 272.

<sup>937</sup> FULCHIRON (H.), « Disponibilité/indisponibilité : quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, op. cit., n° 19 ; v. dans le même sens MURAT (P.), « Arbitrage et évolution du droit français de la famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275.

<sup>938</sup> À titre d'exemple : l'article 247-1 du Code civil qui permet une passerelle entre les cas de divorce ; l'article 252 qui permet la prise en compte des accords même partiels ; *idem* lorsque le juge se prononce sur les mesures provisoires (article 254) ; ou encore l'accord des époux sur la date des effets du divorce.

<sup>939</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

<sup>940</sup> BAILLON-WIRTZ (N.) et COMBERT (J.), « Liquidation et partage après divorce : l'appel à une clarification a-t-il été entendu ? », *Dr. fam.* 2016, dossier 2, spéc., n° 3.

<sup>941</sup> Ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

<sup>942</sup> PUYO (Y.), « Le nouvel article 267 du Code civil : un compromis entre tradition et innovation », *Dr. fam.* 2016, dossier 3, spéc., n° 17.

<sup>943</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

temporel qui imposait que les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux soient présentées au moment de l'introduction de l'instance »<sup>944</sup>.

Dans le divorce par consentement mutuel judiciaire, la fusion est totale puisque le consentement des époux porte tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. En pareille hypothèse, le règlement des conséquences du divorce est un préalable obligatoire à la saisine du juge<sup>945</sup>. Cela rend d'autant inutile la stipulation d'une clause de médiation.

Dans les divorces contentieux, la liquidation des conséquences patrimoniales du divorce incombe au juge au titre de ces pouvoirs liquidatifs<sup>946</sup>. Toutefois, cette fonction de « liquidateur » est présentée sous un aspect supplétif de la volonté des époux puisqu'il n'intervient « qu'à défaut de règlement conventionnel par les époux »<sup>947</sup>. Néanmoins, si l'article 265-2 du Code civil permet aux époux de passer, pendant l'instance en divorce, toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial, encore faut-il qu'une instance soit en cours. Or, si l'on suppose le cas d'école d'une clause de médiation préalable visant sans distinction le principe du divorce et ses conséquences c'est, précisément, l'action en divorce qui serait paralysée. Dans une telle hypothèse, c'est la demande en divorce, même, qui se verrait opposer une fin de non-recevoir en cas de violation de la clause de médiation préalable. Partant, une telle stipulation, en ce qu'elle fait obstacle à l'accès direct au divorce, constitue assurément une atteinte à la liberté constitutionnelle de mettre fin aux liens du mariage. Comme l'a relevé Madame Larribau-Terneyre, la limite de la médiation familiale est « celle de l'impossibilité d'un accord (...) qui soustrairait au juge une question qu'il lui appartient de trancher »<sup>948</sup>. C'est, ainsi, au juge et non aux époux de trancher le divorce. Il est exclu que les époux ajoutent contractuellement aux fins de non-recevoir d'une demande en divorce, à savoir la nullité ou l'inexistence du mariage, le décès de l'un des époux ou encore le divorce antérieur définitif<sup>949</sup>. En outre, quand bien même la clause ne serait pas contestée et appliquée par les époux, l'accord issu de la médiation, qui porterait nécessairement sur les conséquences du divorce, serait frappé de nullité en raison de la prohibition des conventions liquidatives passées en dehors de l'instance en divorce<sup>950</sup>. Nonobstant ce cas d'école, il convient

<sup>944</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 401.

<sup>945</sup> L'article 1091 du Code de procédure civile précise qu'à peine d'irrecevabilité, « la requête [unique] comprend en annexe (...) une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ».

<sup>946</sup> MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 597 ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 325.

<sup>947</sup> C. civ., art. 267.

<sup>948</sup> LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le cadre juridique général de la médiation familiale », in *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, *op. cit.*, p.24 s.

<sup>949</sup> MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 476.

<sup>950</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1982, n° 80-17.149, *D.* 1982. 257, note LAFOND ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 2009, n° 07-15.945 ; *D.* 2009, p. 1201, obs. V. ÉGÉA ; *ibid.* p. 2508, obs. J. REVEL ; *RTD civ.* 2009, p. 516, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 769 et 771, obs. B. VAREILLE

malgré tout de vérifier si l'on pourrait écarter le risque de violation de l'ordre public en restreignant le domaine et la portée de la clause de médiation dans le contrat de mariage.

**206. — La restriction de la portée de la clause de médiation.** Puisqu'elle est consacrée par le droit, la dualité des instances relatives au divorce autorise la stipulation, dans le contrat de mariage, d'une clause de médiation préalable strictement limitée au règlement des conséquences patrimoniales du divorce.

C'est au regard de sa force obligatoire que la clause de médiation préalable obligatoire est constitutive d'une fin de non-recevoir<sup>951</sup>. Ainsi, en étant limitée au règlement des intérêts patrimoniaux du divorce, la clause de médiation crée, certes, un « empêchement temporaire » du droit à agir<sup>952</sup>, mais uniquement en ce qui concerne l'assignation en liquidation et partage des biens des époux. L'un ou l'autre des époux n'est pas privé de sa liberté de rompre les liens du mariage, puisqu'il sera toujours admis à agir en divorce. Simplement, l'existence de la clause de médiation préalable dans le contrat de mariage l'empêche de solliciter, dans son assignation, que le juge tranche également les difficultés liquidatives. Les articles 267 du Code civil et 1116 du Code de procédure civile restreignant l'intervention du juge à l'existence de désaccords entre les époux, ces derniers peuvent librement déterminer les conditions de détermination d'un accord. Concrètement, l'époux qui au mépris de la clause de médiation préalable, quant au règlement des effets du divorce, saisit le juge d'une demande de liquidation pourra se voir opposer la réserve de l'article 1116 du Code de procédure civile. Il ne peut justifier l'absence de désaccords dès lors qu'il ne se soumet pas à la tentative de médiation censée résoudre toute dispute entre époux. Le règlement conventionnel des conséquences de la rupture étant placé au rang de principe, rien n'empêche les époux de mettre en œuvre tous les moyens permettant de parvenir à un accord. En outre, puisque les pouvoirs liquidatifs du juge sont, précisément, conditionnés à l'existence de points de désaccord entre les parties, le constat d'un échec de la médiation est susceptible de satisfaire la condition posée à l'intervention du juge par l'article 267 du Code civil et l'article 1116 du Code de procédure civile. Il y a lieu de rappeler que, en effet, la clause de médiation n'institue qu'une obligation de moyens et non de résultat quant au processus de médiation.

---

; *Dr. fam.* 2009, comm. 59 ; *JCP N* 2010, 1368, obs. Ch. LESBATS ; Civ., 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017, n° 16-23.531, *AJ fam.* 2017, p. 592, obs. J. HOUSSIER ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2018, p. 84, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2017, comm. 220, note. J.-R. BINET ; *ibid.* comm. 245, note S. TORRICELLI-CHRIFI.

<sup>951</sup> ANCEL (P.) et COTTIN (M.), « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, p. 1386.

<sup>952</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 385, p. 352.

En résumé, la clause de médiation préalable, restreinte aux litiges relatifs aux effets patrimoniaux du divorce, n'empêche pas la saisine du juge du divorce, par assignation ou par requête conjointe, dont l'office se limitera au principe du divorce. Si, sur le fondement de l'article 252 du Code civil, la demande introductive d'instance doit comporter à peine d'irrecevabilité une proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux, elle ne doit pas s'entendre d'un véritable règlement, ce qui est l'objet de la médiation conventionnelle. Conformément à l'article 1115 du Code de procédure civile, la demande doit, préciser, sommairement, le patrimoine des époux et les intentions du demandeur quant à la liquidation des intérêts patrimoniaux<sup>953</sup>, une telle intention peut ainsi être la recherche d'une solution amiable conformément aux prescriptions conventionnelles entre époux. Enfin, les risques d'allongement du divorce sont à relativiser. En effet, si la réforme du 23 mars 2019 ainsi que le décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021<sup>954</sup> ont accompli des efforts dans le sens d'une réduction de la durée moyenne d'une procédure de divorce, celle-ci demeure soumise aux contingences du fonctionnement du système juridique. Ainsi, en pratique, les époux disposent, entre la prise de date et la tenue de l'audience d'orientation, d'un temps conséquent qui pourrait être utilement mis à profit d'une médiation. Ainsi, pour peu qu'il soit fait preuve de mesure dans la rédaction de la clause de médiation dans le contrat de mariage, celle-ci est en mesure de déployer ces effets lors d'une éventuelle séparation des époux.

**207. — Conclusion de paragraphe.** En définitive, le cadre juridique de la médiation en matière familiale, fixé par l'article 1071 du Code de procédure civile et les articles 255 et 373-2-10 du Code civil, ne préfigure qu'en partie le domaine de la clause de médiation dans le contexte familial. En contemplation de l'incitation générale à la médiation et de la faveur sans cesse renouvelée pour la culture de l'amiable<sup>955</sup>, les membres de la famille sont, potentiellement, libres de procéder par anticipation en conditionnant la saisine du juge au recours préalable et, surtout, obligatoire à une médiation. L'analyse a révélé que l'anticipation ne souffrait pas d'obstacles dans les rapports entre partenaires, concubins et entre parents. Le sujet se complexifie légèrement quant aux rapports entre époux. L'approche générale et indifférenciée doit être proscrite. Une telle démarche s'avère contraire à l'ordre public, plus particulièrement à la protection de la liberté constitutionnelle de

---

<sup>953</sup> C. pr. civ., art. 1115.

<sup>954</sup> Sur ce texte, v. ÉGÉA (V.), « Décret du 11 oct. 2021, une réforme de la procédure civile en voie d'achèvement », *D.* 2021, p. 2197 ; AMRANI-MEKKI (S.), « Le marronnier procédural. Décret n° 2021-1322 du 11 oct. 2021 », *JCP G* 2021, doct. 1139.

<sup>955</sup> V. par exemple le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire qui a créé à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2023 deux nouvelles mesures de recherche d'une solution amiable : l'audience de règlement amiable et la procédure de césure du procès, sur lesquelles v. Amrani-Mekki (S.), « Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends. Audience de règlement amiable et césure du procès », *JCP G* 2023, doct. 1040. Si le domaine d'application de ces nouveaux dispositifs est à préciser, nul doute que la matière familiale sera concernée au premier titre.

rompre les liens du mariage. Entre les époux, l'anticipation de la résolution amiable des différends doit être restreinte aux seuls aspects patrimoniaux de la séparation. La validité de la clause de médiation dans les contrats du droit de la famille étudiée, il reste à envisager les conditions de son efficacité.

## § II. L'efficacité des clauses de médiation obligatoire en droit de la famille

**208.** — De manière générale, la clause de médiation stipulée dans les contrats de la famille, précédemment étudiés, devra satisfaire aux conditions d'efficacité dégagées par la jurisprudence à propos des clauses de différends<sup>956</sup> (A). Il importe, ensuite, de préciser les limites propres au contexte familial (B).

### A. Le droit commun

**209.** — Pour être efficace, la clause de médiation doit satisfaire une exigence formelle, elle ne peut résulter que d'une stipulation contractuelle, et une exigence de fond, le caractère non équivoque de son caractère obligatoire.

**210.** — **Une stipulation contractuelle.** Dans les relations d'affaires, il est de jurisprudence constante que la clause de médiation préalable ne peut résulter que d'une stipulation contractuelle. Eu égard à la conséquence procédurale de la clause de médiation, cette exigence doit être transposée aux contrats du droit de la famille. Les exigences de sécurité juridique et de prévisibilité le justifient. Par exemple, entre les époux, il est indispensable que la clause de médiation figure directement dans le contrat de mariage.

**211.** — **Une obligation non équivoque.** La clause de médiation ne peut être pleinement efficace – c'est-à-dire constituer une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du Code de procédure civile – que pour autant que son caractère obligatoire soit non équivoque. Les parties ne peuvent simplement convenir de se soumettre par anticipation à un règlement amiable préalable. Une telle clause a été jugée non obligatoire par la Cour de cassation en l'absence de conditions particulières de mise en œuvre de la procédure de conciliation – par extension de médiation – obligatoire<sup>957</sup>. À

<sup>956</sup> V. not. FRICERO (N.) ET AL., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit, n° 221.21 s.

<sup>957</sup> Com., 24 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICERO ; *ibid.*, p. 2541, obs. TH. CLAY ; *RTD civ.* 2014, p. 655, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2014, 607, obs. H. CROZE ; *ibid.*, 711, note O. SABARD ; *JCP E* 2014, 1290 ; obs. N. DISSAUX ; *RDC* 2014, p. 704, note N. Cayrol ; *Gaz. Pal.* 9 sept. 2014, obs. S. AMRANI-MEKKI : « Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci ».

ce titre, les conditions relatives aux critères de sélection du médiateur<sup>958</sup> et, surtout, à la durée de la médiation doivent faire l'objet d'une attention prioritaire<sup>959</sup>.

Comme tout contrat, la clause de médiation doit satisfaire à l'exigence de détermination ou de déterminabilité de l'objet<sup>960</sup>. Cette exigence est aisément satisfaite lorsque la clause permet la détermination du médiateur ou de son mode de détermination (déterminabilité) ; qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale<sup>961</sup>. Compte tenu du contexte familial, la désignation d'un organisme spécialisé et compétent en la matière semble judicieuse<sup>962</sup>.

Quant aux conditions temporelles, la clause créant une obligation provisoire de ne pas agir en justice<sup>963</sup> doit nécessairement limiter, dans le temps, le processus de médiation ; à défaut, elle porterait une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge.

En plus des conditions générales d'efficacité, le jeu de la clause de médiation est susceptible d'être paralysé par des circonstances propres au contexte familial.

### ***B. Le droit de la famille***

**212. — L'urgence chasse la paix.** De manière générale, la situation d'urgence est une limite naturelle au jeu de la clause de médiation<sup>964</sup>. Bien que la tentative de résolution amiable du litige ne soit pas exclue en matière de référé, comme le rappelle la Cour de cassation<sup>965</sup>, l'urgence constitue une cause de dispense habituelle du préalable amiable. Elle est caractérisée par une situation de péril imminent, de menace immédiate pour les intérêts d'une partie. En droit judiciaire privé, la mesure commune de l'urgence est le référé. Une telle procédure a pour « finalité de garantir au justiciable qu'une solution exécutoire et provisoire peut être apportée à la situation factuelle, avant que le préjudice ne devienne irrémédiable »<sup>966</sup>. En comparaison, un tel objectif est étranger à la clause de médiation préalable. Quand bien même les parties se soumettraient à la médiation, le

<sup>958</sup> Le développement de l'activité de médiateur ainsi que des chambres de médiation, de conciliation ou d'arbitrage devrait faciliter ces prévisions.

<sup>959</sup> LEVENEUR (L.), « Attention à la rédaction : il faut instituer une procédure préalable et obligatoire... », CCC 2019, comm. 192.

<sup>960</sup> C. civ., art. 1163.

<sup>961</sup> V. DROSS (W.), v° « Médiation », *Clausier...*, op. cit., p. 491.

<sup>962</sup> Ainsi des centres ou associations de médiation familiale souvent rattachés à un ressort de cour d'appel. Par exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence met à dispositions des justiciables une « liste des associations de médiation familiale du ressort de la Cour d'appel », v. site internet de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence : [cours-appel.justice.fr/aix-en-provence](https://cours-appel.justice.fr/aix-en-provence). On cite également le nouveau Centre d'arbitrage des litiges familiaux (CALIF) proposant un service de médiation et d'arbitrage en droit de la famille.

<sup>963</sup> V. à ce propos GRIGNON (PH.), « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, tome 2, p. 120.

<sup>964</sup> V. FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 221.29.

<sup>965</sup> V. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 avr. 2022, n° 20-22.886, *JCP G* 2022, act. 508, obs. X. VUITTON ; *Procédures* 2022, comm. 144, obs. Y. STRICKLER ; *Gaz. Pal.* 26 juill. 2022, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.* 2022, p. 703, obs. N. CAYROL.

<sup>966</sup> FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 221.29, p. 210.

médiateur ne dispose pas du pouvoir suffisant pour remédier à la situation de danger imminent. Par conséquent, obliger l'une des parties à se soumettre à une tentative de médiation préalable « [constitue] certainement une entrave substantielle à sa protection juridictionnelle »<sup>967</sup>.

Dans les contrats de la famille, même lorsque la validité de la clause est certaine, l'urgence pourra en neutraliser l'application. Par exemple, la clause de médiation insérée dans un contrat d'autorité parentale ne pourra être opposée à l'action en justice dans le contentieux de l'enlèvement d'enfant<sup>968</sup>. On pense tout particulièrement à la saisine du juge sur le fondement de l'article 373-2-6 du Code civil. Entre les partenaires ou les concubins, l'existence de violences est un motif suffisant à neutraliser l'application de la clause de médiation préalable. Pareillement, une clause stipulée dans un contrat de mariage ne peut pas constituer une fin de non-recevoir en cas de saisine du juge pour la fixation des mesures provisoires dans le cadre du divorce. Le rapprochement avec la convention de procédure participative est, ici, visible.

Dans une hypothèse plus marginale, la clause doit être écartée toutes les fois où le juge familial est saisi dans le cadre d'une procédure caractéristique de l'urgence. Il en va ainsi du droit à agir en justice reconnu aux époux dans les situations de crise conjugale. Les articles 220-1 et 217 du Code civil se rangent tous deux dans la catégorie des mesures d'urgence. Le libellé de l'article 220-1 prévoit ainsi que le juge prescrit des mesures urgentes de nature à faire cesser le péril menaçant les intérêts de la famille<sup>969</sup>. Par exemple, la clause ne pourra pas être opposée à l'action exercée par l'un des époux sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil lorsque le conjoint met en périls les intérêts de la famille. De même, si l'urgence n'est pas expressément visée par l'article 217, l'article 1287 du Code de procédure dispose que la demande fondée sur l'article 217 du Code civil, qui tend à passer outre le refus du conjoint, est instruite et jugée selon les règles de la procédure à jour fixe ; cette dernière n'est rien d'autre qu'une procédure accélérée caractéristique de l'urgence<sup>970</sup>. Enfin, les demandes exercées sur le fondement des articles 515-9, et suivants, du Code civil ne sauraient être déclarées irrecevables en raison d'une clause de médiation préalable<sup>971</sup>. En résumé, en droit de la famille l'urgence chasse la paix. Lorsqu'elle est une limite principale au jeu des clauses de médiation préalable obligatoire.

<sup>967</sup> FRICERO (N.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., loc. cit.

<sup>968</sup> À cet égard, l'enlèvement d'enfant fait l'objet d'un délit pénal dont la sanction est prévue aux articles 227-5 et suivants du Code pénal.

<sup>969</sup> L'article 1290 du Code de procédure civile prévoit, en conséquence, que le juge aux affaires familiales statue en principe en référé.

<sup>970</sup> V. CADIET (L.), JEULAND (E.), op. cit., n° 941.

<sup>971</sup> L'existence de violences familiales est par ailleurs une cause d'éviction naturelle de l'incitation judiciaire à la médiation : v. C. civ., art. 255 et 373-2-10.

**213. — Conclusion de section.** En ouverture de la présente section, il s'agissait d'envisager l'étendue de la liberté contractuelle des membres de la famille quant à l'anticipation conventionnelle d'une résolution amiable du litige. En particulier, le caractère obligatoire de la clause de médiation faisait naître une incertitude quant à la validité d'une telle stipulation. À l'issue de cette seconde division, l'on peut conclure à propos de la validité d'une telle clause. Tout d'abord, la validité dépend à la fois du but de la clause et de ses effets. Selon les situations contractuelles considérées<sup>972</sup>, soit la clause ne déroge ni par son but ni par ses effets à aucune règle impérative du droit de la famille, soit l'une ou l'autre de ces composantes viole l'ordre public familial ce qui implique une certaine mesure dans la rédaction de la clause. Partant, la validité ne pose aucune difficulté dans les rapports entre partenaires sous réserve des conditions d'efficacité précédemment analysées. Dans les rapports entre parents, le contrat d'autorité parentale peut valablement contenir une clause de médiation préalable obligatoire. La disponibilité régulée des modalités de l'autorité parentale ainsi que l'expérimentation d'une médiation obligatoire dans ce domaine permettent de plaider en ce sens. Bien que les rapports entre époux soient également concernés par une forme de disponibilité régulée, la validité d'une clause de médiation demeure entourée d'incertitudes. Sur ce terrain, il est préférable d'abandonner toute manifestation de volonté holistique au profit d'une approche plus modeste ne visant que des situations déterminées. Ainsi, l'obstacle majeur au développement d'une telle clause dans les rapports entre époux est la protection de la liberté constitutionnelle de sortir du mariage. Le pouvoir d'anticipation des époux doit ici se plier à la protection des libertés fondamentales de chaque époux. La paralysie temporaire de l'action en justice, en l'occurrence l'action en divorce, porte une atteinte injustifiée à la liberté de rompre les liens du mariage. Une clause formulée en des termes généraux doit, de fait, être considérée comme contraire à l'ordre public<sup>973</sup>. Toutefois, la restriction du domaine de la clause au différend relatif aux seuls effets patrimoniaux du divorce permet de purger le risque de violation de l'ordre public.

#### CONCLUSION DE CHAPITRE

**214. —** On le sait, l'objectif de pacification des relations familiales apparaît dorénavant comme un moteur de l'activité du législateur familial. Il ne s'agit plus d'imposer une solution, mais de la faire accepter par tous les intéressés. C'est pourquoi la loi organise les moyens d'une gestion privée post-litige dont l'efficacité est, parfois, discutée. Cependant, en ouvrant ainsi un champ à la liberté contractuelle des parties, le droit de la famille légitime la réflexion sur l'étendue de celle-ci. En droit

<sup>972</sup> Principalement, le contrat de mariage, le contrat de pacs et la convention sur l'autorité parentale.

<sup>973</sup> *Contra* DEPONDT (A.), « Pour un renouveau des contrats de mariage », art. préc.

de la famille, jusqu'où les parties peuvent-elles aller dans la maîtrise de leurs différends ? Plus précisément, la voie de l'anticipation leur est-elle ouverte à l'image des contractants ordinaires ? Telles étaient nos interrogations au commencement de ce chapitre. Une réponse positive semble s'imposer, quand bien même celle-ci doit être nuancée au regard des mécanismes d'anticipation invoqués. Le démontrer a nécessité d'axer la réflexion sur les moyens contractuels d'aménagement du droit à agir : la clause de médiation préalable obligatoire et la clause de non-recours.

Pour la première, son avènement est susceptible de prendre appui sur la poursuite par le législateur familial des voies de règlement consensuel des litiges. Du reste, l'utilité de la clause justifie d'en favoriser le développement dans les contrats qui le permettent. En effet, les dispositifs légaux de promotion de la médiation familiale présentent l'inconvénient d'opérer dans un temps où le conflit est déjà matérialisé. À l'inverse, la clause de médiation participe d'un « exercice de sagesse contractuelle tant il est vrai que l'accord sur le désaccord est d'autant plus facile à organiser que le désaccord n'existe pas encore. Sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur le règlement d'un litige né et déjà cristallisé »<sup>974</sup>. C'est une chose d'obliger légalement les parties au processus amiable, c'en est une autre de les obliger à respecter leurs propres volontés. À l'« union contre nature »<sup>975</sup> de l'amiable obligatoire, on oppose l'autonomie naturelle de la volonté. En fin de compte, l'information des parties lors de la conclusion du contrat revêt dès lors une signification primordiale. Il appartient, en effet, au rédacteur de les informer sur les conséquences procédurales d'une telle clause.

En ce qui concerne la clause de non-recours, sa percée en droit de la famille, bien certaine, est plus contestable. Reconnue par une jurisprudence libérale dans les rapports patrimoniaux entre époux, elle contribue à la neutralisation de la sanction d'une obligation pourtant d'ordre public. La doctrine souligne habituellement, en opposition au mariage, l'illusion du caractère impératif des obligations personnelles entre partenaires, notamment en raison de l'absence de sanction effective. Mais, n'aboutit-on pas au même résultat lorsqu'il est permis aux époux de neutraliser la sanction de l'inexécution d'un devoir impératif par le biais d'une clause de non-recours ? Ce constat confirme la transformation de l'ordre public familial en un ordre privé impératif, dans lequel les statuts familiaux ne seront appréhendés que comme un ensemble de droits subjectifs. Il sera alors permis à chacun d'y renoncer librement ou d'en organiser la sanction ou l'absence de sanction<sup>976</sup>.

<sup>974</sup> CADIET (L.), « Clauses relatives aux litiges », fasc. préc., spéc., n° 3.

<sup>975</sup> SANSONE (G.), th. préc., n° 270.

<sup>976</sup> Sur les possibilités d'aménager la sanction en droit patrimonial de la famille, v. TANI (A.), th. préc., n° 282.

Cette exaltation de la volonté rejoint la promotion, en droit international privé, et à la revendication, en droit interne, d'un rôle plus effectif de la volonté en matière de compétence juridictionnelle.

## CHAPITRE SECOND – LA PROMOTION DE L’AMÉNAGEMENT CONVENTIONNEL DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

**215. — Un enthousiasme naissant.** La recherche d’une approche alternative du règlement des litiges familiaux encourage l’avènement de mécanismes de solutions mutuellement acceptées. Non seulement cette approche alternative promeut la coopération et la négociation à l’occasion d’un litige existant, mais elle favorise, également, la prévisibilité de la solution avant même tout litige. La possibilité de déterminer à l’avance la compétence juridictionnelle est un mode de réalisation de cet objectif de prévisibilité. En droit judiciaire privé, la compétence peut être définie comme « l’aptitude d’une juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre »<sup>977</sup>. Si les critères de la compétence sont traditionnellement établis par la loi, ceux-ci peuvent dans certaines hypothèses relever de l’accord des parties. Classique en matière contractuelle<sup>978</sup>, la détermination volontaire de la compétence juridictionnelle fait l’objet d’un intérêt croissant de la matière familiale. L’attrait s’explique en premier lieu par l’influence des textes du droit international privé de la famille. Les divers règlements européens applicables à la matière familiale multiplient, ainsi, la faculté de stipuler une clause attributive de juridiction à propos d’un litige né ou à naître, dans des domaines tant disponibles qu’indisponibles. Il en ressort un véritable enthousiasme du droit international privé de la famille pour l’aménagement conventionnel de la compétence (**Section 1**). En droit interne, c’est à propos de l’arbitrage que les revendications émergent. L’évolution du droit de la famille et celle du droit de l’arbitrage permettent de soutenir la restauration du principe de validité des clauses compromissaires en matière familiale (**Section 2**).

### *Section 1. La promotion de la volonté en droit international privé*

**216. — La prévisibilité comme ambition.** Les possibilités d’anticipation et de prévisibilité du règlement des litiges familiaux se sont nettement développées en droit international privé de la famille. L’ensemble des instruments internationaux est ainsi traversé par une anticipation contractuelle régulée, qu’il s’agisse du droit européen ou du droit de la conférence de La Haye. Si la prévisibilité et l’harmonisation des solutions internationales ont dorénavant conquis le droit international privé de la famille, c’est en raison « d’une remise en cause généralisée du particularisme du droit de la famille »<sup>979</sup>. Ainsi que la matière commerciale, la matière civile – et partant le droit de la famille – ne peut se soustraire à l’objectif européen de construction d’un espace

---

<sup>977</sup> CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 106, spéc., p. 120.

<sup>978</sup> V. CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, n° 201.

<sup>979</sup> FULLI-LEMAIRE (S.), *th. préc.*, n° 156.

de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes<sup>980</sup>. En tout état de cause, « l'autonomie reconnue aux personnes (et pas uniquement aux citoyens de l'Union) d'organiser, d'anticiper divers aspects de leur vie privée (mariage, divorce, succession) apparaît comme la suite logique de la liberté de circuler sur le territoire de l'Union qui leur est reconnue, parfois – mais pas toujours – en tant que prolongement de la citoyenneté qui leur est conférée par l'ordre juridique européen »<sup>981</sup>. À cet égard, c'est en matière de loi applicable que l'ouverture à la prévision des individus est la plus intense<sup>982</sup>. Dans le même mouvement, l'ouverture à l'anticipation contractuelle et à la planification s'étend au domaine procédural par la promotion de l'aménagement contractuel de la compétence, dans un contexte international. Longtemps exclues de la matière familiale, les dérogations conventionnelles aux règles de compétences internationales font l'objet d'une faveur réelle du droit international privé de la famille. Aussi la possibilité pour les particuliers de « convenir de l'autorité appelée à régler un litige éventuel ou déjà né entre eux »<sup>983</sup> est-elle de plus en plus admise dans la sphère familiale. Celle-ci se réalise soit de manière anticipée par la possibilité de stipuler des clauses d'élection de for (§ I), soit de manière influencée par le recours volontaire à un *forum legis* (§ II).

### § I. L'essor des clauses d'élection de for

**217.** — Reconnue avant tout en matière d'obligations alimentaires (A), la possibilité de stipuler des clauses d'élection de for en droit international privé de la famille s'est depuis étendue aux relations patrimoniales des couples (B) et aux relations entre parents (C).

#### A. Les aliments

**218.** — **La percée timide.** Longtemps impensables en matière familiale, certainement en raison du particularisme traditionnel du droit de la famille, les clauses d'élection de for ont connu une introduction timide dans la sphère des relations familiales, par le truchement des obligations alimentaires. C'est à une révolution mesurée qu'aboutit le règlement du 18 décembre 2008<sup>984</sup> (ci-après « règlement Aliments ») en prévoyant en son article 4 la faculté pour les parties de convenir de la juridiction compétente pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou

<sup>980</sup> TUE, art. 3, § 2.

<sup>981</sup> NOURISSAT (C.), « Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, PANET (A.), FULCHIRON (F.) et WAUTELET (P.), dir., Bruylant, 2017, spéc. n° 29.

<sup>982</sup> V. *supra*, n° 34.

<sup>983</sup> AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, LGDJ, 2022, n° 483.

<sup>984</sup> Règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

à naître entre elles<sup>985</sup>. La solution n'est pas nouvelle, entièrement, puisque de plus anciens instruments européens se révélèrent particulièrement libéraux en la matière. C'est ainsi le cas de la Convention de Bruxelles de 1968<sup>986</sup> ou du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000<sup>987</sup>. À vrai dire, le champ d'application, civil et, surtout, commercial, desdits instruments maintenait à l'écart la question des obligations alimentaires souvent « au cœur des conflits familiaux internationaux »<sup>988</sup>. C'est tout naturellement qu'un tel objet a été exclu du champ d'application du règlement Bruxelles I *bis*<sup>989</sup> au profit du règlement Aliments. Quoi qu'il en soit, en admettant explicitement la stipulation de clauses d'élection de for, l'objectif de ce dernier instrument est « d'accroître la sécurité juridique, la prévisibilité et l'autonomie des parties »<sup>990</sup>. Remarquable par son principe, puisque le règlement admet la possibilité de stipuler par anticipation, la faculté offerte aux parties est néanmoins décevante dans son envergure. Deux raisons à cela ; l'une explicite, l'autre implicite.

Implicite, d'abord, la restriction des choix de for offerts aux parties limite nécessairement les potentialités du jeu de l'autonomie de la volonté. De manière générale, les chefs de compétences se limitent à l'État de la nationalité ou à la résidence habituelle des parties ou de l'une d'elles.

Explicitement, ensuite, la clause exclusive d'élection de for est expressément exclue dans les litiges « portant sur une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de moins de dix-huit ans »<sup>991</sup>. Or, c'est à propos des relations entre parents et enfants mineurs que se posent le plus fréquemment les questions relatives aux aliments. La restriction se justifie par l'objectif de « protection de la partie faible »<sup>992</sup>. Sur ce point, les règles de compétence internationale s'alignent sur les règles de loi applicable en matière d'aliments dictées par le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007. Ce dernier, en son article 8, §3, exclut tout jeu de la volonté dans la détermination de la loi applicable aux obligations alimentaires concernant une personne âgée de moins de 18 ans. On ne saurait, ainsi, concevoir la stipulation d'une clause d'élection de for dans une convention sur l'autorité parentale. On notera, toutefois, une divergence entre les deux instruments, puisque si la partie faible s'entend de la personne mineure dans le règlement Aliments, le Protocole y inclut les adultes vulnérables.

---

<sup>985</sup> Plus généralement sur cette question, v. GALLANT (E.), JAULT-SESEKE (F.), « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, PANET (A.), FULCHIRON (F.) et WAUTELET (P.), dir., *op. cit.*, p. 223 s.

<sup>986</sup> Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 5, § 2, et art. 17.

<sup>987</sup> Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 5, § 2, et art. 23.

<sup>988</sup> GALLANT (E.), JAULT-SESEKE (F.), « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé », préc., spéc., n° 1.

<sup>989</sup> Règlement n° 1215/2012 du 12 déc. 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, spéc., considérant n° 10.

<sup>990</sup> Règlement n° 4/2009, préc., considérant n° 19.

<sup>991</sup> Règlement n° 4/2009, préc., art. n° 4, §3.

<sup>992</sup> Règlement n° 4/2009, préc., considérant n° 19.

Outre les aliments dus à un mineur, la clause exclusive d'élection de for est, en principe, largement permise dans les relations familiales au regard du champ d'application du règlement Aliments<sup>993</sup>. L'on pense, par exemple, aux obligations alimentaires qui pourraient être conclues entre des époux ou des partenaires. Dans le cas des époux, ou plus spécifiquement des ex-époux puisque des obligations alimentaires pouvant être prévues dans le cadre du divorce par contrat, la stipulation d'une clause d'élection de for dans la convention de divorce par acte sous seing privé aurait été judicieuse. Toutefois, si le divorce contractuel relève désormais, au titre de sa circulation, du champ du règlement Bruxelles II *ter* (ci-après « Bruxelles II *ter* »)<sup>994</sup>, il demeure exclu du domaine du règlement Aliments. Comme le prévoit la circulaire du 26 janvier 2017, « le créancier qui sollicite le recouvrement de l'obligation alimentaire prévue par la convention de divorce devra (...), solliciter l'homologation de la convention par le juge étranger ou de toute autre manière l'incorporation de l'accord à une décision de ce juge, si une telle homologation s'avère impossible en raison des règles de compétence internationale ou parce que le droit national ne prévoit pas de mécanisme d'homologation »<sup>995</sup>. Une telle circonstance oblige les époux optant pour la voie contractuelle à un retour minimum à la voie judiciaire. On peut, à l'évidence, le regretter tout en espérant une évolution analogue à celle du règlement Bruxelles II *bis* (ci-après « Bruxelles II *bis* ») sur la question du divorce sans juge. En ce qui concerne les partenaires, le jeu d'une clause d'élection de for ne se heurte à aucune difficulté particulière, pour autant que la convention de PACS ait été passée en la forme authentique.

La percée des clauses d'élection exclusive de for anticipée en matière familiale est confirmée par l'adoption de deux règlements relatifs, respectivement, aux régimes matrimoniaux (ci-après « règlement Régimes »)<sup>996</sup> et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (ci-après « règlement Partenariats »)<sup>997</sup>.

---

<sup>993</sup> Règlement n° 4/2009, préc., art. premier : « Le présent règlement s'applique aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance ».

<sup>994</sup> Règlement n° 2019/1111 du 25 juin 2019, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, art. 65.

<sup>995</sup> Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale, spéc., fiche n° 10.

<sup>996</sup> Règlement n° 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

<sup>997</sup> Règlement n° 2016/1104 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

## B. Les couples

**219. — L’extension de l’autonomie conjugale.** Poursuivant l’ « œuvre continue d’unification du droit international privé en matière personnelle »<sup>998</sup>, les règlements Régimes et Partenariats prévoient la possibilité pour les époux ou partenaires, de désigner, par anticipation, le tribunal compétent pour leurs litiges patrimoniaux nés ou à venir. L’article 7 du règlement Régimes dispose ainsi que « les parties peuvent convenir que les juridictions de l’État membre dont la loi est applicable en vertu de l’article 22 ou de l’article 26, paragraphe 1, point a) ou b), ou les juridictions de l’État membre dans lequel le mariage a été célébré ont une compétence exclusive pour statuer sur les questions concernant leur régime matrimonial ». La disposition est identique dans le cadre du règlement Partenariats, le lieu d’enregistrement du partenariat se substituant au lieu de célébration du mariage. Cette nouvelle ouverture à l’organisation anticipée contractuelle en matière de compétence est, néanmoins, fortement encadrée.

À l’analyse, l’objectif du législateur européen d’accroître la sécurité juridique, la prévisibilité et l’autonomie des parties<sup>999</sup> cède le pas à son objectif de concentration des compétences. En effet, que ce soit en matière de partenariat ou de mariage, la clause d’élection de for ne peut jouer qu’en présence d’un contentieux « autonome »<sup>1000</sup>, puisque les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats sont le plus souvent accessoires d’un contentieux plus général entre les époux ou les partenaires. Par exemple, lorsqu’une juridiction d’un État membre est saisie d’une question relative à la succession de l’un des époux, ou d’un partenaire enregistré, les juridictions de cet État sont compétentes pour statuer sur les questions de régime matrimonial, ou d’effets patrimoniaux du partenariat enregistré, en relation avec ladite affaire de succession<sup>1001</sup>. La solution est identique « en cas de procédure de rupture ou de relâchement du lien matrimonial, sous réserve de l’accord des époux »<sup>1002</sup>, ou de procédure de dissolution du partenariat enregistré, sous la même réserve<sup>1003</sup>. Notons que la réserve de l’accord des époux ou des partenaires constitue également un cas de prorogation de compétence, mais non plus anticipée puisqu’elle repose, en principe, sur un accord à l’occasion d’une procédure de divorce, de séparation ou de dissolution du partenariat<sup>1004</sup>.

<sup>998</sup> JOUBERT (N.), « La dernière pierre (provisoire ?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1, n° 1.

<sup>999</sup> Règlement n° 2016/1103, préc., considérant n° 36 ; Règlement n° 2016/1104, préc., considérant n° 37.

<sup>1000</sup> JOUBERT (N.), « La dernière pierre (provisoire ?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale... », art. préc., n° 30.

<sup>1001</sup> V. les articles 4 des règlements n° 2016/1103 et n° 2016/1104, préc.

<sup>1002</sup> AUDIT (B.), D’AVOUT (L.), *op. cit.*, n° 1131.

<sup>1003</sup> V. les articles 5 des règlements n° 2016/1103 et n° 2016/1104, préc.

<sup>1004</sup> L’article 5, § 3, du Règlement Régimes et l’article 5, § 2, du Règlement Partenariats, admettent à la marge une forme d’anticipation de la prorogation de la compétence du juge du divorce ou de la dissolution du partenariat puisque la désignation du juge peut se faire au moment du litige, mais avant la saisine du juge.

Situation qui n'est pas sans rappeler l'accord procédural qui permet à des parties, dans les hypothèses où elles ont « la libre disposition de leurs droits (...) de dispenser le juge de déclencher le jeu de la règle de conflit normalement applicable »<sup>1005</sup>. À la différence près qu'en matière de compétence, l'accord des époux ou des partenaires n'est pas « élusif » d'une règle de conflit, ou d'une loi applicable<sup>1006</sup>, mais prorogatif de la compétence principale.

Ces mesures de concentration des compétences sont en elles-mêmes louables puisqu'elles visent à remédier à la fragmentation des instruments européens de droit international privé<sup>1007</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'elles concourent à amoindrir l'ampleur de la faculté d'élection de for conférée aux époux et aux partenaires. Cette dernière n'a, de fait, vocation à jouer que pour les cas où les règles propres au contentieux du régime matrimonial ou des effets patrimoniaux du partenariat enregistré, qui n'ont qu'une « vocation subsidiaire »<sup>1008</sup> s'appliquent<sup>1009</sup>. Il faut, cependant, dire qu'une telle atteinte à la faculté d'anticipation des époux ou des partenaires est dépourvue de caractère absolu. Entre les époux, en dehors des cas de concentration des compétences automatique<sup>1010</sup>, l'extension de la compétence du juge du divorce, ou de la séparation, est soumise à l'accord des époux. Entre les partenaires, l'extension de compétence, du juge du divorce ou de la dissolution du partenariat, ne peut être fondée que sur la volonté des parties. C'est dire si l'objectif de concentration des compétences n'est pas exclusif de toute approche autonomiste. En outre, l'exigence d'un accord des époux ou des partenaires n'est pas à négliger en ce qu'elle peut être un moyen de redonner un plein effet à leur propre anticipation contractuelle par l'élection anticipée de for. En effet, « si l'accord des conjoints ou des partenaires fait défaut, la juridiction saisie d'une demande en divorce ou en dissolution du partenariat ne sera pas compétente pour se prononcer, à titre accessoire, sur les questions relatives aux régimes ou aux effets patrimoniaux du partenariat. Les demandes relatives à ces questions pourront alors être portées (...) devant les juridictions compétentes en vertu de l'article 6 des règlements Régimes et Partenariats »<sup>1011</sup>. Autrement dit, la clause d'élection de for, stipulée conformément aux dispositions de l'article 7 des règlements Régimes et Partenariats, a vocation à s'appliquer. C'est donc qu'en dehors des cas de concentration

<sup>1005</sup> BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.), *op. cit.*, (t. 1), n° 370.

<sup>1006</sup> Sur les deux conceptions de l'accord procédural, v. FULLI-LEMAIRE (S.), « Mise en œuvre de l'accord procédural et détermination de la loi applicable au régime matrimonial », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 837, spéc., n° 4 s.

<sup>1007</sup> NIBOYET (M.-L.), « Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories “alimony” et “matrimonial property” en droit anglais », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 551.

<sup>1008</sup> BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.), *Droit international privé. Tome 2 – Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd., 2021, PUF, n° 814-2.

<sup>1009</sup> V. les articles 6 des règlements n° 2016/1103 et n° 2016/1104, préc.

<sup>1010</sup> V. art. 5, § 1, du Règlement Régimes.

<sup>1011</sup> BONOMI (A.), « Compétence accessoire *versus* proximité et prévisibilité du for : quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des Règlements sur les régimes et les partenariats », in *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ-Iprolex, 2018, p. 227 s., spéc. p. 239.

des compétences automatique pour les époux, seule la volonté des conjoints ou des partenaires est à même d'écartier leur volonté antécédente.

Outre les relations conjugales, l'extension de l'aménagement de la compétence, en droit international privé, se confirme dans l'ordre des relations parentales.

### *C. Les relations parentales*

**220. — La confirmation, la refonte de Bruxelles II bis.** Entre parents, plus spécifiquement en matière de responsabilité parentale, le choix anticipé d'une juridiction compétente a longtemps été impossible, sans pour autant que cela ne signifie une exclusion de toute tendance contractuelle dans la détermination de la compétence. Si l'accord anticipé sur la compétence était exclu, la prorogation de compétence était, elle, parfaitement admise. Aussi l'article 12 de Bruxelles II bis<sup>1012</sup> prévoit-il deux modalités de prorogation de compétence : la première en faveur de la compétence du juge du divorce<sup>1013</sup> ; la seconde en faveur des juridictions qui entretiennent un lien étroit avec l'enfant<sup>1014</sup>. À bien y regarder, le régime de prorogation de compétence de Bruxelles II bis sert moins la promotion de l'autonomie de la volonté des parents que la poursuite des objectifs de « concentration du contentieux [de la] désunion conjugale (...) [et de] pacification des relations familiales »<sup>1015</sup>. Si le consentement est exigé, il peut ne pas résulter de volontés expresses. Comme le prévoit l'article 12 de « Bruxelles II bis », la prorogation de compétence peut être acceptée non seulement expressément, mais aussi de « toute autre manière non équivoque » par les parties. En pratique, cela peut revenir à faire produire des effets au comportement procédural des parties, pour peu qu'il soit sans équivoque ou hasardeux<sup>1016</sup>. Il en va ainsi, des cas de saisine conjointe des deux parents ou de saisine par l'un des deux sans contestation du parent défendeur. Ces hypothèses peuvent s'analyser

<sup>1012</sup> Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

<sup>1013</sup> Bruxelles II bis, art. 12, § 1.

<sup>1014</sup> Bruxelles II bis, art. 12, § 3.

<sup>1015</sup> LAMBERTYE-AUTRAND (M.-Ch. DE), « Le prononcé de la décision épuise la prorogation de for », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 174, spéc., n° 10 et 12 ; *adde* CORNELOUP (S.), « Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, FULCHIRON (H.), NOURISSAT (C.), dir., Dalloz, 2005, p. 69 s.

<sup>1016</sup> V. CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 12 novembre 2014, aff. C-656/13, *D.* 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2015, p. 49, obs. E. VIGANOTTI ; *Procédures* 2015, comm. 13, obs. C. NOURISSAT ; *RTD eur.* 2015, p. 383 ; obs. V. ÉGÉA, selon lequel : « L'art. 12, § 3, sous b), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens qu'il ne peut pas être considéré que la compétence de la juridiction saisie par une partie pour connaître d'une procédure en matière de responsabilité parentale a été "acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure", au sens de cette disposition, lorsque la partie défenderesse dans cette première procédure engage, ultérieurement, une seconde procédure devant la même juridiction et soulève, dans le cadre du premier acte qui lui incombe dans la première procédure, l'incompétence de cette juridiction ».

en une acceptation explicite et non équivoque de la prorogation de compétence<sup>1017</sup>. Au surplus, comme l'a justement relevé un auteur, « les accords de prorogation de compétence lorsqu'il s'agit de prendre des mesures concernant l'enfant n'ont pas vocation, à la différence des clauses attributives de juridiction classiques, à protéger chacun de l'initiative unilatérale de l'autre, mais sont seulement destinés à contribuer à la désignation du juge qui est le mieux placé pour satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>1018</sup>. En d'autres termes, selon le schéma de Bruxelles II *bis*, l'efficacité de la prorogation de compétence en matière de responsabilité parentale est nécessairement affectée par la souplesse et la variabilité induites par la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant, à l'image de tout standard juridique. Ce schéma a, néanmoins, fait l'objet d'une réforme à l'occasion de la refonte du règlement Bruxelles II *bis* devenu Bruxelles II *ter*<sup>1019</sup>.

L'une des innovations les plus remarquables de cette réforme est très certainement l'ouverture à l'élection anticipée du for compétent pour le contentieux portant sur la responsabilité parentale. Conformément à l'article 10, § 1, point b) de Bruxelles II *ter*, les parents (ou tout titulaire de la responsabilité parentale) peuvent, dorénavant, convenir de la juridiction compétente pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles. En droit interne, une telle clause trouverait sa place dans les conventions sur l'autorité parentale, soumises à l'homologation des juges. Par cette généralisation de l'anticipation contractuelle, le contentieux relatif à la responsabilité parentale s'en trouve autonomisé puisqu'il est déconnecté du contentieux relatif au divorce.

Il en ressort un critère général et unique du lien étroit de l'enfant avec l'État membre dont les juridictions ont été désignées par la clause d'élection de for. Si l'article 10 de Bruxelles II *ter* précise les chefs de compétence pouvant, *a priori*, satisfaire à ladite condition, rien n'indique que les choix de for compétent des parents s'y limitent. Sans doute peut-on considérer que les critères énumérés sont suffisamment généraux pour couvrir une majorité des situations. Cette promotion de l'autonomie de la volonté, surtout dans sa dimension contractuelle, est contrebalancée par le garde-fou de l'intérêt supérieur de l'enfant qui agit comme une condition d'efficacité de la clause. En

<sup>1017</sup> V. ÉGÉA (V.), « Chronique Espace judiciaire européen en matière civile - Les prorogations de compétences dans le règlement Bruxelles II *bis* : d'utiles précisions », *RTD eur.* 2015, p. 383.

<sup>1018</sup> LAMBERTYE-AUTRAND (M.-Ch. DE), « Le prononcé de la décision épuise la prorogation de for », art. préc., spéc., n° 12.

<sup>1019</sup> Règlement n° 2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants. Sur cette réforme, v. MAILHÉ (Fr.), « Bruxelles II, troisième génération », *JCP G* 2019, 1109 ; GODECHOT-PARIS (S.), « De quelques enseignements concernant le nouveau règlement Bruxelles II *ter*... », *D.* 2019, p. 1824 ; CORNELOUP (S.), KRUGER (T.), « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du ter(rain) », *Rev. cirt. DIP* 2020, p. 215 ; GALLANT (E.), « Le nouveau Règlement "Bruxelles II *ter*" », *AJfam.* 2019, p. 401.

l'occurrence, Bruxelles II *ter* maintient l'exigence déjà présente dans Bruxelles II *bis* à propos de l'accord de prorogation de compétence. Comme alors, « le juge ainsi désigné doit vérifier que la compétence qu'on souhaite ainsi lui confier est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. [Mais] il s'agit donc d'une compétence dont l'opportunité est soumise à l'appréciation du juge. Comment admettre le maintien de la compétence [élue] alors que, clairement, le règlement a subordonné [le choix de la juridiction] à des conditions – lien étroit avec l'enfant et intérêt supérieur de l'enfant – qui sont, par nature, évolutives ? »<sup>1020</sup>. Par où l'on peut conclure que, à l'inverse de ce qui a été observé à propos de l'élection de for entre époux, partenaires ou en matière d'obligations alimentaires, la compétence fondée sur une clause d'élection de for, dans le domaine parental, n'a aucune portée exclusive. Elle ne vaut que pour autant que persiste, même après la saisine, le lien entre le for régulièrement compétent et l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme l'ont écrit Messieurs Audit et d'Avout, « l'efficacité de la clause convenue par avance sera vulnérable à la démonstration de l'intérêt contraire de l'enfant au moment où le juge élu sera saisi »<sup>1021</sup>. Le juge élu sera, ainsi, susceptible de transférer sa compétence à une juridiction d'un autre État membre en raison du rôle « régulateur *ex post* de sa propre compétence »<sup>1022</sup> dont il est investi par l'article 12 de Bruxelles II *ter*.

**221. — Conclusion de paragraphe.** La promotion d'un aménagement de la compétence en droit international de la famille se confirme par la généralisation des clauses attributives de juridiction dans la matière familiale, de sa percée timide en matière d'aliments à sa consécration dans les relations conjugales et parentales. Elle s'observe encore dans la possibilité offerte aux parties de faire converger le for et le droit applicable.

## § II. Le *forum legis* volontaire

**222. — Une tendance du droit international privé.** La convergence du *forum* et du *ius* serait-elle un trait caractéristique du droit international privé de la famille ? Il y a encore peu, la doctrine affirmait que « le droit contemporain ne connaît pas, en principe du moins, de *forum legis* ; la coïncidence des solutions du conflit de lois et de juridictions n'étant d'ordinaire qu'accidentelle »<sup>1023</sup>. Pourtant, l'on a vu se multiplier, particulièrement en matière familiale, les hypothèses dans lesquelles la compétence est liée à la loi applicable, au point qu'a été évoquée

<sup>1020</sup> LAMBERTYE-AUTRAND (M.-Ch. DE), « Le prononcé de la décision épuise la prorogation de for », art. préc., spéc., n° 10.

<sup>1021</sup> AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *op. cit.*, n° 761.

<sup>1022</sup> BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.), *op. cit.*, (t. 2), n° 783.

<sup>1023</sup> D'AVOUT (L.), « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », *JCP G* 2008, II, 10187.

l'idée d'une « tendance »<sup>1024</sup> dans le droit international privé contemporain de la famille. En tout état de cause, une telle convergence est, vraisemblablement, recherchée par le législateur européen familial sous couvert d'une ouverture à un rôle de la volonté dans le domaine de la compétence internationale. Si l'exemple du règlement sur les successions du 4 juillet 2012<sup>1025</sup> (ci-après « règlement Successions ») est le plus frappant (A), l'objectif de faire dépendre le for de la loi applicable est tout aussi encouragé dans les relations patrimoniales des époux et des partenaires (B).

### A. *La matière successorale*

**223. — La valorisation de l'autorité du *de cuius*.** En matière successorale, l'élection de for relève moins d'un règlement anticipé de la succession que d'une modalité de règlement d'une succession ouverte. En effet, l'article 5, § 1, du règlement « Successions » prévoit que « lorsque la loi choisie par le défunt pour régir sa succession en vertu de l'article 22 est la loi d'un État membre, les parties concernées peuvent convenir que la ou les juridictions de cet État membre ont compétence exclusive pour statuer sur toute succession ». Comme l'énonce le considérant n° 27 du même règlement, le mécanisme du *forum legis* est déguisé sous les oripeaux de l'élection de for : « Les dispositions du présent règlement sont conçues pour assurer que l'autorité chargée de la succession en vienne, dans la plupart des cas, à appliquer son droit national. Le présent règlement prévoit dès lors une série de mécanismes qui entreraient en action dans les cas où le défunt avait choisi pour régir sa succession le droit d'un État membre dont il était un ressortissant ». Ce à quoi le considérant n° 28 ajoute que « parmi ces mécanismes devrait figurer celui permettant aux parties concernées de conclure un accord d'élection de for en faveur des juridictions de l'État membre de la loi choisie ». Quoi qu'il en soit, force est de constater qu'une telle disposition concourt à l'extension du rôle de la volonté dans l'aménagement de la compétence en droit international privé de la famille. Certes, ne faut-il pas être dupe ; les raisons pratiques d'administration d'une bonne administration de la justice prennent, ici, le pas sur la faveur d'une régulation privée des litiges. « Éviter l'application d'un droit étranger présente des avantages pratiques non négligeables. Du point de vue de la juridiction, l'application du for simplifie le règlement du litige (...). Par ailleurs, elle contribue à améliorer la qualité des jugements, en permettant au juge de statuer sur le fondement d'un droit qui lui est familier »<sup>1026</sup>.

<sup>1024</sup> CORNELOUP (S.), « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain de la famille », in *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, op. cit., p. 461 s.

<sup>1025</sup> Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>1026</sup> CORNELOUP (S.), « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain de la famille », préc., spéc., p. 468.

Bien entendu, les parties elles-mêmes peuvent faire preuve d'un tel pragmatisme en stipulant des clauses d'élection de for et de loi, concordantes. Une telle anticipation est, par surcroît, possible à l'aune des règlements Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés, nous y reviendrons. Le cas échéant, la « concordance entre *forum* et *ius* s'explique par le souci des parties d'assurer une pleine efficacité à leur choix de loi »<sup>1027</sup>. Seulement sur le terrain successoral, la singularité tient à la dissociation des volontés qui produisent la concordance du for et du droit. En effet, s'il « n'appartient pas au *de cuius* de choisir lui-même le tribunal compétent pour régir sa succession »<sup>1028</sup>, l'autorité de sa volonté n'en demeure pas moins évidente, dès lors que l'accord d'élection de for est conditionné à l'exercice d'une *professio juris*<sup>1029</sup>. L'on sait, effectivement, que la liberté reconnue au *de cuius* de choisir la loi applicable à l'ensemble de sa succession<sup>1030</sup>, ou plus spécialement aux pactes successoraux<sup>1031</sup>, « est susceptible de heurter les règles prohibitives du droit successoral français. La *professio juris* est en effet un merveilleux outil d'anticipation successorale à partir duquel il est possible de signer à l'avance une loi successorale étrangère plus favorable que la loi française »<sup>1032</sup>. Ce n'est qu'à titre d'exception que s'applique le critère de rattachement de l'article 21 du même règlement<sup>1033</sup>.

Ainsi, la volonté des héritiers de lier la compétence judiciaire et législative est influencée par le choix législatif du *de cuius*. Une telle observation pousse à s'interroger sur l'efficacité de l'*electio fori* en matière successorale. Doit-on considérer, qu'en posant comme condition d'existence de l'élection de for, l'usage de la *professio juris* par le *de cuius*, le règlement fait d'un tel choix une condition d'efficacité de l'élection de for réalisée par les parties concernées par la succession ? À la lecture des textes, il semble difficile de ne pas y adhérer. Aussi serait-il logique de considérer que l'invalidité – tant sur la forme qu'au fond – de la *professio juris* influe nécessairement sur l'efficacité de l'accord de l'élection de for. L'article 5 du règlement Successions renvoyant intégralement à son article 22 qui pose les conditions de validité de la *professio juris*. En d'autres termes, la vérification de la validité de l'accord d'élection de for devra être précédée d'une vérification de la validité de la

<sup>1027</sup> CORNELOUP (S.), « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain de la famille », préc., *ibid.*

<sup>1028</sup> BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.), *op. cit.*, (t. 2), n° 841.

<sup>1029</sup> L'article 5 du règlement Successions renvoie à l'article 22 qui admet le choix de la loi applicable à l'ensemble de la succession. Sur la *professio juris* en matière successorale, v. GORÉ (M.), « La *professio juris* », *Deffrénois* 2012, n° 15-16, p. 762 ; LISANTI (C.), « La *professio juris* dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gaz. Pal.* 15 juin 2013 ; GASTÉ (J.), RICARD (X.), « Le nouveau règlement successoral : pourquoi une *professio juris* ? », *Deffrénois* 2014, hors-série, p. 38.

<sup>1030</sup> Sur le fondement de l'article 22 du règlement Successions.

<sup>1031</sup> Sur le fondement de l'article 25, § 3, du règlement Successions.

<sup>1032</sup> TANI (A.), th. préc., n° 119, spéc. p. 105.

<sup>1033</sup> La disposition ne s'applique, d'ailleurs, que « sauf disposition contraire du présent règlement », v. art. 21, règlement Successions.

*professio juris*. C'est, à l'évidence, une circonstance à ne pas négliger au regard des hésitations que peut engendrer le règlement sur les conditions de validité de la *professio juris*. L'on pense, par exemple, à la possibilité d'un choix de loi tacite conférée par l'article 22, § 2 et qui « résulte des termes » d'une disposition à cause de mort<sup>1034</sup>.

### **B. La matière conjugale**

**224. — La pleine efficacité du choix de la loi.** Les relations patrimoniales des couples sont désormais ouvertes à la détermination anticipée du for compétent. À cet égard, l'analyse des critères de rattachement offerts aux époux et aux partenaires permet de démontrer la faveur du législateur européen pour un arrimage anticipé des compétences judiciaire et législative. Sous couvert d'autoriser un aménagement volontaire de la compétence, le législateur tente de favoriser la concordance du *forum* et du *ius*. Ainsi l'article 7 du règlement Régimes permet aux époux de rendre compétentes les juridictions de l'État membre au profit duquel ils ont exercé une *electio juris*. La solution est identique en ce qui concerne les partenariats enregistrés. Cette possibilité permet aux parties de conférer une pleine efficacité à leur clause d'*electio juris*. Mais la concordance entre le for et le droit est également recherchée en dehors de tout choix de la loi applicable. Les époux comme les partenaires pouvant rendre compétente la juridiction dont la loi est applicable à défaut de choix des parties<sup>1035</sup>.

**225. — Conclusion de section.** Il ressort de nos analyses que le principe de l'aménagement anticipé de la compétence est désormais acquis en matière familiale. La liberté de stipuler des clauses d'élection exclusive de for est désormais reconnue dans les domaines du droit international privé de la famille où a, précédemment, été admis le choix de la loi applicable par les parties. Le fait que ce choix de la juridiction compétente puisse se faire de manière anticipée est, en théorie, remarquable. Toutefois, cette promotion évidente de l'aménagement anticipée de la compétence est limitée dans son ampleur. La comparaison avec la matière civile et commerciale, plus spécifiquement s'agissant des obligations contractuelles, est à cet égard éloquente. Ainsi, dans le règlement Bruxelles I *bis*<sup>1036</sup>, en dehors de certaines compétences exclusives limitativement énumérées, la validité des accords d'élection de for est pleinement et largement admise<sup>1037</sup>, la seule

<sup>1034</sup> Sur les difficultés que peut soulever cette forme de choix, v. GORÉ (M.), « La *professio juris* », art. préc., spéc. n° 9.

<sup>1035</sup> Règlement n° 2016/1103, préc., art. 7 ; Règlement n° 2016/1104, préc., art. 7.

<sup>1036</sup> Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>1037</sup> V. Article 17 de la Convention de Bruxelles ; article 23 du Règlement Bruxelles I et article 25 du Règlement Bruxelles I *bis*.

« question est alors d'en préciser les limites »<sup>1038</sup>. C'est là une illustration de la « différence de degré »<sup>1039</sup> entre l'autonomie de la volonté en matière contractuelle et l'autonomie de la volonté en matière familiale en droit international privé. Sans doute que cela se justifie par l'exigence, en matière familiale, d'une condition de proximité entre la situation des intéressés et l'ordre juridique compétent au nom du souci de « bonne administration de la justice »<sup>1040</sup>. Un tel objectif est, *a priori*, sauvegardé lorsqu'est fait un renvoi systématique à la résidence habituelle des parties ou à leur nationalité au titre des chefs de compétence offerts. Cette condition de proximité omniprésente dans la détermination de la loi applicable en droit international privé de la famille ne peut que contaminer la détermination de la compétence dans le même domaine. Selon l'avis de Monsieur FULLI-LEMAIRE, « les droits ne sont pas des produits, dans le domaine de la famille encore moins qu'ailleurs, et éviter aux individus de pâtir des différences entre les conceptions conflictuelles ou substantielles des ordres juridiques avec lesquels ils sont en contact est une chose ; leur laisser un choix, serait-il indirect, entre toutes les lois du monde en est une autre »<sup>1041</sup>. Inévitablement, la condition de proximité, pour ce qui est de l'aménagement anticipé de la compétence en droit international privé de la famille, contraint la poussée libérale que représente la généralisation des clauses d'élection de for. Les limitations des chefs de compétence disponibles dans les divers instruments de droit international privé de la famille (généralement, la résidence habituelle ou la nationalité des parties) en témoignent. En définitive, il semble qu'il persiste en droit international privé de la famille un souci d'un contrôle social dont on avait pu pointer l'absence dans le droit international privé en général<sup>1042</sup>. En comparaison, c'est le recul d'un tel contrôle social en droit interne qui explique les revendications relatives à la validation de la clause compromissoire en droit de la famille.

## **Section 2. La perspective d'un recours étendu à l'arbitrage**

**226. — Une rénovation bienvenue.** C'est peu dire que la loi dite Justice 21<sup>1043</sup> a relancé de belle manière la question de l'arbitrage en droit de la famille<sup>1044</sup>. Celle-ci semble avoir réussi – sinon trop

<sup>1038</sup> BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.), *op. cit.*, (t. 2), n° 863.

<sup>1039</sup> NOURISSAT (C.), « Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », *préc.*, spéc., n° 33.

<sup>1040</sup> Principe visé par plusieurs instruments européens en matière familiale, v. par ex. le considérant n° 15 du règlement sur les aliments de 2008 ; le considérant n° 32 des règlements sur les effets patrimoniaux du mariage et des partenariats enregistrés.

<sup>1041</sup> FULLI-LEMAIRE (S.), *th. préc.*, n° 321, p. 227.

<sup>1042</sup> V. LOUIS-LUCAS (P.), « La liberté contractuelle en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Bruylant-Sirey, 1963, p. 743 s., spéc., p. 752, selon qui, « le droit international privé entend avant tout interpréter et satisfaire des buts privés, sans grand souci d'un contrôle social prédéterminé et impératif ».

<sup>1043</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>1044</sup> Avant cette réforme, les discussions relatives à l'arbitrage en droit de la famille se limitaient au constat d'une incompatibilité. Au demeurant, la question était rarement approfondie par la doctrine, v. CATALA (P.), « Arbitrage et

tard ?<sup>1045</sup> – à amorcer l’inversion des mentalités nécessaire au renouveau de l’arbitrage interne dans un univers auquel il était historiquement lié<sup>1046</sup>. L’actualité, tant doctrinale<sup>1047</sup> que pratique<sup>1048</sup>, du droit de la famille, ne se départ plus de la question arbitrale. À la vérité, l’engouement des acteurs du droit de la famille pour l’arbitrage témoigne plus de l’évolution des consciences et des hypothèses que de la réalité d’un changement de paradigme juridique. En effet, le « toilettage »<sup>1049</sup> des dispositions du droit de l’arbitrage opéré par la loi du 18 novembre 2016 ne bouleverse aucunement le sort de l’arbitrage en droit de la famille. Comme l’a exposé Monsieur Racine, en droit de la famille, « l’arbitrabilité des litiges d’ordre patrimonial est affirmée, tandis qu’elle est, pour les litiges d’ordre extrapatrimonial, questionnée »<sup>1050</sup>. Toutefois, l’imbrication inextricable des questions extrapatrimoniales et patrimoniales en droit de la famille rend d’autant moins précise la frontière entre le domaine de l’arbitrable et du non arbitrable. Ainsi, pour certains « les questions de frontières entre arbitrabilité et non-arbitrabilité en droit de la famille pèsent négativement sur le recours à l’arbitrage »<sup>1051</sup>. En fin de compte, « l’idée selon laquelle les réformes contemporaines facilitent un essor de l’arbitrage en droit de la famille ne se vérifie pas nécessairement pour l’instant »<sup>1052</sup>.

---

patrimoine familial », *Rev. arb.* 1994, p. 279 ; MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », art. préc. ; LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1184.

<sup>1045</sup> V. ÉGÉA (V.), « L’articulation entre l’arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », *Dr. & patr.* 2017, n° 275, qui s’interroge sur l’opportunité du recours à l’arbitrage dans un paysage familial contemporain susceptible de le vieillir.

<sup>1046</sup> V. MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », art. préc., qui démontre, par une analyse historique du droit, le rôle de l’arbitrage dans les affaires familiales. *Adde* EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *Droit de l’arbitrage. Théorie et pratique*, LexisNexis, 2021, n° 398 ; LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1189.

<sup>1047</sup> V. not. BARBE (G.), et BOICHÉ (A.), « L’arbitrage familial et les mesures conservatoires et de sauvegarde », *Dr. fam.* 2022, étude 4 ; BARBE (G.), « Comment intégrer un arbitrage dans une instance judiciaire en droit de la famille », *Dr. fam.* 2021, étude 15 ; BARBE (G.), et FONTMICHEL (M.), « Les clauses compromissaires en droit de la famille », *Dr. fam.* 2020, étude 12 ; NOURISSAT (C.), « L’arbitre et le droit de la famille », *Procédures* 2020, dossier 3 ; GONGORA (A.) dir., « Droit de l’arbitrage et nouveaux marchés du droit de la famille », *JCP G* 2020, suppl. au n° 7-8, p. 33 ; DEVERS (A.), « L’arbitrage en droit de la famille », *Dr. fam.* 2019, dossier 7 ; ESCUDEY (G.), « Faut-il permettre l’insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? », *Dr. fam.* 2019, étude 17 ; BARBE (G.), et FONTMICHEL (M.), « La pratique de l’arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions », *JCP G* 2018, 1062 ; FULCHIRON (H.) et DEVERS (A.), « Dossier : Arbitrage et famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275 ; DEPONDT (A.), « Création d’une chambre d’arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP G* 2015, 429. Dans une perspective moderne plus éloignée, mais non moins intéressante du point de vue du développement possible de l’arbitrage en droit de la famille v. LABATUT (T.), « L’arbitrage pour tous : est-ce possible ? », *LPA* 31 déc. 2021, p. 8.

<sup>1048</sup> On renvoie principalement aux créations successives de deux organismes spécialisés dans l’arbitrage des litiges familiaux : le Centre d’arbitrage des affaires familial (CAAF) et le Centre d’arbitrage des litiges familiaux (CALIF). V. à ce titre l’infographie pratique sur la mise en œuvre de l’arbitrage en droit de la famille : BARBE (G.), DUGAUD (N.), FONTMICHEL (M.), « Comment mettre en œuvre un arbitrage familial », *Gaz. Pal.* 23 mars 2021, p. 13.

<sup>1049</sup> CLAY (TH.), « L’arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXI<sup>e</sup> siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G* 2016, doct. 1295, *passim*.

<sup>1050</sup> RACINE (J.-B.), « L’arbitrabilité des litiges de droit de la famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275.

<sup>1051</sup> MURAT (P.) « Arbitrage et évolution du droit français de la famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275.

<sup>1052</sup> ÉGÉA (V.), « L’articulation entre l’arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc.

En effet, la nouvelle rédaction de l'article 2061 lève, *a priori*, l'obstacle à l'insertion d'une clause compromissoire dans les contrats civils. Cette évolution intéresse directement le droit de la famille au regard de son basculement continu dans une ère de disponibilité régulée des droits. Certes, l'article 2060 maintient l'exclusion des questions relatives à l'état ou la capacité des personnes, au divorce, à la séparation de corps et plus généralement à l'ordre public. L'importance de cette disposition doit néanmoins être relativisée ; l'ordre public n'est pas interprété comme un obstacle à la convention d'arbitrage, mais une condition de validité de la sentence arbitrale. Ainsi, « l'arbitre a le pouvoir [et le devoir] d'appliquer et de sanctionner les règles d'ordre public »<sup>1053</sup>. Quant à l'exclusion expresse des matières touchant directement (le divorce et la séparation de corps) et indirectement (l'état des personnes) le droit de la famille, elle doit se comprendre à l'aune du critère de disponibilité posé à l'article 2059 du Code civil. Cela explique, par exemple, que sont arbitrables l'ensemble des conséquences pécuniaires de la séparation des époux, pourtant relatives au divorce. Il en va de même s'agissant des litiges successoraux<sup>1054</sup>. Dans ces domaines, une fois le litige né, les parties sont libres de se soumettre à un arbitrage. De fait, seule la voie du compromis leur était alors ouverte. La clause compromissoire demeurait exclue, non pas tant au regard de l'ordre public que par l'effet de l'ancien article 2061<sup>1055</sup>. La réécriture de ce dernier n'occasionne-t-elle pas un renouvellement des conditions de validité de la clause compromissoire en droit de la famille ? Par ailleurs, dès lors que l'on tient pour interdépendants les oppositions disponibilité/arbitrabilité et indisponibilité/non-arbitrabilité, le basculement de pans entiers du droit de la famille dans le champ de la disponibilité n'ouvre-t-il, en conséquence, de nouvelles aires au jeu d'une clause compromissoire en droit de la famille ? Au surplus, l'abandon du critère tiré de la nature du contrat ne rend-il pas plus injustifiable le maintien de la différence de régime entre le compromis et la clause compromissoire, en droit civil interne de la famille<sup>1056</sup> ? La résolution de ces questions dépend de la restauration du principe de validité de la clause compromissoire en droit de la famille.

À cet égard, le nouveau contexte, tenant à l'évolution tant du droit de la famille que du droit de l'arbitrage, est favorable à l'affirmation de la validité de la clause compromissoire en droit de la famille (§ I). Une fois les conditions de la restauration du principe étudiées, son domaine sera précisé (§ II).

<sup>1053</sup> RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, n° 226.

<sup>1054</sup> EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 399 ; *adde* LEROYER (A.-M.), n° 1187 s.

<sup>1055</sup> C. civ., art. 2061, anc. : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

<sup>1056</sup> V. MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », art. préc., qui s'interrogeait déjà sur cette différence de régime en droit civil de manière générale. Si auparavant la différence de régime pouvait se justifier par la loi, la réécriture de l'article 2061 ne semble plus le permettre.

## § I. Les justifications de la validité de la clause compromissoire en matière familiale

**227. — Le postulat.** La restauration du principe de validité des clauses compromissoires en droit de la famille se justifie à deux égards. Tout d'abord, la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil étend le domaine de la clause compromissoire à tous les contrats, qu'ils soient civils ou commerciaux. Ce constat est devenu désormais classique, même s'il importe de le resituer dans l'ensemble des textes du droit civil de l'arbitrage. Par suite, en principe une clause compromissoire peut être stipulée dans tous les contrats de famille à l'exception de ceux en rapport avec l'état ou la capacité des personnes et le divorce ou la séparation de corps<sup>1057</sup>. En prolongeant cette dernière remarque, on en vient alors à la seconde justification. Au regard de l'incontestable essor de la disponibilité des droits relatifs au divorce et de certains droits relatifs à l'état des personnes, l'article 2060 apparaît comme un facteur de perturbation de la cohérence d'ensemble du dispositif civil de l'arbitrage. Dit plus clairement, la non-affirmation de la validité des clauses compromissoires en droit de la famille conduirait à une différence de régimes, en droit de la famille, entre le compromis d'arbitrage et la clause compromissoire<sup>1058</sup>. À l'heure où les réflexions portent davantage sur le syncrétisme des deux formes de la convention d'arbitrage que sur leur différenciation<sup>1059</sup>, une différence de régime fondamentale ne pourra paraître qu'incongrue. Seul le critère de la disponibilité des droits doit déterminer les domaines permis ou retenus de la clause compromissoire<sup>1060</sup>. Ainsi, la levée de l'obstacle traditionnel à la validité des clauses compromissoires dans les contrats entre particuliers (A) et l'unification du régime de la convention d'arbitrage en droit de la famille (B) sont les deux arguments au soutien de la restauration de la validité des clauses compromissoires en droit de la famille.

### A. La consécration de la clause compromissoire entre particuliers

**228. — L'arbitrage pour tous.** Il a suffisamment été dit et bien dit à propos du changement de paradigme en droit de l'arbitrage pour qu'un énième retour sur la prohibition de la clause compromissoire dans les contrats entre particuliers ne confine pas à de la superfétation<sup>1061</sup>. En

<sup>1057</sup> C. civ., art. 2060.

<sup>1058</sup> Avant la loi dite *Justice 21*, Une telle différence avait déjà été dénoncée par des auteurs. Elle prend toutefois plus de poids depuis la réforme des textes de l'arbitrage, v. MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », art. préc. ; HELLERINGER (G.), th. préc., n° 673.

<sup>1059</sup> V. EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 190 s. V. également l'article 1442 du Code de procédure civile qui consacre l'égalité des deux formes de la convention d'arbitrage.

<sup>1060</sup> C'est l'objet du paragraphe § II à propos du domaine de clause compromissoire en droit de la famille, v. *infra*, n° 231.

<sup>1061</sup> V. not., CLAY (Th.), « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXI<sup>e</sup> siècle ... », art. préc. ; « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », *Cah. arb.* 2017, p. 17 ; MALLET-BRICOUT (B.), « Les modes alternatifs de règlements des différends dans la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle » : un nouveau souffle », *RTD civ.* 2017, p. 221 ; JARROSON (Ch.), et RACINE (J.-B.), « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Rev. arb.* 2016, p. 1007 ; AMRANI-MEKKI (S.) dir., « Les nouveaux marchés

synthèse, l'on notera que, désormais, la question principale de la validité de la clause compromissoire, outre l'arbitrabilité des droits, est la suivante : « est-ce que la clause compromissoire a été véritablement voulue ? En d'autres termes, la clause compromissoire, longtemps suspecte, bénéficie désormais, comme tous les autres contrats du reste, d'un principe de validité si prégnant qu'il n'est plus utile de l'énoncer »<sup>1062</sup>. La formule de Monsieur Clay est à ce titre limpide : « L'arbitrage n'est plus, en quelque sorte, le *for des forts*, il est un *for* pour tous »<sup>1063</sup>. Compte tenu de la libéralisation du droit de la famille, voilà la clause compromissoire prête à investir le paysage familial. Signalons, néanmoins, la réserve formulée à l'alinéa 2 de l'article 2061 à propos de l'opposabilité de la clause précisément contenue dans un contrat entre particuliers à l'image des contrats de famille. Toutefois, à moins de vouloir rendre inutile l'extension du domaine de la clause, il importe de restreindre cette sanction de l'inopposabilité au contexte du déséquilibre entre les contractants<sup>1064</sup>. Aussi, « dès lors que les parties sont sur un pied d'égalité, la raison d'être de cette règle déséquilibrée s'effondre et la clause d'arbitrage doit pouvoir être opposable à tous les signataires qui y ont consenti ».<sup>1065</sup>

Dans le contexte familial, le critère de l'acceptation, du consentement, devrait suffire à valider et rendre effective la clause compromissoire. L'égalité étant une règle cardinale du droit contemporain de la famille<sup>1066</sup>, la caractérisation d'une situation de déséquilibre, similaire à celle du monde des affaires, semble nettement moins évidente. Le contexte familial n'étant pas exclusif des pressions morales, il n'est toutefois pas à exclure que la clause puisse être imposée à l'une des parties par l'autre. Le cas échéant, la violation des conditions de validité du contrat de droit commun, en particulier celles liées au consentement, sera un refuge suffisant<sup>1067</sup>. Encore faut-il savoir dans quelles conventions familiales une telle clause pourrait être légalement stipulée. En principe, tous les contrats familiaux sont susceptibles d'accueillir une clause compromissoire, la conclusion d'un contrat étant le plus souvent synonyme de disponibilité des droits. Cependant, le verrou de l'article 2060 du Code civil, en plus de celui de l'article 2059, constitue un frein majeur

---

de l'arbitrage : vers une privatisation de la justice ? », *JCP G* 2020, suppl. au n° 7-8 ; RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 174 s. ; EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *op. cit.*, nos 31 s., et 185 s.

<sup>1062</sup> CLAY (TH.), « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXI<sup>e</sup> siècle ... », art. préc., n° 15.

<sup>1063</sup> CLAY (TH.), « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXI<sup>e</sup> siècle ... », art. préc., n° 26.

<sup>1064</sup> L'hypothèse d'un renvoi implicite à l'article 1171 du Code civil n'est pas à exclure. La clause compromissoire dans un contrat d'adhésion étant susceptible de créer un déséquilibre significatif entre les contractants.

<sup>1065</sup> CLAY (TH.), « Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage », art. préc.

<sup>1066</sup> Que ce soit entre les époux, les partenaires, les concubins, les parents ou encore les héritiers.

<sup>1067</sup> Sur la soumission de la convention d'arbitrage aux règles du droit commun des contrats v. RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 149 s. ; EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 420 s.

à une telle généralisation. Son maintien n'obéit pourtant à aucune raison logique. Pis, il crée, au sein du régime de l'arbitrage familial, une incohérence de régime.

### ***B. L'incohérence de l'exception maintenue de la matière familiale***

**229. — Entre le compromis et la clause compromissoire, l'incohérence du droit positif.** Jusqu'à présent, le domaine de l'arbitrage en droit de la famille se résume à celui du compromis d'arbitrage. Si la réserve de l'ordre public a, assez tôt, été maîtrisée par la Cour de cassation, celle de l'exception des matières familiales a pu circonscrire de manière limitée le compromis d'arbitrage familial. Cette limitation théorique n'a été franchie que par une souplesse interprétative de la jurisprudence, influencée par la doctrine. Ainsi, le compromis en droit de la famille est admis pour les questions patrimoniales considérées comme renfermant des droits disponibles. Malgré la double exclusion de l'article 2060, la jurisprudence a admis que les parties peuvent compromettre sur les questions patrimoniales relatives au divorce<sup>1068</sup> ou sur les questions relatives à la liquidation d'une succession<sup>1069</sup>. De fait, le domaine de l'arbitrage, sous la forme du compromis, s'étend à mesure que l'autonomie de la volonté progresse en droit de la famille.

À titre d'exemple, le nouveau Centre d'arbitrage des litiges familiaux (CALIF), composé d'universitaires et de professionnels, se dote d'un champ de compétence relativement large qui mêle des considérations tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales<sup>1070</sup>. Il va sans dire que le verrou de l'article 2060 du Code civil, en ce qui concerne le droit familial, a quasiment été vidé d'une majeure partie de sa vigueur. Il n'en demeure pas moins que cette disposition pèse négativement sur le développement de l'arbitrage en droit de la famille. De la même manière qu'elle a constitué un obstacle au compromis, elle constituera un obstacle à l'insertion des clauses compromissoires dans les contrats du droit de la famille malgré la validité certaine de ces clauses dans les contrats de nature civile<sup>1071</sup>. À tout le moins, la non-suppression ou non-réécriture de l'article 2060, pourrait être interprétée par la pratique comme une volonté de cantonner le développement de l'arbitrage en

<sup>1068</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janv. 1963, *JCP G* 1964, II, 13472, obs. P. L.

<sup>1069</sup> Req. 5 févr. 1900, *D.* 1900, I, p. 176 ; Paris, 11 févr. 1971, *Rev. arb.* 1973, p. 29, note E. LOQUIN ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juin 1973, n<sup>o</sup> 72-10.870, *Rev. arb.* 1974, p. 11, note E. LOQUIN.

<sup>1070</sup> L'on peut ainsi trouver sur le site internet du CALIF ([califarbitrage.com/le-calif/](http://califarbitrage.com/le-calif/)) une présentation qui se veut non exhaustive du périmètre de l'arbitrage en droit de la famille. Sont ainsi mentionnées des problématiques purement patrimoniales (la détermination et la liquidation du régime matrimonial, la liquidation et le partage d'une SCI familiale – le rapport des donations – la résolution d'une succession etc...), mais également des questions mixtes, voire purement extrapatrimoniales (la détermination de la résidence habituelle des époux, des partenaires ou des concubins – l'interprétation d'une clause figurant dans un contrat de mariage ou de concubinage, une convention parentale ou d'indivision – la question du recel matrimonial ou successoral – le principe et les modalités d'utilisation d'un nom d'usage).

<sup>1071</sup> V. en ce sens, ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc., qui met en relation la persistance du double verrou des articles 2059 et 2060 et l'incertitude sur la teneur réelle de l'article 2061.

matière familiale. C'est une chose de permettre la conclusion d'un compromis une fois le litige né et porté devant un juge étatique, c'en est une autre d'opérer par anticipation en renonçant par avance à la saisine de la juridiction étatique. La validité d'une telle stipulation ne pourra être que l'objet d'hésitations paralysantes. À cela s'ajoute la désaffection habituelle de la pratique pour le compromis d'arbitrage ; celle-ci ne peut que s'intensifier dans le contexte familial au regard de la lourdeur des conflits qui y naissent.

En poussant plus loin l'analyse, à supposer que la prohibition des clauses compromissoires en droit de la famille se maintienne, comment se justifierait-elle ? Dans le sillage de Monsieur Égéa, on pourrait invoquer l'existence d'une exception procédurale du juge étatique concernant certaines procédures familiales<sup>1072</sup>. On pense particulièrement à l'intervention du juge dans la famille en tant que garant des intérêts familiaux et acteur de la protection de la personne. On peut, néanmoins, rétorquer que ces circonstances n'entretiennent que peu de liens avec une éventuelle exception familiale s'agissant de la clause compromissoire. Elles renvoient davantage à la détermination suffisamment précise du domaine de la clause compromissoire en droit de la famille. De même, dans une perspective plus large de la convention d'arbitrage, le mouvement de déjudiciarisation a pu être vu comme un « frein décisif à la *jurisdictio* de l'arbitre »<sup>1073</sup>, autrement dit à l'institutionnalisation d'un juge privé par le biais d'une clause compromissoire. Lorsque le législateur permet aux époux de divorcer sans le juge, cette déjudiciarisation viserait à écarter purement et simplement tout juge, étatique ou privé<sup>1074</sup>. En d'autres termes, la disponibilité des droits découlant de la libéralisation du divorce ne pourrait s'entendre de la disponibilité visée par l'article 2059 du Code civil ; en privant le juge étatique de son pouvoir de prononcer le divorce, le législateur n'entend pas permettre à un juge privé de le prononcer. Sur ce dernier constat, l'argument est infaillible. La déjudiciarisation du divorce ne fait pas basculer cette question relative à l'état des personnes du domaine de l'indisponibilité à celui de la disponibilité du point de vue juridictionnel. On observe, ainsi, les difficultés conceptuelles qu'induit le nouveau « contrat de divorce ». Le divorce (ou le principe du divorce) est suffisamment disponible pour permettre aux époux de l'affirmer – de le prononcer ? – contractuellement<sup>1075</sup>, mais insuffisamment disponible pour leur permettre d'en déléguer l'autorité à un juge privé. Pourtant, doit-on considérer que parce qu'il est inapte à prononcer le divorce, l'arbitre est également inapte à intervenir, dans le cadre d'un divorce sans juge, sur le fondement d'une clause compromissoire ? Loin de là ! Si la sentence arbitrale qui

<sup>1072</sup> ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc.

<sup>1073</sup> NOURISSAT (C.), « L'arbitre et le droit de la famille », art. préc., n° 23.

<sup>1074</sup> NOURISSAT (C.), « L'arbitre et le droit de la famille », art. préc., n° 29.

<sup>1075</sup> L'article 229-3, 3°, du Code civil précise bien que la convention comporte expressément « la mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage ».

prononce expressément le divorce est à l'évidence contraire à l'ordre public, encore faut-il que la convention d'arbitrage octroie un tel pouvoir à l'arbitre. La clause compromissoire se limitant à certains aspects du divorce pourrait parfaitement s'accommoder d'une procédure de rupture conventionnelle du mariage. Selon une telle hypothèse, ce sont les avantages de la procédure d'arbitrage qui seront recherchés par les époux<sup>1076</sup>. En définitive, ces deux exemples prouvent que le maintien de la prohibition des clauses compromissoires dans le paysage contractuel de la famille ne peut se justifier ni en droit<sup>1077</sup>, ni en raison, ni même en opportunité et peut ainsi être critiqué<sup>1078</sup>.

En l'absence de texte, le maintien de la prohibition conduirait à interdire en amont du litige ce qui est autorisé en aval. En effet, comment expliquer que des époux peuvent recourir au compromis d'arbitrage à propos de la liquidation de leur régime matrimonial et qu'il leur soit interdit de stipuler une clause compromissoire portant sur le même objet ? De la même manière, rien ne justifie qu'un acte de partage – d'une société civile immobilière familiale ou d'une succession ne puisse pas contenir une clause compromissoire, alors même que les difficultés d'exécution de la convention peuvent faire l'objet d'un compromis. « Que le litige soit né ou à naître, cette différence chronologique justifie-t-elle encore une différence de régime, quand bien même elle n'est que parcellaire ? »<sup>1079</sup> Certes, à la différence de la clause compromissoire, le compromis permet de délimiter l'objet du litige<sup>1080</sup>. Cette règle n'empêche toutefois pas les parties de circonscrire l'objet de la clause compromissoire à tel ou tel litige susceptible de naître à l'occasion de leur relation. À notre sens, l'élargissement du domaine de la clause compromissoire tend à l'aligner sur celui du compromis. L'arbitrage familial n'échappe pas à cette unification des domaines des deux régimes de la convention d'arbitrage.

**230. — Conclusion de paragraphe.** Compte tenu de ce qui précède, la validité des clauses compromissoires dans les contrats du droit de la famille doit être affirmée. Cette restauration se justifie d'une part par l'abandon du critère de l'activité professionnelle en tant que condition de validité de la clause compromissoire ; d'autre part, en raison de l'absence de justification au maintien de l'exception de la matière familiale ; et, enfin, par le rapprochement des domaines du compromis et de la clause compromissoire. La validité de la clause étant démontrée, l'on peut en préciser le domaine en droit de la famille.

<sup>1076</sup> Sont généralement mises en avant : la compétence particulière de l'arbitre, la célérité ou encore la confidentialité.

<sup>1077</sup> La nullité des clauses compromissoires dans les contrats de la famille était justifiée par l'ancien critère de l'activité professionnelle.

<sup>1078</sup> V. dans le même sens, HELLERINGER (G.), th. préc., n° 673.

<sup>1079</sup> EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 192, p. 194.

<sup>1080</sup> C. pr. civ., art. 1445.

## § II. Le domaine de la validité de la clause compromissoire en matière familiale

**231. — La possibilité du contrat = la possibilité d'une clause compromissoire.** La thèse d'un principe de validité des clauses compromissoires en droit de la famille a été affirmée. Si comme tout principe, il peut connaître des limites, celles-doivent *a priori* avoir pour socle les limites propres au droit de l'arbitrage : l'arbitrabilité (ou la disponibilité) et la non-arbitrabilité (ou l'indisponibilité) des droits. Malheureusement, le droit de la famille se prête assez mal à une telle dichotomie. Comme l'observait Pierre Catala, « aucun répertoire n'existe des droits dont les personnes ont ou n'ont pas la libre disposition. Mais nul ne doute que l'indisponibilité coïncide, au minimum, avec le domaine des droits extrapatrimoniaux »<sup>1081</sup>. Formulée à propos du compromis d'arbitrage, cette observation est également valable à propos de la stipulation d'une clause compromissoire. Cependant, il ne faudrait pas pour autant confondre le domaine du compromis et celui de la clause compromissoire. À l'inverse de l'immédiateté du compromis, la clause compromissoire s'inscrit dans une perspective d'anticipation. De fait, elle ne peut avoir pour contenant qu'un contrat écrit dans lequel elle figure en tant que clause accessoire. En d'autres termes, il ne peut y avoir de clause compromissoire dans le contexte familial que pour autant qu'il existe un *instrumentum*. Le phénomène de contractualisation du droit de la famille ayant multiplié les hypothèses de conclusion d'un contrat entre les membres de la famille, la détermination du domaine de validité de la clause compromissoire peut se présenter sous la forme d'une relation simple : *la possibilité du contrat = la possibilité d'une clause compromissoire*<sup>1082</sup>. Ce constat implique d'envisager le domaine de la validité de la clause compromissoire en miroir du domaine de la liberté contractuelle en droit de la famille. Aussi étudierons-nous, dans un premier temps, la validité de la clause compromissoire en l'absence d'entraves à la liberté contractuelle (A), puis, dans un second temps, la validité de la clause compromissoire en présence d'entraves à la liberté contractuelle (B).

### A. L'absence d'entraves à la liberté contractuelle

**232. —** La validité de la clause compromissoire dans les contrats de la famille est acquise lorsque la liberté contractuelle des parties dans le droit de la famille ne diffère pas dans son étendue de la liberté contractuelle de droit commun. Cela se vérifie tant à propos des contrats purement patrimoniaux<sup>1083</sup> (1) qu'en ce qui concerne certains contrats mixtes (2).

<sup>1081</sup> CATALA (P.), « Arbitrage et patrimoine familial », art. préc., n° 9.

<sup>1082</sup> V. RACINE (J.-B.), « L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille », art. préc., qui envisage l'égalité entre ces deux possibilités : « Dès l'instant où un contrat est possible, l'arbitrage doit logiquement être possible ».

<sup>1083</sup> Par définition, puisqu'il s'agit de contrats, la stipulation d'une clause compromissoire dans un testament n'est que peu concernée. Cette hypothèse a, toutefois, été envisagée en doctrine (v. CATALA (P.), « Arbitrage et patrimoine familial », art. préc., n° 20 ; NOURISSAT (C.), « L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage », *JCP N* 2016, 1347 ; DEVERS (A.),

## 1. Les contrats purement patrimoniaux

**233. — Les successions et les libéralités.** On l'a dit, l'effet principal de la réforme du droit de l'arbitrage a été d'élargir le domaine de la clause compromissoire aux contrats civils. Ainsi, bon nombre d'actes portant sur des droits disponibles, puisque patrimoniaux, peuvent ainsi contenir une clause compromissoire dont l'objet est de confier à un arbitre la résolution des litiges susceptibles de naître relativement à ces contrats. Le droit de la famille n'est bien évidemment pas étranger à ce mouvement d'extension du domaine de la clause.

À l'évidence, nul ne pourra, par exemple, contester qu'une clause compromissoire puisse figurer dans une donation avec charge qui a souvent cours entre les membres de la famille. Le contentieux lié à l'inexécution des charges ou à l'interprétation de la charge, tant de sa nature que de son importance, se prête à la résolution apaisée de l'arbitrage. Plus avant, la clause compromissoire trouve une place naturelle dans certains pactes de famille patrimoniaux tels que la donation-partage, sous toutes ses déclinaisons<sup>1084</sup>. Pacte de famille par excellence, la donation-partage est un acte d'autorité par lequel une personne réalise une distribution et un partage successoral de ses biens entre plusieurs de ses descendants<sup>1085</sup>. L'autorité du disposant n'est pas toujours suffisante à annihiler toutes contestations de l'acte par l'un des copartagés. Des différends peuvent ainsi s'élever, soit du vivant du disposant soit après son décès, à propos de l'exécution ou de la revalorisation des soultes destinées à égaliser la valeur des lots<sup>1086</sup>. De façon plus classique, des différends peuvent également porter sur la validité ou l'exécution de la donation. L'interprétation des diverses clauses de l'acte est également génératrice de conflits ; qu'il s'agisse de l'interprétation

---

« L'arbitrage en droit de la famille », art. préc.). Si l'on peut conclure un compromis d'arbitrage sur la liquidation d'une succession après son ouverture, la question d'une soumission anticipée à l'arbitrage par l'effet d'une clause compromissoire est plus délicate. En effet, une telle clause doit nécessairement figurer dans un testament. Or, comme il s'agit d'un acte unilatéral qui exclut tout consensualisme et, par conséquent, empêche toute possibilité d'acceptation de la clause par les héritiers, la clause ne peut, en l'état, leur être opposée (C. civ., art. 2061). On a pu avancer l'idée selon laquelle « le droit français retenant le principe de la succession à la personne, certains estimeront peut-être que les héritiers substitués au défunt ne sont pas des tiers à la convention d'arbitrage ». (v. DEVERS (A.), « L'arbitrage en droit de la famille », art. préc. n° 4). Cependant, cet argument doit être rejeté dès lors que le *de cuius* ne s'oblige pas lui-même par une telle clause, seuls sont obligés ses héritiers. Quoi qu'on en dise, il est techniquement impossible que ces derniers aient accepté une clause compromissoire testamentaire. Une telle convention, conclue avant l'ouverture de la succession, constitue un pacte sur succession future et, par conséquent, doit être annulée à défaut de faire l'objet d'une autorisation légale exceptionnelle (*contra* DEVERS (A.), « L'arbitrage en droit de la famille », art. préc. *loc. cit.*).

<sup>1084</sup> Donation-partage transgénérationnelle (C. civ., art. 1078-4 s.) ou donation-partage d'entreprise (C. civ., art. 1075-2).

<sup>1085</sup> Nouvelle forme de l'ancien partage d'ascendants, la donation-partage est un acte d'autorité par lequel « un ascendant, voire les deux, distribuent et partagent plusieurs biens de leur vivant entre deux ou plusieurs de leurs enfants communs, qui y consentent » (VAREILLE (B.), « L'ouverture de la donation-partage à des bénéficiaires autres que les descendants », *in Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois, 2017, p. 167, n° 2) ; *adde* C. civ. art. 1075 s.

<sup>1086</sup> V. MALAURIE (Ph.), BRENNER (Cl.), *op. cit.*, n° 837 s.

d'une clause pénale ou de l'interprétation d'une clause d'allotissement hors part successorale<sup>1087</sup>. Dans cette dernière hypothèse, l'exemple des clauses de dispense de rapport illustre combien l'interprétation de la volonté du disposant peut être source de contentieux<sup>1088</sup>, la jurisprudence ayant jugé que « la volonté d'affranchir de l'obligation de rapport l'héritier donataire venant à la succession résulte, soit d'une disposition précise et spéciale, soit de la combinaison entre elles des différentes clauses de l'acte de donation »<sup>1089</sup>. À défaut d'une clause non équivoque, l'interprétation de la volonté du disposant ne diffère pas dans le cadre d'une donation-partage. Toutes ces potentialités de litiges patrimoniaux sont autant de raisons qui justifient l'anticipation de leur résolution par la stipulation d'une clause compromissoire.

Dans le cadre du pacte de famille que constitue la donation-partage, le recours à l'arbitrage n'est alors que le prolongement du règlement privé, anticipé, amiable, et négocié des affaires familiales, voulu et institué par le disposant et ses descendants. La pleine liberté dont jouit le disposant lui permet ainsi de stipuler une telle clause dans l'acte de donation. Puisqu'il s'agit avant tout d'un contrat, la donation-partage se forme par l'accord du disposant et des donataires<sup>1090</sup>. En acceptant la donation, ces derniers acceptent la clause compromissoire qui y est stipulée. À l'inverse, la clause sera inopposable aux donataires-copartagés qui refusent les lots qui leur sont proposés. En effet, tant pendant la vie du disposant qu'après son décès, les donataires-copartagés non acceptants ne sont pas parties à la donation-partage qui demeure valide et opposable entre les copartagés acceptants<sup>1091</sup> ; le refus rendant caduque l'offre de donation et de partage<sup>1092</sup>. N'étant pas des parties à un contrat contenant une clause compromissoire, les copartagés non acceptants ne peuvent se voir opposer ladite clause : le refus de la donation-partage emporte le refus de la clause compromissoire. Du vivant du disposant, ce constat n'a que peu d'importance puisque les copartagés non acceptants n'entretiennent, pour ainsi dire, pas de rapport avec le disposant et les autres gratifiés. Toutefois au décès du disposant, la clause ne pourra être opposée à l'action en réduction exercée devant l'autorité

<sup>1087</sup> C. civ., art. 1077 : « Les biens reçus à titre de partage anticipé par un héritier réservataire présomptif s'imputent sur sa part de réserve, à moins qu'ils n'aient été donnés expressément hors part ».

<sup>1088</sup> V. GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, *op. cit.* n° 745.

<sup>1089</sup> Req., 28 juin 1882, *D.* 1955, 1, 27.

<sup>1090</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2019, n° 18-11.642, *D.* 2019, p. 2216, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GARE-DIDIER ; *RTD civ.* 2019, p. 386, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2019, p. 342, obs. N. LEVILLAIN ; *JCP G* 2019. 479, note Cl. BRENNER ; *JCP N* 2019, 1291, note F. SAUVAGE ; *Dr. fam.* 2019, comm. 108, note M. NICOD : « (...) la donation-partage, qui peut être faite en deux temps ainsi que le prévoit l'article 1076 du Code civil, ne constitue pas un partage ordinaire que les attributaires pourraient contester mais un partage fait par l'ascendant de son vivant et selon sa seule volonté, d'autre part, que **le partage d'ascendant se forme dès que l'un des enfants a accepté son lot (...)** » (Nous soulignons)

<sup>1091</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 févr. 2019, n° 18-11.642, préc., : « (...) le refus de certains bénéficiaires était sans effet sur la validité et l'opposabilité de la donation-partage (...) », en l'espèce la donation-partage avait été réalisée par deux actes séparés. Mais la solution doit également s'imposer lorsque la donation-partage est réalisée par un seul et même acte, v. dans le même sens SAUVAGE (F.), « Une donation-partage régulièrement formée par acceptation d'un seul lot ? », *JCP N* 2019, 1291.

<sup>1092</sup> MALAURIE (Ph.), BRENNER (Cl.), *op. cit.*, n° 305.

étatique compétente. Il en va de même en ce qui concerne l'action en réduction exercée par l'enfant omis par le disposant. Inversement, il y a lieu de considérer qu'entre copartagés acceptants, à propos de la même action exercée par le donataire insuffisamment loti, la clause compromissoire est opposable et pourra être invoquée à titre d'exception de procédure<sup>1093</sup>. Le fait que le litige soit relatif au respect de la réserve héréditaire ne devrait pas limiter l'effet de la clause compromissoire puisque l'ordre public n'est pas une limite à l'arbitrage ; l'arbitre s'étant vu reconnaître le pouvoir « d'appliquer au fond du litige des principes relevant de l'ordre public »<sup>1094</sup>.

On le voit, l'élargissement du domaine de la clause compromissoire renforce conséquemment le lien entre l'arbitrage et le droit des successions et des libéralités. Dans le cadre de la donation-partage, la volonté affichée du disposant de procéder à une répartition, privée, anticipée et pacifiée d'une partie de ses biens peut le conduire à se tourner vers l'arbitrage en tant que mode pacifique de résolution des litiges. Pour les mêmes raisons, les héritiers qui s'accordent sur un partage amiable de la succession peuvent, désormais, insérer dans la convention de partage une clause compromissoire pour tous les litiges futurs relatifs au partage amiable. La convention de partage obéissant au seul principe du consensualisme<sup>1095</sup>, la liberté contractuelle des copartageants les y autorise. Là également, la clause ne pourra être opposée à l'héritier omis<sup>1096</sup> faute de son acceptation de la clause<sup>1097</sup>.

En dehors des actes purement patrimoniaux du droit des successions et des libéralités, la validité de la clause compromissoire en droit de la famille est également acquise s'agissant de conventions hybrides combinant à la fois une dimension patrimoniale et une dimension extrapatrimoniale. Malgré leur nature composite, ces conventions n'en demeurent pas moins soumises à une liberté contractuelle, relativement, non entravée. Il en va ainsi du contrat de PACS, du « contrat de divorce » par acte sous signature privé et de la convention de concubinage.

## 2. Les contrats mixtes

**234.** — La stipulation d'une clause compromissoire pourra être envisagée entre les partenaires et concubins **(a)** et, entre les époux, dans un « contrat de divorce » **(b)**.

<sup>1093</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, n° 18-25.966, *Dalloz actualité* 12 juin 2020, obs. G. SANSONE ; *D.* 2020, p. 2484, obs. TH. CLAY ; *Procédures* 2020, comm. 147, note L. WEILLER ; *Gaz. Pal.* 21 juill. 2020, obs. S. AMRANI-MEKKI.

<sup>1094</sup> EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *op. cit.*, n° 265, p. 239.

<sup>1095</sup> GRIMALDI (M.), *op. cit.* n° 952.

<sup>1096</sup> C. civ., art. 887-1.

<sup>1097</sup> V. dans le même sens, DEVERS (A.), « L'arbitrage en droit de la famille », art. préc. n° 7.

a. *Les relations conjugales hors mariage*

**235. — Le PACS.** S'agissant du PACS, le caractère d'ordre public des règles de dissolution ne s'oppose en rien à la stipulation d'une clause compromissoire. On rappelle d'ailleurs que l'ordre public n'est pas un obstacle à l'arbitrage d'un litige, mais un critère de contrôle de la licéité de la sentence. Par conséquent, les partenaires sont libres d'inclure dans leur convention de PACS une clause compromissoire par laquelle ils s'engagent à soumettre à un arbitre les litiges qui pourraient naître de l'exécution du PACS. Pour ce qui est de l'aspect patrimonial, l'article 515-7 du Code civil renvoie à la possibilité d'un désaccord portant sur les conséquences patrimoniales. Si depuis la loi du 12 mai 2009<sup>1098</sup>, le juge aux affaires familiales est devenu le juge des intérêts patrimoniaux des partenaires<sup>1099</sup>, cette compétence, nouvelle<sup>1100</sup>, ne semble pas être une compétence exclusive de nature à exclure toute *jurisdiction* de l'arbitrage dans le PACS. La saisine du juge n'étant prévue que faute d'accord des partenaires, la liberté contractuelle qui leur est ici conférée doit leur permettre de s'accorder, non pas sur le fond du litige, mais sur la saisine d'un tiers arbitre conformément à une éventuelle prévision contractuelle. L'on rappelle que, contrairement au divorce, le juge aux affaires familiales ne prononce aucunement la dissolution du PACS, il se contente de statuer sur les conséquences patrimoniales de la rupture.

En outre, il ne s'agit que de droits patrimoniaux dont la libre disponibilité ne fait aucun doute. Quant aux aspects extrapatrimoniaux du PACS, ils renvoient principalement aux obligations personnelles des partenaires. L'on a vu que ces dernières ne faisaient l'objet d'aucune réglementation spécifique quant à leur sanction<sup>1101</sup>. La doctrine s'accorde sur l'hypothèse d'un renvoi implicite aux règles de la responsabilité civile. Aussi ne semble-t-il pas que soit exclu le jeu de la clause compromissoire en ce qui concerne les litiges relatifs aux aspects extrapatrimoniaux du PACS. Il faudra, toutefois, distinguer deux hypothèses selon la rédaction de la clause compromissoire. Soit les partenaires décident de stipuler une clause compromissoire de portée générale applicable à tous les litiges relatifs au contrat<sup>1102</sup>, soit ils conviennent d'en délimiter la portée aux seuls litiges liquidatifs. Selon la seconde hypothèse, la mission de l'arbitre éventuellement désignée se limitera à statuer sur les conséquences patrimoniales de la rupture du PACS. À l'inverse, la clause rédigée dans des termes larges permettra à l'arbitre de connaître de tous

<sup>1098</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 qui a modifié l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>1099</sup> LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Dr. fam.* 2009, comm. 66.

<sup>1100</sup> Dans sa décision du 9 nov. 1999, le Conseil constitutionnel semblait marquer sa préférence pour le juge ordinaire des contrats, du moins en ce qui concerne la fixation des modalités de l'aide matérielle : v. Décision n° 99-419 DC, préc., considérant n° 31.

<sup>1101</sup> V. *supra*, n° 152.

<sup>1102</sup> Cette rédaction semble être la plus usitée en pratique, v. RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 274.

les différends relatifs à la convention de PACS, qu'il s'agisse de la liquidation proprement dite ou de l'éventuelle demande de dommages-intérêts en cas de violation d'une des obligations personnelles du PACS. La possibilité de convenir de l'amiable composition dans la clause compromissoire renforce par ailleurs ce constat<sup>1103</sup>. Le fait que l'arbitre puisse statuer en équité ne peut toutefois permettre aux partenaires de recréer une quelconque obligation de fidélité en sollicitant la sanction, par des dommages-intérêts, du partenaire infidèle. Une telle obligation contractuelle étant jugée illicite par la jurisprudence<sup>1104</sup>, la sentence arbitrale sera, sur ce point, contraire à l'ordre public<sup>1105</sup>.

**236. — Le concubinage.** Entre les concubins, la stipulation d'une clause compromissoire s'envisage sans grandes difficultés, encore que l'avènement du contrat de PACS ait rendu sans grand intérêt la conclusion d'un contrat de concubinage<sup>1106</sup>. En pratique, une telle convention se limite à l'organisation des modalités de contribution aux charges du ménage<sup>1107</sup>. L'insertion d'une clause compromissoire est alors envisageable relativement aux litiges d'ordre patrimonial. Il en va de même s'agissant d'une convention d'acquisition en commun par des concubins soit sous la forme d'une indivision conventionnelle, soit sous la forme d'un pacte tontinier<sup>1108</sup>.

Évidente quant au contrat de PACS et au concubinage, la validité de la clause compromissoire l'est également à propos de la convention de divorce par acte sous signature privée.

*b. Le « contrat de divorce »*

**237. — Les litiges post-divorce.** Il est vrai qu'on ne peut, au soutien d'une généralisation de l'arbitrage en droit de la famille, invoquer la déjudiciarisation du divorce. En effet, cette déjudiciarisation signifiant également « dé-juridictionnalisation »<sup>1109</sup>, le recours à une procédure de divorce judiciaire privé semble exclu. Néanmoins, cette circonstance ne limite aucunement la validité de la clause compromissoire qui serait insérée dans le contrat par lequel les époux divorcent. L'existence d'un dirigisme contractuel quant au dit contrat ne lui ôte pas sa nature contractuelle<sup>1110</sup>.

<sup>1103</sup> C. pr. civ., art. 1478.

<sup>1104</sup> V. *supra*, n° 165.

<sup>1105</sup> RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 795, qui rappelle que « les arbitres doivent respecter dans leur sentence l'ordre public de fond ».

<sup>1106</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 912, p. 806. .

<sup>1107</sup> Il est de jurisprudence constante qu'étant donné qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges du ménage, celle-ci relève de la volonté des concubins, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 oct. 2000, n° 98-19.527, *Dr. fam.* 2000, comm. 139, note B. BEIGNIER ; *D.* 2001, p. 497, obs. R. Cabrillac ; *ibid.* 2002, p. 611, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2001, p. 111, obs. J. HAUSER ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2020, n° 19-12.250, *D.* 2021, p. 819, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2020, comm. 132, note M. GAYET.

<sup>1108</sup> BARBE (G.), FONTMICHÉL (M.), « Les clauses compromissoires en droit de la famille », art. préc., n°s 20 s.

<sup>1109</sup> RACINE (J.-B.), « L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille », art. préc. ; NOURISSAT (C.), « L'arbitre et le droit de la famille », art. préc., n° 29.

<sup>1110</sup> Sur cette qualification, v. *infra*, n° 297 s. ; adde ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 262 ; POURRE (V.), « La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même », *Dr. fam.* 2018, étude 5.

Il est désormais courant en droit privé qu'une partie du contenu du contrat soit dictée par la loi<sup>1111</sup>. Cette tendance, concomitante au renouveau du formalisme<sup>1112</sup>, est appréhendée par la doctrine sous la catégorie générique de « clauses légales »<sup>1113</sup>.

Par conséquent, en dehors des clauses imposées par la loi, la liberté contractuelle des époux quant à la détermination du contenu du contrat s'exerce pleinement<sup>1114</sup>, sous réserve du respect de l'ordre public<sup>1115</sup>. Or, le « contrat de divorce », comme toute convention de droit commun, n'est pas immunisé contre la survenance de différends relatifs, notamment, à son interprétation ou à son exécution<sup>1116</sup>. Les parties peuvent ainsi légitimement prévoir de soumettre, par anticipation, la résolution de ces litiges à un arbitre. Une telle clause ne contredit en rien l'ordre public dès lors qu'il s'agit de droits rendus disponibles, précisément, par la conclusion du « contrat de divorce ». On signalera, toutefois, que l'ordre public s'imposant à l'arbitre, ce dernier ne pourra revenir sur le principe du divorce au nom de son indisponibilité et de son irrévocabilité. Du reste, la stipulation d'une clause compromissoire se justifie par un argument de logique. La logique privée et amiable de l'arbitrage est en quelque sorte un prolongement de la logique privée et amiable qui a animé les époux dans le choix d'une procédure de divorce privée, non contentieuse et exclusive du juge étatique.

En conclusion, dans les rapports familiaux dominés par une liberté contractuelle, la validité de la clause compromissoire doit être pleinement assise. L'absence d'entraves à l'exercice de la liberté contractuelle des parties valide l'équation précédemment énoncée : lorsque la liberté contractuelle est entière, la possibilité d'une clause compromissoire l'est tout autant. Ceci peu important la nature patrimoniale ou personnelle de la question en cause, comme en témoigne l'exemple du PACS. Le propos doit être nuancé dans les situations familiales qui font une place moins absolue au rôle de la liberté contractuelle des parties.

<sup>1111</sup> C'est, par exemple, le cas en droit des assurances, en droit social, en droit de la consommation, en droit immobilier...

<sup>1112</sup> Sur cette question, v. « Journée en hommage à Jacques Flour : Le formalisme », *Deffrénois* 2000, n° 15-16 ; LAGARDE (X.), « Observation critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170 ; FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, LGDJ, 1950, p. 93 s. ;

<sup>1113</sup> V. BARBIER (H.), « Clauses légales », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 1864 s. ; REVET (TH.), « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277 s.

<sup>1114</sup> *Contra* CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : Une réforme en clair-obscur », *AJ fam.* 2017, p. 14.

<sup>1115</sup> V. par exemple ÉGÉA (V.), op. cit., n° 288, qui propose un guide de rédaction de clauses accessoires.

<sup>1116</sup> Les questions relatives à l'évolution de la prestation compensatoire, au partage des biens entre les ex-époux, aux modalités de l'usage du nom par l'un ou l'autre des ex-époux, ou encore à une cause de nullité de la convention.

## B. La présence d'entraves à la liberté contractuelle

**238.** — La privatisation du droit de la famille a beau progresser à grandes enjambées, on ne peut encore conclure en un triomphe de l'autonomie de la volonté en droit de la famille. En ce sens, si l'arbitrage se pose comme la forme ultime de privatisation, du moins du point de vue processuel, son expansion est sous certains aspects, encore bornée par la persistance d'entraves à la pleine expression de la liberté contractuelle en droit de la famille. Si ces freins ne suffisent pas à remettre en cause le principe de validité de la clause compromissoire, ils n'en restreignent pas moins sa portée. Aussi faut-il identifier les situations d'entraves (1) avant d'envisager le domaine de cette validité restreinte (2).

### 1. L'identification des situations d'entraves

**239.** — En matière familiale, l'entrave à la liberté contractuelle peut être explicite (a) ou implicite (b).

#### a. L'entrave explicite, le formalisme

**240.** — **L'homologation judiciaire.** Ainsi que l'a écrit Monsieur Égéa, en dépit de l'évolution contemporaine, « le droit de la famille et le contentieux familial n'ont pas toujours pour vocation de satisfaire des intérêts privés, mais ils comportent aussi une forte dimension politique »<sup>1117</sup>. Ce rôle de police publique s'exprime le plus souvent en droit de la famille par la protection des intérêts familiaux dont le juge étatique est le garant. Partant, tout en favorisant l'expression des volontés, le législateur parvient à atteindre son objectif de protection par un contrôle *a priori* des volontés exprimées<sup>1118</sup>. À ce titre, le maintien de l'homologation en matière d'autorité parentale témoigne de la préférence du législateur pour la prévention plutôt que la guérison dans certains aspects du droit familial<sup>1119</sup>. Ainsi, « la technique de l'homologation, qui peut être considérée comme un “pont” entre le dirigisme familial et la déréglementation »<sup>1120</sup>, constitue-t-elle une entrave explicite à la libre expression des volontés, autrement dit à une pleine liberté contractuelle. Une telle entrave peut également être implicite.

#### b. L'entrave implicite

**241.** — **Le verrou temporel.** Constaté une ouverture du droit de la famille à un rôle influent des volontés ne signifie pas pour autant que toutes les formes d'expression de la volonté reçoivent un

<sup>1117</sup> ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc.

<sup>1118</sup> MUSSO (A.), th. préc., n° 155 s.

<sup>1119</sup> Sur le double objectif prévention/guérison du droit de la famille, v. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 44.

<sup>1120</sup> WEILLER (L.), « Action d'état », *Rép. pr. civ.* Dalloz, n° 48.

égal accueil. Le doyen Cornu l'exprimait déjà lorsqu'il écrivait que « le champ que la loi libère [au profit du pouvoir des volontés], c'est d'abord à des volontés accordées (conjugales, parentales) non en général à des initiatives individuelles qu'elle l'ouvre »<sup>1121</sup>. En pratique, le contrat en droit de la famille est principalement un acte d'aménagement. Le contrat, acte de prévision ou d'anticipation, relève de l'actualité du mouvement de contractualisation du droit de la famille. Les volontés, même accordées, mues par un but d'anticipation, sont susceptibles de buter contre des obstacles propres à la physionomie même du droit de la famille. L'exemple des questions liquidatives entre époux et, plus généralement, des accords pendant le divorce illustre notre propos.

En effet, la place des accords en matière de divorce est l'exemple topique, presque historique, de la contractualisation ou de la privatisation du droit de la famille<sup>1122</sup>. Pourtant, cette ouverture n'occasionne aucunement une plénitude de la liberté contractuelle des époux, et ce pour au moins deux raisons. D'une part, exception faite du nouveau divorce sans juge, toutes les manifestations de volontés communes des époux sont placées sous l'égide du juge, que la procédure soit contentieuse ou gracieuse. L'effet de la règle a été d'assécher toute velléité anticipatrice des époux. La Cour de cassation a ainsi posé le principe de la prohibition des conventions de liquidation passées avant l'instance en divorce<sup>1123</sup>, quand bien même la convention ne porterait que pour partie sur les conséquences du divorce<sup>1124</sup>. De l'autre, d'un point de vue procédural, l'anticipation que véhicule la clause compromissoire peut se heurter à la rationalisation de la procédure de divorce caractérisée, notamment, par la concentration du contentieux. Ainsi, il peut être difficile de se prononcer sur la validité de la clause compromissoire en l'absence de séparation claire entre la procédure de divorce et la procédure de liquidation et partage puisque seule cette dernière met en jeu des droits disponibles. L'ordonnance du 15 octobre 2015<sup>1125</sup> a bien tenté de consacrer le « principe d'une séparation entre le prononcé du divorce et le partage des biens des ex-époux »<sup>1126</sup>, mais l'objectif

<sup>1121</sup> CORNU (G.), *Droit civil. La famille, op. cit.*, n° 7, spéc., p. 15.

<sup>1122</sup> V. MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 38.

<sup>1123</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janv. 1982, n° 80-17.149, *D.* 1982. 257, note LAFOND ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 2009, n° 07-15.945 ; *D.* 2009, p. 1201, obs. V. ÉGÉA ; *ibid.* p. 2508, obs. J. REVEL ; *RTD civ.* 2009, p. 516, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 769 et 771, obs. B. VAREILLE ; *Dr. fam.* 2009, comm. 59 ; *JCP N* 2010, 1368, obs. Ch. LESBATS.

<sup>1124</sup> Civ., 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017, n° 16-23.531, *AJ fam.* 2017, p. 592, obs. J. HOUSSIER ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. DOUCHY- OUDOT ; *RTD civ.* 2018, p. 84, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2017, comm. 220, note. J.-R. BINET ; *ibid.* comm. 245, note S. TORRICELLI-CHIFI.

<sup>1125</sup> Ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, préc.

<sup>1126</sup> BAILLON-WIRTZ (N.) et COMBERT (J.), « Liquidation et partage après divorce : l'appel à une clarification a-t-il été entendu ? », art. préc., spéc., n° 4, qui cite le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance.

n'est qu'imparfaitement atteint puisque le choix final relève du « compromis »<sup>1127</sup> au détriment d'un choix radical poursuivant la séparation radicale initiée par la loi du 12 mai 2009<sup>1128</sup>.

Au regard de ce qui précède, l'on est bien obligé de relativiser l'équation préalablement formulée à propos de la détermination du domaine de la clause compromissoire en droit de la famille. La possibilité du contrat n'implique plus nécessairement la possibilité d'une clause compromissoire. Le domaine de la clause compromissoire en droit de la famille s'en trouve réduit. Encore convient-il de vérifier la consistance concrète de ces limites.

## 2. L'adaptation

**242.** — La validité de la clause en présence d'entraves explicites sera étudiée à partir de la convention d'autorité parentale (a). Le contrat de mariage illustrera la situation d'entrave implicite (b).

### a. *L'hypothèse de la convention parentale*

**243.** — **L'éviction discutable du juge étatique.** La faculté pour les parents de conclure un contrat relatif à l'autorité parentale, rend-elle possible la stipulation d'une clause compromissoire pour les litiges susceptibles de naître à l'occasion de l'exécution de la convention ? On peut légitimement en douter au regard du maintien du formalisme lourd de l'homologation comme condition de l'efficacité pleine de la convention d'autorité parentale. En effet, l'organisation d'une intervention en amont du juge relativise nécessairement le caractère disponible du droit de l'autorité parentale qui n'est, en réalité, qu'une disponibilité conditionnelle. Il faut, néanmoins, signaler que l'évolution du droit de l'autorité parentale tend à transformer l'intervention du juge en une simple chambre d'enregistrement. En effet, sans doute influencé par la rareté en pratique des refus d'homologation, le législateur a simplifié la procédure d'homologation en dispensant les parents d'une comparution devant le juge aux affaires familiales<sup>1129</sup>. Quand bien même on peut concevoir une levée de l'homologation dans le droit de l'autorité parentale, l'état du droit positif ne permet de conclure qu'en une limitation de la liberté contractuelle des parents et par extension de la portée de la disponibilité des droits relatifs à l'autorité parentale. Les parents n'ayant pas une totale libre disposition des droits relatifs à l'autorité parentale, on peut douter de la validité d'une clause compromissoire dans le cadre du contrat d'autorité parentale.

<sup>1127</sup> BAILLON-WIRTZ (N.) et COMBERT (J.), « Liquidation et partage après divorce : l'appel à une clarification a-t-il été entendu ? », art. préc., spéc., n° 4 ; *adde* PUYO (Y.), « Le nouvel article 267 du Code civil : un compromis entre tradition et innovation », art. préc.

<sup>1128</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, préc.

<sup>1129</sup> Décret n° 2016-1906 du 28 déc. 2016 ; v. à ce propos ÉGÉA (V.), « Chronique de droit procédural de la famille (juill. 2016 – janv. 2017) », *Dr. fam.* 2017, chron. 1, spéc., nos 28 et 29.

De l'autre, la validité de la clause compromissoire pourrait également être contestée eu égard à la renonciation anticipée à la juridiction étatique qu'elle entraîne. C'est en cela que la clause compromissoire se distingue de la clause de médiation préalable obligatoire dont la validité dans le droit de l'autorité parentale ne souffre, selon nous, d'aucune contestation<sup>1130</sup>. Sans que cela soit explicitement dit, il ressort de l'ensemble des textes que le juge aux affaires familiales a une compétence exclusive en matière d'autorité parentale<sup>1131</sup>.

Le droit français ne semble pas tolérer qu'un tiers puisse statuer sur les questions relatives à la modalité d'exercice de l'autorité parentale ou à la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Si cela relève de l'évidence en ce qui concerne les mesures d'urgence de l'autorité parentale – l'urgence « [paraît] bien chasser la disponibilité des droits »<sup>1132</sup> –, rien n'indique que les mesures ordinaires en soient exclues. On rappelle, à cet effet, que la demande relative à la convention d'autorité parentale devant le juge aux affaires familiales n'appartient pas aux seuls parents, mais peut également être exercée par le ministère public saisi par un tiers<sup>1133</sup>. Alors, en admettant la validité de la clause compromissoire, seule la saisine directe du juge par l'un des parents serait exclue. La saisine indirecte du juge par le même parent, mais par le truchement du ministère public serait ainsi hors de la portée de la clause en vertu de l'effet relatif de la clause compromissoire<sup>1134</sup>. La clause serait ainsi privée de tout effet.

Il semble bien qu'en l'état du droit de l'autorité parentale, la clause compromissoire soit contestable tant dans sa validité que dans son efficacité. Malgré tout, cette contestation de la validité repose principalement sur l'interprétation des textes ; l'interprétation de la portée de la disponibilité des droits relatifs à l'autorité parentale et l'interprétation de la portée de l'office du juge homologateur<sup>1135</sup>.

**244. — Des rapports entre deux procédures, l'homologation et l'exequatur.** Parce qu'il n'existe pas d'obstacles objectifs et infranchissables à la validité de la clause compromissoire, il est tout à fait imaginable que celle-ci franchise le stade de l'homologation du contrat d'autorité

<sup>1130</sup> V. *supra*, n° 202.

<sup>1131</sup> V. par exemple : C. civ., art. 373-2-6 ; 373-2-7 ; 373-2-8 ; 373-2-10 ; 373-2-13.

<sup>1132</sup> V. en ce qui concerne les mesures prévues à l'article 373-2-6, ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc.

<sup>1133</sup> C. civ., art. 373-2-13.

<sup>1134</sup> V. RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 315 s.

<sup>1135</sup> Plus généralement sur cette question v. GOUJON-BETHAN (TH.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. N. FRICERO, LGDJ, 2021, n° 49 s.

parentale. À supposer que le jeu d'une telle clause soit admis, il paraît évident que « l'arbitre jouerait alors certainement plus un rôle de conciliateur que de juge »<sup>1136</sup>. Comme l'a envisagé Monsieur Égéa, l'arbitre s'inspirerait ainsi d'une « sorte de *med-arb* »<sup>1137</sup>. La clause compromissoire pourrait ainsi compléter la clause de médiation préalable dont la stipulation dans un contrat d'autorité parentale paraît plus évidente. Il y a, cependant, ici, une différence de taille. Tandis qu'à l'issue du processus de médiation, les parties aboutissent à un accord qu'elles pourront faire homologuer par le juge selon les prescriptions légales, l'arbitrage aboutit à une sentence. « L'arbitre est un juge qui, au terme d'une instance, rend un acte juridictionnel appelé sentence »<sup>1138</sup> qui ne bénéficie d'une pleine efficacité, qu'une fois revêtu de l'*exequatur*.

Autrement dit, en admettant le jeu d'une clause compromissoire dans le droit de l'autorité parentale, on reconnaît à l'arbitre le pouvoir de trancher concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant. Il n'est pourtant pas évident que la liberté octroyée aux parents de déterminer les conséquences de l'autorité parentale leur permette de déléguer cette compétence à un tiers juge. En effet, en homologuant la convention d'autorité parentale, le juge aux affaires familiales opère un contrôle de fond en vérifiant que celle-ci préserve suffisamment l'intérêt de l'enfant<sup>1139</sup>. Dans le cadre de la procédure d'*exequatur*, le contrôle du juge « est superficiel : il faut que la seule lecture de la sentence, sans investigations supplémentaires ni débats, relève une contrariété “manifeste” selon les termes utilisés à l'ordre public »<sup>1140</sup>. Une telle procédure peut paraître incompatible avec l'office du juge en droit de l'autorité parentale où le seul respect de l'ordre public ne peut suffire à justifier l'homologation du contrat d'autorité parentale.

En fin de compte, si la validité de la clause compromissoire dans un contrat d'autorité parentale peut être contestée, c'est moins en raison d'une illicéité de fond qu'au regard d'entraves techniques. À notre avis, la disponibilité, même conditionnelle, du droit de l'autorité parentale permet la stipulation d'une telle clause. Quant au risque pour l'intérêt de l'enfant, c'est une pétition de principe que de considérer qu'il serait plus protégé du simple fait de l'intervention d'un juge étatique. La simplification de la procédure d'homologation des conventions parentales en est la preuve. À l'inverse, le recours à l'arbitrage en cas de litige parental peut permettre une meilleure

<sup>1136</sup> MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », art. préc.

<sup>1137</sup> ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc. Sur le processus de résolution amiable progressif (*med-arb*), v. RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 27.

<sup>1138</sup> RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 397.

<sup>1139</sup> C. civ., art. 373-2-7.

<sup>1140</sup> RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 894.

prise en compte de la situation concrète des parents et de l'enfant. Tant la qualité professionnelle des arbitres<sup>1141</sup> que la philosophie qu'emporterait l'intervention particulière d'un arbitre en matière parentale plaident pour une meilleure conformité de la sentence à l'intérêt de l'enfant. On ajoute que l'arbitrage n'évince aucunement tout contrôle étatique de la sentence. En outre, on peut par pragmatisme soutenir, non sans défi, qu'il ne semble pas y avoir une différence fondamentale entre la pratique contemporaine de l'homologation en matière parentale et la procédure d'*exequatur* en matière arbitrale. La rareté des refus d'homologation ayant conduit à la simplification de la procédure d'homologation en matière parentale n'est-elle pas le signe d'un contrôle de l'intérêt de l'enfant limité à l'existence d'une contrariété manifeste ? Du reste, transformer le juge aux affaires familiales en juge de l'*exequatur* des sentences en matière parentale n'apparaît pas contradictoire aux objectifs actuels de déjudiciarisation et d'accélération des procédures en droit de la famille.

*b. Le contrat de mariage*

**245. — La porte ouverte par la dualité des instances du divorce.** On l'a vu, de plus en plus, le contrat de mariage ne se limite plus au seul choix du régime matrimonial des époux. Il tend à devenir l'instrument d'organisation de la relation conjugale dans son ensemble : de la naissance du couple à sa fin. Ainsi, comme à propos de la clause de médiation préalable, la clause compromissoire, en tant qu'instrument d'anticipation de la rupture, peut, en principe, être stipulée dans un contrat de mariage pour autant que l'on veille à restreindre sa portée. La consécration d'une « dualité des instances » par l'ordonnance du 15 octobre 2015<sup>1142</sup>, permet de distinguer entre la dimension « publique » du divorce (le principe du divorce qui relève de l'état des personnes et ne saurait être prononcé par un arbitre) et sa dimension privée (le règlement des intérêts patrimoniaux des époux qui est largement disponible).

Dans le cadre d'un divorce contentieux<sup>1143</sup>, la stipulation d'une clause compromissoire restreinte aux aspects patrimoniaux<sup>1144</sup>, emporte une renonciation anticipée à la demande de partage judiciaire. En pratique, l'époux qui introduit une assignation en divorce et demande également au juge d'ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux pourra se voir opposer la clause compromissoire. À condition d'avoir été invoquée *in limine litis*, la clause compromissoire

<sup>1141</sup> Par exemple, le centre d'arbitrage des litiges familiaux se compose, ainsi, de professionnels et d'universitaires reconnus et spécialistes de la matière familiale.

<sup>1142</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 324.

<sup>1143</sup> Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, l'intérêt d'une clause compromissoire ne se pose guère. Par définition, la nature consensuelle du divorce signifie que les époux sont à la fois d'accord sur le principe du divorce et sur ses effets. Il n'y a alors plus de différend à trancher.

<sup>1144</sup> BARBE (G.), FONTMICHEL (M.), « Les clauses compromissoires en droit de la famille », art. préc., n° 45.

sera alors constitutive d'une exception d'incompétence<sup>1145</sup> de nature à retirer au juge aux affaires familiales la compétence de régler les conséquences patrimoniales de la séparation<sup>1146</sup>. Par conséquent, le juge doit se limiter à prononcer le divorce entre les époux en laissant le soin à l'arbitre de régler les conséquences du divorce. En principe, la saisine du juge aux affaires familiales dans le cadre des mesures provisoires<sup>1147</sup> ne sera pas empêchée puisqu'il est « de longue date, admis, qu'une convention d'arbitrage n'empêche [pas] la saisine du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires »<sup>1148</sup>. En outre, cette exception est explicitement prévue par l'article 1449 du Code de procédure civile.

Finalement, le renforcement de la dualité des procédures relatives au divorce par l'ordonnance du 15 octobre 2015 permet l'alignement du domaine de validité de la clause compromissoire dans les rapports entre époux sur celui du compromis. Paradoxalement, en restreignant de manière anticipée les pouvoirs du juge du divorce, la stipulation d'une clause compromissoire dans le contrat de mariage participe du mouvement d'accélération du droit contemporain du divorce. Débarrassé des questions liquidatives, le juge se recentre sur une mission unique : le prononcé du divorce. Si la question du règlement pécuniaire se retrouve repoussée à l'après-divorce, le recours à une résolution arbitrale participe à la pacification des relations également recherchée par le législateur.

**246. — Conclusion de paragraphe.** Il n'est pas saugrenu de considérer que les droits susceptibles d'être l'objet d'un contrat sont, en conséquence, des droits disponibles<sup>1149</sup>. Du point de vue de l'arbitrage, le critère d'arbitrabilité de l'article 2059 serait ainsi accompli. Or, l'on sait que la liberté contractuelle en droit de la famille s'affranchit de plus en plus de l'opposition entre l'extrapatrimonial et le patrimonial. Cette confusion impose de tempérer l'équation préalablement posée qui signifierait une validité absolue de la clause compromissoire en droit de la famille. Il n'est pas certain que la liberté contractuelle substantielle (se mettre d'accord sur la solution) entraîne une égale liberté contractuelle procédurale (se mettre d'accord sur le recours à un arbitre). Par conséquent, le domaine de la validité de la clause compromissoire a été étudié en contemplation du domaine de la liberté contractuelle en droit de la famille. De cela, il ressort que, *primo*, la validité de la clause sera pleine lorsque la liberté contractuelle sera la plus étendue ; qu'il importe que l'acte mêle des aspects extrapatrimoniaux et patrimoniaux (c'est le cas du PACS ou du « contrat de divorce »). *Secundo*, la validité de la clause sera restreinte lorsque la liberté contractuelle paraîtra

<sup>1145</sup> RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 302.

<sup>1146</sup> C. civ., art. 267.

<sup>1147</sup> C. civ., art. 254 s.

<sup>1148</sup> RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 305.

<sup>1149</sup> V. dans le même sens, CATALA (P.), « Arbitrage et patrimoine familial », art. préc., n° 10.

plus entravée (c'est l'exemple du contrat de mariage dans lequel la clause peut être restreinte aux litiges relatifs aux conséquences patrimoniales du divorce). Elle ne sera alors sauvegardée qu'au prix d'une rédaction attentive de la clause. En fin de compte, l'observation de Pierre Catala à propos du compromis d'arbitrage se vérifie également au sujet de la clause compromissoire : « le cadre familial, sans opposer à [la clause compromissoire] un barrage *a priori* infranchissable, sème sur sa voie quelques pièges. Il apparaît, néanmoins (...) qu'au prix de quelques précautions ces embûches sont relativement faciles à éviter »<sup>1150</sup>.

**247. — Conclusion de section.** Malgré les efforts déployés par la doctrine et une partie de la pratique<sup>1151</sup>, l'arbitrage en droit de la famille « demeure anecdotique »<sup>1152</sup>. Deux raisons peuvent l'expliquer<sup>1153</sup>. Avant tout, l'arbitrage en droit de la famille se résumant principalement au compromis, il n'est guère étonnant que l'insensibilité de la pratique commerciale à l'égard du compromis s'étende également au contexte familial<sup>1154</sup>. Ensuite, la double exclusion textuelle des matières familiales<sup>1155</sup> maintient l'arbitrage familial dans un climat négatif qui ne peut que décourager la pratique, même la plus audacieuse. Le développement de l'arbitrage familial, si tant est qu'il soit souhaitable<sup>1156</sup> et utile<sup>1157</sup>, est consubstantiellement lié à l'extension du périmètre familial de la liberté contractuelle des parties en matière d'anticipation et de prévisibilité. Il est, ainsi, apparu qu'au-delà des difficultés tenant à l'imbrication constante en droit de la famille du disponible et de l'indisponible, le premier effort devait consister en une restauration du principe de validité des clauses compromissoires en droit de la famille. Cette restauration se justifie triplement. D'abord, par l'abandon du critère de l'activité professionnelle en tant que condition de validité de la clause compromissoire.

<sup>1150</sup> CATALA (P.), « Arbitrage et patrimoine familial », art. préc., n° 7.

<sup>1151</sup> On peut citer la conférence inaugurale, du 28 mars 2022, organisée par le CALIF et destinée à sensibiliser une soixantaine de praticiens aux vertus de l'arbitrage familial : v. PHILIPPOT (A.), « L'arbitrage familial ou le défi du CALIF », *Actualités Lexis* 7 avr. 2022.

<sup>1152</sup> ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc.

<sup>1153</sup> V. CATALA (P.), « Arbitrage et patrimoine familial », art. préc., spéc., n° 21 qui mettait déjà en lumière les raisons sociologiques de la marginalisation de l'arbitrage en droit de la famille.

<sup>1154</sup> RACINE (J.-B.), *op. cit.*, n° 104, p. 94 : « En pratique, la clause compromissoire est beaucoup plus fréquente que le compromis. En effet, il est plus facile de s'accorder sur le recours à l'arbitrage lorsqu'il n'existe aucun litige ». Sur l'échec de l'usage du compromis en pratique v. : BERTRAND (E.) *et al.*, *Étude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matières de droit privé*, La Documentation française, 1979 ; FOUCHARD (PH.), « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.* 2001, p. 398 ; VERBIST (H.), ÉRAUW (J.), « Enquête concernant l'arbitrage et le monde des affaires », *RD aff. Int.* 2000, spéc. p. 692.

<sup>1155</sup> De manière indirecte au titre des droits indisponibles (C. civ. art. 2059) ; de manière explicite au titre des questions relatives à l'état des personnes, au divorce et à la séparation de corps (C. civ., art. 2060)

<sup>1156</sup> L'on pense tout particulièrement à l'arbitrage du règlement de la succession Vasarely, qui a été qualifié de « simulacre de procédure » par la Cour de cassation : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2015, n° 14-22.630, *Procédures* 2016, comm. 19, obs. L. WEILLER.

<sup>1157</sup> V. en ce sens, les doutes émis par Messieurs MURAT, ÉGÉA et NOURISSAT, tant sur le plan substantiel que procédural : MURAT (P.) « Arbitrage et évolution du droit français de la famille », art. préc. ; ÉGÉA (V.), « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », art. préc. ; NOURISSAT (C.), « L'arbitre et le droit de la famille », art. préc.

Ensuite, en raison de l'absence de justifications suffisamment convaincantes au maintien de l'exception de la matière familiale. Plusieurs arguments peuvent à ce titre être avancés. La raison des coûts de l'arbitrage en premier lieu : en premier lieu, l'on pourrait relativiser la singularité de l'arbitrage au regard des coûts de certaines procédures familiales, à l'instar du divorce<sup>1158</sup>. Rajoutons que l'argument du coût perd quelque peu en intensité en ce qui concerne une « justice » non obligatoire : la pleine consécration de l'arbitrage en matière familiale n'impliquerait aucunement une obligation de recourir à celle-ci. Cette remarque permet d'introduire un autre grief souvent invoqué à l'encontre de l'arbitrage, celui d'une justice à deux vitesses. Une telle préoccupation, bien que légitime, peut pourtant être transposée au domaine des affaires où l'arbitrage ne souffre, *a priori*, d'aucune contestation ; en outre, la justice étatique n'est pas plus un lieu d'une parfaite égalité puisqu'elle repose également sur des auxiliaires de justice – avocats, notaires, experts, huissiers – dont les honoraires ou frais varient en fonction du degré d'expertise, ce qui constitue inévitablement une barrière financière pour bon nombre de justiciables. En dernier lieu, peut-on invoquer l'argument politique du maintien de la figure tutélaire du juge dans la matière familiale : la justice étatique est rendue « au nom du peuple français » comme l'énonce l'article 454 du Code de procédure civile. La symbolique est d'importance dans une matière qui, avec l'avènement de l'État moderne, est devenue une chose publique et non privée. La justice arbitrale serait, de fait, l'ultime confirmation du mouvement de reprivatisation de ces rapports familiaux, puisqu'ils n'ont cessé de passer de l'une à l'autre des sphères privée et publique au fil de l'histoire. Reste que cette privatisation est d'ores et déjà encouragée par le législateur lui-même. Les contraintes de coût de la justice étatique justifient la politique de déjudiciarisation que l'on observe, notamment, dans le droit de la famille. Pour finir, le bouleversement que constituerait la pleine consécration de l'arbitrage en matière familiale doit être relativisé au regard des enseignements de l'histoire du droit et des liens historiques de l'arbitrage et du droit de la famille<sup>1159</sup> et ce même à

---

<sup>1158</sup> Un magistrat souligne par exemple qu'à « l'exception des personnes qui bénéficient de l'aide juridictionnelle, le coût d'une procédure de divorce ou d'une procédure familiale est trop souvent imprévisible (notamment le montant des honoraires des avocats). Certains couples n'engagent pas de procédures de peur de ne pouvoir faire face aux frais », JUSTON (M.) « Le juge aux affaires familiales du XXI<sup>e</sup> siècle », *Gaz. Pal.* 7 sept. 2013, n° 250. D'autre part, le temps du divorce est souvent un facteur d'alourdissement d'une procédure en elle-même coûteuse, v. CASEY (J.), « Le temps et le coût du divorce », *AJ fam.* 2016, p. 141. Sur la question, v. Dossier « Coût du divorce », *AJ fam.* 2016, p. 76 s.

<sup>1159</sup> MALLET-BRICOUT (B.), « Arbitrage et droit de la famille », art. préc., qui démontre, par une analyse historique du droit, le rôle de l'arbitrage dans les affaires familiales

l'aube du Code civil de 1804<sup>1160</sup>, est apparaît à cet égard comme une œuvre contre-révolutionnaire<sup>1161</sup>.

Enfin, la restauration du principe de validité des clauses compromissoires en droit de la famille se justifie par le rapprochement des domaines du compromis et de la clause compromissoire. Dès lors, l'on ne peut que déplorer l'occasion manquée, par la réforme du 18 novembre 2016, d'une réécriture de l'article 2060 du Code civil afin de le faire correspondre à la réalité du droit de l'arbitrage. Une telle réforme aurait été un signal positif adressé à la pratique ainsi qu'aux justiciables. On peut comprendre que le législateur, d'alors, ait estimé que le contexte ne s'y prêtait guère. Néanmoins, depuis lors, un nouveau contexte favorable s'est substitué à l'ancien, ce qui justifie d'autant une évolution des textes. Quoi qu'il en soit, en attendant une réforme de la réforme, il appartient à la pratique de se saisir de l'opportunité ainsi conférée par la modification de l'article 2061.

#### CONCLUSION DE CHAPITRE

**248.** — L'aménagement conventionnel de la compétence du juge est devenu un domaine d'intérêt grandissant de la matière familiale. Cette influence du contrat dans la détermination volontaire de la compétence est d'abord le fait d'une influence externe. Elle résulte de l'ambition de prévisibilité des solutions qui caractérisent le droit international privé de la famille. L'aménagement anticipé de la compétence suit la même tendance que celle qui s'observe à propos de la détermination de la loi applicable. La consécration des clauses d'élection de for puis l'extension de leur domaine, de même que l'admission du jeu du *forum legis* volontaire en matière familiale favorisent une prise en main inédite du litige en matière familiale. Le rapprochement avec le droit contractuel, bien qu'encore limité, s'observe. En droit interne, ensuite, le parallèle avec le droit des contrats et, plus spécifiquement, la situation des contractants ordinaires permet de contester la légitimité de l'exception familiale en matière d'arbitrage. La limite des matières relevant de l'ordre public, qui

---

<sup>1160</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, *op. cit.*, spéc., n° 142 s., qui souligne comment l'introduction du divorce par les lois révolutionnaires s'accompagna de la création de tribunaux de famille par la grande loi de réorganisation judiciaire des 16-24 août 1790 et qui avaient compétence pour deux des trois cas de divorce introduits par la loi du 20 septembre 1792 (le consentement mutuel et l'incompatibilité d'humeur) ; or, il est admis que ces tribunaux de famille s'inscrivaient dans un système plus général de faveur à l'arbitrage (spéc., n° 153, p. 213) ; Sur les tribunaux de famille sous la révolution, v. COMMAILLE (J.), « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution », in *La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil*, Actes de colloque, THÉRY (I.), BIET (Ch.), dir., préf. J. CARBONNIER, Paris, 1989, p. 274 s. ; HALPÉRIN (J.-L.), « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou "les juristes, comment s'en débarrasser ?" », in *La Famille, la loi, l'État*, *op. cit.*, p. 292 s.

<sup>1161</sup> Le rejet de l'arbitrage en matière familiale est ainsi l'un des symptômes historiques de l'idéologie contre-révolutionnaire, v. not. LOTTES (G.), « Le débat sur le divorce et la formation de l'idéologie contre-révolutionnaire », in *La révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?*, Actes de colloque, VOVELLE (M.), dir., tome 1, p. 317 s.

est énoncée par l'article 2060 du Code civil, reflète imparfaitement les nouveaux espaces de disponibilité, par exemple concernant le divorce, apparus en droit de la famille. C'est en ce sens, par l'alliance des réformes libérales du droit de la famille et de la réforme du droit de l'arbitrage, que peut exister une extension des facultés d'aménagement conventionnel de la compétence en droit de la famille.

## CONCLUSION DE TITRE

249. — La célèbre « loi du rétrécissement continu de la famille », énoncée par Durkheim, ne se limite pas aux seules structures familiales, mais s'étend également au temps de l'institution qu'est la famille. Sans doute est-ce une résultante du phénomène sociétal de globalisation du monde défini comme « contraction du temps et de l'espace »<sup>1162</sup>. L'espace familial se réduit tout autant que le temps familial. Le rétrécissement de la famille autour du noyau conjugal a fortement réduit le phénomène de dilution de l'individu dans le groupe familial. Cette évolution a eu pour corollaire l'indépendance des individus, comme en témoigne la libéralisation continue du divorce. Le temps de la famille est devenu celui des individus, celui qu'ils consentent à lui consacrer. Ce raccourcissement temporel conduit à inscrire l'évolution des relations familiales dans l'ordre du présumable, du prévisible. Ainsi, la séparation est-elle prévisible par les époux, il s'agit d'un risque inhérent au mariage. Au terme de ce titre, notre conviction est confortée. La prévisibilité du devenir de la relation familiale offre aux parties un nouveau degré d'organisation de leurs relations : l'anticipation. Comme en matière contractuelle<sup>1163</sup>, l'imprévisibilité du devenir de la relation familiale n'est plus un obstacle à l'anticipation contractuelle. Cet essor de l'anticipation – elle-même presque constitutive d'une idéologie en germe – participe du mouvement d'extension du contenu du contrat en droit de la famille. Le premier titre de cette partie l'a confirmé à propos de l'organisation de la vie familiale, le présent titre le confirme sur un plan procédural. Sur ce terrain, qu'il s'agisse de l'aménagement de l'action en justice ou de la compétence juridictionnelle, le constat d'une extension de l'influence du contrat est identique.

L'influence du contrat sur le plan de l'organisation procédurale de la relation familiale se constate à double titre. D'abord et de manière certaine, la valorisation de la volonté permet d'influer directement sur l'action en justice. Elle est le fait du législateur qui multiplie les renonciations aux actions en justice censées protéger le bénéfice de droits d'ordre public. Les exemples en droit des successions sont, à cet égard, éloquentes. La jurisprudence emboîte sans complexes le pas à la tendance légale en favorisant la percée de la clause de non-recours en matière matrimoniale qui permet aux époux d'aménager l'existence de l'action en justice. La généralité de cette dernière solution permet, par ailleurs, sa diffusion en dehors du seul cercle familial. Ensuite, l'évolution du droit international privé, par la reconnaissance accrue d'une faculté de stipuler des clauses

---

<sup>1162</sup> Cass., *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, juillet 2021, p. 20.

<sup>1163</sup> V. BARBIER (H.), « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018, p. 379.

attributives de juridictions dans presque tous les domaines de la matière familiale, atteste de la promotion de l'influence du contrat sur la détermination de la compétence juridictionnelle.

À partir de cette tendance certaine, l'on peut former des conjectures quant à l'aménagement sur un plan procédural de la relation familiale. Celles-ci tiennent principalement à l'évolution du droit de la famille et aux principes contemporains qui le sous-tendent. Ainsi, l'affirmation d'un principe général de la recherche de l'amiable et de la solution négociée permet et justifie l'importation, en droit familial, des clauses contractuelles imposant entre les parties une soumission à un processus amiable en cas de survenance d'un litige. Sous réserve du respect de conditions tenant au droit commun des contrats et au droit de la famille, la stipulation anticipée d'une clause de médiation préalable en matière familiale s'envisage parfaitement. Enfin, une évolution similaire s'envisage à propos de la clause compromissoire dont le maintien de l'invalidité de principe à l'article 2061 du Code civil relève d'une incohérence tant au regard de la pratique de l'arbitrage en matière familiale qu'au regard de l'évolution générale du droit de la famille.

Ces constats confirment la thèse d'une diversification et d'une extension de l'influence du contrat sur l'organisation des rapports familiaux. S'agissant du volet procédural, le contrat offre aux membres de la famille des mécanismes de gestion anticipée de leurs litiges. L'action en justice et la compétence juridictionnelle tendent à devenir des espaces d'exercice d'une liberté contractuelle sans cesse renouvelée, révélatrice de la transformation générale de l'ordre public familial en un ordre privé impératif.

## CONCLUSION DE PARTIE

250. — À l'issue de cette première division, la diversité de l'organisation de la relation familiale doit être mise en avant. En premier lieu, le contrat influence l'organisation substantielle de la relation familiale. Il permet aux membres de la famille de définir les modalités de leurs interactions, principalement sur le plan patrimonial, mais également sur un plan personnel par la possibilité d'une maîtrise de la sanction des obligations familiales. En second lieu, le contrat s'affirme comme un instrument au service de la gestion des litiges familiaux. L'anticipation du litige et de son règlement fait ainsi partie des perspectives du droit contemporain de la famille. Il se dégage, alors, de cette pluralité, une tendance de fond du droit de la famille : l'attrait pour l'anticipation contractuelle.

En droit des contrats, c'est désormais un lieu commun d'affirmer que le contrat est un outil de prévision<sup>1164</sup>, une anticipation de l'avenir par les parties<sup>1165</sup>. « Contracter c'est prévoir »<sup>1166</sup> non seulement ce à quoi chacun s'engage, mais, plus encore, la défaillance de chacun dans l'exécution de son engagement. En d'autres termes, non seulement « le contrat organise la situation des parties à venir »<sup>1167</sup>, mais les parties organisent par anticipation l'avenir du contrat, plus précisément de la relation contractuelle. La considération temporelle contribue à enfler le contenu du contrat à travers ses clauses. La sanction de la violation du lien contractuel n'est plus laissée à la seule appréciation étatique, elle procède directement des clauses définissant les remèdes à cette inexécution ; les modalités de sortie comme de poursuite du contrat sont organisées par le contrat lui-même ; enfin, la survenance de conflits est « conscientisée » par le truchement des clauses – procédurales ou substantielles – de règlement des potentiels litiges. Une telle propension se transpose hors les murs du droit des contrats à travers le phénomène de contractualisation et à la faveur de l'émergence de nouveaux domaines pour lesquels le contrat apparaît comme un instrument tant d'organisation que d'anticipation.

---

<sup>1164</sup> LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 s.

<sup>1165</sup> HAURIUO (M.), *Principes de droit public*, 1910, préf. O. BEAUD, rééd. Dalloz, 2010, p. 206 : « le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision » ; LÉCUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », préc. ; PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012.

<sup>1166</sup> RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, rééd. LGDJ, 2010, coll. Anthologie du Droit, n° 84, p. 151.

<sup>1167</sup> GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2020, n° 177.

Tel est le cas de la détermination du comportement des membres de la famille entre eux. À l'origine restreint à un rôle d'aménagement, le contrat en droit de la famille se pare dorénavant de son rôle d'anticipation. En effet, cette utilisation du contrat correspond aux objectifs tant de privatisation que de prévisibilité qui s'imposent en droit contemporain de la famille. Cela n'est, par ailleurs, pas sans faire écho au droit international privé de la famille qui fait, de plus en plus, la part belle à l'action de la volonté. En présence d'un élément d'extranéité, les parties peuvent ainsi influencer, indirectement, le contenu des règles familiales (par le recours aux clauses de loi applicable) ou déterminer la compétence juridictionnelle (par les clauses d'élection de for).

Si le droit interne semble, à certains égards, encore en retrait, c'est moins en raison d'une impossibilité matérielle juridique que d'une emprise culturelle notamment au regard de la pratique. L'anticipation contractuelle offre aux parties une multitude de possibilités concernant l'organisation de la relation familiale. Celles-ci peuvent se regrouper en deux ensembles : les modalités d'organisation substantielle de la relation et, d'autre part, les modalités d'organisation procédurale. L'organisation substantielle implique tant la définition anticipée des effets, patrimoniaux ou personnels, de la relation familiale que l'adaptation anticipée de la relation à la survenance incertaine d'un risque. L'organisation procédurale renvoie à la prévision des modalités de résolution en cas de survenance d'un conflit entre les parties. Dans ces deux volets, la volonté se révèle valorisée. Qu'il s'agisse de définir par contrat le comportement auquel devront s'astreindre les membres de la famille ; d'en aménager, par avance, la sanction de l'inexécution voire de l'excuser ; d'aménager l'exercice du droit d'agir quant aux litiges familiaux, soit par la prévision d'un recours préalable à l'amiable ou, plus, par la neutralisation de l'existence d'une action en justice ; ou, enfin, de déterminer, par anticipation, la compétence juridictionnelle sur un plan international ou interne par la faculté de stipuler une clause compromissoire.

En fin de compte, l'extensibilité du périmètre des clauses contractuelles en droit de la famille enseigne sur la vigueur du diptyque de l'indisponibilité et de la disponibilité dans le droit contemporain de la famille. Logiquement, cette opposition fixait les bornes de la liberté contractuelle dans le domaine familial, en d'autres termes les limites du périmètre des clauses du contrat familial. L'indisponibilité, classiquement attachée à l'ordre public familial, s'efface, dans le droit ou dans les faits, au profit de la disponibilité que permet l'avènement d'un ordre privé impératif. L'ensemble des mécanismes contractuels progressivement intégrés au droit de la famille ou dont l'interprétation s'avère plausible favorise un renouvellement des limites traditionnelles de l'organisation contractuelle de la relation familiale. Aussi, la diversité et la multiplication des moyens d'organisation contractuelle et anticipée de la relation familiale sont des preuves

supplémentaires de l'ère de disponibilité régulée, parfois dérégulée, du droit contemporain de la famille. C'est sur celle-ci que prospère le renouveau de la structuration contractuelle de la famille.



## SECONDE PARTIE

### LA STRUCTURATION DU LIEN FAMILIAL

**251. — De la relation à la structure.** L'antagonisme classique entre le droit de la famille et le droit des obligations, reposant sur la différence d'esprit des deux corps de règles, n'est désormais plus un obstacle à leur mise en relation, si tant est qu'il ne l'ait jamais été. La question a déjà été traitée à propos des liens entre le droit patrimonial de la famille et la théorie générale des obligations<sup>1168</sup>. Elle a, du reste, été confirmée dans la première partie de cette étude, à propos de l'organisation de la relation familiale par le contrat. Plus encore, la pénétration constante du contrat dans la famille conduit à une mutation de son rôle dans le droit de la famille, plus exactement de son opération juridique. Au-delà de la seule organisation des rapports entre les membres de la famille, le contrat s'affirme progressivement comme un instrument de composition et de décomposition de la structure familiale. C'est ce que révèle la seconde application de la notion de contenu du contrat dans le droit de la famille : la détermination de l'opération juridique du contrat. Dans son sens abstrait, la notion de contenu du contrat permet de préciser les liens du contrat et de la structure familiale. La structure familiale étant l'unité familiale composée de personnes unies par un lien conjugal ou de parenté et consacré par le droit à l'état civil<sup>1169</sup>. Ainsi, la structure familiale peut être de parenté (la filiation) ou de couple (le mariage et le partenariat)<sup>1170</sup>. La finalité du contrat n'est alors plus d'influencer la détermination du « comportement que doivent adopter les membres de la famille »<sup>1171</sup>, mais de faire ou de défaire une structure.

**252. — L'établissement d'une structure familiale par le contrat.** Si elle est une réalité historique du droit, l'idée que le contrat puisse avoir pour objet direct un lien de famille, une structure familiale, a longtemps été rejetée par le droit français moderne<sup>1172</sup>. Sans doute que la conception mercantile traditionnelle du contrat y était pour beaucoup. Par tradition, il existe « dans toutes les sociétés des “tabous”, des “choses sacrées”, des “interdits fondateurs” qui échappent à

---

<sup>1168</sup> V. LÉCUYER (H.), *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, Thèse, Paris 2, 1993.

<sup>1169</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 122.

<sup>1170</sup> Compte tenu de l'appréhension du concubinage comme un fait juridique, il est difficile de le ranger au même titre que le mariage et le partenariat en tant que structure conjugale. Le concubinage n'a ainsi aucune véritable reconnaissance juridique, du moins dans le droit de la famille strict : la définition de l'article 515-8 du Code civil est « sommaire et elle est loin de constituer un véritable statut. Il n'existe pas de régime matrimonial entre concubins et la jurisprudence civile doit recourir aux techniques de droit commun pour régler au mieux les difficultés qui ne manquent pas de surgir lors de cessation du concubinage par rupture ou par décès. Cependant, en matière de droits sociaux, les textes et la jurisprudence administrative tendent à aligner progressivement la situation des concubins sur celle des époux. », v. LEMOULAND (J.-J.), v° « Famille », *Rép. civ.* Dalloz, n° 18. Ainsi, le lien conjugal du concubinage est un lien de fait qui intéresse le droit puisque celui-ci, comme à tout fait juridique, lui attache des effets de droit (v. C. civ., art. 1100-2).

<sup>1171</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 44.

<sup>1172</sup> On rappellera l'exception de l'adoption qui, jusqu'à la loi de 1966, resta fondée sur un contrat.

l'emprise du marché »<sup>1173</sup>. Aussi le lien familial était-il tenu hors de portée du contrat. Néanmoins, c'est à ce propos que le rapport d'influence entre le lien familial et le lien contractuel a connu une évolution significative au profit du contrat. La « propension qu'a aujourd'hui le marché à s'assujettir des domaines [...] dont on pouvait penser qu'ils relevaient d'une autre logique »<sup>1174</sup> est une explication régulière de cette évolution. En un mot, l'influence de la structure familiale sur le contenu du contrat tend à se résorber progressivement, tandis que s'accroît l'influence du contrat sur la structure familiale, marquant l'essor d'une véritable structuration de la famille par le contrat. Plus que la création de nouvelles figures contractuelles, le mouvement de contractualisation de la famille a conféré une tonalité contractuelle au langage du droit de la famille<sup>1175</sup>. D'ordinaire hors du commerce juridique<sup>1176</sup>, puisqu'extrapatrimonial et ne pouvant faire l'objet d'une patrimonialisation à la différence d'autres attributs de la personnalité<sup>1177</sup>, le lien familial s'extirpe lentement de la typologie des choses hors du commerce<sup>1178</sup> ; le projet de famille peut, par exemple, faire l'objet d'un contrat, au point que d'aucuns imaginent une prochaine commercialité dans toutes ses dimensions<sup>1179</sup>. Toutefois, sans réfuter entièrement cette réification du projet de famille, il est permis de la nuancer fortement au regard de la rareté de ses illustrations en droit français<sup>1180</sup>. Cela étant, il n'est pas contestable que le « contrat [s'affirme comme] l'instrument juridique adéquat de la "famille nouvelle" »<sup>1181</sup>. Cette circonstance se justifie certainement par l'effacement d'une certaine conception publique de la famille : comme l'affirmait Portalis, « une société n'est point composée d'individus isolés et épars ; c'est un assemblage de familles. [...]. Les familles sont formées par le mariage. Le mariage est de l'institution même de la nature. Il a une trop grande influence sur la destinée des hommes, et sur la propagation de l'espèce humaine, pour que les

<sup>1173</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (Fr.), *Droit civil. Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 55, p. 37.

<sup>1174</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (Fr.), *op. cit., ibid.* Adde FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le modèle du marché », *Arch. phil. dr.* 1996, p. 287 s. ; *id.*, « Une famille à sa main », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 249.

<sup>1175</sup> Sur le langage du droit de la famille en général, v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 144 s.

<sup>1176</sup> Au sens de l'article 1128 [ancien] du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

<sup>1177</sup> C'est le cas des éléments détachables de la personne, de son corps ou de sa personnalité, et qui peuvent faire l'objet d'une réification, v. ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 41 s. ; v. LOISEAU (G.), *Le nom, objet d'un contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1997.

<sup>1178</sup> V. LOISEAU (G.), « La typologie des choses hors commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

<sup>1179</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Une famille à sa main », art. préc.

<sup>1180</sup> En droit positif, seule la réglementation du courtage matrimonial permet de l'illustrer, v. TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *Droit civil : La famille*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 102. Dans le domaine parental, le risque du parent créateur et de l'enfant sur mesure est fortement étouffé par la préservation de l'éthique du don (sur un aspect philosophique et de droit comparé, v. SANDEL (M. J.), *Contre la perfection. Les enjeux éthiques de la génétique*, Flammarion, Champs essais, 2022, p. 57 s.) ; notamment dans le champ de la procréation assistée qui n'évacue pour autant pas toutes les interrogations et inquiétudes quant à l'eugénisme (v. TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n°855 s. ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, LexisNexis, n° 868 s. ; LEROYER (A.-M.), *Droit de la famille*, PUF, 2022, n° 939). Du reste, quand bien même serait-elle vacillante la prohibition de la gestation pour autrui, qui soulève communément la crainte d'une marchandisation du corps, est encore présente en droit positif.

<sup>1181</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Une famille à sa main », art. préc., spéc. p. 251.

législateurs l'abandonnent à la licence des passions »<sup>1182</sup>. Dès lors que la famille était considérée comme la fondation de la société, il ne pouvait être question d'y autoriser un rôle du contrat, alors conçu comme l'instrument de satisfaction des besoins illimités des hommes<sup>1183</sup>. Or, le statut familial, en tant qu'élément de l'état des personnes, mute en même temps que « la conception traditionnelle de l'identité juridique de la personne [qui se transforme] sous l'influence d'un individualisme de singularité [qui] donne lieu, sur le plan juridique, à des revendications de chacun de choisir les éléments de son identité juridique [...]. La fonction [de police d'identification] assignée à l'état des personnes s'en trouve bouleversée puisque cet état est désormais sommé de participer à rendre effectif un droit à l'épanouissement personnel »<sup>1184</sup>. En même temps que la volonté permet à chacun de choisir son identité, le contrat en droit de la famille est un instrument de satisfaction du pluralisme et d'une disponibilité du statut familial.

C'est à ce titre que nous soutenons la thèse d'un essor d'une fonction spécifique du contrat en droit de la famille, la structuration du lien familial. Cette fonction s'accomplit dans les deux dimensions d'existence des structures familiales : la parenté et le couple. En s'affirmant comme alternative à la solution étatique, le contrat contribue au processus d'établissement ou d'extinction d'un lien familial, d'une structure familiale. La structuration est une fonction naturelle du contrat. Par exemple, c'est par un contrat de distribution<sup>1185</sup> que l'on structure un réseau de distribution ; de même, le contrat de société structure un groupe de personnes que le droit consacre en lui attribuant la personnalité morale<sup>1186</sup>. En droit de la famille, la singularité du contrat de structuration est qu'il emporte la transformation de l'état des personnes concernées par le contrat, donc de leur état civil<sup>1187</sup>.

Cette tendance est une des raisons qui expliquent la mutation en profondeur de la conception traditionnelle de l'état civil<sup>1188</sup>. La subjectivisation de l'état des personnes, morcelé en un agrégat

<sup>1182</sup> PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours de présentation du Code civil », in *Discours et rapports sur le Code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010, p. 102-103.

<sup>1183</sup> V. PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, FENET (P.-A.), p. 509.

<sup>1184</sup> ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 47 et p. 51 s.

<sup>1185</sup> Sur les contrats organisant une distribution, v. HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial*, 5<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 1033 s.

<sup>1186</sup> Sur la reconnaissance de la personnalité morale des groupes de personnes, v. ROCHFELD (J.), *op. cit.*, p. 106 s.

<sup>1187</sup> C'est à ce titre que les conventions de concubinage sont exclues des discussions à venir : les conventions de concubinage sont nettement assimilables à des conventions cadres, comportant de simples directives indicatives à la force obligatoire limitée ; en quelque sorte des déclarations d'intention, dont la portée est limitée à l'égard des tiers, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions (STORCK (M.), « Les contrats de concubinage », *LPA* 16 mai 1988, p. 75). Les concubins ne peuvent, par exemple, pas recréer conventionnellement des dispositions exorbitantes de droit commun propres aux autres statuts conjugaux que sont le pacs et le mariage, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *RJPF* 2006-9/49, obs. S. VALORY ; *Dr. fam.* 2006, comm. 155, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2006. 740, obs. J. HAUSER.

<sup>1188</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, 14<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 39.

de droits subjectifs soumis à l'empire de la volonté des personnes<sup>1189</sup>, efface progressivement la fonction de police longtemps assumée par l'état civil, dont les modifications sont de moins en moins soumises au contrôle du juge et dont les actes sont plus que jamais envahis par le *moi*<sup>1190</sup>. S'il conserve, pourtant, sa fonction de police civile au regard des situations internationales<sup>1191</sup>, celle-ci n'en est pas moins contrariée par les règles du droit international qui reconnaissent aux individus un droit fondamental à l'identité et à la vie privée et familiale et qui, en droit de la famille, conduisent à conférer à la volonté, c'est-à-dire au contrat, un rôle éminent dans l'établissement d'une structure familiale.

La tendance à une structuration du lien familial par le contrat s'observe simultanément dans les structures familiales conjugales et de parenté. La discussion ne se fera pourtant pas sous une approche d'ensemble ; la raison est que la perspective d'une structuration contractuelle du lien familial ne soulève pas les mêmes problématiques selon qu'il s'agit du couple ou de la filiation. La structure conjugale tolère plus naturellement une action du contrat : la perturbation des principes du droit de la famille est moins perceptible, voire minime. L'entrée dans la famille par le couple n'a d'ailleurs jamais cessé d'être consensuelle. C'est en définitive l'ampleur des conséquences du principe consensualiste dans la composition ou décomposition du couple qui varie selon les époques. Le droit cède plus facilement au rôle du contrat d'autant qu'il intervient entre des individus, en principe, capables. À l'inverse, la reconnaissance et le développement d'une action du contrat en matière de filiation bouleversent plus nettement les conceptions profondes tant en droit de la famille qu'en droit des personnes. Une telle tendance force l'ensemble du droit à repenser les principes fondamentaux touchant à l'être. C'est, en effet, un défi pour le droit d'être confronté à un objet contractuel nouveau : la filiation d'un enfant à naître.

Aussi nous attacherons-nous à démontrer le renouvellement de l'influence du contrat sur l'établissement d'une structure familiale conjugale (**Titre premier**). Cette assertion sera, ensuite,

---

<sup>1189</sup> V. par ex., MUSSO (A.), *La disponibilité du statut personnel et familial*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2020 ; MALLET-BRICOURT (B.), FAVARION (TH.), dir., *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015.

<sup>1190</sup> Sur l'état civil comme livre de l'identité, v. AUDIER (J.), « Vie privée et actes de l'état civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, PUAM, 1979, p. 1 s. ; CARBONNIER (J.), « L'État dans une vision civiliste » *Droits* 1992, n° 15, p. 33 s. ; FINE (A.), dir., *État civils en question, papier, identités, sentiments de soi*, Éditions du CTHS, 2008 ; MONTAGNE (P.), « Les fonctions de l'état civil », in *Actes du colloque de la commission internationale de l'état civil*, Strasbourg, 2009 ; TOURAINE (A.), « État civil, identité et identification », in *Actes du colloque de la commission internationale de l'état civil*, Strasbourg, 2009 ; NEIRINCK (C.), dir., *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ, 2008 ; LEROYER (A.-M.), « La notion d'état des personnes », in *Rupture, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 247 s.

<sup>1191</sup> V. LEROYER (A.-M.), « Les métamorphoses de l'état civil », in *Les métamorphoses du droit des personnes*, TEYSSIE (B.), dir., LexisNexis, 2023, p. 295 s.

confirmée par la démonstration de la reconnaissance de l'établissement contractuel de la structure familiale de parenté (**Titre second**).



## TITRE PREMIER – LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DU COUPLE

253. — L'étude de l'influence du contrat sur le lien familial témoigne de la conjecture contemporaine du droit de la famille. L'évolution de l'influence du contrat dans l'établissement des structures traditionnelles du droit de la famille s'explique, en partie, par les mutations qui les jalonnent. Aussi, selon un avis de plus en plus partagé, le modèle dominant de la famille traditionnelle serait mort<sup>1192</sup>. Les raisons de cette mort annoncée de la famille sont multiples, mais peuvent être résumées, à grands traits, comme étant d'ordre philosophique et sociologique. Philosophiquement, la mutation de la famille s'expliquerait par la mutation de ses fondements naturels. Le rapport de force entre les deux pôles de la famille (le groupe et l'individu) serait inversé : le pivot de la famille n'est plus le groupe, mais l'individu qui, progressivement, s'« affranchi[t] de la tutelle familiale »<sup>1193</sup>. Sociologiquement, la mutation de la famille s'explique par la pluralité des faits familiaux. En effet, « les impératifs économiques, la circulation accrue des personnes, l'égalité homme-femme et la reconnaissance des sexualités minoritaires ont changé en profondeur les agencements familiaux »<sup>1194</sup>. Ces mutations expliquent la crise contemporaine que traverse le droit de la famille. Elle résulte de la préoccupation de répondre par le droit aux principales tensions sociales qui traversent la famille et plus spécifiquement le couple : « la famille devient moderne en raison de la montée l'individualisme et du croissant de l'affectif dans les relations »<sup>1195</sup>. Cette libéralisation a naturellement été prépondérante dans les relations familiales conjugales. Contesté dans ses modes classiques d'établissement des structures familiales, le droit de la famille n'a eu, en retour, de cesse que d'étendre le rôle du contrat dans la construction de la structure familiale. Dans un tel contexte, le contrat s'affirme comme un instrument juridique fondamental de composition et de décomposition du couple. C'est donc le renouveau de la structuration du lien familial par le contrat dans les relations conjugales qui occupera le premier temps de nos développements (**Chapitre premier**). Une fois cela constaté, il s'agira d'en démontrer l'extension. Par conséquent, la seconde phase de l'analyse consistera à présenter les raisons de

---

<sup>1192</sup> V. COOPER (D.), *Mort de la famille*, Éditions du Seuil, Points essais, 1975, qui analyse le rapport de l'individu à la famille – et plus généralement à la société – en un rapport d'aliénation ; la famille ainsi que toutes les structures de la société construites à partir de son inspiration seraient ainsi des obstacles à l'individualité de l'individu, c'est-à-dire à son développement et à son épanouissement, en tant que structures aliénantes de l'individu ; comp. LASCH (Ch.), *La culture du narcissisme*, *op. cit.*, spéc., p. 247 s., qui observe, à l'inverse, la cause du déclin du modèle traditionnel familial dans ce qu'il nomme le « transfert des fonctions » d'éducation de la cellule familiale à diverses institutions extérieures à cette dernière (c'est l'invasion de la famille par la société sous prétexte de lutter contre un environnement familial favorisant l'individualisme au détriment de la sociabilité et de la coopération) ; paradoxalement, c'est cette invasion du rôle de parent par la société qui a permis l'invasion de la famille par un individualisme destructeur (narcissisme).

<sup>1193</sup> MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 36.

<sup>1194</sup> BORRILLO (D.), *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, préf. G. KÆNIG, PUF, 2018, préf., p. 11.

<sup>1195</sup> SINGLY (F. DE), *Sociologie des familles contemporaines*, 7<sup>e</sup> éd., 2023, Armand Colin, p. 17.

l'ampleur nouvelle prise par cette opération juridique contractuelle notamment en matière de divorce où le législateur contemporain a consacré une extinction contractuelle du lien matrimonial, procédant à un alignement du mariage sur le PACS. (**Chapitre second**).

## CHAPITRE PREMIER – LE RENOUVEAU DE LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DU LIEN CONJUGAL

**254. — Du sous-entendu à l'explicite.** Traditionnellement et historiquement, c'est dans le mariage que l'on peut situer l'embryon d'une structuration familiale contractuelle. En effet, au fondement de l'union matrimoniale se trouve un accord de volonté qui confère, d'emblée, au mariage une dimension contractuelle. En contractant un mariage, les parties, non seulement adhèrent à un corps de règles, traditionnellement statutaire, mais consentent à une modification de leur état civil. D'une certaine manière, la modification de l'état de la personne des époux n'est qu'une conséquence directe de leur consentement au mariage. Partant, c'est donc un accord de volontés, un contrat, entre les époux, qui fait naître la structure familiale du couple. Longtemps, cette fonction du contrat de structuration de la famille a été éclipsée par la pesanteur de la dimension institutionnelle traditionnelle du mariage. Son évolution contemporaine tend à en dévoiler l'existence en renforçant, quant au régime du mariage, les incidences de sa nature contractuelle. Dans le même temps, la fonction contractuelle de structuration de la famille se distingue plus ostensiblement à propos de la structure conjugale du PACS. Comme le mariage, mais plus explicitement, l'accord de volontés des partenaires a pour effet une modification de leur état civil. Les contours et la spécificité de la structuration contractuelle en droit de la famille apparaissent : le contrat structure la famille dès lors qu'il contribue à l'établissement d'un lien familial par la modification l'état civil des personnes parties à l'acte. Alors qu'une telle fonction a, traditionnellement, été reléguée dans l'arrière-plan des modalités d'établissement d'une structure familiale, son dévoilement progressif renouvelle l'influence du contrat sur le lien familial tant dans le mariage (**Section 1**) que dans le pacs (**Section 2**). Elle témoigne d'un renouveau du principe consensualiste – du moins de ses implications – dans la structuration du couple qui, de plus en plus, se fait et se défait par le pur échange des consentements. Le contrôle de la personne publique, dans ces nouveaux espaces de liberté, se limitant à enregistrer – comme dans l'établissement ou la dissolution du PACS – et veiller à la protection des droits et libertés de chacun des individus – par exemple, dans le mariage ou dans le divorce par acte sous seing privé.

### *Section 1. La structuration implicite du lien matrimonial*

**255. — Le renouveau de l'analyse contractuelle du mariage.** Tout d'abord, c'est la persistance historique d'un substrat contractuel du mariage qui permet d'affirmer l'existence voilée de l'opération de structuration contractuelle dans le mariage (§ I). Ensuite, les réformes

contemporaines du droit de la famille ont, selon le principe des vases communicants, conduit à affaiblir la dimension institutionnelle du mariage et à étendre sa dimension contractuelle. Plus que jamais réceptif à l'analyse contractuelle, le mariage n'en demeure pas moins un contrat particulier ayant pour finalité la création d'une structure familiale (§ II).

### § I. Le contrat, fondement dissimulé du lien matrimonial

**256.** — L'existence voilée d'une structuration par le contrat dans le mariage ne peut être décrite sans une présentation concise de ses fondements historiques (A). Ces dernières permettent de comprendre la mutation opérée au sein même de cette structuration contractuelle dans le mariage et ses perspectives d'évolution (B).

#### A. Les aspects historiques

**257.** — **La laïcisation du mariage par le contrat.** Que ce soit dans la littérature commune ou dans la littérature juridique, bien peu dénie au mariage sa dimension contractuelle. Pour la raison que c'est à partir de cette nature contractuelle que s'est forgée notre conception du mariage<sup>1196</sup>. Cristallisée par le droit canonique<sup>1197</sup> – à travers la doctrine du mariage-contrat<sup>1198</sup> – la nature contractuelle du mariage sera reprise par les partisans d'une laïcisation du mariage. À cet égard, la pensée de Voltaire, selon qui « le mariage peut [...] subsister avec tous ses effets naturels et civils, indépendamment de la cérémonie religieuse »<sup>1199</sup>, fut juridiquement consacrée par la Constitution de 1791 qui ne considéra le mariage que « comme un contrat civil »<sup>1200</sup>. Par la suite, la loi du 20 septembre 1792<sup>1201</sup> en tira toutes les conséquences en autorisant tant le divorce par consentement mutuel<sup>1202</sup> que le divorce unilatéral « sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère »<sup>1203</sup>. Cette loi constituait une première acmé de la philosophie libérale dans le domaine matrimonial en alliant la dimension contractuelle du mariage, héritée de la doctrine canonique, à « l'idée de liberté individuelle, droit naturel et inaliénable, consacrée par la Déclaration des Droits de l'Homme »<sup>1204</sup>. Cependant, dès cet instant, toutes les évolutions du droit de la famille ne se firent

<sup>1196</sup> V. CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, op. cit., n<sup>os</sup> 522, 523 et 524 ; MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), op. cit., n<sup>o</sup> 128 s.

<sup>1197</sup> V. GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, Les éditions du Cerf, 1987, p. 191 s.

<sup>1198</sup> Pour une présentation et une critique de cette doctrine v. WERCKMEISTER (J.), « L'apparition de la doctrine du mariage-contrat dans le droit canonique du XII<sup>e</sup> siècle », *Revue de droit canonique* 2003, p. 5.

<sup>1199</sup> VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, v<sup>o</sup> « Droit canonique ».

<sup>1200</sup> Constitution de 1791, Titre II, art. 7 ; v. également GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, op. cit., p. 384 ; CASTALDO (A.), MAUSEN (Y.), *Introduction historique au droit*, op. cit., n<sup>o</sup> 1981.

<sup>1201</sup> Loi du 20 sept. 1792 sur les causes, le mode et les effets du divorce.

<sup>1202</sup> Loi du 20 sept. 1792, préc., art. 2 : « Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux ».

<sup>1203</sup> Loi du 20 sept., préc., art. 3.

<sup>1204</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-Th.), *La personne, la famille et le droit. 1969-1998 : Trois décennies de mutation en occident*, préf. G. CORNU, Bruylant – LGDJ, 1999, p. 38, spéc., note n<sup>o</sup> 16.

qu'à rebours de la philosophie libérale issue de la Constitution de 1791<sup>1205</sup>. Jusqu'au début du XXe siècle, la dimension contractuelle du mariage ne fit que s'affaiblir au profit de son caractère institutionnel. « Le mariage devait progressivement [devenir] une véritable institution laïque [créant] une union des personnes et des biens que la loi soustrait, dans ses traits essentiels, à la libre disposition des époux, en leur conférant le caractère d'ordre public »<sup>1206</sup>. Le débat sur la nature du mariage devait toutefois renaître au début du XXe siècle, probablement à la suite de la loi Naquet du 27 juillet 1884 qui rétablit le divorce en reprenant la doctrine du mariage-contrat. L'issue de la controverse est connue. La défense de la nature institutionnelle du mariage, fortement assise, se solidifia grâce à l'apport de la pensée de Maurice Hauriou et la théorie de l'institution<sup>1207</sup>. En résumant la pensée alors dominante, on pouvait estimer que « la liberté essentielle du mariage réside sans doute dans le consentement conjugal. L'individu peut accepter ou refuser l'état de mariage, librement choisir le conjoint qui lui plaît ; mais ce choix exercé, il est soumis à un statut légal qui s'impose à lui, sans qu'il puisse le modifier »<sup>1208</sup>. Autrement dit, le mariage demeurait un contrat puisqu'il résultait d'un accord de volonté. Dans le même temps, il paraissait impossible de le réduire au contrat tant ses effets et sa dissolution dépendaient de la loi, donc d'un statut d'ordre public.

**258. — La politisation du mariage par le refoulement du contrat.** Ainsi, l'apport majeur du mouvement de sécularisation du mariage<sup>1209</sup> fut de mettre un terme à la plénitude juridique exercée par l'Église sur l'institution matrimoniale<sup>1210</sup>. Ce but ne fut atteint qu'en rejetant l'aspect sacramentel du mariage au profit de son caractère contractuel. L'aboutissement de la sécularisation du mariage fut de lier indissolublement le mariage et le contrat. Mais dès l'instant même où la loi « considère le mariage comme un contrat civil »<sup>1211</sup> se pose la question de la finalité ou de la fonction d'un tel contrat. On trouve trace de cette préoccupation dans les écrits de Pothier. Dans son analyse du contrat de mariage, il observait que le mariage « étant le plus excellent et le plus ancien de tous les contrats [il est] celui qui intéresse le plus la société civile »<sup>1212</sup>. La fonction du contrat, sa finalité, figure au premier plan de son raisonnement puisqu'il ajoutait que « la principale [fin du

<sup>1205</sup> Sans l'abolir, le Code Napoléon restreint fortement les possibilités de divorces, notamment en supprimant le divorce unilatéral. Plus encore, le régime de la Restauration marque le retour de l'indissolubilité du mariage et abolit purement et simplement le divorce par la loi Bonald du 8 mai 1816.

<sup>1206</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-TH.), *La personne, la famille et le droit...*, *op. cit.*, p. 39 s.

<sup>1207</sup> Sur une synthèse de la construction de la théorie de l'institution par Maurice Hauriou, v. BRODERICK (J. A.), « La notion d' "institution" de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 143 s.

<sup>1208</sup> MALAURIE (PH.), « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Arch. phil. dr.* 1975, spéc., p. 20.

<sup>1209</sup> Sur cette question v. GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, *op. cit.*, spéc. p. 375 s. qui retrace la genèse du mouvement de sécularisation tant en Europe qu'en France.

<sup>1210</sup> V. MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 131.

<sup>1211</sup> Constitution de 1791, art. 7.

<sup>1212</sup> POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mariage*, Œuvres complètes de Pothier, Tome X, Éd. Thomine et Fortic, spéc., n° 1.

mariage] est la procréation des enfants »<sup>1213</sup>. Par où l'on constate l'idée d'une fonction sociale du mariage-contrat (ou du contrat). Celle qui justifie le droit du législateur de « légiférer et de juger en cette matière [pour] marquer l'importance que présentait le mariage, base de la famille, pour l'État, garant de l'ordre social »<sup>1214</sup>. En résumé, au paroxysme du mouvement de sécularisation du mariage – que l'on identifie, généralement, aux législations révolutionnaires<sup>1215</sup> – le mariage est un contrat civil doté d'une fonction héritée de son origine religieuse, celle d'organiser la famille. Si la période postrévolutionnaire – notamment, le Code Napoléon – devait aboutir à en affaiblir la dimension contractuelle, en le transformant en une « véritable institution laïque »<sup>1216</sup>, jamais l'opération contractuelle de structuration du mariage ne sera remise en cause. Au contraire, celle-ci servira au renforcement de la nature institutionnelle du mariage<sup>1217</sup>. Dorénavant, cette vision institutionnelle du mariage, vecteur d'une conception publique et non individualiste de l'institution matrimoniale, semble connaître un reflux. On a démontré que ce recul de l'aspect institutionnel du mariage est principalement une affaire de mœurs, de sociologie<sup>1218</sup> qui s'explique, entre autres, par la « récusation de l'idée même de statut et surtout la survalorisation de la réalité affective du couple »<sup>1219</sup>. Bien loin du mythe d'une simple adaptation à ces évolutions des mentalités, force est de constater que le droit contemporain de la famille s'est fait l'écho de ces revendications sociales en entamant une mutation d'où il ressort un dévoilement de la structuration contractuelle dans le mariage.

### ***B. Les perspectives d'évolution***

**259. — Le recentrage sur le couple.** La structuration contractuelle dans le mariage a perduré dans le droit. En effet, le Code civil, en restant fidèle à une formation contractuelle du mariage, rattache indirectement cette structuration à l'aspect contractuel du mariage. Mais alors qu'il structurait la famille (selon le modèle dominant qui faisait du mariage l'acte fondateur de la famille), le mariage structure désormais, avant tout, le couple. D'une certaine manière, le mariage est un contrat civil

<sup>1213</sup> POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mariage*, op. cit., n° 5. On retrouve la même conception chez Portalis qui conçoit le mariage comme un contrat naturel, perpétuel par sa destination, entre l'homme et la femme qui a pour fin la procréation et l'éducation des enfants : « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PORTALIS (J.-E.-M.), PUAM, 1988, p. 36 s.

<sup>1214</sup> GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, op. cit., p. 381.

<sup>1215</sup> GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, op. cit., p. 375.

<sup>1216</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-TH.), *La personne, la famille et le droit...*, op. cit., p. 39.

<sup>1217</sup> V. PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours de présentation du Code civil », in *Discours et rapports sur le Code civil*, Presses universitaires de Caen, 2010, p. 102-103 : « Le mariage est de l'institution même de la nature. Il a une trop grande influence sur la destinée des hommes, et sur la propagation de l'espèce humaine, pour que les législateurs l'abandonnent à la licence des passions ».

<sup>1218</sup> V. ROUSSEL (L.), et BOURGUIGNON (O.), *Génération nouvelles et mariage traditionnel. Enquête auprès de jeunes de 18-30 ans*, préf. A. GIRARD, INED/PUF, Coll. Cahiers, n° 86, 1979 ; ROUSSEL (L.), « Génération nouvelles et mariage traditionnel. Présentation d'un cahier de l'INED », *Population* 1979, p. 141 s.

<sup>1219</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-TH.), *La personne, la famille et le droit...*, op. cit., p. 40.

institutionnalisé qui a pour finalité de lier deux individus<sup>1220</sup> et, ainsi, de donner naissance à la structure familiale du couple auquel la loi attache des effets. Cette réflexion pourrait à l'avenir servir de point de départ à un renouvellement du statut du couple marié. Elle pourrait ainsi permettre de mettre en concordance le droit du mariage et la réalité sociologique contemporaine qui ne voit plus le mariage comme un début – l'entrée dans la vie adulte – mais comme une fin, l'instant de parachèvement du couple<sup>1221</sup>. L'une des innovations serait de distinguer plus clairement le régime parental du régime conjugal. Une telle distinction trouve sa justification dans la déconnexion avérée du mariage et de la procréation qui a entraîné un changement de la « fonction [du mariage] dans l'organisation sociale tout entière »<sup>1222</sup>. En définitive, la préservation du mariage ne peut plus se faire par « la négation de sa nature contractuelle [...]. Aujourd'hui, l'urgence est d'en obtenir la reconnaissance et la réhabilitation en tant que contrat »<sup>1223</sup>. Arrivé à ce point de la réflexion, il n'est pas inutile de se référer à l'évolution de certains systèmes de droits étrangers, proches du nôtre, qui semblent prêts à franchir ce pas.

**260. — Les perspectives en droit comparé : le modèle québécois.** À titre de comparaison, la réhabilitation de la nature contractuelle du mariage est au cœur du projet de réforme du droit de la famille québécois auquel l'on peut se référer compte tenu de sa proximité avec notre droit français de la famille<sup>1224</sup>. Ce projet reprend, entre autres, les recommandations du comité Roy toutes orientées vers l'adaptation du droit de la famille aux nouvelles réalités conjugales et familiales<sup>1225</sup>. Il est ainsi prévu de faire cohabiter dans le Code civil du Québec un régime parental impératif et

<sup>1220</sup> V. SÉRIAUX (A.), *Le droit. Une introduction*, 1997, Ellipses, n° 125, p. 110 qui identifie dans la sphère contractuelle le domaine de l'alliance, en complément de celui de l'échange. Dès lors, l'alliance en tant que catégorie à part entière du contrat permet de reconnaître au mariage une qualité contractuelle. *Adde* LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. préc., n° 389.

<sup>1221</sup> V. KAUFMANN (J.-C.), *Sociologie du couple*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, PUF, coll. Que sais-je ?, p. 48 s. qui démontre combien le mariage traditionnel, conçu comme acte fondateur du couple (de la famille), se conjugue difficilement aux aspirations contemporaines de la jeunesse qui s'articulent autour de la liberté individuelle tant dans l'installation progressive du couple – « le couple est amené à s'installer lentement » ce qui suppose une légèreté des engagements dans les premiers temps de la vie conjugale – que dans le pouvoir de se retirer lorsque le lien progressivement construit ne correspond plus à l'idéal préconçu. Le mariage « fondait le couple ; il tend de plus en plus à le parachever ». *Adde* BOLOGNE (J.-C.), *Histoire du couple*, *op. cit.*, spéc., p. 241 qui observe, du point de vue de l'histoire, que le mariage « peut devenir le point final d'un long concubinage ».

<sup>1222</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>1223</sup> LÉCUYER (H.), « Mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001, p. 65.

<sup>1224</sup> Projet de loi n° 2 du 21 oct. 2021, portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil. Le mouvement est d'ores et déjà initiée par l'adoption le 31 mai 2023 d'une loi en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui.

<sup>1225</sup> ROY (A.), dir., *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Juin 2015.

un régime conjugal<sup>1226</sup>. De manière plus innovante encore, les propositions du comité visent à renforcer la dimension contractuelle du mariage en posant une distinction entre le consentement au mariage et le consentement aux effets légaux du mariage<sup>1227</sup>. Par exemple, il est ainsi proposé de permettre aux époux de déroger à la règle de la proportionnalité dans la contribution aux charges du mariage – preuve, sur ce point, de l’avant-gardisme du droit de la famille français qui est, d’ores et déjà, bien plus engagé sur la voie contractuelle<sup>1228</sup>. Les propositions de réforme concernant la protection du logement familial paraissent bien plus novatrices. Le comité québécois émet, ainsi, l’idée qu’il soit permis aux époux de se « soustraire aux mesures de protection de la résidence familiale d’un commun accord, que ce soit avant ou pendant le mariage »<sup>1229</sup>. En droit français, cela reviendrait à exclure, par contrat, la protection offerte par l’article 215, alinéa 3<sup>e</sup>, du Code civil. On demeure dubitatif sur le progrès que constituerait une telle réforme qui aboutirait à instaurer une inégalité, en considération du patrimoine, entre les époux. Pour l’époux non-proprétaire et plus dépendant financièrement qui se verrait ainsi imposer le choix de la résidence familiale, il en résulterait une précarité de sa jouissance du logement de la famille. Cette dernière étant, de fait, conditionnée à la bonne entente des époux. Il suffit pour s’en convaincre de songer aux hypothèses de crise conjugale telles que la séparation de fait ou l’instance de divorce en cours entre les époux pendant lesquelles « il y a particulièrement lieu d’assurer la protection du conjoint »<sup>1230</sup>. Sur un autre plan, on peut également citer la suppression du mandat présumé entre époux et, surtout, de la responsabilité solidaire à l’égard des dettes du ménage en renvoyant aux époux le soin de conclure entre eux un mandat de représentation du droit commun<sup>1231</sup>. Seules les questions alimentaires (l’obligation alimentaire entre époux, le devoir de secours et la prestation compensatoire) semblent échapper à la possibilité d’un droit de retrait (*opt-out*) contractuel des époux. Mais ces exceptions ne s’expliquent, en l’occurrence, que par la spécificité du système juridique québécois et, plus

---

<sup>1226</sup> D’un côté, le régime parental impératif applicable de plein droit à tous les parents d’un enfant commun, peu importe qu’ils soient par ailleurs conjoints l’un de l’autre, et le « régime conjugal » applicable aux conjoints, peu importe qu’ils soient par ailleurs parents d’un enfant commun. Chaque régime s’attache donc à un statut distinct : le régime parental s’attache au statut parental et le régime conjugal s’attache au statut conjugal, l’un et l’autre pouvant évidemment coexister à l’égard des mêmes personnes. Ainsi, les parents d’un enfant commun qui partagent leur vie en mariage ou en union de fait seront à la fois soumis au régime parental impératif et au cadre juridique régissant le mariage ou l’union de fait, selon le cas », v. *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille ...*, préc., p. 99.

<sup>1227</sup> Les motifs invoqués sont les suivants : « rien ne [justifie] que l’on soumette les époux à des droits et des obligations réciproques, au mépris de leur volonté commune [...]. Les époux devraient donc se voir reconnaître le droit d’aménager le cadre juridique de leurs rapports conjugaux en fonction de leurs aspirations particulières, sous réserve de l’ordre public et, le cas échéant, des dispositions du régime parental impératif [...]. Le mariage entraînera d’office l’application de droits et obligations entre les époux, mais ceux-ci pourront toujours s’en soustraire d’un commun accord au moyen d’un contrat de mariage », v. *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille ...*, préc., p. 115.

<sup>1228</sup> V. *supra*, n° 74 s.

<sup>1229</sup> *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille ...*, préc., p. 119.

<sup>1230</sup> TERRÉ (FR.) et SIMLER (Ph.), *op. cit.*, n° 57.

<sup>1231</sup> *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille ...*, préc., p. 128.

spécifiquement, le partage des compétences entre le législateur du Québec et le législateur fédéral<sup>1232</sup>.

Bref, toute cette ouverture au contrat est, cependant, neutralisée en présence d'un enfant. L'esprit de la réforme étant un déplacement général des règles impératives du couple conjugal au couple parental par l'introduction d'un « régime parental d'application impérative »<sup>1233</sup>. En un mot, si les propositions du Comité Roy devaient être adoptées en l'état, le droit de la famille québécois entérinerait l'évolution du mariage vers un pur contrat de structuration du couple. Il n'est, à notre avis, pas incongru d'envisager une pareille évolution, en tant que de raison, quant au droit de la famille français<sup>1234</sup>. Le renforcement de la dimension contractuelle du mariage qui en ressortirait ne serait, d'ailleurs, pas exclusif d'un maintien d'un certain caractère institutionnel, ne serait-ce que par la persistance de l'aspect cérémoniel du mariage. Il ne s'agirait, alors, que d'offrir aux couples qui le désirent un cadre plus souple correspondant aux orientations contemporaines en droit de la famille.

**261. — La réserve quant à l'inspiration du modèle anglais.** Quoi qu'il en soit, de telles évolutions ne pourront advenir qu'à la circonstance sinon d'une mutation du contrat de mariage, du moins de son évolution. Celle-ci tendrait à rapprocher le contrat de mariage français des *prenuptial agreements*<sup>1235</sup> des droits anglo-saxons<sup>1236</sup>. Un tel rapprochement doit, toutefois, moins s'opérer par un alignement sur les droits de *common law* que par un enrichissement des possibilités déjà offertes par le droit français.

En effet, le modèle français offre, par exemple, l'avantage de la sécurité juridique qui fait défaut au *prenuptial agreement* du droit anglais<sup>1237</sup> et qui motive la proposition de réforme du droit des

<sup>1232</sup> Par exemple, sur la question de l'obligation alimentaire v. *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille ...*, préc., p. 125.

<sup>1233</sup> *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille ...*, préc., p. 117.

<sup>1234</sup> V. en ce sens BEIGNIER (B.), « Pour un nouveau Code civil », *D.* 2019, p. 713, qui propose une refondation du Code civil et de son organisation interne plus en accord avec ses mutations contemporaines ; v. la réponse réservée de M. REVET (TH.), « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau Code civil" », *D.* 2019, p. 1011.

<sup>1235</sup> V. Commission générale de terminologie et de néologie, qui définit l'accord pré-nuptial ou le *prenuptial agreement* comme la « Convention passée entre les futurs époux et destinée à fixer les droits de chacun d'eux en cas de dissolution du mariage ».

<sup>1236</sup> V. dans une approche de droit international privé : « Les *prenuptial agreements* et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise » *Dr. fam.* 2015, dossier 28 ; ESKENAZI (D.), « Contrat de mariage et *prenuptial agreements* : une protection efficace ? », *Defrénois* 2015, n° 23, p. 1237 ; CHALAS (Ch.), « Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? », *JDI* 2016, doct. 7.

<sup>1237</sup> V. plus en détail Guédé (X.), « Légalisation des *prenuptial agreements* en droit anglais : au nom de la sécurité juridique des couples », *Dr. & patr.* 202015, n° 246.

régimes matrimoniaux anglais élaborée par la *Law Commission*<sup>1238</sup> qui constate que le manque de force exécutoire des accords pré-nuptiaux, post-nuptiaux ou de séparation des couples en droit anglais ; la Cour Suprême du Royaume-Uni<sup>1239</sup> indique simplement « qu'il convient de leur accorder un "poids décisif", à moins que l'accord ne soit inéquitable »<sup>1240</sup>. Il est ainsi proposé d'introduire en droit anglais une nouvelle catégorie de contrats dénommé *qualifying nuptial agreements* : contrats exécutoires qui permettraient aux couples de prendre des dispositions contraignantes concernant les conséquences financières d'un divorce ou d'une dissolution. La proposition ajoutant que soumettant la qualification de *nuptial agreements* à certaines garanties formelles<sup>1241</sup>. Si une telle réforme advenait, le droit anglais se rapprocherait du droit français des régimes matrimoniaux, mais également du droit américain dans lequel la pratique du *prenuptial agreements* est lourdement encadrée<sup>1242</sup>.

**262. — Une conception française de l'accord pré-nuptial.** Dans sa conception renouvelée, le contrat de mariage à la française serait à même d'offrir aux époux un cadre sécurisé d'exercice de leur liberté contractuelle tant d'aménagement que d'anticipation. Il ne s'agirait plus, uniquement, de fixer les règles patrimoniales devant régir la vie des époux, mais de prévoir, largement, « les compensations financières et alimentaires en cas de divorce »<sup>1243</sup>. On peut ici nuancer l'opposition entre les contrats de mariage français et le *prenuptial agreements* de la *common law*. En effet, si l'avantage, souvent invoqué, des seconds sur les premiers est l'anticipation de la désunion, nous avons pu observer que bon nombre de clauses du contrat de mariage français ne prennent effet, ou ne produisent leur plein effet, que lors de la désunion et non, véritablement, pendant la durée du mariage<sup>1244</sup>. Songeons aux clauses relatives à la liquidation – parfois alternative – du régime matrimonial, aux clauses relatives aux donations entre époux – jugées illicites à tort – ou encore, plus étonnamment, aux clauses de contribution aux charges du mariage<sup>1245</sup>. En outre, le moment de conclusion des deux types de contrat ne diffère guère puisque comme le *prenuptial agreements*, le

<sup>1238</sup> *The Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements*, rapport publié à Londres le 26 février 2014, <https://lawcom.gov.uk/project/matrimonial-property-needs-and-agreements/>

<sup>1239</sup> Décision *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42.

<sup>1240</sup> *The Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements*, rapport préc., p. 3, n° 1.12 (traduction libre).

<sup>1241</sup> *The Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements*, rapport préc., p. 176 s.

<sup>1242</sup> Par exemple, l'exigence d'un délai de réflexion dont la durée varie selon les États, l'obligation d'une assistance de chaque époux par son propre avocat ou encore l'obligation pour chacun d'établir un inventaire détaillé de son patrimoine, v. l'harmonisation opérée par l'*Uniform Law Commission* du *Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA) de 1983 devenu en 2012 le *Uniform Premarital and Marital Agreement Act* (UPMAA) désormais intégré au droit de 28 États des États-Unis d'Amérique.

<sup>1243</sup> PERREAU-SAUSSINE (L.), « Les *prenuptial agreement* et les contrats de mariage : perspective franco-anglaise. Propos introductifs », *Dr. fam.* 2015, dossier 29.

<sup>1244</sup> V. *supra*, n° 101 s.

<sup>1245</sup> Sur ces stipulations, v. *supra*, n° 79 s., et 185 s.

contrat de mariage français fait l'objet d'une conclusion préuptiale<sup>1246</sup>. L'évolution ne peut se faire que dans le sens d'un enrichissement de l'objet concret du contrat de mariage : permettre aux futurs époux « de prévoir les conditions et les conséquences de leur hypothétique désunion avant le mariage »<sup>1247</sup>. Compte tenu de nos observations précédentes, nous ne pouvons que soutenir une telle évolution du contrat de mariage.

Loin de se limiter aux seules conséquences pécuniaires de la vie commune ou de la dissolution, le contrat de mariage renouvelé devrait permettre d'inclure des stipulations relatives aux risques d'inexécution des obligations familiales, éventuellement assorties de clauses pénales. De même, rien n'empêcherait d'y faire figurer les clauses de gestion des litiges telles que les clauses de médiation préalable ou des clauses compromissaires<sup>1248</sup>. En peu de mots, il ne serait que question d'accorder la conception juridique du contrat de mariage aux exigences contemporaines de la vie en couple : la prévision, la planification et la prévention. À la réflexion, dès l'instant où les (futurs) époux n'ignorent plus les risques inhérents au mariage<sup>1249</sup>, il nous paraît justifié de leur fournir un « outil efficace de gestion par anticipation du risque matrimonial »<sup>1250</sup>. Les propositions répétées du Congrès des notaires quant à une anticipation de la fixation de la prestation compensatoire méritent à ce titre d'être approuvées<sup>1251</sup>. Si le rejet de la renonciation anticipée doit, à notre sens, être maintenu<sup>1252</sup>, la faculté de déterminer à l'avance le mode de calcul offrirait un gain de sécurité juridique supplémentaire au regard de la quantité des diverses méthodes de calcul<sup>1253</sup> qui font de la solution judiciaire un exercice divinatoire. En la matière, il sera difficile de persister à trouver dans l'aléa judiciaire la justification d'un traitement juridique différent d'un citoyen à l'autre à partir de données pourtant comparables.

**Proposition n° 6 : consacrer la faculté de prévoir par anticipation les modalités de calcul de la prestation compensatoire.** À cet égard, un alinéa supplémentaire pourrait être ajouté à

---

<sup>1246</sup> V. C. civ., art. 1395.

<sup>1247</sup> ESCUDEY (G.), « Faut-il permettre l'insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? », art. préc., spéc., n° 3.

<sup>1248</sup> Sur la validité de ces clauses v. *supra*, n° 196 s. et n° 227 s.

<sup>1249</sup> Cette réalité a par exemple conduit le 118<sup>e</sup> Congrès des notaires à proposer la création d'un certificat juridique préuptial attestant de l'information juridique obligatoire des futurs époux avant la célébration du mariage à propos des règles de fonctionnement du régime matrimonial légal, v. 118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *L'ingénierie notariale. Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 2022, spéc., n° 30053 s.

<sup>1250</sup> CHALAS (Ch.), « Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? », art. préc., spéc., n° 55.

<sup>1251</sup> V. dernièrement « Les propositions du 118<sup>e</sup> congrès des notaires de France pour promouvoir l'ingénierie notariale », *Defrénois* 2002, n° 38, p. 5.

<sup>1252</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mars 1988, n° 86-16.598, *JurisData* n° 1988-700603.

<sup>1253</sup> V. pour un état des lieux le Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire », *AJ fam.* 2014, p. 526.

l'article 271 du Code civil selon la formule suivante : « *Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, la prestation compensatoire est fixée d'après les modalités de calcul déterminées par les époux* ». Une telle réforme satisferait aux besoins de prévisibilité et d'égalité des justiciables : elle n'aurait aucune incidence sur les données communiquées au juge et sur leur exactitude conformément à l'article 272 du Code civil, mais simplement sur les modalités du calcul global.

Ces évolutions conduiraient à lever définitivement le voile sur le fondement contractuel du mariage, le dévoilement étant déjà entamé par son objectivation progressive.

## § II. Le contrat, fondement dévoilé du lien matrimonial

**263.** — Bien que sous-entendue, la structuration contractuelle du couple marié n'en a pas moins perduré par le biais du fondement contractuel du mariage. Elle tend désormais à s'affirmer au regard du mouvement de « désinstitutionnalisation » du mariage qui prend cette fois appui sur l'érosion des fondements de la conception institutionnelle : la dimension publique (A) et le contrôle étatique de la dissolubilité du mariage (B).

### A. Le recul de la conception publique du mariage

**264.** — **Une mutation du mariage dans sa définition.** Il est évident que la disjonction du mariage et de la procréation marque un certain recul de l'appréhension publique du mariage<sup>1254</sup>. Au-delà de l'adhésion à un statut, la conception institutionnelle du mariage reposait, du point de vue des juristes du droit de la famille, sur l'idée d'une domination du collectif sur l'individu. Le mariage ne trouvait pas sa fin dans la relation conjugale, qu'il transcende, mais dans la famille. Le mariage était l'acte fondateur de la famille légitime, ce que le droit traduisait en termes juridiques par la distinction des filiations légitime et naturelle. Autrement dit, la légitimité des enfants ne dépendait pas de la seule volonté des individus, mais de leur nécessaire adhésion à l'institution du mariage<sup>1255</sup>. Ce premier trait caractéristique de la conception publique (institutionnelle) du mariage s'est progressivement effacé au regard d'une politique de la filiation innervée par l'intérêt de l'enfant<sup>1256</sup>. Le monopole de la « famille légitime », bénéficiant au mariage, prit définitivement fin par l'effet de la réforme

<sup>1254</sup> Sur l'appréhension de la famille comme un phénomène collectif au soutien de la thèse institutionnaliste, v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 312.

<sup>1255</sup> L'article 331 du Code Napoléon disposait que « les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront également reconnus avant leur mariage, ou qu'il les reconnaîtront dans l'acte même de la célébration ».

<sup>1256</sup> V. not. à propos de la loi n° 72-3 du 3 janv. 1972 (JO 5 févr. 1972, p. 145), CORNU (G.), « La filiation », *Arch. phil. dr.* 1975, spéc., p. 29 s. : « Le principe d'égalité est l'apport primordial de la réforme. Légitimes ou naturels, tous les enfants sont désormais égaux devant la loi [...] L'intérêt de l'enfant imprègne toute la loi. Tout se tient : L'égalité même est – évidemment – établie dans l'intérêt de l'enfant ».

de la filiation du 4 juillet 2005<sup>1257</sup> qui effaça purement et simplement toute référence au caractère légitime ou illégitime de la filiation. Vestige d'un temps révolu, la présomption de paternité attachée au mariage est réduite à une « simple règle de preuve » qui « peut être facilement renversée »<sup>1258</sup> et dont l'archaïsme paraît incontestable dans une ère où la vérité de la filiation est, assez largement, une vérité scientifique. Si l'autonomisation de la filiation par rapport au mariage n'a pas mis un terme à la finalité collective du mariage, elle a, toutefois, permis la contestation de sa légitimité en tant que « modèle social de la vie familiale »<sup>1259</sup>. Malgré le maintien de dispositions légales inspirées par cette ancienne utilité sociale<sup>1260</sup>, « le mariage n'est plus ce qui fonde la seule vraie famille [dès lors que] la paternité et la transmission sont désormais assurées et instituées indépendamment du fait que l'homme soit marié ou que le couple reste uni »<sup>1261</sup>. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi, historique, du 17 mai 2013<sup>1262</sup>.

La dimension publique du mariage – au sens d'une institution dépassant l'individualité de ses membres, c'est-à-dire des époux, et qui intéresse toute la société – est fortement contestée dans la définition contemporaine du mariage. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe entérine l'idée d'un repli du mariage sur l'individualité du couple en redéfinissant les frontières du mariage contemporain. La reconnaissance de l'union des couples de même sexe, l'autonomisation de la filiation et de l'autorité parentale font de l'état d'époux, de couple, la nouvelle finalité du mariage<sup>1263</sup>. Pareillement, au-delà du renouvellement de « l'ordre sexuel » du mariage traditionnel qu'a initié le mariage des personnes de même sexe, c'est aussi « l'ordre des places et des rôles de chacun des membres de la famille », propre à une conception traditionnelle du mariage et qu'expriment les empêchements à mariage<sup>1264</sup>, qui est contesté lorsque la Cour de cassation vient à considérer que la nullité du mariage entre alliés revêt le caractère d'une ingérence injustifiée dans

<sup>1257</sup> Ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation. Sur cette réforme v. not. HAUSER « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006, étude 1 ; LEROYER (A.-M.), « Réforme de la filiation, *RTD civ.* 2005, p. 836 ; FULCHIRON (H.), « Égalité, vérité, stabilité, dans le nouveau droit français de la filiation », *Dr. & patr.* 2006, n° 146.

<sup>1258</sup> BÉNABENT (A.), GRIMALDI (M.), « L'embarras du choix ? », *Gaz. Pal.* 11 avr. 2014.

<sup>1259</sup> CORNU (G.), « La filiation », art. préc., p. 44.

<sup>1260</sup> V. par ex. C. civ., art. 203 : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants » ; art. 213 : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

<sup>1261</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 57.

<sup>1262</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>1263</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 57 : « d'institution fondatrice de la paternité (et partant de la famille) [le mariage] est devenu avant tout l'institution d'un lien de couple ».

<sup>1264</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 403, p. 317.

le droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>1265</sup>. La consécration du contrôle de proportionnalité en la matière<sup>1266</sup> confirme l'effacement de la dimension publique du mariage.

En définitive, si nous soutenons l'idée que le mariage n'est plus une institution, à tout le moins au sens traditionnel, c'est en raison de la disparition (progressive) des critères traditionnels de l'institution matrimoniale<sup>1267</sup>. L'évolution contemporaine du démariage permet d'attester cette nouvelle conjoncture.

### ***B. Le renouveau du mariage-contrat dans le divorce***

**265. — La libéralisation de la rupture du mariage.** Le renouvellement de la doctrine du mariage-contrat par la libéralisation du divorce est marqueur d'un progrès en forme de retour à l'ancien. L'effacement de la dimension collective du mariage ne suffit pas à justifier le recul de sa conception institutionnelle. On pourrait, en effet, rétorquer qu'il importe peu que la procréation ne soit plus la finalité essentielle du mariage ; son caractère institutionnel se maintient quant aux effets du statut auxquels adhèrent les époux et qui échappent à l'emprise de leurs volontés individuelles. L'article 1388 du Code civil permet par ailleurs d'abonder en ce sens. Cependant, la réaction de cet ordre public est loin d'être aussi vigoureuse que les textes le laissent entrevoir – nous l'avons constaté dans la première partie de cet ouvrage. Mais plus encore que l'affaiblissement du caractère impératif des effets du mariage, ce sont les dernières réformes du démariage qui permettent de pressentir et de soutenir la fin de la conception institutionnelle traditionnelle du mariage. Rappelons, en effet, qu'au-delà d'un intérêt théorique, le débat sur la nature contractuelle du mariage présente un intérêt pratique évident puisqu'il influence inévitablement l'attitude du législateur quant aux modes de rupture de l'union. Ainsi, c'est en raison d'une adhésion pleine et entière à la doctrine du mariage-contrat civil que le législateur de 1792 permit tant la rupture mutuelle que la rupture unilatérale. De la même manière, les juristes modernes ont souvent érigé la question du divorce en élément d'arbitrage dudit débat : « le droit du divorce commande la définition du mariage », écrivait

<sup>1265</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 179, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *ibid.*, p. 153, obs. H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Dr. fam.* 2014, comm. 1, note J.-R. BINET.

<sup>1266</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *D.* 2016, p. 2586, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, p. 656, obs. H. FULCHIRON ; *ibid.*, p. 953, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2017, p. 71, obs. J. HOUSIER ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. HAUSER.

<sup>1267</sup> La sociologie explique par ailleurs cette désinstitutionnalisation du mariage par la substitution du lien affectif au lien d'intérêt originel au mariage traditionnel : SINGLY (F. DE), *Sociologie de la famille contemporaine*, 6<sup>e</sup> éd., 2017, Armand Colin, p. 44 s. qui justifie la privatisation de l'institution matrimoniale par l'entrée progressive de « l'amour » dans le mariage. Aussi pour l'auteur, l'amour est nécessairement « contre » le mariage traditionnel ; « le sentiment amoureux [...] renvoie à la gratuité alors que le mariage renvoie à l'alliance entre deux familles, à une logique d'intérêt ». L'auteur met, ainsi, en lien la déstabilisation de l'institution matrimoniale et l'entrée de l'amour dans le mariage qui en a fait un « contrat sentimental ». La croissance des divorces peut alors s'expliquer par le fait que « la séparation s'inscrit dans le mariage amoureux. [...] Dès lors que les partenaires ne tirent plus les satisfactions attendues, ils peuvent se séparer et tenter de nouvelles aventures afin de redécouvrir les émotions merveilleuses du choc amoureux ».

Malaurie<sup>1268</sup>. Carbonnier quant à lui estimait qu'un « contrat devrait pouvoir se dissoudre par le consentement mutuel des parties, ou même, étant à durée indéterminée, par la volonté unilatérale de l'une d'entre elles ; l'institution, au contraire, devrait, suivant sa nature, être indissoluble du vivant des époux »<sup>1269</sup>. La sécularisation a fait perdre au mariage son indissolubilité religieuse. Pourtant, l'aspect institutionnel du mariage a perduré à travers l'encadrement juridique de la dissolubilité du mariage. À tel point que la thèse d'un mariage-contrat était, en fin de compte, réfutée aux motifs que le mariage ne se rompait pas aussi librement qu'un contrat ordinaire. Reste que l'évolution du divorce a été celle d'un accroissement du rôle de la volonté des époux quant à la dissolution de l'union et, par conséquent, d'un rapprochement constant des modes de dissolution du contrat.

**266. — L'avènement de la rupture par contrat.** On citera, en premier lieu, le nouveau divorce sous seing privé qui d'une certaine manière ressuscite et modernise le divorce par consentement mutuel issu de la loi du 20 septembre 1792. À l'assemblée « d'au moins cinq parent ou amis [devant] entendre les époux »<sup>1270</sup>, le législateur contemporain substitue l'assistance des avocats respectifs de chaque époux. À l'officier d'état civil, alors, chargé de « prononcer [le] divorce sans entrer en connaissance de cause »<sup>1271</sup>, la loi du 18 novembre 2016<sup>1272</sup> préfère l'enregistrement de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences purement formelles<sup>1273</sup>. De telle sorte que le divorce n'étant plus prononcé, ni par le juge ni par une quelconque autorité étatique, c'est la volonté des époux, seule, qui *révoque* le mariage à la manière du *mutuus dissensus* du droit des contrats<sup>1274</sup>. En effet, malgré la libéralisation continue du divorce par consentement mutuel judiciaire, on ne peut contester que le maintien de l'intervention du juge, à travers le formalisme de l'homologation, perpétuait la conception institutionnelle traditionnelle du mariage<sup>1275</sup>. En supprimant le recours au juge, le législateur de 2016 rompt, en partie, avec la conception du mariage en tant qu'institution. Le nouveau divorce contractuel procède d'une

<sup>1268</sup> MALAURIE (Ph.), « Conclusion sur la réforme du divorce », *Deffrénois* 2004, n° 23, p. 1601 ; *id.*, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », préc., spéc. p. 20 : « Le contenu du mariage est en effet étroitement lié à ses modes de dissolution ».

<sup>1269</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, *op. cit.*, n° 522, p. 1141.

<sup>1270</sup> GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, *op. cit.*, p. 390.

<sup>1271</sup> GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>1272</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc.

<sup>1273</sup> C. civ., art. 229-1.

<sup>1274</sup> V. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 651 s.

<sup>1275</sup> V. MEULDERS-KLEIN (M.-Th.), *La personne, la famille et le droit...*, *op. cit.*, p. 126 s., qui démontre que le divorce par consentement mutuel réapparu dans le Code Napoléon ne se fondait pas sur une conception contractuelle du mariage, mais sur des préoccupations sociales.

application pure et simple de la liberté contractuelle comme le note, par ailleurs, la circulaire de présentation du 26 janvier 2017<sup>1276</sup>.

**267. — L'atténuation des entraves à la volonté individuelle quant au principe de la rupture du mariage.** À un degré moindre, mais tout aussi significatif, on notera l'évolution du divorce pour altération définitive du lien conjugal dont la condition temporelle tenant à la séparation de fait ne cesse de se réduire. Faisant fi d'un constat d'échec de l'union commun aux deux époux, le divorce pour altération définitive du lien conjugal permet à l'un des époux « d'imposer la rupture à l'autre »<sup>1277</sup>. Symboliquement, tout d'abord, notons que l'évolution de cette forme de divorce suit – ou induit – l'évolution de la définition du mariage. Ainsi, du divorce pour rupture de la vie commune, consacré par la loi du 11 juillet 1975, l'on a dérivé vers un divorce pour altération définitive du lien conjugal. Tandis que le premier tentait tant bien que mal de concilier les aspects publics et individualiste du mariage<sup>1278</sup> – ce qui ressort de la terminologie choisie – le second recentre l'attention sur l'individualité du couple. Ce n'est plus à la vie commune (dont on sait qu'elle s'étend bien au-delà d'une simple cohabitation de personnes) que l'on met fin par le divorce. Mais au lien unissant deux personnes, deux époux ; ceci confirmant, si besoin est, les nouvelles frontières du mariage : le lien conjugal<sup>1279</sup>. Comme l'écrivait Hauser, « le divorce pour altération définitive du lien conjugal restitue au mariage le contenu concret qui doit être le sien »<sup>1280</sup>. D'une certaine manière, le rétrécissement de la dimension publique du mariage occasionne un rétrécissement de son temps. Si le divorce unilatéral ne pouvait se demander qu'à la suite d'une séparation de fait d'au moins six années, une seule année de séparation de fait des époux suffit désormais à présumer l'altération du lien conjugal<sup>1281</sup>.

Outre ce constat symbolique, c'est la nature même du divorce pour altération du lien conjugal qui prouve la résurgence de la doctrine contractuelle du mariage. Deux arguments peuvent être mobilisés quant au fondement du divorce pour altération définitive du lien conjugal. L'un est relatif

<sup>1276</sup> Circulaire du 26 janv. 2017, préc., : « Le législateur de 2016 a répondu à cette question en instituant le divorce par consentement mutuel sans juge. Consacré aux articles 229-1 à 229-4 du Code civil, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire se trouve à la croisée des chemins entre les règles d'ordre public en matière de droit de la famille, la liberté contractuelle et les formalités imposées par le recours à l'acte sous signature privé contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ». (Nous soulignons)

<sup>1277</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 338.

<sup>1278</sup> On en veut pour preuve, d'une part, l'alourdissement des conséquences financières de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune à l'égard de son demandeur et, d'autre part, la clause d'exceptionnelle dureté qui permettait à l'époux défendeur de répliquer à la demande en divorce pour rupture de la vie commune : v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 337.

<sup>1279</sup> Paradoxalement, ces nouvelles frontières du contrat ont contribué à affaiblir sa spécificité par rapport aux autres formes de conjugalités partageant la même finalité qu'est le couple.

<sup>1280</sup> HAUSER (J.), « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité », *Dr. fam.* 2005, étude 3.

<sup>1281</sup> C. civ., art. 238, Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019. Avant ce texte, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 avait porté ce délai à deux années de séparation de fait.

à la liberté individuelle ; l'autre à la nature contractuelle du mariage. Si certains auteurs ont paru opposer ces deux justifications<sup>1282</sup>, il semble plus vraisemblable que loin de s'opposer, celles-ci se complètent utilement. D'abord, le divorce pour altération définitive du lien conjugal est une résurgence de l'ancien divorce « sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère » créé par la loi du 20 septembre 1792<sup>1283</sup>. Aussi est-il logique qu'ils partagent le même fondement à savoir, « la liberté individuelle et inaliénable de l'homme, droit naturel, proclamé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »<sup>1284</sup>. Le Préambule de la loi précitée précise ainsi qu'il « importe de faire jouir les Français de la faculté de divorcer qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte »<sup>1285</sup>. Un tel fondement, s'il fournit une explication supplémentaire à la conformité du divorce pour altération du lien conjugal à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>1286</sup>, n'exclut pas l'argument qui ressort de la nature contractuelle du mariage. Du point de vue du droit des obligations, le divorce pour altération définitive du lien conjugal – de même que ces ancêtres – n'est qu'une application de la prohibition des engagements perpétuels, elle-même fondée par la liberté individuelle<sup>1287</sup>. Le mariage, pour peu que l'on adhère à sa nature contractuelle, est un prototype de l'engagement à durée indéterminée, les époux s'engageant pour la vie, à propos duquel le droit civil prévoit « la possibilité de procéder à une résiliation unilatérale »<sup>1288</sup>. Or, comme le notait Malaurie « chaque modification du régime du divorce [provoque indirectement] un changement de la définition du mariage »<sup>1289</sup>. De fait, à moins de faire abstraction de l'évolution générale du droit du mariage et, plus particulièrement, du divorce pour altération du lien conjugal, on ne peut que constater la consolidation dans notre droit actuel de la doctrine du mariage-contrat. L'automaticité du divorce pour altération définitive du lien conjugal prescrite par l'alinéa 3<sup>e</sup> de l'article 238 du Code civil, dans l'hypothèse de demandes concurrentes en divorce, renforce la nature contractuelle du mariage. En fin de compte, le divorce pour altération définitive du lien conjugal participe moins de l'institution d'une répudiation « à la française »<sup>1290</sup>, que d'une exploitation de la nature contractuelle du mariage. Le rétrécissement de la condition temporelle laisse présager une bascule

<sup>1282</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-TH.), *La personne, la famille et le droit...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>1283</sup> GAUDEMET (J.), *Le mariage en occident*, *op. cit.*, p. 390.

<sup>1284</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-TH.), *La personne, la famille et le droit...*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>1285</sup> MEULDERS-KLEIN (M.-TH.), *La personne, la famille et le droit...*, *op. cit.*, *ibid.*

<sup>1286</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 avr. 2015, n° 13-27.898, *Dr. fam.* 2015, comm. 114, note J.-R. BINET ; *ibid.* 2015, chron. 3, obs. V. ÉGÉA ; *RTD civ.* 2015, p. 591, note J. HAUSER.

<sup>1287</sup> V. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 659.

<sup>1288</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 653.

<sup>1289</sup> MALAURIE (Ph.), « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *préc.*, spéc. p. 20.

<sup>1290</sup> V. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 543 ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 336. ; KOUMDADJI (A.), *La sécularisation de la répudiation. Ou l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français*, préf. X. LABBÉE, Les Éditions du Cerf, 2015, p. 166 s., qui présente la thèse d'une répudiation qui se cacherait sous les habits du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

vers une rupture purement discrétionnaire du mariage, comme l'anticipent certains auteurs<sup>1291</sup>. Le droit des contrats à durée indéterminée pourrait alors servir de modèle de comparaison. Son étude enseigne ainsi que l'accroissement de la liberté n'est pas exclusif d'une augmentation de la responsabilité de chacun : la faculté de rompre unilatéralement ne peut constituer une prérogative discrétionnaire, « la résiliation ne doit pas être abusive »<sup>1292</sup>. Si une telle réforme devait advenir en droit de la famille, elle ne pourrait se départir d'une réflexion d'ensemble sur les moyens de préservation des intérêts de chacun des époux. L'accroissement du pouvoir d'anticipation des époux paraît ainsi une voie légitime. Qui veut prédire l'avenir doit sonder le passé. Or, le passé du droit du mariage se révèle particulièrement instructif. Ainsi, sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, la libéralisation du divorce a occasionné une croissance du nombre des divorces – notamment sur le motif d'une incompatibilité d'humeur. Cet accroissement de la liberté a pour corollaire une augmentation de la responsabilité qui s'est traduite par une mutation des pratiques notariales des contrats de mariage qui tentèrent d'anticiper le divorce et de s'en prémunir<sup>1293</sup>. À la lumière de ces réalités passées, l'évolution contemporaine du droit de la famille provoque un étonnement relatif.

**268. — Conclusion de section.** Depuis la sécularisation du mariage, la liberté essentielle de l'union matrimoniale se résumait au consentement conjugal initial. Une fois le consentement des époux acquis, la dimension institutionnelle du mariage prenait le pas en soumettant les volontés individuelles aux règles statutaires. Cette conception permettait de redonner au mariage sa base contractuelle tout en substituant la dimension institutionnelle à la dimension sacramentelle. Si une définition contemporaine du mariage devait être tentée, elle s'éloignerait nécessairement de cette conception, désormais, classique<sup>1294</sup>. D'abord parce que le dépeçage de l'institution matrimoniale a contribué à un recentrage du mariage sur la personne des époux<sup>1295</sup>. Plus significative encore de la conception contemporaine du mariage est l'évolution des modes de dissolution. Selon la conception classique, les modes de divorce constituaient un obstacle majeur à une conception contractuelle du mariage. La libéralisation du divorce transforme inévitablement l'analyse juridique

<sup>1291</sup> V. GARRIGUE (J.), « La réforme projetée du divorce pour altération définitive du lien conjugal : ultime étape avant la rupture purement discrétionnaire ? », *LPA* 10 oct. 2018, p. 6.

<sup>1292</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 661, p. 761.

<sup>1293</sup> GAUDEMET (J.), *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 392.

<sup>1294</sup> Toutes les dimensions classiques, traditionnelles, autrement dit canoniques, du mariage semblent menacées. En témoigne l'ouverture, par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), d'un débat contradictoire sur la conformité du devoir conjugal au droit au respect de la vie privée : v. CEDH, 5 mars 2021, n° 13805/21, *W c/ France*, *AJ fam.* 2022, p. 174, obs. J. MATTIUSI ; *adde* AVENA-ROBARDET (V.), « Vers la fin du devoir conjugal ? », *AJ fam.* 2021, p. 197.

<sup>1295</sup> Partant, les règles statutaires subissent un mouvement de privatisation dès lors que la volonté commune des époux suffit non pas à les exclure, mais à leur faire perdre leur intensité. Nous renvoyons à nos observations sur le recul du caractère impératif de certains effets du mariage, principalement l'obligation de fidélité (v. *supra*, n° 155) et l'obligation de contribution aux charges du mariage (v. *supra*, n° 189 s.).

du mariage<sup>1296</sup>. Toutes ces évolutions confèrent un nouvel élan à une analyse juridique du mariage fondée sur la doctrine du mariage-contrat. Contrat longtemps maintenu au-dessus de l'idée même de contrat, le mariage semble inlassablement y revenir par l'effet des réformes successives du divorce. Si le mariage peut de nouveau être pleinement appréhendé comme un contrat, il n'en demeure pas moins un contrat spécial. Sa spécificité se révèle à travers son objet, son opération juridique, la définition du couple en tant que structure familiale. Sonder le passé et le présent du mariage n'aura pas été vain. Affranchi de son poids historique et traditionnel, le mariage est fin prêt pour son renouveau. À cet égard, la quête de sa raison d'être au XXI<sup>e</sup> siècle<sup>1297</sup> est en passe de toucher à son terme, les dernières réformes ayant mis fin aux spécificités matrimoniales en matière de filiation<sup>1298</sup> : le couple est l'avenir du mariage. Ce faisant, si plusieurs arguments peuvent être invoqués au soutien de la spécificité du mariage<sup>1299</sup>, sa supériorité, sur les autres formes de conjugalité, réside davantage dans l'importance conférée à la tradition que dans son ancienne fonction monopolisatrice d'acte fondateur de la famille. Il y a, ainsi, entre le mariage et les autres formes de conjugalité plus une différence de degré – dans l'intensité de l'engagement – qu'une différence de nature<sup>1300</sup>. En fin de compte, si le renouveau du mariage est celui de sa constante libéralisation, il viendra le moment d'interroger son rapprochement de son statut voisin, le PACS<sup>1301</sup>. À cet égard, sans doute qu'une véritable reconstruction du mariage, à partir du principe de la liberté contractuelle, posera la légitimité d'un maintien du PACS (ou du mariage ?). D'autant plus que la matrimonialisation effrénée du PACS le rend, plus que jamais, soluble dans le mariage<sup>1302</sup>.

## ***Section 2. La structuration explicite du lien « partenarial »***

**269. — Le PACS, l'établissement d'une structure familiale par le contrat.** Lorsque se posa, au tournant des années quatre-vingt-dix, la question de la reconnaissance de l'union d'un couple de même sexe, le mariage est encore fortement imprégné par sa dimension institutionnelle. Quand bien

<sup>1296</sup> Il existe dorénavant, en droit positif, une diversité des modes de dissolution de l'union matrimoniale qui commande une évolution de la définition du mariage. Plus encore, dans un mouvement de retour à l'ancien, à la base contractuelle du mariage répond, dorénavant, une dissolution purement contractuelle.

<sup>1297</sup> V. FULLI-LEMAIRE (S.), « La raison d'être du mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, LAURENT-BONNE (N.), POSE (N.) et SIMON (V.) dir., mare & martin, 2014, p. 61 s. ; adde FULCHIRON (H.), « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 395 s.

<sup>1298</sup> Reste la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil, bien qu'une telle règle soit rendue au rang de symbole à l'ère de la recherche génétique.

<sup>1299</sup> V. LEBORGNE (A.), « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, op. cit., p. 675 s.

<sup>1300</sup> Le passage de l'un à l'autre a, entre autres, été permis par la mise en place progressive d'une concurrence entre les modes d'établissement du couple, v. HAUSER (J.), « Le couple en concurrence », *Dr. fam.* 2016, dossier 51.

<sup>1301</sup> V. BÉGUIN (J.), « Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le pacs », *JCP G* 2011, 2 ; BEIGNIER (B.), « Illusions et espoirs du pacte civil de solidarité », *Dr. fam.* 2010, repère 4.

<sup>1302</sup> FULCHIRON (H.), « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », préc.

même, l'idée du « mariage d'inclination » — vecteur d'une individualisation de l'institution matrimoniale<sup>1303</sup> — s'est progressivement imposée, il était impensable d'« ouvrir » le mariage aux couples de même sexe dont l'union paraissait reposer sur le pur sentiment amoureux débarrassé de toute préoccupation procréative. L'union de personnes de même sexe semblait être une cristallisation du « sentiment interpersonnel », alors, naissant dans le mariage<sup>1304</sup>. Trop fortement opposée à la conception institutionnelle du mariage, l'union homosexuelle fut, alors, consacrée dans le droit par le biais du contrat, truchement idéal de la dimension interpersonnelle de l'union nouvellement reconnue. Il n'est, de fait, pas surprenant qu'à l'origine le PACS ait été conçu comme faisant naître un lien personnel plus qu'un véritable lien familial<sup>1305</sup>. Son évolution tend, pourtant, à révéler son caractère familial, sans que soit remise en cause sa nature contractuelle qui, bien que contestée, s'impose. En résumé, la création du contrat de PACS marque la reconnaissance explicite de la fonction du contrat de structuration de la famille. Le contrat est le mode exclusif d'établissement et d'extinction de la structure familiale du PACS. Ce rôle singulier du contrat ne pourra être démontré que par la confirmation de la nature contractuelle du pacs, qui implique une critique de la thèse opposée de la nature exclusivement institutionnelle du pacs (§ I) et par la justification de l'affirmation de la finalité familiale du contrat de PACS (§ II).

### § I. L'analyse critique de la thèse institutionnaliste du PACS

**270. — La série d'arguments.** L'article 515-1 du Code civil dispose que le PACS « est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Si, suivant l'énoncé clair de ce texte, la nature contractuelle du PACS paraît relever de l'évidence, une certaine partie de la doctrine tente de soutenir une position inverse. Cette tendance doctrinale prend fait et cause pour une institutionnalisation du PACS en subsumant l'unité

<sup>1303</sup> Sans doute peut-on dater, dans l'ère moderne, ce phénomène de l'accentuation de la prise en compte du sentiment amoureux que l'on date du XVIII<sup>e</sup> siècle coïncidant avec l'avènement du mouvement culturel romantique et qui paraît s'être définitivement imposée deux siècles après dans la morale publique. De cette époque date, en outre, le phénomène de libéralisation du divorce qui retranscrit dans le droit de la famille la « passion incluse dans le mariage d'inclination [nécessairement] contraire de la tranquillité » de l'institution matrimoniale : KAUFMANN (J.-C.), *Sociologie du couple*, op. cit., p. 36. Adde, BOLOGNE (J.-C.), *Histoire du couple*, op. cit., p. 225 : « Cette corrélation bien ancrée dans la mentalité moderne entre amour et mariage a servi de toile de fond aux discussions de 2013 sur un "mariage pour tous" ».

<sup>1304</sup> KAUFMANN (J.-C.), *Sociologie du couple*, op. cit., p. 34. Paradoxalement, cette montée d'une certaine individualisation de l'union n'était pas exclusive d'un renforcement du fondement public du mariage. Celui-ci semble s'être réalisé par la montée d'un esprit d'entreprise capitaliste dans le mariage. Comme l'exprimait André Burguière « la préoccupation du couple n'est plus simplement de fabriquer une famille, mais de savoir la gérer, de préserver et d'améliorer son statut social, devenu sa principale finalité » : BURGUIÈRE (A.), « De Malthus à Max Weber : le mariage tardif et l'esprit d'entreprise », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 1972, n° 4-5, p. 1138. C'est aujourd'hui à l'échelle de la famille, indépendamment de l'union matrimoniale, que se poursuit ce phénomène, comme en témoignent les politiques de faveur à l'égard des entreprises familiales.

<sup>1305</sup> À titre d'exemple, l'article 12 de la loi du 15 nov. 1999, préc., dispose, ainsi, que « la conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens du 7° de l'article 12 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour l'obtention d'un titre de séjour ». (Nous soulignons.)

du « couple » par la défense d'un droit commun des couples. Sans préjuger des arguments qui fondent une telle opinion, on peut en souligner le paradoxe conjoncturel. On ne pourrait parvenir à un droit commun des couples que par l'institutionnalisation de toutes les formes de couple ; or celle-ci est, à l'évidence, à rebours du contexte de contractualisation des relations familiales. En outre, quant aux arguments d'une nature institutionnelle du PACS, ceux-ci peinent à emporter notre conviction. En effet, tout soupçon d'une nature institutionnelle peut se voir opposer un contre-soupçon ; celui-ci réfutant celui-là. Enfin, cette propension à rejeter la nature contractuelle du PACS fait fi de l'évolution connue par la notion de contrat : il est incontestable que la critique de la nature contractuelle du PACS peut, sous certains aspects, être justifiée. La raison en est qu'elle exploite les faiblesses du concept de contrat. Ce faisant, cette critique s'inscrit dans une conception figée, voire ancienne, du concept de contrat. Dès lors, s'opposer aux arguments institutionnels, c'est rappeler les faiblesses classiques longtemps rattachées à la notion de contrat et dont se nourrit la thèse institutionnelle du PACS. C'est, ensuite, démontrer que l'évolution du concept du contrat permet dorénavant de pallier ces anciennes limites à l'expansion du contrat. En conséquence, la réfutation des arguments institutionnels est une manière de réaffirmer la nature contractuelle du PACS. Habituellement, la défense d'une nature institutionnelle du PACS repose sur deux séries de motifs. La plus classique, rejette la nature contractuelle du PACS du fait de l'opposition du statut et du contrat ; le PACS faisant naître un statut légal ne pourrait, raisonnablement, être assimilé au contrat (A). La seconde série de motifs, plus actuelle, infère la dimension institutionnelle du PACS de l'évolution de son régime (B).

### *A. L'argument de fond*

**271.** — La présentation synthétique de l'argument institutionnel du PACS (1) précédera la critique de ses différentes prémisses (1).

#### **1. La synthèse de l'argument**

**272.** — **L'opposition du statut et du contrat.** Présent en filigrane chez divers auteurs<sup>1306</sup>, la thèse du PACS-institution a été synthétisée avec vivacité sous la plume de Madame Fenouillet<sup>1307</sup>. Pour ce faire, l'auteur développe une argumentation syllogistique en prenant pour fondement majeur l'opposition du statut légal et du contrat. Pour l'auteur, bien que tous deux des institutions

<sup>1306</sup> V. selon des approches plus ou moins nuancées : MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au pacs par le conseil constitutionnel », *JCP G* 2000, I, 210, spéc., n° 17 s. ; DRAGO (G.), « La constitution “en réserve” », *Dr. fam.* 1999, hors-série, spéc. n° 15 s. ; ROCHFELD (J.), « Réforme du pacs », *RTD civ.* 2006, p. 624 ; BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 392 s. ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 303 s.

<sup>1307</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », in *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 81 s. ; *id.*, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 342.

juridiques, le statut légal et le contrat n'en seraient pas moins contraires. « Par sa finalité, le statut légal concerne l'intérêt général [...]. Par sa finalité, le contrat concerne en revanche des intérêts privés »<sup>1308</sup>. Les liens partagés par le statut et le contrat, en tant qu'institution, tiennent à l'action de la « volonté [en tant] que notion fondamentale [et] unitaire [...]. Statut légal et contrat supposeront donc de répondre aux mêmes questions fondamentales, de cause, d'objet, de forme. Mais le contenu substantiel de ces conditions diffère. Organisant des intérêts privés, le contrat repose, en principe, sur la volonté privée, ou dit autrement, sur la liberté. Régissant un intérêt général, le statut ne relève de la volonté privée que dans la mesure déterminée par le système juridique. En quelque sorte, c'est le sens du couple "principe-exception" qui diffère »<sup>1309</sup>. Appliquée au PACS, cette distinction conduit Madame Fenouillet à conclure à la nature institutionnelle du PACS : « Ce qui est essentiel c'est l'objet du pacte, à savoir organiser la « vie commune » d'un couple. Or le rapport de couple est fondamental pour l'ordre social et son organisation relève de l'intérêt général »<sup>1310</sup>. Partant, « le pacte civil n'est pas un contrat, mais un statut légal, un acte-condition »<sup>1311</sup>. Le raisonnement ainsi résumé, référence des défenseurs de la thèse institutionnelle du PACS<sup>1312</sup>, n'est pourtant pas exempt de critiques.

## 2. L'appréciation critique

**273.** — La critique de la thèse institutionnelle du PACS sera faite en contestant, d'une part, l'opposition du contrat et de l'intérêt général qu'elle présuppose **(a)** et, d'autre part, la matrimonialisation excessive du PACS qui en résulte **(b)**.

### *a. La critique de l'opposition de l'intérêt général et du contrat*

**274.** — **Les rapports étroits du contrat et de l'intérêt général.** Il n'est évidemment pas question de revenir ici sur la question ambitieuse de la définition de l'intérêt général<sup>1313</sup>. D'autant que la doctrine semble s'être accordée sur son caractère « indéfinissable »<sup>1314</sup> : « il y a unanimité pour considérer que la notion [d'intérêt général] est fonctionnelle et non pas conceptuelle »<sup>1315</sup>. Valable

<sup>1308</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 105.

<sup>1309</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 106.

<sup>1310</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 108.

<sup>1311</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 107.

<sup>1312</sup> V. par ex. SAULIER (M.), th. préc., n° 43 s

<sup>1313</sup> V. CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Intérêt – public, général » : Ce qui pour le bien public, à l'avantage de tous » ; STIRN (B.), v° « Intérêt », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., qui caractérise l'intérêt général comme non pas l'addition des intérêts particuliers, mais l'expression d'un « idéal commun », d'une meilleure satisfaction collective de valeurs protégées.

<sup>1314</sup> VEDEL (G.), « Préface », in *L'idéologie de l'intérêt général*, RANGEON (FR.), Economica, 1986.

<sup>1315</sup> TRUCHET (D.), « La notion d'intérêt général », *LEGICOM* 2017, n° 58, spéc., p. 6 ; *id.*, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf., J. BOULOUIS, LGDJ, 1977, p. 370, qui constate que le

en droit public, ce constat est également transposable en droit privé<sup>1316</sup>. En ce qui nous concerne, c'est la fonction de l'intérêt général dans la distinction du contrat et de l'institution (du statut) qu'il importe de mettre en relief. C'est ce que suppose la thèse du PACS-institution qui, pour dénier la nature contractuelle du PACS, reprend la présentation traditionnelle qui oppose l'intérêt général et la volonté privée. Pour Madame Fenouillet, parce que le statut a pour finalité l'intérêt général, « la volonté statutaire n'est reçue que si et seulement si le statut le prévoit [...] : l'absence d'autorisation, de prévision, vaut interdiction, exclusion de la volonté ». *A contrario*, « la volonté contractuelle demeure régie par le principe de liberté. [Elle] est "en principe" libre, sauf texte contraire [...] : l'absence de limites, d'interdiction vaut autorisation, application du principe de liberté »<sup>1317</sup>. Une telle vision qui tend à exclure le contrat de la réalisation d'un but d'intérêt général est, selon nous, réductrice. En effet, si elle tente d'expliquer la différence fondamentale entre le statut et le contrat à travers le caractère de la liberté (tantôt bridée, tantôt libre) elle ne fournit pas de raison valable à la restriction de la liberté contractuelle par l'ordre public. Or, si la volonté contractuelle, expression d'un intérêt privé, « prospère librement »<sup>1318</sup> comment peut-on justifier la restriction de celle-ci par l'ordre public ? En réalité, celle-ci n'est que le résultat d'une « intégration dogmatique du contrat dans l'intérêt général »<sup>1319</sup>. Partant, c'est l'intérêt général qui justifie le mieux l'existence des conditions de validité du contrat ainsi que sa force obligatoire. Comme l'a écrit Monsieur Ghestin, le contrat n'est obligatoire que parce qu'il présente une utilité sociale et est conforme au bien commun<sup>1320</sup>. En d'autres termes, la légitimité du contrat ne provient pas de la volonté, mais de sa conformité à l'intérêt général<sup>1321</sup>. En outre, c'est également en contemplation de l'intérêt général que la loi organise et encadre de manière prescriptive le régime de certains contrats<sup>1322</sup>. En définitive, le postulat de base de la thèse institutionnelle du PACS s'attache à une valorisation excessive de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. La différence d'influence de l'intérêt général sur l'étendue de la liberté dans le statut et dans le contrat s'amenuise dès lors que l'on resitue le contrat dans l'intérêt général. D'une certaine manière, le contrat, de même que le

---

« Conseil d'État n'explique jamais l'intérêt général : il le déclare, en donnant le sentiment de faire un constat de bon sens, évident ou relavant de la nature des choses, même lorsqu'il change de jurisprudence ».

<sup>1316</sup> V. toutefois, la définition donnée par MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 78 : « L'intérêt général est une notion mi-conceptuelle mi-fonctionnelle dont la définition ne peut être réduite à un contenu précis. Optant pour une définition méthodique adaptée au droit privé, la notion d'intérêt général est dualiste. Elle est, tout d'abord, le résultat d'un arbitrage entre les intérêts publics et/ou privés qui prend la forme d'une hiérarchie. [...] Elle est, ensuite, un principe de légitimation. L'intérêt général n'est plus le résultat de la hiérarchie des intérêts, mais son fondement ».

<sup>1317</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 107.

<sup>1318</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 106.

<sup>1319</sup> MEKKI (M.), th. préc., n° 84 s.

<sup>1320</sup> GHESTIN « L'utile et le juste dans les contrats », *Arch. phil. dr.* 1981, p. 35 s.

<sup>1321</sup> V. TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 36.

<sup>1322</sup> On citera comme exemples le contrat de travail et le contrat de consommation, tous deux marqués par une volonté commune de protection de la partie dite faible ; celle-ci n'étant rien d'autre d'une exigence d'intérêt général.

statut, ne relève de la volonté privée que dans la mesure déterminée par le législateur. C'est donc que les rapports entre le contrat et le statut sont infiniment bien plus étroits. L'opposition du contrat et du statut en raison de la finalité d'intérêt général pour l'un et non pour l'autre, se fragilise davantage dès lors que le contrat se révèle apte à atteindre un but d'intérêt général.

D'après la thèse rapportée, le PACS est une institution-statut légal qui s'oppose au contrat du fait de son objet même. L'essentiel, écrit Madame Fenouillet, reste l'objet du pacte, à savoir organiser la vie commune d'un couple, organisation qui relève de l'intérêt général<sup>1323</sup>. Autrement dit, parce qu'il fait naître un statut – le couple – le PACS ne peut être qualifié de contrat, mais uniquement d'institution, le statut serait exclusif à l'institution. Néanmoins, l'on ne saurait faire abstraction de l'accroissement de la fonction politique et sociale du contrat<sup>1324</sup> : Comme l'a expliqué Monsieur Mekki, les rapports contemporains entre le contrat et l'intérêt général « ne sont plus de l'ordre de la soumission. Le contrat n'est plus appréhendé dans ce cadre comme un objet d'intégration. Il est un instrument d'intérêt général »<sup>1325</sup>. L'idée s'est imposée que le « contrat [peut] être amené à prendre en considération des objectifs d'intérêt général ». <sup>1326</sup> Cela implique que, dans bien des domaines du droit, les fondements institutionnels sont concurrencés par le recours à la régulation contractuelle. Dans le droit de la famille, le contrat est désormais capable de fonder un statut légal, une structure familiale. Il se révèle capable de fonder un véritable statut<sup>1327</sup> réglementé par la loi et contrôlé par le juge ; ses effets ne dépendent plus uniquement de la volonté, mais également de la loi. Aussi le statut de salarié, auquel s'appliquent le droit du travail et le régime de la Sécurité sociale, a-t-il pour source le contrat de travail qui, selon Monsieur Supiot, opère « une synthèse originale des concepts de statut et de contrat »<sup>1328</sup>. De la même manière, on peut soutenir l'existence du statut de consommateur<sup>1329</sup>, de locataire ou de bailleur<sup>1330</sup>, en tant qu'ils bénéficient d'une protection spécifique de la loi au nom de l'intérêt général, tout en prenant source dans un acte contractuel. Par conséquent, quand bien même le contrat n'aurait que pour finalité des rapports privés, ses effets ne sont pas dominés par la seule volonté qui n'agit que dans le strict cadre statutaire

<sup>1323</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 108.

<sup>1324</sup> Sur la fonction politique du contrat et de son droit v. FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 165 s.

<sup>1325</sup> MEKKI (M.), th. préc., n° 1049, p. 624.

<sup>1326</sup> V. FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 183 et n° 181 (les références citées).

<sup>1327</sup> Le statut est ici pris dans son sens général, celui qui désigne « un ensemble de règles applicables à une catégorie de personnes [...] et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique » : CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Statut ».

<sup>1328</sup> SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., 2015, PUF, p. 13.

<sup>1329</sup> Le Code de la consommation le définit comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

<sup>1330</sup> Ces statuts prennent source dans le contrat de location aujourd'hui régi par la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 sur les rapports locatifs.

préalablement déterminé par la loi. D'où l'on constate que l'assertion qui voit une institution dans le PACS ne peut prospérer de l'opposition du statut et du contrat.

*b. La relativisation du fondement matrimonial du PACS*

**275. — Les enjeux sociaux du PACS.** De ce qui précède, il semble raisonnable d'admettre que le contrat peut fonder un statut légal et, ainsi, poursuivre un objectif d'intérêt général. Par conséquent, le fait qu'une partie du régime du PACS est constituée de règles statutaires, c'est-à-dire impératives, ne suffit pas, à notre opinion, à éclipser la qualification contractuelle. À bien y regarder, l'argument institutionnel transpose au PACS la pensée institutionnelle du mariage. Ceci explique que le pivot de tout le raisonnement reste le « couple ». En effet, comme l'a écrit Madame Fenouillet, l'existence d'un couple incite à « qualifier le pacte civil de statut, tant il est vrai que l'organisation d'un couple est une pierre familiale essentielle, et tant il est vrai que la famille est un fondement social »<sup>1331</sup>. L'auteur ajoute que « l'enjeu social de l'organisation d'un couple est sans commune mesure avec l'enjeu social de la configuration d'une vente ou d'un bail »<sup>1332</sup>. Néanmoins, si, traditionnellement, l'importance du couple familial n'est plus à démontrer on demeure dubitatif sur la transposition de cette idée au contexte du PACS. Deux explications peuvent être avancées.

**276. — Le PACS ne lie pas deux familles.** Premièrement, les origines mêmes du PACS tendent à tempérer le but social, d'intérêt général, que le PACS poursuivrait. Il n'est pas question de nier le fait que la création du PACS a été guidée par un motif social. Mais ce motif est moins la volonté d'instituer une organisation du couple, comparable au modèle dominant du mariage, que la nécessité de reconnaître, alors, l'union homosexuelle. De telle sorte que la finalité politique du PACS n'était rien d'autre, à l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle, que la satisfaction d'intérêts privés à la suite de revendications individuelles. La création juridique du PACS marque la consécration juridique d'une forme sociologique du couple<sup>1333</sup>. Si l'organisation d'un couple reste un « enjeu social », l'importance de ce dernier n'est pas la même qu'il s'agisse du couple marié ou du couple hors mariage. La nature institutionnelle du mariage est étroitement liée à sa dimension publique : traditionnellement, le mariage fait la famille, il lie automatiquement les enfants nés pendant l'union

<sup>1331</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., p. 108.

<sup>1332</sup> FENOUILLET (D.), « Couple hors mariage et mariage », préc., *ibid.*, spéc. note n° 1.

<sup>1333</sup> Il est à cet égard utile de rappeler que la notion de couple ne fait l'objet d'aucune définition juridique. La définition retenue par le Vocabulaire juridique est ainsi une définition nettement plus sociologique que juridique : le couple est une « union que forment deux personnes de sexe différent ou de même sexe entre lesquelles existent des relations charnelles et en général une communauté de vie, soit en mariage, soit hors mariage en concubinage ou dans les liens d'un pacs » : CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Couple ». Pour une tentative de définition juridique du couple v. SAULIER (M.), *Le droit commun des couples...*, *op. cit.*, n° 10 s.

au père et à la mère, il institue une alliance entre deux familles<sup>1334</sup> ; raison pour laquelle la famille est, classiquement, considérée comme le premier organe de l'État. Force est de constater que l'on n'observe rien de tel dans le PACS. À l'inverse, celui-ci illustre le repli du lien familial sur sa dimension interpersonnelle. Malgré son évolution, la dimension privée du PACS demeure. Plusieurs éléments l'illustrent. Par exemple, la conclusion d'un PACS n'a aucune incidence sur le nom des partenaires pas plus qu'elle en a sur une éventuelle filiation ou sur l'accès à la nationalité<sup>1335</sup>. Si l'adoption plénière peut désormais être demandée par deux partenaires<sup>1336</sup>, c'est moins le signe d'une institutionnalisation accrue du PACS<sup>1337</sup> que la confirmation de l'autonomisation de la filiation par rapport au mariage et, par extension, à toutes les formes de conjugalité<sup>1338</sup>. De fait, si le PACS a évolué, au nom de l'égalité des formes d'union, il n'en demeure pas moins inférieur au mariage quant aux enjeux sociaux portés par l'un et l'autre<sup>1339</sup>.

<sup>1334</sup> V. MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 113.

<sup>1335</sup> Malgré quelques tentatives infructueuses (v. la proposition de loi n° 461 (2008-2009) tendant à renforcer les droits des personnes liées par un pacs), la conclusion du pacs n'a toujours aucun effet sur l'attribution de la nationalité ; l'hégémonie du mariage demeurant intact en ce domaine. Certains considèrent, toutefois, que la condition préalable du mariage quant à l'accès à la nationalité française perd en intérêt au regard de l'importance prise par la durée de la communauté de vie. De sorte que toute union fondée sur une communauté de vie (concubinage et pacs) pourrait ouvrir l'accès à la nationalité française : v. LAMARCHE (M.) « Mariage, communauté de vie et nationalité : pas de révolution constitutionnelle », *Dr. fam.* 2012, 25. Le raisonnement n'est pas dépourvu de malice, néanmoins, on comprend bien que l'allongement de la durée de la communauté de vie effective tente de prévenir le double détournement institutionnel du mariage et de la nationalité. En effet, l'extrême facilité de mobilité internationale des personnes rend plus ardue la prophylaxie des mariages fictifs ; allonger la durée de la communauté de vie suffisante revient ainsi à s'assurer de la réalité de l'intention matrimoniale qui demeure, malgré tout, un enjeu social français. En ce qui concerne le droit des étrangers, la situation des partenaires n'a que peu évoluée depuis l'adoption de la loi du 15 nov. 1999 et de son article 12, v. FULCHIRON (H.), « Le pacs et le droit de séjour des étrangers », *Dr. fam.* 1999, hors-série, p. 44 s. La conclusion d'un pacs n'a aucun effet automatique quant à la délivrance d'un titre de séjour. Il ne s'agit que d'un « élément que l'Administration doit prendre en considération dans l'appréciation des liens personnels de l'étranger » : RICHEL-PONS (A.), « pacs et droit de séjour des étrangers en France », *AJ fam.* 2007, p. 22.

<sup>1336</sup> C. civ., art. 343 « L'adoption peut être demandée par un couple marié non séparé de corps, deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou deux concubins ».

<sup>1337</sup> V. dans le même sens : BAILLON-WIRTZ (N.), « Loi du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption : Avant-propos », *JCP N* 2022, 1132 ; DAUPTAIN (P.), « Libres propos sur la réforme de l'adoption : le mariage ébranlé, le pacs aussi », *JCP N* 2022, 1136.

<sup>1338</sup> On remarque par ailleurs que l'élargissement se fait également au profit des concubins. De fait la loi sur l'adoption, n° 2022-219 du 21 févr. 2022, s'inscrit dans une construction progressive qui vise à distinguer le régime conjugal d'un côté et le régime parental de l'autre. V. sur cette loi : BAILLON-WIRTZ (N.), « Dossier : Loi du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption », *JCP N* 2022, 1132 – 1139 ; SCHULZ (M.), « La loi du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption : une copie à revoir ! » *Dr. fam.* 2022, étude 11.

<sup>1339</sup> V. par exemple à propos des conditions d'attribution d'un titre de séjour « vie privée et familiale », où le Conseil constitutionnel refuse de prendre position quant au grief de l'inégalité entre les mariés et les partenaires : Cons. const. 29 nov. 2013, n° 2013-358 QPC, *AJ fam.* 2014, p. 60, obs. P. HILT ; *RTD civ.* 2014, p. 625, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2014, comm. 94, note C. PETIT. Ou encore, à propos de la pension de réversion toujours réservée aux seuls couples mariés, v. Civ. 2<sup>e</sup>, 23 janv. 2014, n° 13-11.362, *D.* 2015, p. 649, obs. M. DOUCHY-OUODOT ; *ibid.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* 2014, p. 968, obs. L. ANDREU ; *RTD civ.* 2014, p. 342, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2014, comm. 63, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI. Réciproquement, la jurisprudence se refuse à faire peser sur les partenaires les contraintes qui découlent de l'institution du mariage. A, ainsi, été censuré l'arrêt d'appel qui, au prétexte de « l'évolution de la société et des nouvelles formes de conjugalité », a qualifié le lien interpersonnel du pacs de lien d'alliance au sens de l'article 975 du Code civil : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2018, n° 17-10.876, *D.* 2018, p. 991, note D. SADI ; *ibid.*, p. 1104, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2018, p. 238, obs. N. LEVILLAIN ; *JCP N* 2018, 1188, note B. BEIGNER ; *Dr. fam.* 2018, comm. 120, note J.-R. BINET.

**277. — Le PACS n'impose pas une union sexuelle.** En second lieu, l'idée du fondement social du PACS repose principalement sur la « matrimonialisation »<sup>1340</sup> de ce dernier par le Conseil constitutionnel. À rebours de la position du législateur<sup>1341</sup>, le Conseil définit la notion de « vie commune » du PACS en contemplation de la « communauté » de vie du mariage : « la vie commune [...] suppose une vie de couple »<sup>1342</sup>. Comme l'a écrit Monsieur Molfessis, « l'apport contribue notablement à placer en premier l'union charnelle et en second l'organisation contractuelle du PACS. Le Conseil retrouve ainsi dans le pacte défini au texte une logique que le gouvernement lui-même persistait à réfuter : celle d'être justifié par l'existence de relations charnelles »<sup>1343</sup>. Certes, la matrimonialisation du but du contrat de PACS par le Conseil constitutionnel a inévitablement renforcé l'idée d'un PACS « pastiche » du mariage<sup>1344</sup>. Le reproche fait à la position du Conseil constitutionnel est d'autant plus valable que sa réécriture du sens profond du texte repose le plus souvent sur une structure rhétorique d'autorité. Ce qui a par ailleurs été dénoncé par certains commentateurs<sup>1345</sup>. La définition donnée de la « vie commune » est, à cet égard, instructive.

Entre la vie commune et la communauté de vie, la synonymie n'implique pas une exacte identité<sup>1346</sup> sauf à vouloir amarrer, implicitement, la « vie commune » du PACS à la « communauté de vie » du mariage. Pour autant, une distinction peut être faite entre ces deux notions, certes, proches<sup>1347</sup>. La communauté de vie, comme l'écrivait Carbonnier, désigne de « manière pudique [...] les relations sexuelles »<sup>1348</sup>. Mais plus encore, elle renvoie à la dimension fusionnelle, philosophique, du mariage, à la volonté des époux de considérer de façon identique leur vie à venir, une forme de « communauté *pour la vie* »<sup>1349</sup>. De l'autre, la vie commune du PACS – et dans une

<sup>1340</sup> MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au pacs... », art. préc., n° 19.

<sup>1341</sup> Dans ses observations sur les recours dirigés contre la loi relative au pacte civil de solidarité, le Gouvernement soutenait que si « la conclusion d'un pacte civil de solidarité par deux personnes suppose qu'il existe entre elles des liens étroits, la loi n'oblige pas les pactisants à avoir entre eux des relations sexuelles, contrairement au mariage qui impose une communauté de vie impliquant une relation charnelle. A fortiori, elle ne pose pas d'obligation de fidélité mutuelle », *JORF* du 16 nov. 1999, p. 16976.

<sup>1342</sup> Cons. const., 9 nov. 1999, préc., considérant n° 26.

<sup>1343</sup> MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au pacs... », art. préc., *ibid.*

<sup>1344</sup> Sur ce qualificatif v. CABRILLAC (R.), « Libres propos sur le pacs », *D.* 1999, p. 71.

<sup>1345</sup> MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au pacs... », art. préc., n° 5 : « le Conseil constitutionnel est passé fort rapidement sur certaines des difficultés qu'il avait à résoudre. À plusieurs reprises, il emploie de véritables arguments d'autorité - pour ne pas dire qu'il ne motive aucunement ses choix » ; DRAGO (G.), « La constitution "en réserve" », *Dr. fam.* 1999, hors-série, spéc. n° 31 s. ; CATALA (P.), « Critique de la raison médiatique », *Dr. fam.* 1999, hors-série, p. 63 s.

<sup>1346</sup> Dans le langage courant, l'identité est définie comme le « caractère de ce qui ne fait qu'un ou ne constitue qu'une seule et même réalité, sous des manifestations, des formes ou des appellations diverses », v. ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire*, 9<sup>e</sup> éd., v° « Identité » ; *adde* LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, v° « Identité », sens 1. Le terme synonymie renvoie au caractère de ce qui est synonyme qui s'emploie pour désigner le mot qui « a la même signification qu'un autre mot, ou une signification presque semblable », v. ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire*, 9<sup>e</sup> éd., v° « Synonyme » ; *adde* LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, v° « Synonyme », sens 1.

<sup>1347</sup> *Contra* SAULIER (M.), th. préc., n° 75 s., qui rejette toute distinction entre la vie commune et la communauté de vie.

<sup>1348</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, *op. cit.*, n° 547, p. 1217

<sup>1349</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, *op. cit.*, n° 547, *ibid.*

certaines mesures du concubinage – est d’une vision plus prosaïque, il s’agit d’organiser une vie ensemble, ce qui ne « suppose »<sup>1350</sup> pas nécessairement une vie sexuelle caractéristique du couple<sup>1351</sup>. À l’origine, l’article 515-1 du Code civil s’inspire du projet de pacte d’intérêt commun que proposait le groupe de réflexion constituée sous la direction de Jean Hauser. Ses membres étaient alors conscients de la « diversité considérable des communautés de vie »<sup>1352</sup> en dehors du mariage et à laquelle seule la liberté contractuelle pouvait correspondre. Il est à ce titre regrettable que la décision du Conseil constitutionnel ait occulté cet aspect sociologique du PACS, vivre ensemble sans avoir de relations sexuelles c’est encore avoir une vie commune. En un mot, la vie commune et la communauté de vie ne constituent pas une seule et même réalité. Malgré cela, à suivre certains auteurs, le Conseil constitutionnel aurait levé « l’opacité législative en affirmant que derrière la vie commune se dissimulait l’exigence d’une vie de couple »<sup>1353</sup>. Or, si l’article 515-2 du Code civil<sup>1354</sup> introduit la « question sexuelle » dans le PACS, il n’en fait pas, à notre sens, une composante essentielle. En outre, en prenant appui sur ce texte, le Conseil constitutionnel réduit le couple à sa seule dimension sexuelle. Pourtant, si « la sexualité est [désormais] fondatrice du couple »<sup>1355</sup>, encore faut-il que l’union soit avalisée par la société. De ce point de vue, le Droit se fait le relais de tabous sociaux, dont celui de l’inceste qui dénie toute reconnaissance juridique au couple incestueux. En ce sens, la prohibition de l’inceste par l’article 515-2 1° ne relève que d’une précaution pragmatique du législateur visant à empêcher tout détournement du contrat de PACS<sup>1356</sup>. En tout état de cause, même en l’absence de prévision légale, le contrat de PACS conclu dans le but de contourner la prohibition de l’inceste aurait été déclaré nul. D’une nullité absolue, en raison de sa cause, sous l’empire de l’ancien droit des contrats, ou en raison de son but<sup>1357</sup>, en l’état du droit positif. Il en va de même s’agissant de la prohibition du PACS conclu par un époux avec un tiers. Par son but, un tel contrat visant à organiser la vie commune des partenaires, viole le devoir de

<sup>1350</sup> Comme le considère le Conseil constitutionnel. Par ailleurs, contrairement aux affirmations du Conseil, la lecture des travaux et débats parlementaires démontre que le pacs n’avait pas une visée uniquement sexuelle et se destinait également aux communautés de vie non sexuelles.

<sup>1351</sup> V. en ce sens, CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, op. cit., n° 658, p. 1483 : « La sexualité n’est pas, pourtant, dans le pacs, indispensable à la vie communauté de vie ; elle y est même moins indispensable que dans le mariage ».

<sup>1352</sup> HAUSER (J.), *Rapport public : Le projet de pacte d’intérêt commun*, 1<sup>er</sup> avr. 1998 : « Il est apparu au groupe que la diversité considérable des communautés de vie nécessitait le recours à un procédé traditionnel qui est celui de la liberté des conventions ».

<sup>1353</sup> SAULIER (M.), « À quoi sert le pacs ? », *D.* 2017, p. 1292.

<sup>1354</sup> C’est de cette disposition qui détermine les causes de nullité du pacs que le Conseil constitutionnel infère l’exigence d’une vie de couple dans l’organisation de la vie commune des partenaires.

<sup>1355</sup> KAUFMANN (J.-C.), *Sociologie du couple*, op. cit., p. 76.

<sup>1356</sup> C’est du reste l’argument qui ressort des travaux parlementaires (v. CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1 ...*, op. cit., n° 658, p. 1483) et qui est exposé dans les observations du Gouvernement. Ainsi, peut-on y lire que « le législateur n’a pas ignoré que, dans la grande majorité des cas, la vie commune de deux personnes liées par un pacte civil de solidarité comporterait un élément sexuel. C’est en raison de la forte probabilité de tels liens que le législateur a interdit la conclusion d’un pacte civil de solidarité entre certaines catégories de personnes ». Le pragmatisme de la solution ne peut en l’occurrence que justifier notre adhésion.

<sup>1357</sup> C. civ., art. 1162.

communauté de vie – en sa triple dimension de lit, de toit et de table – auquel sont astreints les époux. En d'autres termes, l'audace du Conseil constitutionnel est en partie superfétatoire, tant la dimension contractuelle du PACS suffisait à redonner un sens aux prohibitions formulées par l'article 515-2 du Code civil. Au surplus, en continuant la critique, on s'interroge sur l'apport de cette matrimonialisation du PACS dès lors que l'on affirme, par la même, la nature contractuelle du PACS<sup>1358</sup>. Privilégier une conception essentiellement matrimoniale c'est affaiblir la conception contractuelle, pourtant naturelle, du PACS<sup>1359</sup>. On le regrette d'autant plus que le PACS, considéré comme institution, fait naître un statut impératif quasi anémique, du moins en ce qui concerne sa dimension personnelle<sup>1360</sup>. Il aurait été préférable de reconnaître la dimension conjugale du PACS sans pour autant l'y réduire. Mais, pour cela, encore eût-il fallu assumer plus avant la nouvelle spécificité du contrat de PACS : loin de se borner au couple, le PACS est un contrat de structuration de la famille, autrement dit, il est susceptible de fonder une famille élective. À contre-pied de la conception du PACS par le Conseil constitutionnel, l'interprétation du juge judiciaire permet d'illustrer cette spécificité.

**278. — Une illustration jurisprudentielle.** On se souvient qu'à propos de la décision du Conseil constitutionnel, Catala conjecturait qu'entre « le verbe du Palais Royal et celui de la place Vendôme, c'est au juge judiciaire qu'appartiendra le dernier mot »<sup>1361</sup>. Les modifications apportées par la loi du 23 juin 2006<sup>1362</sup>, ont pu décourager les tenants d'une approche contractuelle du PACS tant le législateur de 2006 s'est fait l'écho de la matrimonialisation entamée par le Conseil constitutionnel, notamment par l'emploi du lexique propre au régime primaire impératif du mariage. Ces évolutions ne peuvent, néanmoins, suffire à occulter l'analyse contractuelle du PACS, le législateur ayant eu l'idée heureuse de contenir l'alignement sur le mariage à la dimension patrimoniale du PACS. Or, l'aspect patrimonial du PACS étant dominé par le principe de liberté contractuelle, il en ressort moins une institutionnalisation qu'un enrichissement du contenu du contrat de PACS<sup>1363</sup>. Sur le plan personnel, un changement majeur est à signaler : la vie commune, qui n'était que l'objet du contrat (plus exactement l'organisation de la vie commune) accède au rang d'obligation<sup>1364</sup>. L'absence de précision supplémentaire instille le doute quant à la portée de ce changement. La vie commune,

<sup>1358</sup> Le conseil reconnaît la nature contractuelle du pacs qu'il qualifie de « contrat spécifique » et, en se faisant plus royaliste que le roi, le soumet directement aux dispositions applicables aux contrats de droit commun : v. Cons. const. 9 nov. 1999, préc., considérant n° 28.

<sup>1359</sup> V. dans le même sens ROCHFELD (J.), « Réforme du pacs », art. préc.

<sup>1360</sup> Sur la vigueur toute relative du statut impératif du PACS et le possible apport du droit des contrats à son renforcement, v. *supra*, n° 152.

<sup>1361</sup> CATALA (P.), « Critique de la raison médiatique », art. préc., p. 64.

<sup>1362</sup> Loi n° 2006-728, portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>1363</sup> Sur l'indivision conventionnelle du PACS, v. *supra*, n° 38 s.

<sup>1364</sup> C. civ., 515-4 : « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune ».

devenue obligation, doit-elle s'entendre au sens du législateur de 1999, ou au sens du Conseil constitutionnel ? La question est importante en pratique puisque si le PACS suppose définitivement l'existence d'une vie de couple, donc une vie commune sexuée, sa conclusion pour autre justification, tout autre but, serait une cause de nullité<sup>1365</sup>. À cet égard, toutefois, l'éventualité d'une appréhension plurielle de la vie commune organisée par le PACS persiste comme l'illustre une rare décision de la Cour de cassation en date du 8 mars 2017<sup>1366</sup>.

En l'espèce, la demande d'un majeur protégé, qui sollicitait l'autorisation de conclure un PACS, avait été rejetée par une cour d'appel aux motifs que le lien qui l'unissait à son potentiel partenaire – « celui d'un père à fils »<sup>1367</sup> – était étranger à celui du couple. À l'évidence, les juges du fond souscrivent pleinement à la définition de la vie commune donnée par le Conseil constitutionnel. Partant, l'argument incestueux n'est qu'un prétexte servant à fonder juridiquement la solution. L'article 515-2 1° du Code civil ne visant que l'inceste entre parents ou apparentés, le fondement juridique de la solution ne pouvait être que fallacieux. Seul le refus d'autoriser la conclusion du PACS pour toute autre raison affichée qu'une vie de couple sexuée pouvait expliquer la solution des juges du fond. Or, strictement, d'après les textes applicables au PACS, seule doit compter la volonté de partager une vie commune, qu'importe la condition charnelle<sup>1368</sup>. C'est précisément ce que relève la Cour de cassation en censurant la décision des juges du fond au visa des articles 515-1 et 515-2 1°<sup>1369</sup>. En l'espèce, la cassation intervient pour une violation de la loi et, plus exactement, une violation de la loi par fausse application ou refus d'application<sup>1370</sup>. L'on rappelle qu'un tel cas de cassation sanctionne le refus des juges du fond « de faire application [d'un texte] à une situation qui manifestement rentrait dans son champ d'application »<sup>1371</sup>. Quoiqu'elle ait été mise en avant par l'arrêt d'appel, la description de la relation comme un « lien entre un père et son fils » ne signifie

<sup>1365</sup> Selon l'analyse contractuelle, un tel contrat dérogerait au but d'ordre public qu'est l'organisation d'une vie de couple (C. civ., art. 1162). Si l'on adhère à l'analyse institutionnelle, la sanction serait le détournement ; sur la notion de détournement des institutions familiales v. BOULANGER (FR.), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G* 1993, doctr. 3665 ; Dossier, « Les détournements en droit des personnes et de la famille », *Dr. & patr.* 2011, n° 209.

<sup>1366</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685, *D.* 2017, p. 1094, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* 2017, p. 1292, note M. SAULIER ; *AJ fam.* 2017, p. 363, obs. P. HILT ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91, note S. DUMAS-LAVENAC ; *ibid.* 2017, comm. 109, note I. MARIA.

<sup>1367</sup> Selon l'aveu écrit du majeur protégé, reproduit en annexe, de la décision précitée.

<sup>1368</sup> *Contra* Saulier (M.), « À quoi sert le pacs », art. préc. ; DUMAS-LAVENAC (S.), « pacs : institution du couple ou contrat opportuniste », *Dr. fam.* 2017, comm. 91.

<sup>1369</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, préc., : « alors qu'elle constatait, d'une part, l'existence d'une vie commune de vingt-quatre ans entre les intéressés, d'autre part, l'absence de tout empêchement légal à la conclusion d'un pacte civil de solidarité, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ».

<sup>1370</sup> Nous nous référons ici à la structure de l'arrêt de cassation et à la construction du conclusif : v. WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 702, 15 mai 2009, spéc., p. 15.

<sup>1371</sup> JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, 9<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, coll. Méthodes du droit, spéc., p. 182.

en aucune manière une volonté d'instituer un lien de filiation par le PACS. Ce grief est, à notre sens, révélateur de l'extrapolation que peut entraîner une vision exclusivement institutionnelle du PACS. On perçoit sans mal la juridicisation excessive de ce qui semble être une simple marque d'affection. En effet, comme le précise le moyen annexé à la décision rapportée, la communauté d'intérêts liant les deux parties en cause était avant tout patrimoniale<sup>1372</sup>. Aussi y lit-on que l'intention essentielle du majeur protégé était de permettre à celui qu'il considérait comme son « fils » de rester à son domicile dans l'hypothèse de son propre placement dans un établissement spécialisé pour personnes âgées dépendantes<sup>1373</sup> ou de le gratifier en cas de décès. En définitive, on ne peut qu'approuver la solution prononcée par la Cour de cassation qui s'inscrit à rebours du mouvement de confusion des structures conjugales du droit de la famille au détriment de la spécificité propre à chacune. Si le PACS a été, en partie, pensé pour légitimer l'union homosexuelle, la suppression de la condition d'altérité des sexes dans l'accès au mariage bouscule nécessairement les paradigmes. Comme l'a décrit Monsieur Hilt, « le lien qui peut exister entre le PACS et la notion de couple n'est plus aussi évident que par le passé »<sup>1374</sup>. Plus encore, il est permis de le contester, tant il s'avère réducteur, dès lors qu'essentialisé il sert de fondement à la thèse institutionnelle du PACS qui gagnerait à conserver sa spécificité à travers sa nature contractuelle.

L'on sait que la consécration du PACS est un marqueur de la dissociation de la conjugalité et de la parenté<sup>1375</sup>. L'évolution du PACS serait-elle, désormais, de poursuivre dans cette voie en dissociant la conjugalité de la sexualité ? Rien n'est moins sûr à l'instant où nous écrivons ces lignes. Les suites de la décision précédemment étudiée sont quelque peu imprévisibles en raison de sa non-publication. Sur ce point, sans rouvrir le débat sur les motivations de la non-publication des arrêts de la Cour de cassation et la portée des arrêts inédits<sup>1376</sup>, on peut, néanmoins, exprimer un

<sup>1372</sup> Les faits de l'espèce ne sont pas sans nous remémorer les hypothèses de nouvelles solidarités que devaient permettre le projet de pacte d'intérêt commun porté par Jean Hauser, v. HAUSER (J.), *Rapport public : Le projet de pacte d'intérêt commun*, préc., : « Il serait particulièrement injuste de ne retenir que les couples à connotation sexuelle présumée alors que les avantages revendiqués reposent uniquement sur une communauté de vie dont la cause échappe au droit et est d'ailleurs totalement invérifiable. Par exemple serait-il peu défendable de revendiquer des avantages fiscaux concernant les droits de mutation à l'intérieur d'un couple non marié sans considérer l'ensemble des situations de vie en commun, y compris celles qui intéressent des individus n'ayant que des intérêts pécuniaires (par exemple des frères ou sœurs vivant en commun) ».

<sup>1373</sup> L'article 14 de la loi du 6 juill. 1989 permettant la continuation du bail au profit du partenaire lié par un pacs.

<sup>1374</sup> HILT (P.), « Deux personnes qui sont unies par des relations qu'entretient habituellement un père avec son fils peuvent conclure un pacte civil de solidarité », *AJ fam.* 2017, p. 363.

<sup>1375</sup> V. REVET (TH.), « La loi loi n° 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000, p. 173.

<sup>1376</sup> Sur cette question v. not. : GHESTIN (J.), « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239 ; *id.*, « L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et à l'imprévision », *JCP G* 2014, 1116 ; LACABARATS (A.), « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889 ; LIBCHABER (R.), « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000, p. 197 ; *id.*, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.* 2002, p. 60 ; PERDRIAU (A.), « Les publications de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 4 janv. 2003, p. 2 ; DEUMIER (P.), « Un arrêt non-publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.* 2011, p. 87 ; SABARD (O.), « La hiérarchisation de la jurisprudence », *RLDC* 2009, n° 65 ; WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », préc., spéc., p. 9 ; LATINA (M.), « Le mystère de la publication des arrêts de la Cour de cassation », *Dalloz actu*

étonnement quant au caractère inédit de la décision du 8 mars 2017 compte tenu de son triple intérêt normatif<sup>1377</sup>. C'était, ainsi, la première fois que la Cour de cassation se prononçait aussi clairement sur la finalité du PACS. À cet égard, la solution marque une évolution de la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel puisqu'elle apporte, enfin, un élément de réponse à une question fondamentale. Pour ces raisons, il nous semble que si, en général, la publication ou la non-publication induisent l'intérêt ou de l'absence d'intérêt d'une décision<sup>1378</sup>, elles doivent être distinguées, autant que possible, de l'apport normatif. Comme l'affirme Madame Deumier, « l'intérêt d'une solution [...] est une chose ; son potentiel normatif [...] en est une autre. [...]. Ce sort normatif dépendra du contenu de l'arrêt et c'est à l'aune de ce contenu que la doctrine peut à l'occasion signaler une dissonance avec les indications délivrées sur sa portée »<sup>1379</sup>. Ainsi, l'orthodoxie du contenu de la décision du 8 mars 2017, associée à la rareté des décisions relatives au PACS sont susceptibles de justifier l'apport normatif de ladite décision, au moins tout autant que sa non-publication incite à la prudence. C'est donc moins le contenu des textes relatifs au PACS que l'évolution de la conception de cette structure familiale qui semble menacer son aspect pluridimensionnel.

**279. — Les germes semés d'une potentielle évolution du PACS.** Si en l'état du droit positif, la structure familiale que crée le PACS correspond à un couple, la Cour de cassation ne semble pas, fermement, opposée à déconnecter le PACS de sa dimension sexuelle. Aussi est-il légitime de s'interroger sur la persistance de la finalité familiale du contrat de PACS. À l'image du PACS conclu entre deux hommes se considérant comme père et fils, que dire d'un contrat de PACS qui serait conclu entre deux amis qui se considéreraient comme frères ? Poursuit-il un but familial ? Le risque, on l'entr'aperçoit, est un détournement du PACS aux fins d'une énième légitimation juridique de rapports affectifs sociaux. On verrait se multiplier de nouveaux liens de famille ne reposant que sur de purs liens du cœur et distincts à la fois de la famille conjugale et de la famille adoptive – également, expression d'un élan affectif. Le risque est une pulvérisation encore plus grande de la notion de famille. Dans ce contexte, l'arrêt du 8 mars 2017, précédemment étudié<sup>1380</sup>, annonce une

---

*Étudiants*, 30 janv. 2012 ; GUENZOU (Y.), « Conflits de doctrines. Doctrine universitaire *versus* Doctrine de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2014, p. 275.

<sup>1377</sup> V. LANZARA (D.), *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. STRICKLER, LGDJ, 2017, n° 194.

<sup>1378</sup> V. HENRY (X.), « La jurisprudence accessible. Mégacode civil : Théorie d'une pratique », *RRJ* 1999, p. 631 s., spéc., n° 17. L'auteur plaide, toutefois, pour une revalorisation du contenu de l'arrêt dans la détermination de sa portée normative. « Dans tous les cas, le contenu de l'arrêt reste l'information primordiale à laquelle il est toujours possible de se référer et l'apport doctrinal d'origine juridique est effectué de façon transparente. Cette condition ne serait plus remplie si l'absence de publication était un critère absolu d'élimination d'un arrêt ». : spéc., n° 11, p. 639.

<sup>1379</sup> DEUMIER (P.), « Un arrêt non-publié peut-il faire jurisprudence ? », art. préc.

<sup>1380</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, préc.

réalité à venir : la multiplication de groupes restreints d'individus, vivant en commun en raison, principalement, d'intérêts pécuniaires. Cette recomposition d'une solidarité, à la base, ne pourra être longtemps ignorée du droit. En l'état, le contrat de PACS, strictement compris, pourrait être un instrument de satisfaction de ces intérêts. Néanmoins, parce que le PACS demeure lié à la famille, il en résulterait un détournement et une perturbation de l'ordre juridique familial. D'une certaine manière, les constats du groupe de travail réuni sous la direction de Jean Hauser connaissent une nouvelle actualité. L'argument de la diversité des situations ne concerne plus, comme hier, le couple, mais la vie commune. Il est indéniable que la nécessité d'un modèle de structure de vie commune « totalement autonome qui repose uniquement sur le fait de la communauté de vie et de la mise en commun d'un certain nombre de moyens ou de biens »<sup>1381</sup> se fera de plus en plus intense. Deux solutions sont ainsi envisageables.

**280. — Une seconde voie de réforme.** La première solution, radicale, consisterait en une abrogation du PACS tel qu'il figure dans le Code civil au profit de la création d'un pacte d'intérêt commun. Une telle option reviendrait à tirer toutes les conséquences du rapprochement de plus en plus étroit entre le mariage et le PACS à mesure que se renforce la dimension familiale du dernier et que se libéralise le premier. Le droit français suivrait la vague de « suppression de l'institution du partenariat dans les États qui initialement l'avaient créée comme alternative au mariage alors refusé aux couples de même sexe, dès lors que ceux-ci ont eu accès au mariage »<sup>1382</sup>. Dans une telle hypothèse, une problématique de droit transitoire se poserait : soit, comme le fit le droit allemand en 2017, offrir aux PACS déjà en cours la faculté de transformer leur PACS en mariage soit se contenter d'appliquer le droit nouveau aux situations nouvelles, en laissant les situations anciennes sous l'empire des textes sur le PACS.

Toutefois, il n'est pas certain que ces évolutions soient suffisantes pour justifier une abrogation pure et simple du PACS. Par exemple, les divergences au regard des modalités de dissolution et des conséquences successorales propres à chaque organisation conjugale plaident, à l'inverse, pour une préservation du pluralisme conjugal. Une telle observation n'est, du reste, pas incompatible avec une amélioration du PACS suivant la seconde option détaillée ci-dessous.

**281. — Proposition n° 7 : affirmer la dimension sexuelle du pacs.** Une autre voie d'amélioration du PACS – à notre sens, plus judicieuse – consisterait en une réforme en deux temps.

<sup>1381</sup> HAUSER (J.), *Rapport public : Le projet de pacte d'intérêt commun*, préc.

<sup>1382</sup> HAMMJE (P.), « Le PACS et les partenariats enregistrés de droit étranger », in *Le pacs, 20 ans après*, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), dir., Dalloz, 2020, p. 33 s., n° 2, spéc., p. 35.

D'abord, celle du PACS tendant à achever sa dimension familiale en consacrant, nettement, sa dimension sexuelle. L'article 515-1 du Code civil pourrait être modifié de la manière suivante : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple, pour organiser leur vie commune.* » La référence au « couple » permettrait d'affirmer la matrimonialisation latente, mais en l'état contestable, du PACS. Une telle réforme pourra ensuite être complétée par la création d'une nouvelle structure destinée à répondre aux besoins précédemment énoncés et déconnectée de toute dimension personnelle.

**282. — Proposition n° 8 : consacrer un pacte d'intérêt commun.** Un tel instrument – utile entre étrangers – permettrait par ailleurs de remplir un vide propre au droit de la famille, celui des relations entre frères et sœurs que le droit de la famille – exception faite du droit des successions<sup>1383</sup> – maintient dans un extraordinaire secret. Sans doute faut-il y voir une influence du droit romain qui n'a envisagé les relations fraternelles qu'à travers le prisme de l'auteur commun, du *paterfamilias* : « dans l'histoire de l'Occident [...] l'insertion dans la parenté par les mâles a été prépondérante »<sup>1384</sup>. Ajoutons que, si la vision de la famille comme réseau de parenté et d'alliance n'a jamais été contestée au fil de l'histoire, l'édification des soubassements essentiels du droit de la famille s'est faite à partir du « lien étroit qui s'établit dès Rome entre mariage et procréation, lien que renforcera le christianisme [et qui] est une des données essentielles de l'histoire de notre droit »<sup>1385</sup>. Peu présente, la fratrie n'en est pas pour autant ignorée : d'abord les liens fraternels sont envisagés au titre des empêchements à mariage<sup>1386</sup>. Plus encore, il existe désormais dans le droit de l'autorité parentale un principe d'unité de la fratrie qui justifie l'impératif du maintien des liens entre les différents enfants d'une même fratrie quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. L'article 371-5 du Code civil<sup>1387</sup> dispose ainsi 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 ». La disposition va jusqu'à conférer au juge le pouvoir de statuer « sur les relations personnelles entre les frères et sœurs ». Mais là encore, la fratrie demeure envisagée dans l'intérêt individuel – de l'enfant – et non comme groupement familial à part entière. Compte tenu des multiples incidences

<sup>1383</sup> Que ce soit dans la détermination des héritiers *ab intestat*, dans la détermination de leurs droits (v. par ex. la succession anormale que constitue le droit de retour des frères et sœurs prévu à l'article 757-2 du Code civil), ou encore dans l'égalité des héritiers dont témoigne par exemple le mécanisme du rapport successoral (C. civ., art. 843).

<sup>1384</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, op. cit., n° 72, p. 98.

<sup>1385</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, op. cit., n° 73, p. 100.

<sup>1386</sup> C. civ., art. 162, v. en matière de PACS, art. 515-2 ; ainsi que les conséquences dans l'établissement de la filiation, art. 310-2.

<sup>1387</sup> Sur cette disposition et la loi du 30 déc. 1996, v. MASSIP (J.), « La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs », *Defrénois* 1997, n° 15-16, p. 897 ; MURAT (P.), « La loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs ou comment ressurgit la question des droits de l'enfant », *Dr. fam.* 1997, chron. 4.

juridiques des liens fraternels, il serait excessif de considérer que ces derniers relèvent du non-droit<sup>1388</sup>, mais l'on ne saurait contester l'absence d'obligations contraignantes entre les membres d'une même fratrie. Seule une obligation naturelle existe entre les frères et sœurs<sup>1389</sup> ; celle-ci pouvant faire naître une obligation civile<sup>1390</sup>. C'est dire qu'en comparaison de certains systèmes de droit étranger<sup>1391</sup>, la fratrie souffre d'une reconnaissance en droit français<sup>1392</sup> qui s'explique, toutefois, par le rejet de l'impératif dans les relations entre frères et sœurs au profit du facultatif<sup>1393</sup>. Si tel est le choix, il est alors légitime d'offrir aux individus les instruments nécessaires leur permettant de construire au mieux une solidarité fraternelle ou purement économique<sup>1394</sup> ; le modèle conventionnel se justifiant d'autant par le caractère facultatif de ces formes de solidarité. Le projet du pacte d'intérêt commun conduit sous la direction de Jean Hauser pourrait ainsi être utilement repris<sup>1395</sup>.

### 283. — Conclusion sur la critique de l'argument de fond de la thèse institutionnelle du PACS.

En définitive, on ne peut suivre les partisans de la thèse institutionnelle du pacs qui excluent sa nature contractuelle au motif qu'il existe une frontière hermétique entre le statut et le contrat. Que

<sup>1388</sup> En dehors du droit des successions, les liens fraternels ont également des conséquences en dehors du droit de la famille, comme en matière pénale : l'article 335 du Code de procédure pénale dispense les témoignages des frères et sœurs du serment ; l'article 434-1 du Code pénal qui les dispense de la dénonciation de l'auteur d'un crime. En droit des personnes également : l'article 449 du Code civil qui permet de nommer comme tuteur ou curateur un parent, donc un membre de la fratrie.

<sup>1389</sup> Sur l'obligation naturelle, v. par ex. SÉRIAUX (A.), « “ Sous les pavés, la plage ”. Une enquête sur le fondement naturel des obligations civiles », *RTD civ.* 2021, p. 833 ; FLOUR (J.), « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil » in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome VII, 1952, Journées canadiennes, 1956, Dalloz, p. 813 ; GOBERT (M.), *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, 1957 ; FLOUR (J.), et COURDAIS (M.), « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011, p. 453 ; JULIENNE (M.), « Obligation naturelle et obligation civile » : *D.* 2009, p. 1709 ; MOLFESSIS (N.), « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile, le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, p. 85.

<sup>1390</sup> C. civ., art. 1100, al. 2. Pour une illustration classique, v. Req. 5 mai 1868, *DP* 1869. 1. 285 – Req. 7 mars 1911, *DP* 1913. 1. 404 – Req. 20 avr. 1912, *S.* 1913. 1. 214 – Paris, 25 avr. 1932, *DH* 1933. Somm. 26. – Req. 10 janv. 1905, *DP* 1905. 1. 47 ; pour une illustration récente, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 2017, n° 16-24.533, *D.* 2018, p. 371, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2018, p. 194, obs. M. GRIMALDI ; *adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 2005, n° 02-11.339, *RTD civ.* 2005, p. 381, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>1391</sup> C'est par exemple le cas de l'Italie ou de l'Espagne, v. BOUCHARD (V.), « De la solidarité en ligne collatérale », *LPA* 30 août 2001, p. 4 ; En Italie, les articles 433 s. du Code civil prévoit une obligation alimentaire entre frères et sœurs. Le droit espagnol, les frères et sœurs sont « tenus de se porter les soins nécessaires à la vie en cas de besoin, pour toute cause qui n'est pas imputable au créancier d'aliments, et ces soins seront étendus, le cas échéant, aux soins nécessaires à leur éducation » (Réseau judiciaire européen, « Droit de la famille et successions : Pensions alimentaires »).

<sup>1392</sup> V. BOUCHARD (V.), « De la solidarité en ligne collatérale », art. préc. ; pour une perspective de droit comparé, v. AGBENOTO (K.), « La fratrie », *LPA* 31 janv. 2022, p. 31.

<sup>1393</sup> BOUCHARD (V.), « De la solidarité en ligne collatérale », art. préc. : «

<sup>1394</sup> Ceci constituerait un cadre juridique aux problématiques sociales soulevées par de nouveaux réseaux de relations qui – à partir de leur redécouverte lors des crises des années 1970 – s'affirment comme des lieux « d'une sociabilité et d'une entraide qui constituent une véritable économie cachée », v. DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-Cl.), *Sociologie de la famille*, *op. cit.*, p. 83. Dans de tels réseaux, « la nature des liens et la densité des relations sont très variables et dépendent beaucoup des circonstances de la vie quotidienne [...]. Le système d'entraide au cœur de l'économie cachée [...] s'organise en trois grandes composantes » que sont : l'accès aux ressources matérielles fournies par le travail domestique et manuel, le soutien relationnel et les transferts financiers v. v. DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-Cl.), *op. cit.*, p. 85 et 89 s.

<sup>1395</sup> Ces propositions et l'exposé des motifs sont disponibles au lien suivant : <https://www.vie-publique.fr/rapport/24397-le-projet-de-pacte-dinteret-commun>.

le contrat de pacs fonde un statut est une chose que nous admettons, que cette finalité justifie d'exclure sa nature contractuelle en est un autre. L'existence de véritables statuts nés de contrats non contestés (en droit du travail, de la consommation ou encore de bail d'habitation) ne suffit-elle pas à faire justice à un tel argument ? En effet, l'opposition doit être relativisée, principalement en raison de l'évolution de la conception du contrat qui est incontestablement un instrument de satisfaction de l'intérêt général. De l'autre, la thèse est également critiquable en ce qu'elle participe d'une essentialisation du pacs en l'enfermement dans le périmètre du couple. Cependant, cette essentialisation prend source dans la matrimonialisation du pacs par le Conseil constitutionnel qui éclipse à tort, selon nous, la multifonctionnalité du pacs, véritable instrument de création de nouvelles solidarités interindividuelles et quasi familiales, comme semble l'admettre la Cour de cassation<sup>1396</sup>.

Outre un argument de fond, qui prospère de l'opposition du statut et du contrat, la thèse d'une nature institutionnelle du PACS mobile, également, des arguments secondaires qui sont tout autant réfutables.

### ***B. Les arguments circonstanciels***

**284.** — Tout aussi critiquable que l'argument précédent, la seconde série de motifs des thèses opposées à la nature contractuelle du PACS infère sa dimension institutionnelle de sa situation dans le Code civil (1) et de sa mention à l'état civil (2).

#### **1. La critique de l'argument systémique**

**285.** — **La faiblesse de l'argument tiré de la situation des règles du PACS.** « Notre Code est une réalité vivante »<sup>1397</sup>, écrivait Malaurie. Il est une construction organique, une solution au problème politique de l'organisation totale de la société humaine. C'est, en effet, selon les mots de Monsieur Lequette, « sur les trois piliers qu'il érige, la famille, la propriété, le contrat [que] s'édifie la société civile »<sup>1398</sup>. Partant, l'organisation interne du Code reflète la conception que se fait la

---

<sup>1396</sup> Sur la constitutionnalité de la décision de la Cour de cassation : il est vrai que l'arrêt contredit ouvertement l'article 62, al. 3, de la Constitution selon lequel « les décisions du Conseil constitutionnel [...] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Il en va également de même des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel (v. LALLET (A.), « L'autorité absolue de chose jugée par le Conseil constitutionnel », *AJDA* 2013, p. 1639). À en croire son Secrétariat général, le Conseil n'a jamais eu connaissance, tout au contraire, qu'une autorité de l'État se soit « révoltée » contre telle ou telle » de ces réserves d'interprétation (Fiche « Réserves d'interprétation »). L'arrêt de la Cour de cassation semble être à cet égard une première. Cette circonstance en renforce tout autant l'intérêt doctrinal et pratique.

<sup>1397</sup> MALAURIE (PH.), « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804 – 2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. p. 2.

<sup>1398</sup> LEQUETTE (Y.), « D'une célébration à l'autre (1904 – 2004) », in *1804 – 2004. Le Code civil..., op. cit.*, spéc. p. 14.

société de chaque pilier. Au-delà de cet aspect, l'organisation interne du Code civil a également une visée pédagogique. La place des textes est un critère de compréhension tant de la portée que de la signification des dispositions<sup>1399</sup>. La référence à la « place des textes » est devenue un argument rhétorique fréquent de la doctrine qui participe de « l'analyse systémale du droit »<sup>1400</sup>. Bien qu'il connaisse un regain d'intérêt en doctrine<sup>1401</sup>, l'argument dit *a rubrica* a une faiblesse majeure que dénonçait déjà Batiffol : « l'argument tiré de la rubrique est faible, parce qu'on pourrait citer bien des matières traitées sous une rubrique qui ne leur convient pas, en raison de leur lien avec d'autres auxquelles elle convient »<sup>1402</sup>. Cette critique vaut pour les règles du PACS.

C'est ainsi que l'on a pu soutenir la nature institutionnelle du PACS en raison de sa situation dans le Code civil. L'insertion des dispositions du PACS dans le « Livre Ier » relatif aux personnes l'éloignerait de sa nature contractuelle<sup>1403</sup>. Il est vrai que le constat ne manque pas de pertinence. En effet, comme le relevait le groupe de travail « Hauser » à propos du pacte d'intérêt commun, si un texte de nature civile pouvait être contenu dans le Code civil, « il ne devait en aucun cas prendre place au titre des personnes ou de la famille »<sup>1404</sup>. Pour les auteurs du projet, l'ambition purement patrimoniale du pacte d'intérêt commun justifiait que ce nouveau contrat particulier s'insérât dans un titre nouveau entre la société et l'indivision. L'objectif principal n'était, alors, autre que l'élimination de la charge idéologique de la question. Ce ne fut pas la méthode adoptée par le législateur de 1999 qui fit le choix de faire figurer le régime du PACS dans le titre relatif au droit des personnes. Doit-on, pourtant, en conclure une volonté « d'institutionnaliser » le PACS ? Nous ne le pensons guère, à moins d'aboutir à un anachronisme. Le législateur lui-même ne déniait pas la nature contractuelle du PACS ; pas plus que le Conseil constitutionnel qui souligna la nature contractuelle tout en mettant en avant sa spécificité. Il est plus vraisemblable, comme l'analysa Catala, que tant la loi du 15 novembre 1999 que l'emplacement des textes n'aient été guidés « ni par la raison pratique ni par la raison pure »<sup>1405</sup>, mais par une raison politique. L'objectif était la

<sup>1399</sup> V. par exemple les débats relatifs à la place des textes relatifs à la responsabilité civile et la divergence de vue entre, d'une part, le Projet Catala qui préconisait une fusion des règles relatives à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle sous un titre unique « De la responsabilité » – v. VINEY (G.), « Exposé des motifs », in *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, CATALA (P.) dir., sept. 2005, p. 161 s. – et, de l'autre, le Projet Terré qui renvoyait la question de la responsabilité contractuelle au droit commun des contrats – v. RÉMY (PH.), « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, TERRÉ (Fr.) dir., Dalloz, 2011, p. 15 s.

<sup>1400</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 9. Pour une présentation détaillée de la méthode fondée sur la cohérence interne du système juridique, v. *ibid.*, n° 120 s.

<sup>1401</sup> V. par ex. RISSER (J.), « Un titre de loi peut-il convaincre ? étude sur l'argument *A rubrica* », *Droits* 2021, n° 74, p. 215 s.

<sup>1402</sup> BATIFFOL (H.), note sous TGI Paris, 24 avr. 1980, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 687.

<sup>1403</sup> V. par ex. SAULIER (M.), th. préc., n° 43.

<sup>1404</sup> HAUSER (J.), *Rapport public : Le projet de pacte d'intérêt commun*, préc.

<sup>1405</sup> CATALA (P.), « Critique de la raison médiatique », art. préc., p. 63.

satisfaction des revendications sociales et la légitimation de l'union homosexuelle<sup>1406</sup>. Or, en opérant de la sorte, la charge idéologique est en partie maintenue. Bref, si l'on peut constater l'imperfection du système juridique occasionné par le classement, dans le Code civil, des textes relatifs au PACS<sup>1407</sup>, c'est à tort que l'on tente de faire de ce désordre organisationnel un argument systémique<sup>1408</sup>. D'autant qu'il reste tout à fait possible de soutenir que, loin de confirmer sa nature institutionnelle, l'insertion du PACS dans le titre des personnes permet de mettre en avant le rapport interpersonnel du PACS, signe du contrat. Du reste, le titre relatif aux personnes comprend également des actes « d'essence contractuelle »<sup>1409</sup> à l'image du mandat de protection future dont personne ne conteste la nature contractuelle<sup>1410</sup>.

De la même façon que l'on peut réfuter l'argument systémique qui justifie une nature institutionnelle du PACS, l'on opposera à la lecture institutionnelle de sa mention à l'état civil une analyse contractuelle de la même formalité.

## 2. La lecture contractuelle de la mention du PACS à l'état civil

**286. — Une consécration de l'institution par le contrat d'un lien conjugal.** Reconnaissance indirecte de la « précipitation législative » que fut la loi du 15 novembre 1999, la loi du n° 2006-728 du 23 juin 2006 est venue compléter le formalisme du PACS en le faisant entrer à l'état civil<sup>1411</sup>. Ce faisant, elle a fourni, de manière rétroactive, une justification à la situation des textes relatifs au PACS dans le Code civil. Il n'est, ainsi, pas étonnant que les partisans du caractère institutionnel du PACS y aient vu une pierre supplémentaire apportée à la thèse institutionnelle<sup>1412</sup>. Toutefois, ce formalisme « répond à un besoin pratique »<sup>1413</sup> plus qu'il ne témoigne d'une institutionnalisation du PACS dont la seule justification n'est que l'analogie avec le mariage également mentionné à l'état

<sup>1406</sup> Sur la pratique du *lobbying* en matière familiale v. LIBCHABER (R.), « Les forces créatrices du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », *RTD civ.*, 1998, p. 224 ; *adde* MOLFESSIS (N.), « La loi de la course », *RTD civ.* 1998, p. 778.

<sup>1407</sup> Sur cette question v. BEIGNIER (B.), « Pour un nouveau Code civil », art. préc. ; CABRILLAC (R.), « Un nouveau Code civil ? », *D.* 2019, p. 2149.

<sup>1408</sup> BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 122, qui définit l'argument systématique comme celui qui « part de l'hypothèse que le droit est ordonné et que ses diverses normes forment un système si bien que toute disposition doit être interprétée dans le sens où elle s'harmonise avec le reste du texte ou du système juridique ».

<sup>1409</sup> TEYSSIÉ (B.), *Droit des personnes*, 23<sup>e</sup> éd., 2021, LexisNexis, n° 1099.

<sup>1410</sup> Sur l'avènement d'une fonction de protection du contrat, v. GATTI (L.), *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préf. R.-N. Schütz, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, LGDJ, 2016.

<sup>1411</sup> C. civ., art. 515-3-1. Ce à quoi il faut également ajouter la réforme opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 qui a transféré la compétence de la réception de la déclaration conjointe de pacs à l'officier d'état civil, v. C. civ., art. 515-3, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>1412</sup> V. ROCHFELD (J.), « Réforme du pacs », art. préc. ; SAULIER (M.), *th. préc.*, n° 43 ; FENOUILLET (D.), *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 342, p. 317.

<sup>1413</sup> MILLARD (E.), « La dimension politique du pluralisme familial », in *Réflexions sur le pluralisme familial*, ROY (O.), dir., Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, spéc., p. 237. *Adde* Teyssié (B.), *Droit des personnes*, *op. cit.*, n° 439.

civil. L'alignement est, pourtant, d'une portée bien faible tant la conclusion et la dissolution du PACS demeurent exclusivement contractuelles. En cela, la publicité du PACS à l'état civil en dit plus sur la conception contemporaine de l'état civil que sur la nature du PACS.

Comme l'a écrit Monsieur Fulchiron, « l'état civil est en quelque sorte utilisé dans sa fonction technique, dépouillé de toute dimension symbolique »<sup>1414</sup> ; « le PACS n'est pas un acte de l'état civil. Mais sa publicité utilise le support des actes de l'état civil »<sup>1415</sup>. Ainsi que l'a démontré Monsieur Millard, il importe de distinguer dans l'état civil la logique d'identification de la logique de constitution de l'identité. La première renvoie à la maîtrise des « données relatives à l'identité, quelles qu'elles soient : c'est donc d'abord déterminer ces données, être informé de ces données, et être informé de leur éventuelle évolution ; c'est ensuite disposer du monopole de l'officialisation de ces données. C'est donc essentiellement une question de formalités (et c'est l'état civil). [La seconde, concerne] le contenu de ces données. C'est donc naturellement une question substantielle (et c'est l'état des personnes) »<sup>1416</sup>. Par conséquent, « si le PACS est désormais mentionné en annexe comme le mariage, avec indication de l'identité du partenaire, ce n'est que timidement, et dans le but avancé de garantir les droits patrimoniaux des tiers »<sup>1417</sup>. Ce sont donc les fonctions d'identification et d'authentification de l'état civil, en tant qu'outil de la puissance publique, qui sont mobilisées<sup>1418</sup>. Le transfert de compétence, en matière d'enregistrement du PACS, du greffier à l'officier d'état civil<sup>1419</sup> n'a pas plus d'influence sur une quelconque nature institutionnelle du PACS<sup>1420</sup>. Le PACS demeure un contrat spécifique dont les formalités de publicité empruntent à l'état

<sup>1414</sup> FULCHIRON (H.), « Quel avenir pour le pacs ? », *Defrénois* 2005, n° 17, p. 1286.

<sup>1415</sup> FULCHIRON (H.), « Le nouveau pacs est arrivé ! », *Defrénois* 2006, n° 21, p. 1621.

<sup>1416</sup> MILLARD (E.), « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Doyen François-Paul Blanc*, Presses universitaires de Perpignan et Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 721-727, version HAL-SHS n° 00617835, p. 8.

<sup>1417</sup> MILLARD (E.), « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », préc., p. 7.

<sup>1418</sup> Cela est par ailleurs confirmé par le *Rapport* du 8 févr. 2006 (présenté par Monsieur le député Sébastien Huyghe) qui détaille les raisons qui ont justifié l'adoption de l'amendement qui proposa une modification des modalités d'enregistrement et publicité du pacs. Aussi peut-on y lire, « que cet amendement, qui reprend une proposition de la mission d'information sur la famille, facilitera le travail des notaires, qui doivent aujourd'hui demander des certificats d'absence de pacs, établis par les greffes ».

<sup>1419</sup> Cette modification issue de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 se justifie par des raisons de simplification. Le *Rapport* n° 121, du 28 oct. 2015 de Monsieur Yves Détraigne, précise, ainsi, que « le transfert des formalités attachées au pacs du greffe du tribunal d'instance à la mairie s'inscrit dans un mouvement qui vise à recentrer les tribunaux sur leurs activités juridictionnelles ». Ladite loi rétablit la cohérence entre l'article 515-3 et l'article 515-3-1 en supprimant le double registre de l'état civil.

<sup>1420</sup> D'ailleurs, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ne l'envisagent pas. Aussi, saisi d'un conflit de compétence entre l'État et la Polynésie française, à propos de la mention en marge de l'acte de naissance, le Conseil constitutionnel confirme que ces nouvelles dispositions ne visent qu'à « assurer la publicité du pacte [...] à l'égard des tiers ; [elles] n'ont eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte sa nature contractuelle » : Cons. const. 21 oct. 2015, n° 2015-9 LOM, considérant n° 8, *Dr. fam.* 2015, comm. 213, note J.-R. BINET. Cette décision confirme l'avis du Conseil d'État qui a estimé, malgré l'évolution du régime du pacs, que « la mention à l'état civil [...] qui est destinée à en assurer la publicité ne fait pas du pacte une institution relevant de l'état des personnes », v. CE, 29 avr. 2014, avis n° 388614, *Assemblée de la Polynésie française*.

civil. En témoigne le maintien de la compétence du notaire, en matière d'enregistrement, dans le cas d'une convention notariée<sup>1421</sup>. L'entrée du PACS à l'état civil se justifie notamment par un besoin de sécurité juridique des conventions. La mention en marge de l'acte de naissance n'est, en définitive, qu'un élément de perfection du contrat dès lors que son absence « priverait la convention de toute utilité, faute d'être opposable aux tiers »<sup>1422</sup>. En réalité, par sa modification de l'état civil des nouveaux partenaires, le contrat de PACS accompli, pleinement, son opération de structuration de la famille puisqu'il emporte la création d'un lien de famille, donc d'une structure familiale.

**287. — Conclusion de paragraphe.** La critique de la thèse institutionnelle du PACS permet d'ouvrir la voie à la confirmation de sa nature contractuelle. Cette dernière s'affirme naturellement par la dynamique contractuelle qui traverse de part en part le PACS. D'abord quant à sa formation, le PACS ne peut se réduire à un acte-condition au même titre que le mariage<sup>1423</sup>. S'il se rapproche de cette catégorie d'acte, c'est uniquement en raison du « statut légal protecteur ne tolérant que des dérogations limitées »<sup>1424</sup> qu'il fait naître. Malgré cela, tout comme nombre de statuts légaux fondés exclusivement sur le contrat (par exemple, le contrat de travail, le contrat d'assurance ou encore le bail d'habitation) et à l'inverse du mariage, le PACS ne peut exister sans un contrat<sup>1425</sup>; c'est-à-dire sans un accord de volontés écrit créateur d'obligations juridiques. Qu'une partie de ces obligations soit imposée de l'extérieur, par la loi, n'implique pas que la qualification de contrat doive être exclue<sup>1426</sup>. On aura à voir que le statut qui résulte du contrat de PACS n'exclut pas un aménagement purement conventionnel, l'organisation d'une vie commune étant par essence protéiforme. D'autre part, la dynamique contractuelle du PACS se confirme quant à sa dissolution qui, exception faite du cas du décès, est exclusivement affaire de volonté, que celle-ci soit commune ou unilatérale<sup>1427</sup>. Signalons que c'est en raison de l'absence de ce double dynamisme contractuel (formation – dissolution) que la qualification contractuelle fut longtemps contestée s'agissant du

<sup>1421</sup> C. civ., art. 515-3, al. 5.

<sup>1422</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 569.

<sup>1423</sup> BRENNER (Cl.), LEQUETTE (S.), v° « Acte juridique », *Rép. civ.* Dalloz, n° 235 qui définit l'acte condition comme celui où la « volonté ne fait que déclencher le jeu d'une règle juridique qui ne s'applique pas indistinctement à tous les membres du groupe social, mais seulement à ceux qui s'y soumettent par un acte accompli conformément à la règle elle-même ».

<sup>1424</sup> BRENNER (Cl.), LEQUETTE (S.), v° « Acte juridique », *Rép. civ.* Dalloz, n° 237.

<sup>1425</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 540.

<sup>1426</sup> Dans le même sens, GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147. Signalons, en outre, que le mouvement tendant à voir dans certaines situations contractuelles des actes-condition repose sur une surévaluation du rôle de la volonté. Ce constat ne surprend qu'à moitié puisque la théorie de l'acte-condition fut développée à une époque où l'autonomie de la volonté relevait encore du dogme (notamment à partir des travaux de Duguit et Hauriou); la volonté était alors perçue comme toute puissante et à l'origine de toute création particulièrement dans le contrat. Tel n'est plus le cas de nos jours; le contenu même du contrat étant, en partie, de plus en plus imposé par la loi ou le juge. La naissance d'un statut est, dorénavant, un effet non contestable du contrat.

<sup>1427</sup> La cessation du pacs en raison du mariage des partenaires ou de l'un d'eux n'est, en définitive, qu'une forme de dissolution par *mutuus dissensus*, dans un cas, ou par décision unilatérale, dans l'autre cas. Dans cette hypothèse, la dissolution s'opère par le truchement du changement de situation de l'un ou des deux partenaires.

mariage<sup>1428</sup>. Toutefois, si le PACS est un contrat, nos développements sont autant d'indices de son particularisme. Pensé à l'origine comme une organisation privée entre deux individus souhaitant vivre, ou vivant, en commun, le PACS s'est peu à peu rapproché du mariage non pas du point de vue institutionnel, mais sous le prisme de la structuration du lien familial. La particularité du contrat de PACS s'exprime dans sa fonction : la structuration de la famille. Ce qui fut implicite dans le mariage – et longtemps contesté – devient explicite dans le PACS. La consécration du PACS a doté le contrat d'une force créatrice d'une structure familiale. Le renforcement des incidences familiales du contrat de PACS prouve le caractère familial de cette fonction du contrat.

## § II. L'affirmation de la finalité familiale du PACS

**288. — La familiarisation progressive du PACS.** Il est acquis que le PACS fonde le couple ; mais ce couple constitue-t-il une structure familiale à part entière ?<sup>1429</sup> À n'en pas douter, cette interrogation ne pouvait recevoir qu'une réponse négative lors du PACS en 1999 au nom du conservatisme qui voyait dans le mariage l'élément fondateur de la famille quand bien même l'existence de famille hors mariage n'était pas niée. On peut raisonnablement affirmer que le PACS n'avait aucune vocation à se mesurer au mariage du fait de sa motivation essentielle et symbolique – la légitimation de l'union homosexuelle – qui l'éloignait du modèle familial dominant du mariage dont découlait un lien de filiation<sup>1430</sup>. « Que le PACS n'ait rien à voir avec la famille fait partie des fondements mêmes de sa création »<sup>1431</sup> : le PACS est traditionnellement considéré comme un « contrat qui ne crée pas de liens familiaux »<sup>1432</sup> ni d'alliance ni de parenté<sup>1433</sup>. Pourtant, comme le souligne Madame Dekeuwer-Défossez, « dès l'origine, l'ambiguïté [entre le PACS et la famille] s'installa et perdura »<sup>1434</sup>. Néanmoins, la recherche de la dimension familiale du PACS s'est longtemps heurtée au caractère interindividuel du lien qui existe entre les partenaires. Toutefois, ce lien déborde, désormais, la personne même des partenaires au point de rallier l'appréhension

<sup>1428</sup> L'arbitrage entre la nature institutionnelle ou contractuelle du mariage se résolvait par le renvoi à l'encadrement de la dissolution, autrement dit le divorce. Le mariage ne pouvait être un contrat dès lors qu'il ne cessait comme un contrat ordinaire.

<sup>1429</sup> La question formulée à l'égard du pacs rejoint celle plus vaste de la dimension familiale du couple sans enfant. Si cette dimension n'a jamais été contestée s'agissant du mariage – en raison du lien d'alliance qu'il crée – elle paraît plus délicate en ce qui concerne le couple de partenaires ou de concubins. Toutefois, comme nous l'avons exposé, l'évolution de notre droit de famille à travers la distinction et déconnexion de l'élément conjugal de l'élément parental tend à considérer qu'il faille reconnaître le caractère familial de toutes les formes de vie conjugale dès lors que la procréation n'est plus une finalité de la famille et de son droit. Une telle vision confirme, par ailleurs, la constance du mouvement de rétrécissement de la famille.

<sup>1430</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 48.

<sup>1431</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), « Pacs et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, p. 529.

<sup>1432</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), « pacs et famille... », art. préc.

<sup>1433</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 332.

<sup>1434</sup> DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), « pacs et famille... », art. préc.

classique de la famille. Par bien des aspects, le droit confère au PACS une dimension et une finalité familiales. Le renforcement de cette dimension familiale (A) n'est pas sans incidence sur le contenu du contrat de PACS (B).

### *A. Le constat*

**289.** — Le renforcement de la dimension familiale de la structure conjugale du PACS est tout autant une affaire d'opportunité (1) que d'idéologie (2).

#### **1. Une reconnaissance opportuniste**

**290.** — **La reconnaissance en dehors du droit civil de la famille.** La reconnaissance de la dimension familiale du couple de partenaires a d'abord été une question d'opportunité, ceci tant du point de vue de la jurisprudence que du législateur. Le caractère opportun de cette reconnaissance se justifie par le fait que cette dernière s'est principalement réalisée en dehors du droit civil de la famille. En dépit de l'absence de lien de parenté ou d'alliance dans le PACS, la Cour de cassation assimila assez tôt le partenaire à un membre de la famille au sens de l'article L. 30.1° du Code électoral<sup>1435</sup>. C'est également une raison d'opportunité qui a conduit la haute juridiction à étendre aux indivisions conventionnelles entre partenaires le régime spécial des indivisions de nature familiale en autorisant le jeu de plein droit de l'attribution préférentielle<sup>1436</sup>. Du côté du législateur, on ne saurait nier la reconnaissance d'une dimension familiale au PACS dès lors que la qualification de société de famille est étendue à certaines sociétés entre partenaires. En effet, envisager le caractère familial du contrat de société revient à penser la famille à travers le contrat conclu entre ses membres. Au-delà d'une « notion juridique reconnue dans le langage juridique »<sup>1437</sup>, la société civile de famille donne corps à une certaine appréhension du fait familial. À cet égard et à rebours d'une appréciation restrictive du fait familial, certaines sociétés civiles conclues entre partenaires se sont vues reconnaître la qualité de société de famille. C'est ainsi le cas des groupements agricoles d'exploitation en commun<sup>1438</sup> et des sociétés à responsabilité limitée<sup>1439</sup>. À l'inverse, toutefois, des sociétés civiles immobilières à propos desquelles la Cour de cassation, interprétant strictement

<sup>1435</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2004, n° 04-60.134, *D.* 2004, p. 1125 ; *RTD civ.* 2004, p. 489, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2004, p. 243, obs. F. BICHERON.

<sup>1436</sup> V. *supra*, n° 41 (notes sous).

<sup>1437</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *loc. cit.*

<sup>1438</sup> Code rural, art. L. 323-2, al. 7.

<sup>1439</sup> Code général des impôts, art. 239 *bis* AA.

l'article 13 a) de la loi du 6 juillet 1989, limite le caractère familial à l'existence de liens de parenté ou d'alliance<sup>1440</sup>.

Opportuniste en dehors du droit civil de la famille, la reconnaissance de la dimension familiale du PACS est aussi la conséquence de l'inclination contemporaine du droit de la famille pour l'égalité des formes de vie en famille.

## 2. Une reconnaissance idéologique

**291. — Les incidences familiales du PACS.** De façon plus emblématique, c'est au sein du droit civil de la famille que la dimension familiale du PACS tend à s'affirmer. Ce renforcement sans discontinuer est mû par la raison politique, presque idéologique, de l'égalité entre les individus et par extension entre les formes d'union. On peut, à ce titre, souligner la timide percée successorale du PACS à travers le droit annuel sur le logement du partenaire survivant<sup>1441</sup> ; encore que cette extension se justifie par le prolongement temporaire et au-delà de la mort de la solidarité patrimoniale au cœur du dispositif du PACS. L'ouverture de l'adoption plénière à toutes les formes d'union conjugale est encore plus caractéristique de cette nouvelle dimension familiale du PACS. Certes, la dimension procréative du PACS était, d'une certaine manière, reconnue par la possibilité, pour les partenaires, d'accéder à la procréation médicalement assistée<sup>1442</sup>. Toutefois et de manière paradoxale, cette dimension procréative ne conférait pas de manière certaine au PACS une dimension familiale puisque l'adoption plénière par un couple pacsé demeurait exclue. La différence de traitement se justifiait par une prétendue différence de finalité entre l'adoption et la procréation assistée. Comme on l'a relevé, « l'adoption donne une famille à un enfant, tandis que l'assistance médicale à la procréation donne un enfant à un couple infertile »<sup>1443</sup>. Parce qu'elle est appréhendée comme une fiction juridique tendant à imiter la filiation biologique, la filiation adoptive était marquée par une exclusivité matrimoniale qui démontrait, si besoin était, la finalité procréative du

---

<sup>1440</sup> V. à propos de concubins notoires, Civ. 3<sup>e</sup>, 8 nov. 1995, n° 93-11.196. En effet, l'article 13 (a) n'étend le droit de reprise pour habiter qu'au profit des SCI constituées « exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus ». Ainsi, la précision de la Cour de cassation selon laquelle cette disposition « ne [peut] donner lieu à interprétation » vient confirmer la nécessité d'une interprétation stricte de la prescription légale (v. LARDEUX (G.), « Coup d'arrêt à l'extension par les juges du fond du droit de reprise des bailleurs personnes morales », *RDC* 2005, n° 4, p. 1078). Il est vrai qu'étendre le bénéfice de la disposition à une SCI constituée entre concubins notoires aurait nécessité, en l'occurrence, une définition élargie du lien d'alliance. Rappelons que la date de l'arrêt est antérieure à la consécration du pluralisme conjugal par la loi du 15 novembre 1999 qui offre au concubinage la reconnaissance juridique (V. en ce sens SAULIER (M.), *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. Leroyer, IRJS Éditions, 2017, n° 4). Mais on doute que cette dernière loi eût une influence décisive sur la position stricte de la Cour de cassation.

<sup>1441</sup> C. civ., art. 515-6, al. 3.

<sup>1442</sup> Code de la santé publique, art. L. 2141-2.

<sup>1443</sup> SAULIER (M.), th. préc., n° 263.

mariage. Le mariage vaut bien un enfant<sup>1444</sup>. Aussi, pour donner une famille à l'enfant encore faut-il qu'il y ait une famille. Tout autre est la procréation assistée qui n'opère pas par imitation – si ce n'est de la nature – mais apporte une réponse scientifique aux difficultés « pathologiques » d'un couple. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique dans sa version antérieure précisait, ainsi, que la procréation assistée a « pour objet de remédier à l'infertilité d'un *couple* ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du *couple* d'une maladie d'une particulière gravité ». Quoiqu'on en pense, le système antérieur déniait au PACS – ou au concubinage – une dimension familiale au même titre que le mariage. Hors du mariage, seul l'enfant faisait la famille, celle-ci ne préexistait pas à son existence. Dans le couple marié, la famille préexiste à la naissance de l'enfant dès lors que la procréation est une des finalités principales du mariage. Cette construction intellectuelle, contestée<sup>1445</sup>, n'a désormais plus cours. Plus exactement, l'ouverture de l'adoption tant simple que plénière au PACS – et au concubinage – en consacre la dimension familiale. Le couple de partenaires demeure une structure familiale à part entière, susceptible d'accueillir un enfant, au même titre que le couple marié<sup>1446</sup>. Cette donnée acquise, il est possible d'en envisager les conséquences quant au contenu d'un contrat de PACS « au futur ».

### ***B. Les incidences sur le contenu du contrat de PACS***

**292. — L'insertion d'un projet parental dans la convention de PACS.** La finalité d'accueil d'un enfant s'attache à une conception traditionnelle de la famille. En ce sens, l'on sait que le législateur n'a à l'origine pas imaginé une telle finalité s'agissant du PACS. Cependant, forts de sa reconnaissance actuelle, les partenaires ne pourraient-ils pas, dans l'organisation conventionnelle de leur vie commune, envisager de colorer leur union d'une telle dimension familiale ? À notre sens, la possibilité offerte au couple de partenaires d'adopter ensemble un enfant, ou celle conférée à l'un d'adopter l'enfant de l'autre<sup>1447</sup>, constitue, indirectement, un enrichissement du contenu du contrat de PACS. Le PACS est désormais un instrument juridique susceptible de porter un véritable projet parental<sup>1448</sup>. À cet égard, son objet qui est l'organisation de la vie commune s'en trouve étoffé. Si le PACS demeure une « union aux ambitions temporelles limitées [et à laquelle] la loi [n'] assigne pas de véritables perspectives de durée », il appartient, dorénavant, aux partenaires de

<sup>1444</sup> V. dans le même sens, RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 6 juill. 1996 », *JCP G* 1996, I, 3979, spéc., n° 16

<sup>1445</sup> V. SAULIER (M.), th. préc., n° 264 s., ainsi que les références citées.

<sup>1446</sup> La dimension familiale du pacs ne faisant plus aucun doute, des propositions tendant à faciliter la constitution d'une famille « partenariale » émergent. Ainsi, le Conseil Supérieur du Notariat a proposé, en vue d'une simplification du droit, une déjudiciarisation de la procédure d'adoption de l'enfant majeur du conjoint tant dans le mariage que dans le pacs et le concubinage, v. Conseil Supérieur du Notariat, *15 propositions de simplification du droit*, juillet 2022.

<sup>1447</sup> C. civ., art. 345-1.

<sup>1448</sup> Sur cette notion, v. *infra*, n° 348 s.

définir un avenir commun voué à rayonner au-delà d'un simple lien interpersonnel. Il n'est, ainsi, plus incongru d'envisager la description d'un projet parental commun dans le contrat de PACS, particulièrement dans un couple homosexuel. Puisqu'il ne peut y voir d'obligation d'avoir un enfant, une telle organisation n'aurait à l'évidence qu'un effet contraignant limité, du moins avant la concrétisation du projet parental par la naissance de l'enfant. Une fois l'enfant conçu, toutefois, la convention de PACS contenant le projet parental pourra produire des effets juridiques. Par exemple, un tel projet parental renforcerait la tendance jurisprudentielle qui, au nom de l'intérêt de l'enfant, prend appui sur l'existence d'un projet de conception du couple pour reconnaître un droit de visite et d'hébergement à l'ancienne compagne de la mère de l'enfant, toutes deux étant unies par un PACS lors de la naissance de l'enfant<sup>1449</sup>. Quand bien même ce droit est, avant tout, apprécié à l'aune de l'intérêt de l'enfant<sup>1450</sup>, celui-ci ressort de l'existence d'un projet parental commun dont la réalité sera d'autant plus aisée à démontrer qu'il en existe une trace écrite<sup>1451</sup>.

De la sorte, le contrat de PACS « au futur » pourrait s'inspirer de la pratique outre-Atlantique où certaines conventions conjugales, dérogeant manifestement aux canons classiques, font montre d'une extraordinaire précision dans la planification de la vie commune des conjoints. Aussi peut-on y lire le détail des modalités du projet parental commun du couple. Par exemple, dans l'hypothèse d'une union de deux femmes, les conventions précisent qui des deux portera l'enfant en tant que mère biologique ; le choix du mode de procréation peut également y figurer de même que les critères d'identification du donneur voire son identité. D'une convention à l'autre, le donneur est soit tiers à la convention, soit partie à celle-ci. Dans cette dernière hypothèse, la convention stipule que le donneur s'engage à reconnaître l'enfant à naître et à exercer un rôle parental à définir tout en fixant la résidence habituelle de l'enfant chez le couple. Lorsque la question de la filiation à l'égard de la compagne de la mère n'est pas réglée, la convention lui reconnaît tout de même un rôle parental quant à l'éducation de l'enfant à naître à travers le statut de

<sup>1449</sup> Poitiers, 29 mai 2019, n° 18/03193, *JurisData* n° 2019,-009829, *Dr. fam.* 2019, comm. 177, note Y. BERNAND. À propos d'une adoption de l'enfant de la conjointe v. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2021, n° 20-16.745, *AJ fam.* 2022, p. 43, obs. F. BERDEAUX, *Dr. fam.* 2022, comm. 2, note V. ÉGÉA ; *RTD civ.* 2022, p. 107, obs. A.-M. LEROYER.

<sup>1450</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup> 7 juill. 2021, n° 19-25.515, *AJ fam.* 2021, p. 489, obs. F. BERDEAUX ; *RTD civ.* 2021, p. 870, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2021, comm. 142, note V. ÉGÉA : le droit de visite et d'hébergement avait été rejeté malgré la constatation d'un projet parental commun précisément au regard de l'intérêt de l'enfant.

<sup>1451</sup> Sur la conformité à l'article 8 de la Conv. EDH du pouvoir du juge aux affaires familiales d'accorder un droit de visite et d'hébergement à l'ex-compagne ou conjointe de la mère au regard de l'intérêt de l'enfant v. CEDH, 12 nov. 2020, n° 19511/16, *Honner c/ France*, (conformité) *AJ fam.* 2020, p. 616, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2021, p. 1602, obs. Ph. BONFILS ET A. GOUTTENOIRE ; CEDH 24 mars 2022, n°s 29775/18 et 29693/19, *C. E. et autres c/ France*, *AJ fam.* 2022, p. 240, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 336, obs. M. SAULIER – CEDH 7 avr. 2022, n° 2338/20, *Callamand c/ France*, (non-conformité), *AJ fam.* 2022, p. 338, obs. M. SAULIER ; *ibid.* p. 240, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *adde* MARGUÉNAUD (J.-P.), « La femme et l'enfant de son ex-compagne ou conjointe », *RTD civ.* 2022, p. 349 ; LEROYER (A.-M.), « La filiation maternelle de l'ex-compagne de la mère », *RTD civ.* 2022, p. 371 ; FULCHIRON (H.), « Vers la "reconnaissance" de la filiation des enfants nés dans un couple homoparental par assistance médicale à la procréation ? », *D.* 2022, p. 1342.

« parent psychologique ». Par une anticipation contractuelle, exceptionnelle du point de vue du droit français de la famille, les conventions précisent qu'en cas de rupture, les conjointes s'engagent à ne pas contester le droit à une garde partagée de l'enfant tout en prévoyant les modalités de celle-ci<sup>1452</sup>.

À l'aune du droit français de la famille, rien ne s'oppose, ainsi, à ce que le PACS contienne des clauses relatives à un projet parental entre les partenaires. Par exemple, s'agissant de l'adoption de l'enfant du partenaire : l'effet d'une telle clause ne devrait pas être sous-estimé, puisqu'elle pourrait valoir le consentement du parent à l'adoption plénière de l'enfant par sa partenaire si le PACS est établi en la forme authentique<sup>1453</sup>. Cela suffirait à garantir le partenaire non parent contre le risque de la rupture<sup>1454</sup>. Un autre exemple concerne le projet commun de procréation médicale assistée : en cas de réalisation de la procréation assistée sans, toutefois, que n'ait été établie une reconnaissance conjointe anticipée, la mention d'un tel projet parental, dans le contrat de PACS, pourrait permettre à la partenaire, non-mère, de revendiquer un droit de visite et d'hébergement selon la pratique prétorienne en cours<sup>1455</sup>. Ce sont là quelques pistes qui, à la condition d'un effort de transposition et d'adaptation au contexte juridique français, pourront permettre d'enrichir le contenu du contrat de PACS de façon à conférer à l'union une dimension familiale certaine.

**293. — L'extériorisation de l'union par un droit d'usage conventionnel du nom.** De manière plus immédiate, on pourra se poser la question d'une clause du contrat de PACS conférant à l'un des partenaires un droit d'usage du nom de l'autre. En l'état du droit positif, l'absence d'incidence du PACS sur le nom des partenaires paraît un motif fragile de nullité de ladite clause. C'est alors du côté des principes d'immutabilité et d'indisponibilité du nom qu'il nous faut chercher. Du point de vue du partenaire porteur du nom, c'est l'indisponibilité qui importe. Celle-ci empêche le titulaire du nom d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique<sup>1456</sup>. Toutefois, la clause envisagée n'aurait pas pour finalité de céder le nom moyennant une contrepartie pécuniaire, mais simplement d'en permettre l'usage par un tiers identifié. Or, longtemps avant que ne soit reconnue, par prétériorité, la règle coutumière relative à l'usage du nom du conjoint<sup>1457</sup>, la

<sup>1452</sup> Les clauses reproduites ici ont été référencées dans l'étude de Monsieur Roy à propos des contrats conjugaux en droit de la famille québécois : v. ROY (A.), « La charte de vie commune ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal », art. préc., p. 412.

<sup>1453</sup> C. civ., art. 348-3.

<sup>1454</sup> À condition que celle-ci n'intervienne pas dans un délai de deux ans à compter de l'enregistrement du pacs contenant le consentement à l'adoption, C. civ., art. 348-3, al. 3<sup>e</sup>.

<sup>1455</sup> V. Poitiers, 29 mai 2019, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2021, n° 20-16.745, préc..

<sup>1456</sup> V. Com., 12 mars 1985, n° 84-17.63, D. 1985, p. 471, note J. GHESTIN ; TEYSSIE (B.), *Droit des personnes, op. cit.*, n° 587.

<sup>1457</sup> C. civ., art. 264 et 300.

Cour de cassation avait admis que la convention autorisant « l'usage du nom patronymique du mari n'impliquant pas la transmission de ce nom, ne constitue pas une convention sur l'état des personnes nulle en vertu de l'article 1128 » ancien du Code civil<sup>1458</sup>. Partant, il ne serait pas inexact de considérer que la clause du contrat de PACS qui autorise l'un des partenaires à user du nom de l'autre ne contredit nécessairement pas le principe d'indisponibilité et n'est ainsi pas contraire à l'ordre public<sup>1459</sup>.

Toutefois, du point de vue du partenaire bénéficiaire du droit d'usage, la conciliation de la clause au principe d'immutabilité du nom s'avère moins évidente. Cette dernière est une règle de « police civile [qui vise à mettre] la personne dans l'indisponibilité d'agir, par sa propre volonté, sur le lien d'affectation en abandonnant ou en modifiant spontanément le nom qu'elle doit porter »<sup>1460</sup>. Or, en stipulant dans le contrat de PACS le droit d'usage du nom de l'un des partenaires par l'autre, n'est-ce pas là une substitution spontanée et volontaire de nom pour le partenaire bénéficiaire de l'autorisation ? On peut le penser. En effet, si l'analogie avec le mariage peut permettre de ne pas constater une violation du principe d'indisponibilité dans le cadre du PACS, elle ne permet pas de faire céder la règle de l'immutabilité. Entre les époux, la mise à l'écart d'une telle règle – les époux pouvant user réciproquement de leur patronyme – n'a pas pour source le contrat. C'est la coutume qui fonde le droit d'usage du nom entre les époux<sup>1461</sup> et qui leur permet de porter un nom autre que celui qui figure dans leur acte de naissance<sup>1462</sup>. C'est en cela qu'il faut préciser l'objet de l'accord sur le nom entre les ex-époux qui n'est pas véritablement d'autoriser l'usage, c'est-à-dire de créer, *ex nihilo*, un droit d'usage conventionnel, mais de maintenir le droit d'usage déjà existant et de source extracontractuelle. En conséquence, seule une autorisation légale pourrait permettre aux partenaires de faire céder la règle de l'immutabilité du patronyme<sup>1463</sup>.

<sup>1458</sup> Civ. 20 févr. 1924, *D.P.* 1924, p. 19 ; *S.* 1924, p. 35.

<sup>1459</sup> *Contra* PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français. Tome I. Les personnes*, 2<sup>e</sup> éd., 1952, par SAVATIER (R.), LGDJ, n° 111, p. 138, pour qui la solution de la Cour de cassation est nécessairement contraire à la règle de l'indisponibilité du nom dès lors que la convention visée est « directement contraire au principe de l'indisponibilité » ; LE BRIS (R.-F.), « L'effet du divorce sur le nom des époux », *D.* 1965, p. 141, selon qui « si le nom fait en effet partie de la personne, toute convention passée à son sujet, qu'elle implique ou non la transmission du nom, est en droit difficilement justifiable même si en fait elle apparaît comme une technique permettant à l'un des conjoints [...] d'atténuer le préjudice résultant du divorce ».

<sup>1460</sup> LOISEAU (G.), *Le nom, objet d'un contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1997, n° 237, p. 240. *Adde* TEYSSIE (B.), *Droit des personnes, op. cit.*, n° 586, qui vise des considérations de sécurité juridique.

<sup>1461</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1203 ; *adde* CORPART (I.), « Le nom d'usage des époux dans tous ses états », *Dr. fam.* 2013, étude 13.

<sup>1462</sup> Voir à cet égard la définition de la règle de l'immutabilité affirmée par la loi du 6 fructidor an II selon laquelle « aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance » : TEYSSIE (B.), *Droit des personnes, op. cit.*, n° 586.

<sup>1463</sup> V. BLANQUET (A.), « Le nom d'usage au regard de l'identité de la personne », *RTD civ.* 2022, p. 59, qui propose de « permettre aux partenaires pacsés de porter un nom à titre d'usage [qui] confirmerait que le fondement juridique de ce nom est d'extérioriser l'union familiale ».

Quoiqu'il ait acquis une dimension familiale incontestable, le PACS n'en a pas, pour autant, perdu sa dimension contractuelle. Aussi la validité de la clause du contrat de PACS portant sur l'usage du nom doit-elle être traitée à la même manière qu'en droit des contrats. Si une telle clause encourt la nullité, ce n'est pas tant en raison du principe d'indisponibilité du nom qu'en raison des conséquences de l'immutabilité du nom qui interdit à un individu d'adopter par le seul effet de la volonté un nom autre que celui qui lui est dévolu par sa filiation<sup>1464</sup>. Reste que le principe d'immutabilité paraît de moins en moins absolu. Le nom se vit de plus en plus comme un marqueur d'ordre affectif<sup>1465</sup>, un « miroir »<sup>1466</sup> de la personne et de ses expériences sociales. Le Conseil d'État a, ainsi, plusieurs fois admis que des « motifs d'ordre affectif [pouvaient] dans certaines circonstances exceptionnelles caractériser l'intérêt légitime requis par l'article 61 [du Code civil] pour déroger aux principes de dévolution et de fixité du nom établis par la loi »<sup>1467</sup>. Cette jurisprudence concerne, toutefois, le changement administratif de nom et non l'usage d'un nom pour des raisons affectives. Mais, si des circonstances affectives sont suffisantes pour permettre le changement juridique du nom, ces mêmes circonstances ne pourraient-elles pas autoriser un usage du nom du partenaire ? Pareillement, n'y a-t-il pas une discrimination à réserver l'application d'une règle coutumière aux seuls époux ? S'il est acquis que le nom « sort du domaine juridique pour devenir un accessoire décoratif de la personne »<sup>1468</sup>, il n'y aurait aucun inconvénient à autoriser l'usage du nom de l'autre entre les partenaires. D'autant qu'un tel usage, on le sait, n'a aucune incidence sur le nom patronymique de la personne, il ne l'efface ni ne le remplace<sup>1469</sup>. Quoi qu'il en soit, l'avenir dira si la Cour de cassation aura autant de « cœur » que le Conseil d'État.

**294. — Conclusion de section.** En conclusion, deux enseignements peuvent être tirés de nos développements relatifs à l'influence du contrat sur l'établissement d'un lien familial. Tout d'abord, s'agissant de la spécificité de la fonction du contrat en droit de la famille, le PACS, par sa nature contractuelle naturelle, témoigne de la fonction contractuelle de structuration d'un lien familial. Par

<sup>1464</sup> V. en ce sens LOISEAU (G.), th. préc., n° 83 s., qui démontre que sous couvert de sauvegarder la règle de l'indisponibilité du nom c'est en réalité celle de son immutabilité qui fonde la censure par la jurisprudence des actes juridiques ayant le nom pour objet.

<sup>1465</sup> V. BERNARD-XÉMARD (CL.), « Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles... », *Dr. fam.* 2014, étude 10.

<sup>1466</sup> HAUSER (J.), « Nom-prénom – Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'État a du cœur ! », *RTD civ.* 2014, p. 332.

<sup>1467</sup> CE, 31 janv. 2014, n° 362444, *Dr. fam.* 2014, alerte 10, note M. LAMARCHE ; *AJ fam.* 2014, p. 196, obs. C. DOUBLEIN ; CE 16 mai 2018, n°s 409656 et 408064, *AJ fam.* 2018, p. 479, obs. A. SANNIER ; TA Paris, 2 oct. 2014, n° 1307070/7-3, *Dr. fam.* 2015, alerte 8, note M. LAMARCHE ; *RTD civ.* 2015, p. 100, obs. J. HAUSER.

<sup>1468</sup> HAUSER (J.), « Nom-prénom – Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'État a du cœur ! », art. préc.

<sup>1469</sup> BERNARD-XÉMARD (CL.), « Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles... », art. préc. n° 16.

son opération juridique, le contrat de PACS établit une structure familiale. La nature familiale du PACS et par extension de son contrat ne fait plus l'objet de doutes, eu égard au pullulement des incidences familiales du PACS tant en droit civil de la famille (notamment par sa nouvelle dimension filiative) qu'en dehors, en ouvrant droit aux partenaires à des régimes spéciaux aux membres de la famille (par exemple, en matière de société ou d'indivision). Comme à propos du mariage, mais de manière plus distincte, cette opération contractuelle aboutit à la modification de l'état civil des partenaires, du seul fait de leur accord de volontés. Ensuite, en créant le PACS le législateur a poursuivi la modernisation de la conception de la famille. À l'appréhension classique de la famille fondée sur la parenté et l'alliance, a succédé une conception moderne tridimensionnelle : la famille c'est l'alliance, la parenté et, désormais, la simple affection. La première étape de la familiarisation du PACS fut alors de reconnaître le caractère familial du lien de couple. Toutefois, on peut s'interroger sur la persistance d'une quelconque spécificité du PACS dès lors que sa nature familiale le conduit inexorablement à un retour à une conception traditionnelle de la famille. Symboliquement, peu de choses distinguent, encore, le mariage du PACS ; tous deux peuvent être considérés au fondement d'une structure familiale à part entière, reposant sur le contrat. Plus encore, le retour du PACS à un certain traditionalisme, tandis que le mariage se fait « postmoderne »<sup>1470</sup>, relance les réflexions relatives à l'utilité et la signification d'un pluralisme juridique des formes de vie en couple<sup>1471</sup>. En fin de compte, la pertinence du PACS se résume – presque – à sa nature contractuelle vectrice d'une souplesse dont le mariage demeure dépourvu. Or, en raison de cette nature, le PACS est un instrument d'un potentiel multidimensionnel voué à s'épanouir en dehors de la seule structure du couple. Quoi que l'on en pense, le PACS peut également fonder une communauté autre que le couple. Pourtant, à observer l'ensemble de la doctrine l'évolution du PACS ne semble être envisagée que dans sa dimension conjugale<sup>1472</sup>. En effet, depuis la matrimonialisation du PACS, la doctrine majoritaire s'accorde sur la dimension unique du PACS qui n'aurait pour unique finalité que de fonder le couple. Cependant, la définition retenue par le droit positif sous-tend une variabilité dans l'organisation de la communauté de vie. Ainsi que l'a illustré la décision du 8 mars 2017, l'avenir du PACS est un enjeu pratique ; celui des structures familiales autres que le couple, qu'il sera susceptible d'engendrer au risque de complexifier, encore plus, son

<sup>1470</sup> FULCHIRON (H.), « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », préc., p. 137.

<sup>1471</sup> V. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 532, p. 275 (ainsi que les références citées n° 527). Cette réflexion n'est pas exclusive au système juridique français. Aussi, le Comité de réforme du droit de la famille québécois a-t-il proposé l'abolition de l'union civile (mode de vie en couple qui équivaut au pacs français) au nom de la cohérence du Code civil : *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille* préc., p. 137 s.

<sup>1472</sup> V. par ex. BUCHER (C.-E.), « La famille pacsale », in *Le pacs, 20 ans après*, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), dir., Dalloz, 2020, p. 95 s., spéc., n° 18, qui n'envisage l'évolution de la dimension familiale du pacs qu'à partir de la cellule du couple.

identité juridique<sup>1473</sup>. La cohérence juridique nécessitera alors une réflexion sur l'opportunité du maintien d'un instrument juridique à même de permettre la création de communautés de vie par essence opposées : les unes, traduisant un intérêt affectif, les autres, un intérêt pécuniaire entre les partenaires.

### CONCLUSION DE CHAPITRE

**295.** — La démonstration de l'émergence d'une opération structurante du contrat en droit de la famille ne pouvait faire l'économie de la recherche de ses origines. Il s'est agi alors de revenir, succinctement, sur les changements survenus dans les deux branches du droit privé que sont la famille (un changement de contexte) et le contrat (un changement conceptuel). On a pu, de fait, constater que loin d'être cloisonnés, ces changements n'ont fait que s'influencer l'un et l'autre. L'occasion fut saisie de présenter l'actualité de ces bouleversements qui loin de se cantonner à la scène juridique sont d'une nature plus diverse, tant philosophique que sociale. C'est à partir de ces constats qu'il a été possible d'explicitier l'effet structurant du contrat et ses particularités en droit de la famille. Aussi, du fait de son influence sur la structuration d'un lien familial, le contrat a-t-il une opération structurante en droit de la famille. Dès lors que son opération juridique correspond à l'établissement ou à l'extinction d'une structure familiale. Techniquement, celle-ci se formalise par la modification de l'état civil des parties.

Longtemps, cette fonction est demeurée latente et anonymisée par l'importance de la conception institutionnelle traditionnelle du mariage. La libéralisation du divorce transforme inévitablement l'analyse juridique du mariage en soulevant un coin du voile sur sa nature contractuelle. Ces évolutions confèrent un nouvel élan à une analyse juridique du mariage fondée sur la doctrine du mariage-contrat et par conséquent sur la fonction du contrat de structuration de la famille.

Concomitamment à son existence en clair-obscur en matière matrimoniale, la fonction, assignée au contrat, de structurer la famille a connu une consécration juridique lors de la création du PACS. La reconnaissance de l'opération structurante du contrat de PACS est acquise par la mention du PACS à l'état civil des partenaires. Sa dimension familiale ne cesse de se renforcer par la percée de l'union « partenariale » en matière d'adoption et en droit successoral. Cette évolution n'est toutefois pas sans difficultés puisqu'elle ne suffit pas à éteindre la controverse sur l'exclusivité conjugale du PACS. C'est pourquoi nous avons formulé des propositions d'amélioration du PACS par l'affirmation de sa

---

<sup>1473</sup> V. par ex. les difficultés posées à l'origine quant à la compétence pour le dépacage HAUSER (J.), « Le pacs, objet juridique non identifié, entre au purgatoire », *RTD civ.* 2003, p. 684.

dimension conjugale et la consécration d'un pacte d'intérêt commun dépourvu de toute conjugalité (**propositions n° 7 et 8**).

En définitive, le contrat est structurant en droit de la famille dans la mesure où, par son opération juridique, il contribue à faire ou à défaire une structure familiale. Toutefois, l'on pourrait opposer que les hypothèses dans lesquelles le contrat peut avoir pour objet le lien familial sont traditionnellement restreintes. En effet, nous nous sommes, jusqu'à présent, limité au seul domaine conjugal. Or, la thèse d'une structuration contractuelle du lien familial en droit de la famille ne peut reposer sur ces seuls échantillons. Il en ressortirait une généralisation excessive du paradigme conjugal, certes essentiel, mais qui n'en demeure pas moins un fragment du droit de la famille. C'est pourquoi il importe de consolider notre premier enseignement. Cette confirmation tient dans la démonstration d'une extension de l'opération contractuelle de structuration, au-delà de son domaine naturel. Après avoir, dans le précédent chapitre, constaté l'existence de la structuration contractuelle du couple, c'est à ses facteurs inflationnistes que nous consacrerons les développements qui vont suivre. Aussi l'extension de la structuration contractuelle du couple sera-t-elle confirmée, dans l'immédiat, par la consécration d'une extinction contractuelle du lien matrimonial et, plus avant, par la promotion d'une structuration contractuelle de la parenté.



## CHAPITRE SECOND – LA CONSÉCRATION DE L’EXTINCTION CONTRACTUELLE DU LIEN MATRIMONIAL

**296. — La libéralisation du divorce.** L’extension contemporaine de la fonction du contrat de structuration de la famille se constate d’abord dans le mariage. Le rôle de plus en plus accru des volontés accordées dans les différentes procédures de divorce laissait, déjà, transparaître une montée en puissance du phénomène de contractualisation. Celle-ci ne pouvait, dès lors, qu’aboutir à une déjudiciarisation du divorce en lui-même. Ce fut, sans surprise, que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a procédé à la création d’une nouvelle convention de divorce qui complète utilement les précédentes conventions en rapport avec la procédure de divorce<sup>1474</sup>. Si elles sont liées par une certaine identité d’objet<sup>1475</sup>, une différence fondamentale doit être opérée entre les trois conventions classiques et le nouveau divorce par consentement mutuel. Tandis que les premières sont liées à un contexte judiciaire, ce dernier se singularise au sein de la catégorie des conventions de divorce par sa nature extrajudiciaire et, plus encore, contractuelle<sup>1476</sup>. Ainsi, serait-il plus juste, pour marquer une différence nette, de s’y référer en tant que « contrat de divorce », en dépit de la « périphrase » par laquelle la désigne la loi<sup>1477</sup>. Le « contrat de divorce » relève de la catégorie des contrats de structuration de la famille : par son opération juridique, il emporte l’extinction du lien conjugal existant et modifie l’état civil des époux. Ce n’est qu’une fois la spécificité du « contrat de divorce » démontrée, que l’on pourra en tirer certaines conséquences pratiques. À cet égard, en tant qu’acte contractuel, le divorce par acte sous seing privé est également un divorce négocié. Mais alors que le corps de règles applicables au processus de négociation est, le plus souvent, indépendant de toute réflexion sur la nature du contrat, celui-ci n’existait encore pas, l’application des règles relatives à la vie du contrat « n’a de pertinence que pour un contrat valable formé »<sup>1478</sup>. Cette application dépend également, et surtout, de la nature du contrat concerné. Or, s’il s’est évertué à prévoir les règles relatives à la conclusion du « contrat de divorce », le législateur n’a pas pris la

---

<sup>1474</sup> C. civ., art. 229-1.

<sup>1475</sup> Encore qu’on puisse distinguer selon l’objet spécial de chaque convention, v. *infra*, n° 302 et 304.

<sup>1476</sup> V. not. BRENNER (Cl.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l’an II ? », *JCP G* 2017, 195 ; GRIMALDI (M.), « L’exit du juge dans le nouveau divorce », *Deffrénois* 2017, n° 2, p. 105 ; FERRÉ-ANDRÉ (S.), « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 nov. 2016. Le divorce sans juge entre évolution et régression », *Deffrénois* 2017, n° 2, p. 125 ; FULCHIRON (H.), « Divorcer sans juge. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du 21<sup>e</sup> siècle » *JCP G* 2016, 1267 ; THOURET (S.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge », *AJ fam.* 2016, p. 569.

<sup>1477</sup> Comp. CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : Une réforme en clair-obscur », art. préc., spéc. n° 8 s., qui y voit une manœuvre législative tendant à écarter la nature contractuelle du divorce sans juge. On peut, toutefois, objecter que la nature contractuelle d’un acte ne dépend pas de sa dénomination de « contrat ». Aussi, la périphrase, « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d’un notaire », ne tranche en rien le débat sur la nature contractuelle du divorce extrajudiciaire. À tout le moins, elle ne fait que signaler la nature spéciale de ce contrat. Partant, il nous semble étrange d’en induire la négation, plus ou moins volontaire, de la nature contractuelle du « contrat de divorce » par le législateur.

<sup>1478</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 314.

peine d'envisager la question de son exécution. Est-ce dire qu'il faille envisager une complète dépendance au droit commun des contrats ? Rien n'est moins sûr. L'article 1105 du Code civil dispose, ainsi, que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières à certains contrats. En ce qui concerne le « contrat de divorce », la circulaire du 26 janvier 2017 fournit un début de réponse en précisant que s'il « emprunte au droit des contrats, il s'en détache en raison de son caractère familial »<sup>1479</sup>. L'effort de précision est, toutefois, incomplet puisque si le ministère identifie certaines incompatibilités entre le nouvel objet de contrat qu'est le divorce et certaines dispositions du droit commun des contrats, elle n'en fournit aucune explication décisive. Plus gravement, à propos d'une possible remise en cause du principe de la rupture<sup>1480</sup>, la circulaire n'exclut pas une liberté d'interprétation des juges quant à la clause résolutoire<sup>1481</sup>. Dès lors, cette incertitude nécessite un effort de conceptualisation permettant de fournir les bases théoriques nécessaires à l'explication et à la compréhension pratique des incompatibilités entre certaines dispositions du droit commun des contrats et le « contrat de divorce ». La quête des « règles particulières » à l'exécution du « contrat de divorce » ne peut faire l'économie d'une réflexion préalable sur la nature de ce nouvel objet juridique (**Section 1**). De cette spécificité du « contrat de divorce » découleront les conséquences pratiques propres au « contrat de divorce » (**Section 2**).

### ***Section 1. De la spécificité du « contrat de divorce »***

**297.** — Afin de nous orienter dans la quête de la spécificité du « contrat de divorce », il importe de préciser le cadre théorique dans lequel s'inscrit notre réflexion : la distinction des effets normatifs et obligationnels du contrat. Cette mise en évidence permettra une transposition au contexte propre au « contrat de divorce » dans le but d'en faire ressortir le dualisme des effets. Ainsi, nous verrons, d'abord, la présentation du cadre théorique (§ I), puis la transposition au « contrat de divorce », ensuite (§ II).

#### **§ I. Le cadre théorique, le dualisme des effets du contrat**

**298.** — **La modernisation entamée des effets du contrat.** À s'en tenir à la modernisation de la définition du contrat par la réforme du droit des contrats, le contrat n'aurait pour fin que les obligations. Si les auteurs de la réforme se sont fait l'écho des variétés des effets du contrat découverts par la doctrine au gré des mutations de la pratique du contrat, ils n'ont, toutefois, pas

<sup>1479</sup> Cir. du 26 janv. 2017, préc., fiche 2.

<sup>1480</sup> La lecture de la doctrine confirme qu'il s'agit de la source d'inquiétudes principale des acteurs du droit de la famille : v. not. MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 458 s. ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 287.

<sup>1481</sup> Cir. du 26 janv. 2017, préc., fiche 2.

souhaité rompre avec la conception classique du contrat, centrée sur l'obligation<sup>1482</sup>. C'est du moins ce que pourrait laisser penser une lecture hâtive de l'article 1101 du Code civil. En effet, une lecture plus attentive permet de constater que si la notion d'obligation demeure omniprésente, son rapport au contrat a bel et bien évolué. Que dire d'un contrat destiné à éteindre des obligations si ce n'est qu'il ne produit aucune obligation ? Un tel acte, auparavant dénommé convention, est désormais un contrat à part entière. Comme l'a écrit Monsieur Libchaber, « les effets [d'un tel contrat] s'inscrivent dans la réalité sans qu'aucune des parties ne soit obligée – sinon à respecter l'effet produit, ce qui ne constitue pas une obligation *stricto sensu* »<sup>1483</sup>. Autrement dit, un contrat portant extinction d'obligations antérieures ne place pas les parties dans un pur rapport d'obligation, au sens d'un lien entre un débiteur et un créancier. Il entraîne, plus assurément, une nouvelle réalité juridique qui s'impose aux parties à l'acte. L'effort de renouvellement des effets du contrat a, toutefois, été miné par l'insuffisante ambition des rédacteurs de la réforme qui n'ont pas osé affranchir le contrat du dogme de l'obligation comme il l'a, auparavant, été du dogme de la volonté<sup>1484</sup>. De fait, même réduite, la dissonance persiste entre l'état du droit positif et la réalité pratique du contrat et notamment de ses effets. C'est à la détermination et à la qualification précise des effets du contrat que s'attache le courant normativiste du contrat. Cette doctrine fournit une réponse positive à la question de savoir si le contrat peut faire autre chose que produire des obligations ou agir sur des obligations, selon la nouvelle définition du Code civil<sup>1485</sup>.

**299. — La distinction de l'effet normatif et de l'effet obligatoire.** L'impulsion du discours normativiste est, ainsi, déterminante dans la compréhension du dynamisme contemporain du contrat<sup>1486</sup>. Quand bien même l'on n'adhérerait pas, entièrement, aux conclusions de la théorie normativiste, il est rare d'en rejeter toutes les prémisses. À cet égard, l'apport le plus convaincant de la théorie normativiste est celui qui permet de resituer le contrat dans sa fonction d'outil

<sup>1482</sup> Pour une critique du prisme réducteur des obligations dans la définition du contrat v. LEQUETTE (S.), « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541.

<sup>1483</sup> LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 s., spéc., n° 24.

<sup>1484</sup> LEQUETTE (S.), « La notion de contrat... », art. préc., n° 6 s.

<sup>1485</sup> Sur les thèses normativistes classiques v. not. : KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 33 s. ; ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965 ; adde CHÉNEDÉ (Fr.), « La notion de contrat », in *Hommage à Gorge Rouhette*, Association Henri Capitant, dir., Dalloz, 2014, p. 25 s. Sur une approche renouvelée du normativisme contractuel v. not. : v. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; adde DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 635 s. ; GHESTIN « L'utile et le juste dans les contrats », art. préc. ; SÉRIAUX (A.), « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur, Travaux et recherche de l'Université de droit d'économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, p. 1985, p. 77 s. ; REVET (Th.), « Le "contrat-règles" », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 919 s. ; LEQUETTE (S.), « La notion de contrat... », art. préc.

<sup>1486</sup> V. not. ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc.

juridique, c'est-à-dire en tant qu' « acte juridique qui réalise l'objet pour lequel il a été conclu »<sup>1487</sup> ou prévu. La définition abstraite de la notion de contenu du contrat le confirme<sup>1488</sup>. On ajoutera que « la spécificité du contrat tient moins à la manière dont il forme les obligations qu'à celle dont il les instrumentalise pour lier les intérêts des parties. Plus précisément, le contrat est une norme juridique en tant qu'elle impose par le truchement des obligations liées entre elles la réalisation de l'opération contractuelle. Et parce que la norme contractuelle impose le respect de l'opération voulue, le contrat renvoie plus précisément à la norme juridique qui opère la rencontre des intérêts des parties »<sup>1489</sup>. Ainsi, dans sa forme moderne, la théorie normativiste du contrat sert moins à donner un fondement à la force obligatoire du contrat qu'à mettre en évidence le dualisme de cet effet obligatoire : « le contrat est normatif [...] en ce sens qu'il a un effet obligatoire, sans nécessairement créer des obligations »<sup>1490</sup>. D'où il ressort un dualisme des effets du contrat : un effet normatif et des effets obligationnels. Le cadre théorique étant ainsi posé, il nous reste à le transposer au « contrat de divorce ».

## § II. La transposition au « contrat de divorce »

**300. — Un nouvel objet juridique.** Admettre la nature contractuelle du nouveau divorce ne suffit pas à rasséréner une doctrine perplexe au point de contester cette même nature contractuelle. À raison puisque selon l'habitude du droit des contrats et désormais du droit de la famille, l'apparition d'un nouveau schéma contractuel charrie son lot de débats plus ou moins nourris selon l'originalité ou la complexité du modèle. Or, le nouveau schéma contractuel du divorce est de cette catégorie d'acte complexe qui, comme l'a exprimé Monsieur Teyssié, est susceptible de provoquer une hésitation quant à l'analyse à en fournir<sup>1491</sup>. Une des solutions consiste, alors, à tenter de rattacher l'inconnu au connu. En ce sens, comme le pensait Planiol, si « tous les *genres* de contrats sont inventés et connus [...] le progrès de la civilisation et les transformations lentes des mœurs et des

<sup>1487</sup> MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la procédure normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) dir., Dalloz, 2008, p. 323.

<sup>1488</sup> V. *supra*, n° 10.

<sup>1489</sup> LEQUETTE (S.), « La notion de contrat... », art. préc., spéc., n° 36.

<sup>1490</sup> LE TOURNEAU (Ph.), Rapport introductif au colloque tenu à Toulouse le 16 mars 2001 sur Loi et contrat, <https://www.philippe-le-tourneau.fr/principales-publications>. En plus de l'exemple du contrat extinctif d'obligations déjà nées, on peut citer l'exemple classique du contrat-cadre que l'article 1111 du Code civil définit comme un « accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution » ; ou encore du pacte de préférence « par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter » (article 1123 du Code civil). Pour ce dernier exemple, on peut soutenir que le pacte de préférence génère une obligation de faire, celle de proposer en priorité le bien à son bénéficiaire. Toutefois, il nous semble qu'il s'agit plus d'une obligation « impure » plus proche d'une norme comportementale que d'un véritable lien de droit entre un créancier et un débiteur (v. sur cette approche de l'obligation comme lien entre un débiteur et un créancier au nom duquel l'un à un « droit à l'exécution d'une norme de comportement » à l'égard de l'autre : FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, spéc., n°688 s.).

<sup>1491</sup> TEYSSIÉ (B.), *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. MOUSSERON, LGDJ, 1975, n° 21.

institutions [favorisent] la création de nouveaux *objets de contrats* »<sup>1492</sup>. Comme l'auteur le pressentait, l'enjeu de ces contrats nouveaux serait de déterminer s'ils appartiennent à un *genre* de contrat nouveau ou, simplement, à une *espèce* nouvelle « c'est-à-dire l'application à des *objets* nouveaux d'un *genre* de contrat dont le type nous est déjà connu »<sup>1493</sup>. La particularité du « contrat de divorce » est qu'il tient à la fois de l'espèce nouvelle et du genre nouveau. Tout dépend, en réalité, du point de vue choisi dans l'appréhension de la spécificité de ce contrat.

**301. — Le « contrat de divorce » dans les classifications contractuelles.** Du point de vue du droit des contrats, on peut, par exemple, le confronter aux critères de classification du contrat des articles 1106 et suivants du Code civil. À ce titre, le « contrat de divorce » est un contrat synallagmatique, puisque chaque époux s'engage l'un envers l'autre. Il est *a priori* à titre onéreux et commutatif : le règlement des effets du divorce pouvant engendrer des avantages réciproques, au sens des articles 1107 et 1108<sup>1494</sup>. Ceci, quand bien même l'état liquidatif comporterait des renonciations, croisées ou non<sup>1495</sup>. Il est évidemment solennel, au regard des formalités de validité posées aux articles 229-3 et suivants du Code civil. La négociabilité des effets du divorce lui confère le caractère d'un contrat de gré à gré. Enfin, l'absence ou l'existence d'une prestation compensatoire en fait soit un contrat à exécution instantanée, soit un contrat à exécution successive<sup>1496</sup>.

**302. — Le « contrat de divorce » dans la catégorie des conventions de divorce.** De l'autre, selon une approche cloisonnée au droit du divorce, l'on peut rapprocher le « contrat de divorce » du genre des conventions de divorce. Cependant, dès lors que l'on resitue le « contrat de divorce » dans l'ensemble des contrats de famille, on s'aperçoit qu'il tend plus à être d'un genre nouveau que d'une nouvelle espèce. Cette comparaison interne, consiste à confronter le nouveau « contrat de divorce » aux conventions de divorce voisines dans l'objectif de le distinguer au sein de la catégorie générique que forment les conventions de divorce. De cet exercice de comparaison<sup>1497</sup> ressortent

<sup>1492</sup> PLANIOL (M.), « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. lég. jur.* 1904, p. 484. L'auteur ajoutant, d'un point de vue anthropologique, que « chaque grande époque historique peut ainsi fournir, à l'observation de l'historien, de nouveaux types de contrats qui tiennent, non pas à l'emploi de contrats véritablement nouveaux, mais à l'existence de nouveaux objets possibles pour les conventions privées. Quelques-uns de ces contrats caractérisent une époque, comme certains fossiles permettent d'identifier un terrain dans la série des sédiments ». Nous partageons la justesse de la réflexion qui s'applique au nouveau « contrat de divorce ».

<sup>1493</sup> PLANIOL (M.), « Classification synthétique des contrats », art. préc., *ibid.*

<sup>1494</sup> Par exemple, les concessions et attributions réciproques dans le cadre du partage d'une communauté ou d'une indivision entre époux. De la même manière, l'on peut citer le versement d'une soulte en compensation de l'attribution privative d'un bien compris dans la masse commune.

<sup>1495</sup> Il est ainsi fréquent que les époux renoncent réciproquement à faire valoir toute récompense ou créance de quelques nature ou objet que ce soit, dans le cadre d'un partage transactionnel.

<sup>1496</sup> Lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'une rente ou d'un capital échelonné comme le prévoit l'article 275 du Code civil.

<sup>1497</sup> V. PUYO (Y.), « Étude comparative des conventions de divorce », *Dr. fam.* 2015, étude 19 ; BARDET-BLANVILLAIN (A.), « Les conventions homologuées en droit de la famille : unité ou diversité ? », *Gaz. Pal.* 9 sept. 2003, p. 4.

de tels contrastes qu'il ne paraît pas justifié de mettre sur le même plan les conventions classiques de divorce et le « contrat de divorce ». Ces différences notables, qui peuvent *a priori* sembler évidentes, méritent néanmoins d'être rappelées. L'obstacle majeur à l'inclusion du « contrat de divorce » dans la catégorie générique des conventions classiques de divorce tient au cadre judiciaire qui participe de l'unité de ladite catégorie. En effet, parce qu'elles sont indissociables d'une instance en divorce, les conventions des articles 230 et 268 du Code civil peuvent être qualifiées de contrats judiciaires. Bien que l'existence de la notion soit contestée et le plus souvent ramenée à une simple « formule », une catégorie « fourre-tout », le contrat judiciaire se rapporte à l'idée « d'une convention génératrice d'obligation(s) relative(s) au litige. Ainsi défini, le contrat judiciaire apparaît comme un contrat innommé dont la spécialité procéderait de son objet judiciaire »<sup>1498</sup>. En matière familiale, l'aspect judiciaire qui participe de la nature du contrat judiciaire s'exprime surtout par le mode d'intervention du juge, en d'autres termes par l'homologation de la convention<sup>1499</sup>. Mais il se caractérise, également, par l'interdépendance entre la conclusion de la convention et l'existence d'une instance, comme c'est le cas de la convention de liquidation anticipée de l'article 265-2 du Code civil<sup>1500</sup>. Aussi, les conventions classiques de divorce sont doublement judiciaires : premièrement, parce qu'elles ne peuvent être conclues en dehors de toute procédure judiciaire – qu'elle soit gracieuse ou contentieuse – et, deuxièmement, parce que l'homologation de la convention ainsi que le prononcé du divorce apparaissent comme des éléments de perfection du contrat. Dans ces conventions, l'objet du contrat n'est pas le divorce, mais, uniquement, ses conséquences<sup>1501</sup>. À l'inverse, le « contrat de divorce » fait du principe de la rupture l'objet même du contrat, l'article 260 1° du Code civil précise ainsi que le « mariage est dissous par la convention de divorce conclue par acte sous seing privé ». Ce faisant, il y a, entre les conventions classiques de divorce et le « contrat de divorce », moins une différence de degré qu'une différence

<sup>1498</sup> DEHARO (G.), v° « Contrat judiciaire » *Rép. pr. civ.* Dalloz, n° 1 s.

<sup>1499</sup> Sur la fonction d'homologation du juge v. GOUJON-BETHAN (TH.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. N. FRICERO, LGDJ, 2021 ; BALENSI (I.), « L'homologation des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42.

<sup>1500</sup> Si une telle convention n'est pas obligatoirement soumise à l'homologation du juge (GOUJON-BETHAN (TH.), th. préc., n° 123), elle ne peut produire d'effet qu'à partir du prononcé du divorce (article 1451 du Code de procédure civile) et, surtout, la jurisprudence en prohibe la conclusion avant l'ouverture d'une instance en divorce : v. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017, n° 16-23.531, *Dr. fam.* 2017, comm. 220, note J.-R. BINET ; *ibid.*, comm. 245, note S. TORRICELLI-CHRIFI ; *Procédures* 2017, comm. 271, note M. DOUCHY-OUODOT ; *AJ fam.* 2017, p. 592, note J. HOUSSIER ; *RTD civ.* 2018, p. 84, obs. A.-M. LEROYER. Par ailleurs, une partie de la doctrine milite pour l'inclusion des conventions de l'article 265-2 dans le domaine de l'article 268, les soumettant obligatoirement, ainsi, à l'homologation : v. ÉGÉA (V.), th. préc., n° 322, spéc., p. 212 et 213 ; CABRILLAC (R.), « La contractualisation du lien familial, l'exemple des régimes matrimoniaux », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-Ph) et SIFFREIN-BLANC (C.), dir., PUAM 2013, p. 102 qui estime que l'article 265-2 est « l'application d'un principe plus général » que le système de l'article 268 du Code civil.

<sup>1501</sup> On en veut pour preuve qu'aucune de ces trois conventions n'exige une mention du consentement des époux au principe de la rupture. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, par exemple, l'article 230 du Code civil présume le consentement au principe du divorce de la demande conjointe. C'est, alors, au juge d'en vérifier la réalité et l'intégrité (article 232).

de nature. Une différence de nature qui, logiquement, entraîne une différence de régime<sup>1502</sup> : aux conventions de divorce classiques s'applique l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement de divorce<sup>1503</sup> et au « contrat de divorce » l'intangibilité du droit commun des contrats. En définitive, le « contrat de divorce » s'éloigne de la catégorie des conventions classiques de divorce dont la spécificité réside dans leur formation et leur finalité judiciaires<sup>1504</sup>.

**303. — La singularité révélée.** La singularité du « contrat de divorce » se justifie par ce qui est à la fois son effet normatif et sa finalité : la rupture d'un lien familial, autrement dit l'extinction d'une structure familiale. Par sa finalité, qui est de rompre un lien familial, le « contrat de divorce » est, à tout le moins, d'un genre nouveau. C'est cette finalité qui commande son unité. Qu'importe s'il comporte diverses opérations juridiques qu'il est possible de rattacher à tel ou tel genre de contrat connu<sup>1505</sup> ; elles n'ont de raison d'être que dans le cadre du « contrat de divorce » dont l'unité, loin d'être une simple vue de l'esprit, est formellement imposée par la loi<sup>1506</sup>. En outre, nous pensons, à l'instar de Monsieur Teyssié, qu'il faut au juriste « éprouver quelques scrupules à voir une succession ou une conjonction de contrats où les parties n'ont peut-être voulu qu'un contrat unique »<sup>1507</sup>. Il ne fait aucun doute, s'agissant du divorce par contrat, que telle a été la volonté du législateur et que telle doit être la volonté des parties. Ainsi, le « contrat de divorce » se distingue des autres conventions de divorce en ce qu'il établit une situation juridique nouvelle : il est porteur d'une véritable norme juridique qui n'existait pas et qui vient modifier la réalité juridique des époux, c'est-à-dire leur état civil. La norme contractuelle du « contrat de divorce » s'incarne dans sa finalité : l'extinction de la structure familiale du couple. S'il est une espèce nouvelle de contrat, ce ne peut être que d'un genre lui-même nouveau, celui des contrats de structuration de la famille. À l'instar du PACS, ou du mariage selon la doctrine du mariage-contrat, le « contrat de divorce » est un contrat de structuration de la famille dont l'effet normatif, au-delà de ses effets obligationnels, influe sur l'existence de la structure familiale. En l'occurrence, il s'agit de défaire le lien conjugal : le « contrat de divorce » modifie le statut personnel des époux. C'est autour de cet effet normatif

<sup>1502</sup> V. BERGEL (J.-L.), « Différence de nature [égale] différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

<sup>1503</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2005, n° 03-11.564. *Adde* Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mai 1987, n° 86-10.107, *D.* 1987, p. 358, obs. J.-C. GROSLIÈRE ; *Defrénois* 1987, p. 1496 et *Gaz. Pal.* 1987, p. 3, obs. J. MASSIP : « le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi » ; Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 1986, n° 82-16.601, *D.* 1987, p. 441, obs. Ph. THÉRY : « [la convention] fait corps avec le jugement qui [l'homologue] ».

<sup>1504</sup> L'accélération et la pacification du divorce judiciaire.

<sup>1505</sup> Le « contrat de divorce » peut ainsi comporter : un accord sur le nom qu'il est possible de rattacher aux conventions portant sur le droit d'usage d'un nom ; la liquidation et le partage du régime matrimonial des ex-époux que l'on rattache aux opérations de distributions ; les clauses relatives aux enfants se rattachent à la convention sur l'autorité parentale (dont le genre reste à être explicité) ...

<sup>1506</sup> C. civ., art. 229-3, qui précise le contenu obligatoire de la convention.

<sup>1507</sup> TEYSSIÉ (B.), th. préc., *ibid.*

que s'organisent les effets obligationnels du « contrat de divorce » qui tiennent aux effets du divorce. Enfin, tandis que les effets obligationnels du « contrat de divorce » obéissent au principe de l'effet relatif du contrat, son effet normatif a vocation à produire des effets en dehors du cercle restreint des parties au contrat, par exemple à l'égard de l'enfant du couple divorcé.

**304. — Conclusion de section.** La théorie normativiste du contrat permet l'analyse du « contrat de divorce » sur le plan du droit des contrats et, partant, d'expliquer sa spécificité. Il s'agit d'un contrat particulier dont le principal effet n'est pas de faire souscrire des engagements aux parties. Théoriquement, le « contrat de divorce » peut n'engager à rien ; il suffit de considérer la situation d'un divorce entre époux sans enfants, sans biens à partager et qui ne donne lieu à aucune prestation compensatoire. Dans une telle hypothèse, le « contrat de divorce » est un acte nu, qui se contente de mentionner l'accord des époux sur la rupture et sur les effets « nuls » du mariage. Il en est réduit à son effet normatif pur, l'extinction du lien conjugal, la transformation du statut personnel des parties et, partant, de leur état civil. C'est là son effet principal, caractéristique, celui qui demeure inchangé d'une situation particulière à une autre. Bien évidemment, la question des obligations souscrites, en raison des effets du divorce, n'est nullement secondaire, mais seconde. On peut résumer dans le tableau suivant la singularité du contrat de divorce :

Les conventions de divorce	Nature de l'acte	Objet	Opération juridique	Nature de(s) l'effet(s) contractuel(s)
C. civ., art. 229-1 s.	Contrat	Plein : la dissolution du mariage (C. civ., art. 260 1°)	Principale : <u>éteindre le lien conjugal</u>	Purement normatif : <u>modification de l'état civil des époux</u>
			Incidente : régler les effets du divorce	Obligationnels/transactionnels
C. civ., art. 230	Convention homologuée	Encadré : les conséquences extrapatrimoniales et patrimoniales du divorce	Régler les effets du divorce	Obligationnels/transactionnels
C. civ., art. 265-2	Convention homologuée	Partiel : la liquidation du régime matrimonial	Liquider et partager le régime matrimonial	Obligationnels/transactionnels
C. civ., art. 265-2	Convention homologuée	Hybride : tout ou partie des conséquences du divorce	Régler certains effets du divorce	Obligationnels/transactionnels

## *Section 2. Des incidences de la spécificité du « contrat de divorce »*

**305. — L'avant et l'après divorce contractuel.** Le « contrat de divorce » est un acte complexe en ce qu'il se caractérise par la conjonction d'un effet normatif principal, la dissolution du lien matrimonial, et d'un ou plusieurs effets obligationnels indépendants et hétérogènes, les conséquences du divorce. C'est en raison de cette complexité qu'on a pu soutenir qu'une « preuve

de l'impossibilité de voir dans la convention de divorce un contrat ordinaire tient à son impossible analyse en termes de droit des contrats »<sup>1508</sup>. Il est vrai qu'un tel contrat se prête assez mal à une approche classique du droit des contrats visant à classer les contrats selon qu'ils sont unilatéraux, synallagmatiques, gratuits ou onéreux. Toutefois, le fait qu'un acte s'avère irréductible à ce genre d'analyse n'implique pas qu'il faille lui dénier la qualification contractuelle. Comme la doctrine contractualiste l'a désormais démontré, le droit commun des contrats et ses catégories se révèlent particulièrement inaptes à appréhender l'ensemble de la pratique contractuelle, celle-ci s'étant affranchie de l'inspiration civiliste du contrat comme un échange. Selon les mots d'Oppetit, « le contrat constitue le moyen juridique par excellence permettant à chacun d'obtenir la satisfaction de ses besoins »<sup>1509</sup>. Ajoutons que ces besoins peuvent être anciens ou futurs. Or, n'est-il pas logique que le contrat s'offre sous des jours variés selon qu'il réalise un échange, un partage<sup>1510</sup>, une alliance (ou organisation)<sup>1511</sup>, une coopération<sup>1512</sup> et, désormais, une structuration familiale ? Le droit commun des contrats, construit essentiellement à l'aune du modèle « échangiste », ne peut que se révéler impropre à saisir, dans son ensemble, la diversification du phénomène contractuel qui est proportionnelle à l'apparition de besoins nouveaux. L'approche normative du contrat permet de dépasser l'impasse d'une analyse limitée au droit commun des contrats. Appliquée au « contrat de divorce », elle permet d'éclairer sa complexité en mettant en évidence le dualisme de ses effets et, plus encore, une différence de nature entre lesdits effets. Ce dualisme n'a pas qu'une portée théorique puisqu'il se traduit en pratique par une dualité des consentements. Ainsi, en usant de la litote, l'article 229-3 du Code civil exige-t-il que les époux consentent, expressément, au divorce *et* à ses effets. Il y a, ainsi, un double consentement, l'un portant sur le principe du divorce et l'autre sur l'ensemble de ses conséquences. Aussi n'est-ce pas tant la nature « purement contractuelle »<sup>1513</sup> du divorce sans juge qui doit inquiéter que les incidences de celle-ci une fois le contrat conclu<sup>1514</sup>, autrement dit l'après-divorce (§ II). Pour autant, il ne faudrait pas en venir à négliger la période de l'avant-divorce. Comme l'a noté Monsieur Égéa, il importe « de distinguer la convention elle-

<sup>1508</sup> CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : Une réforme en clair-obscur », art. préc., spéc., n° 10.

<sup>1509</sup> OPPETIT (B.), « Droit et économie », *Arch. phil. dr.* 1992, p. 19.

<sup>1510</sup> Sur la distinction des commutations (échange) des distributions (partage), v. CHÉNEDÉ (Fr.), *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Economica, 2008.

<sup>1511</sup> Sur les limites du modèle du contrat-échange s'agissant des opérations contractuelles d'alliance par lesquelles les parties s'allient plutôt que de s'opposer, v. HAMELIN (J.-FR.), *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Economica, 2012, spéc., n° 21 s.

<sup>1512</sup> Sur les limites du modèle du contrat-échange s'agissant des opérations contractuelles de coopération. mi-chemin entre le modèle échangiste et le modèle organisationnel ou sociétaire, v. LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, préf. Cl. BRENNER, Economica, 2012, spéc. n° 3 s.

<sup>1513</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 287, p. 166. La circulaire de présentation des dispositions en matière de divorce rappelle également le « caractère purement conventionnel du divorce par consentement mutuel [qui le soumet au] sous-titre Ier du titre III du Livre III du Code civil relatif au contrat : Cir. du 26 janv. 2017, préc., fiche 2.

<sup>1514</sup> V. par ex. BAILLON-WIRTZ (N.), « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, 643, qui souligne le manque de recul et de réflexion dans la réforme de la procédure de divorce par consentement mutuel.

même et le processus global dont elle ne constitue qu'une étape »<sup>1515</sup>. Dans cet ordre d'idées, quelques propos liminaires sur les problématiques liées à la phase de négociation du divorce contractuel (§ I).

### § I. La spécificité du « contrat de divorce » quant à sa négociation

**306. — Un cadre légal de référence limité.** Le cadre légal, prévu par les diverses dispositions du Code civil et du Code de procédure civile, peut paraître suffisant à diriger le processus de divorce et à fournir un guide d'action à l'attention des praticiens et des époux<sup>1516</sup>. Mais ce cadre légal appréhende moins la problématique de la période précontractuelle que la mise en place de garde-fous visant à protéger le consentement et les intérêts de chaque époux. Pour autant, si le principe du divorce est le plus facilement acquis, l'on ne doute pas que le cœur de la convention, la question des effets du divorce, pourra faire l'objet de négociations avancées à l'instar de tout contrat de droit commun. L'absence de référence à d'éventuels pourparlers doit alors s'interpréter comme un renvoi, implicite, au Titre III du Livre III du Code civil. À cet égard, la soumission des époux et des avocats aux obligations relatives à la période précontractuelle relève de l'évidence<sup>1517</sup>.

**307. — Un renvoi implicite au droit commun des négociations contractuelles.** En conséquence, rien ne s'oppose à ce que cette phase fasse l'objet d'un encadrement contractuel. À cette occasion les époux pourront expressément convenir des règles auxquelles ils se soumettront au cours de la négociation, en particulier les obligations de confidentialité, de bonne foi<sup>1518</sup> et

<sup>1515</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 262.

<sup>1516</sup> Sur le détail de l'organisation légale du processus et certaines incidences pratiques v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 263 s.

<sup>1517</sup> C. civ., art. 1112 s.

<sup>1518</sup> La caractérisation de la mauvaise foi se posera inévitablement au regard de la possibilité de basculer d'un divorce consensuel à un divorce judiciaire, la voie judiciaire demeurant une option jusqu'à l'accord total tant sur le principe du divorce que sur l'ensemble de ses conséquences (s'agissant du divorce par consentement mutuel judiciaire : v. Cir. du 26 janv. 2017, préc., fiche 3, qui prévoit, *a contrario*, « si les époux s'accordent sur le principe de la rupture du lien conjugal et l'ensemble des conséquences du divorce, la voie judiciaire du divorce par consentement mutuel ne leur est, sauf exception, désormais plus ouverte ». S'agissant des divorces contentieux, l'article 1148-2, alinéa 2<sup>e</sup>, du Code de procédure civile dispose que « Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107 ». Or, la phase de négociation ne nécessite que l'accord sur le principe de la rupture, tout son intérêt étant de parvenir à un accord sur les conséquences. De telle sorte qu'une telle opportunité de bascule fragilise le processus conventionnel en tant qu'elle favorise les ruptures brutales ou déloyales. Bien évidemment, l'on en vise ainsi que la manœuvre malhonnête ; celle de l'époux, qui comme l'a imaginé Monsieur Chénéde, « feint de négocier un divorce consenti en ayant l'intention secrète de le solliciter en justice ». (CHÉNEDE (Fr.), « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », art. préc., spéc., n° 4). En ce sens, la circulaire du 26 janv. 2017 ajoute, de manière surprenante à la loi, puisqu'elle semble induire que la possibilité offerte par l'article 1148-2 du Code de procédure civile pourrait être liée à l'échec des négociations sur les conséquences du divorce (Cir. du 26 janv. 2017, préc., fiche 3). L'absence d'une telle condition dans l'énoncé de la disposition précitée ajoutée à l'absence de « véritable normativité » de la circulaire, fait douter d'une telle interprétation. En l'état du droit, l'article 1148-2, alinéa 2, offre une légitimité à celui des époux qui, par rancœur, se montrerait particulièrement malhonnête. Si l'impossibilité de parvenir à un consensus est une bonne raison de rompre les négociations, il peut être ardu de distinguer entre l'échec objectif et l'échec manipulé.

d'information<sup>1519</sup>. Compte tenu du caractère d'ordre public des deux dernières obligations, l'aménagement ne se fera que dans le sens d'une extension et non d'une restriction<sup>1520</sup>. Le processus de négociation, qui précède la conclusion du « contrat de divorce » proprement dit, pourra, par exemple, aboutir à la conclusion d'un protocole d'accord qui sera par la suite annexé à la convention définitive. Celui-ci pourra contenir les grandes orientations des engagements à venir des parties, qu'il s'agisse du règlement des intérêts patrimoniaux des époux, de l'éventualité d'une prestation compensatoire ou, encore, du sort des enfants. C'est à cette occasion que seront, précisément, déterminées les modalités d'attribution préférentielle d'un bien à l'un des époux, les modalités de règlement (ou de renonciation) des créances, des récompenses, des soultes et, même, de la prestation compensatoire à laquelle, s'ils ne peuvent y renoncer<sup>1521</sup> ou l'exclure<sup>1522</sup> par anticipation, les époux pourront renoncer, ou en exclure le principe, expressément dans le « contrat de divorce ». Sur ce dernier point, sans doute que, contrairement à la position classique de la jurisprudence<sup>1523</sup>, les négociations quant au calcul de la prestation, voire quant à son existence, tiendront compte, entre les parties, de la liquidation du régime matrimonial. C'est, du reste, une solution préconisée par la doctrine<sup>1524</sup>. Sans doute, aussi, que si tel devait être le cas, la prudence invite à ne pas faire figurer, expressément, dans l'acte une telle logique dans le calcul de la prestation compensatoire.

De manière plus exceptionnelle, le champ libre laissé à la négociation peut exercer une influence dans la détermination des parties au processus de négociation. En effet, en droit commun des contrats « les parties à la négociation ne sont pas nécessairement les personnes qui seront parties au contrat »<sup>1525</sup>. Une telle pratique doit-elle être écartée au nom d'une certaine spécificité familiale du divorce contractuel ? Nous ne le pensons guère. L'on rappelle, à cet effet, qu'il importe de dissocier le processus de divorce et le contrat final de divorce. Le fait que les époux soient les seules parties au contrat final n'implique pas qu'ils doivent être des parties *actives* à la négociation. Le droit du divorce, s'intéressant uniquement à la conclusion du contrat, n'envisage la présence des époux et des avocats qu'eu égard à la signature de l'acte<sup>1526</sup>. En outre, si l'article 229-1 du Code civil précise que les époux « s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets », il n'en ressort pas une

<sup>1519</sup> V. CHÉNEDÉ (Fr.), « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », art. préc., spéc., n° 4.

<sup>1520</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 337.

<sup>1521</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2004, n° 01-17.094, *RTD civ.* 2004, p. 272, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2004, p. 101, obs. S. DAVID.

<sup>1522</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2015, p. 492, obs. A. BOICHÉ ; *Rev. crit. DIP.* 2016, p. 126, obs. U. GRUBER.

<sup>1523</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2009, 08-18.486, *D.* 2010, p. 1243, obs. G. SERRA ; *AJ fam.* 2009, p. 400, obs. S. DAVID ; *Dr. fam.*, 2009, comm. 125, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>1524</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 690.

<sup>1525</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 363.

<sup>1526</sup> C. pr. civ. art. 1145, al. 1<sup>er</sup>, « La convention de divorce est signée ensemble, par les époux et leurs avocats réunis à cet effet ensemble, en trois exemplaires ou, dans les mêmes conditions, par signature électronique ».

obligation de se soumettre, eux-mêmes, à une *punctuation*<sup>1527</sup> qui sied aux longues et délicates négociations, à l'image du divorce. D'autant que la référence, par l'article 229-4 du Code civil, à un « projet de convention » adressé par l'avocat à l'époux qu'il assiste offre une souplesse d'appréciation de l'étendue de l'assistance de l'avocat. Il ne serait, dès lors, pas absurde que des époux, une fois leur accord sur le principe du divorce affirmé, délèguent l'essentiel à leurs avocats. Ces derniers, forts du mandat dont ils sont porteurs, « [avanceront] par étapes, se [mettront] d'accord point par point [discuteront] clause par clause »<sup>1528</sup> tout en tenant chacun des époux informés des points d'accord ou de désaccord. Bien évidemment, il va de soi qu'un avocat ne pourrait sans l'accord de celui qu'il représente s'engager à l'égard de l'autre partie sur tel ou tel point de la convention. Dans une telle hypothèse, l'accord de divorce final sera finalisé « lors d'un *closing* »<sup>1529</sup> en présence des époux et des avocats<sup>1530</sup>. Les époux constateront, ainsi, dans leur convention, leur accord qui serait, en réalité, l'accord auquel sont parvenus leurs représentants, au moins s'agissant des effets patrimoniaux du divorce. Tel qu'on l'observe, le divorce par acte sous signature privé voit, déjà, sa nature contractuelle confirmée par sa soumission naturelle aux règles de formation du contrat, plus exactement aux règles de la formation des contrats négociés. Le laconisme législatif quant à la phase de pourparlers justifie un libre jeu de la liberté contractuelle en permettant l'encadrement par les parties de la phase de négociation.

**308. — La possible sanction de la rupture brutale.** Cette soumission aux règles gouvernant la formation des contrats n'a cependant pas que des avantages. En effet, en bénéficiant de la liberté dans l'organisation de leurs négociations, les époux se doivent également d'observer les règles particulières à cette période de formation du contrat. Aussi bien, il n'est pas déraisonnable d'imaginer l'hypothèse d'une faute commise dans le cadre des négociations du « contrat de divorce ». Si les cas de fautes peuvent être divers en matière contractuelle, ils se matérialisent le plus souvent par une rupture brutale des négociations. De manière générale, commet une faute, celui qui rompt « sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés »<sup>1531</sup> qui ont pu faire naître chez son partenaire une confiance sur la conclusion du contrat<sup>1532</sup>. Qu'en est-il du contexte familial ? Rappelons que, pas plus qu'en droit commun des contrats, il n'existe pas,

<sup>1527</sup> CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Punctuation » : « Nom parfois donné en doctrine au pointage entre négociateurs, au cours de pourparlers précontractuels, des éléments sur lesquels ils sont tombés d'accord, constat d'accord partiel [...] » ; *adde* TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 250.

<sup>1528</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 362.

<sup>1529</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, *ibid.*

<sup>1530</sup> Conformément aux prescriptions des articles 229-1 et suivants du Code civil et les articles 1144 et suivants du Code de procédure civile.

<sup>1531</sup> Com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, *JCP* 1973, II, 17543, obs. J. SCHMIDT ; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY.

<sup>1532</sup> Pour une vision globale des obligations des négociateurs en droit commun des contrats, v. TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 248 s.

en matière familiale, d'obligation de conclure un contrat. Même en s'engageant dans la procédure contractuelle de l'article 229-1 du Code civil, l'un ou l'autre des époux peut faire usage de sa liberté contractuelle et rompre les négociations. Un époux pourrait, par exemple, rompre en cas de désaccord sur les effets du divorce malgré l'accord sur le principe. De la même manière, rien n'empêche, en principe, un époux de faire usage de son droit de rétractation pendant le délai de réflexion prévue à l'article 229-4 du Code civil. Le contrat ne pouvant être considéré comme formé avant la signature par les deux époux<sup>1533</sup>. L'hypothèse est, par ailleurs, expressément visée par l'article 1148-2 du Code de procédure civile<sup>1534</sup>. En résumé, la libre rupture des pourparlers est organisée par le droit de la famille. Cependant, si chaque époux peut librement mettre fin aux négociations, c'est à la condition que la rupture soit loyale. Comme en droit commun des contrats, les époux doivent négocier loyalement au regard de l'exigence de bonne foi de l'article 1112 du Code civil qui « vise les trois dimensions de la négociation : initiative, déroulement, rupture »<sup>1535</sup>. En notre matière, bien qu'il s'agisse d'un divorce par consentement mutuel, l'initiative de ce mode de divorce peut être unilatérale. L'un des époux peut, en effet, convaincre son conjoint du bien-fondé d'une telle procédure. Cela implique que l'époux qui est à l'initiative de la négociation doit avoir une intention sérieuse de contracter. Or, si l'on venait à prouver l'absence d'une telle intention, il deviendrait possible de soutenir l'existence d'une faute dans la rupture des négociations. Ce peut être, par exemple, le cas de l'époux à l'initiative de la négociation qui par la suite décide d'y mettre fin sans motif réel et sérieux<sup>1536</sup>. Soit parce qu'il ne souhaite plus divorcer, soit parce qu'il souhaite saisir le juge d'une demande de divorce contentieux. On imagine, de la même façon, l'hypothèse de l'époux qui œuvre à la prolongation de la négociation sur la base de demandes très exagérées et irréalistes<sup>1537</sup>. Enfin, on peut songer au cas de l'époux qui met un terme à des négociations suffisamment avancées et sans aucune raison légitime. Bien entendu, dans bon nombre d'hypothèses, l'époux pourrait invoquer sa liberté de ne pas divorcer ou encore l'usage de son droit légal de rétractation. Néanmoins, un tel usage de la liberté matrimoniale pourrait causer un préjudice à l'autre époux du fait, précisément, de l'espérance qu'a fait naître, en lui, le comportement de son

---

<sup>1533</sup> Une fois la convention signée, toutefois, le consentement des époux devra être considéré comme définitif, tant sur le principe du divorce que sur les effets. Le dépôt au rang des minutes du notaire est une formalité de perfection et non de formation du « contrat de divorce ». Aussi peut-on envisager une clause relative à la force obligatoire du contrat qui prohibe toute rétractation du consentement. C'est d'ailleurs le cas du modèle de convention établi par le Conseil national des barreaux, à destination des avocats : « Les parties reconnaissent avoir été informées de ce que leur consentement au principe du divorce et à ses conséquences, qu'elles soient juridiques, matérielles ou financières, est donné de manière irrévocable dès la signature de la Convention et de ce que ce consentement ne peut être unilatéralement remis en cause ».

<sup>1534</sup> C. pr. civ., art. 1148-2, al. 2 : « Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire ».

<sup>1535</sup> TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (FR.), *op. cit.*, n° 248, spéc., p. 263.

<sup>1536</sup> Comp. CHÉNÉDÉ (FR.), « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », art. préc., spéc., n° 4, qui exclut de manière générale la rupture tardive sans juste motif. Nous pensons, à l'inverse, que la faute dans la rupture pourrait se défendre au regard des conditions qui entourent les négociations, notamment la circonstance tenant à leur initiative.

<sup>1537</sup> S'agissant par exemple de la prestation compensatoire, d'une pension alimentaire ou du partage des biens.

conjoint ; « ce qui est sanctionné ce n'est pas la rupture, mais la manière de rompre »<sup>1538</sup>. Cela paraît évident lorsque l'époux qui se rétracte subitement est également celui à l'initiative de la négociation ; ou encore lorsque l'un des époux prolonge une négociation sans intention réelle de signer le contrat. On le sait, les exigences économiques du divorce par contrat ne sont pas à négliger. L'obligation d'une double assistance peut ainsi se révéler particulièrement onéreuse. L'époux dont la confiance aura été trompée est, de fait, légitime à réclamer la réparation du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de la rupture fautive des pourparlers. On imagine qu'il cherchera à engager la responsabilité délictuelle de son conjoint. Dans de telles circonstances, l'article 1112 du Code civil prévoit que « la réparation du préjudice qui [résulte de la faute] ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu ni la perte de chance d'obtenir ces avantages »<sup>1539</sup>. Le plus souvent, seuls les frais engagés sont réparables. Il pourra s'agir, par exemple, d'obtenir la réparation des frais d'avocats engagés par l'époux victime de la rupture brutale. À l'évidence, la preuve du caractère fautif de la rupture ne sera pas aisée au regard des dispositions spécifiques au « contrat de divorce », l'on pense particulièrement au droit de réflexion et à la faculté de rétractation qu'il engendre. Il n'en demeure pas moins que, en principe, la phase d'élaboration du « contrat de divorce » demeure soumise aux règles qui gouvernent la négociation des contrats.

Même en excluant le cas de la rupture tardive (que facilite le délai de réflexion), l'hypothèse d'une rupture fautive lors des négociations, proprement dites, demeure plus que vraisemblable. Du reste, une solution contractuelle est envisageable : puisque les textes relatifs au « contrat de divorce » ne le prohibent pas, il faut considérer que la contractualisation de la phase de négociation est permise en matière de divorce contractuel. On pourrait, par exemple, imaginer un encadrement temporel des pourparlers dans le but d'éviter toute prolongation vaine de la négociation. À condition d'avoir fixé un délai raisonnable et constaté l'accord des époux sur le principe du divorce ainsi que sur la procédure conventionnelle, une telle organisation conventionnelle pourrait, selon nous, fonder la sanction d'une rupture brutale sans aucun motif avant l'épuisement du délai contractuellement fixé, sur le fondement de la bonne foi. Sur ce point, le droit traditionnel du divorce doit composer avec les présupposés que véhicule une procédure contractuelle de divorce. En effet, ne peut-on pas considérer qu'il y a une mauvaise foi à s'engager volontairement dans une négociation sans tenter de parvenir à un accord dans un délai librement imparti ?<sup>1540</sup> L'enjeu étant, comme en matière de

<sup>1538</sup> TERRÉ (FR.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (FR.), *op. cit.*, n° n° 248, spéc., p. 264.

<sup>1539</sup> V. Com. 26 nov. 2003, n°s 00-10.243, 00-10.949 *Manoukian*, D. 2004, p. 869, obs. A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE ; *RTD civ.* 2004, p. 80 et 85, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD.

<sup>1540</sup> *Contra* CHÉNÉDÉ (Fr.), « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », art. préc., spéc., n° 4, qui opte pour une mise à l'écart de la sanction de la rupture déloyale en raison d'une rupture tardive sans motif.

mauvaise foi, la réparation des frais et dépenses engagées par la partie victime dans le cadre de la négociation. L'action en divorce n'est pas, dans cette hypothèse, neutralisée puisqu'il ne s'agit pas de forcer la conclusion du contrat – et, ainsi, d'empêcher toute action en divorce – mais de sanctionner un abus de droit<sup>1541</sup>.

**309. — Conclusion de paragraphe.** Étant donné son caractère contractuel, le divorce extrajudiciaire dépend des règles du droit commun qui gouvernent la phase de négociation. Sans doute que cette soumission appellera, des juges et de la pratique, un effort dans la conciliation des corps de règles du contrat et de la famille. Celle-ci est, quoi qu'il arrive, inévitable sauf à ruiner la poursuite de l'objectif de déjudiciarisation et de règlement amiable du divorce. Le propos est nettement plus nuancé en déplaçant le regard de la phase de négociation à celle d'exécution du contrat.

## § II. La spécificité du « contrat de divorce » quant à sa sanction

**310. — Les suites du dualisme des effets.** La dualité des consentements du contrat de divorce implique, d'après nous, une différence de traitement. Pour cela, il faut prendre pour point de départ la dissociation juridique des deux types d'effets que produit le « contrat de divorce » : l'effet normatif principal et les effets obligationnels. Selon une approche distributive, on distinguera, quant aux conditions de remise en cause du « contrat de divorce », ce qui revient à l'un et à l'autre. De cette analyse, il ressort premièrement la possibilité d'une remise en cause de l'effet normatif du « contrat de divorce ». Une telle éventualité rend nécessaire la « sanctuarisation » d'un tel effet (A). Secondement, la dissociation juridique des effets du « contrat de divorce » justifie l'ouverture des voies de nullité quant aux effets obligationnels du « contrat de divorce » (B).

### A. La sanction du vice affectant le consentement au principe du divorce

**311. — Un consentement fragile.** Au milieu du siècle précédent, l'idée de la légalisation du divorce par consentement mutuel faisait florès au sein de la doctrine juridique en raison de « [l']opposition du fait et du droit [consécutif à l'] échec des principes juridiques formulés par le législateur »<sup>1542</sup> en matière de divorce. En réponse, certains auteurs éminents affichaient une opinion plus nuancée et moins enthousiaste en mettant en doute l'affirmation selon laquelle en matière de divorce « les mœurs plus que la loi dominant »<sup>1543</sup>. C'est ainsi qu'Henri Mazeaud

<sup>1541</sup> V. FABRE-MAGNAN (M.), *op. cit.*, n° 383.

<sup>1542</sup> CHESNÉ (G.), « Le divorce par consentement mutuel », *D.* 1963, chr. p. 95.

<sup>1543</sup> CHESNÉ (G.), « Le divorce par consentement mutuel », art. préc., spéc., p. 106.

exprimait ses réserves quant au divorce par consentement mutuel qui pouvait donner lieu à un « divorce par consentement forcé »<sup>1544</sup>. Il est vrai que sous la forme d'un « contrat judiciaire », le divorce par consentement mutuel préservait l'époux faible d'un « arrachement » de son consentement ; le législateur n'ayant pas fait du juge une caisse enregistreuse des demandes en divorce, mais un garant, avant tout, du consentement libre et éclairé de chaque époux au divorce et de leurs intérêts respectifs. En comparaison, le notaire dans le cadre du divorce contractuel pur, simplement investi « d'une mission de vérification formelle »<sup>1545</sup>, s'assimile presque à une chambre d'enregistrement<sup>1546</sup>. Comment parvenir alors à éviter toutes pressions entre les époux susceptibles de vicier le consentement au divorce ? En la matière, la solution semble s'incarner dans le formalisme du « contrat de divorce ». Aussi le législateur impose-t-il une représentation individuelle de chaque époux, tant lors de la négociation du contrat que lors de sa signature ; ce à quoi s'ajoute un délai de réflexion avant signature de l'acte<sup>1547</sup>. Pourtant, ces garde-fous formels ne paraissent pas suffisants à exclure tout risque de pression entre les époux. Rappelons que le « contrat de divorce » a cela de particulier qu'il ne se forme pas entre parties étrangères l'une à l'autre, mais entre intimes. Partant, la présence des avocats respectifs des époux, si elle permet une certaine garantie de leurs intérêts respectifs, n'élimine pas le risque d'un consentement « arraché », tel que l'imaginait Henri Mazeaud<sup>1548</sup>. Il ne s'agit alors pas du consentement aux effets du divorce, certainement protégé par le formalisme légal, mais du consentement au principe du divorce, celui qui fonde l'effet normatif du « contrat de divorce ». Paradoxalement, c'est ce consentement qui s'avère le plus précaire et le plus fragile, étant fort à parier qu'il pourra s'obtenir dans le secret conjugal. On songe, ainsi, à l'époux, assurément le plus aisé et ce sera, encore de nos jours, souvent le mari, qui voit dans le divorce sans juge, l'opportunité d'une rupture rapide et maîtrisée de sa situation matrimoniale. On ne peut pas douter qu'il tentera de rallier son conjoint à sa cause, ce par tous les moyens arguant du meilleur intérêt que présenterait, pour tous deux, un arrangement contractuel. Mais, alors, qu'advierait-il si l'époux qui a cédé aux propositions de son conjoint venait à contester l'intégrité de son consentement au principe du divorce une fois le contrat conclu ?

<sup>1544</sup> MAZEAUD (H.), « Le divorce par consentement forcé », *D.* 1963, chr. p. 141.

<sup>1545</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.* n° 271.

<sup>1546</sup> Sur le rôle du notaire et l'étendue de sa mission v. LESBATS (Ch.), « L'intensité du contrôle formel », *JCP N* 2020, 1223 ; BRENNER (Cl.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », art. préc. ; CASEY (J.), « Le nouveau divorce par consentement mutuel : une réforme en clair-obscur », art. préc., spéc., n° 35 ; BLANCHARD (C.), « La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé », *JCP N* 2017, 1002 ; MEKKI (M.), « Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ? », *JCP N* 2016, act. 160 ; DAVID (S.) et PRUNET (P.), « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ fam.* 2017, p. 31.

<sup>1547</sup> C. civ., art. 229-4.

<sup>1548</sup> MAZEAUD (H.), « Le divorce par consentement forcé », art. préc. Sur les possibilités d'aménagement du formalisme du « contrat de divorce » v. Nîmes 14 avr. 2020, *JurisData* n° 2020-016433, *Dr. fam.* 2020, comm.157, note J.-R. BINET ; *JCP N* 2020, note Ch. LESBATS ; *D.* 2020, p. 499, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, qui admet la possibilité pour les époux de limiter la portée de la règle fixée à l'article 229-3 2° tendant à éviter tout conflit d'intérêts. Il ressort de cette décision que les époux sont en mesure d'écarter l'exigence de dualité des structures d'exercices des avocats qui les représentent.

La même question se pose dans l'hypothèse d'une insanité d'esprit découverte *a posteriori*. À proprement parler, cette question ne relève pas du consentement, mais de la capacité. L'absence de consentement intègre et lucide n'étant que l'effet d'une incapacité. À ce sujet, n'a été envisagée que l'hypothèse d'un époux d'ores et déjà déclaré incapable<sup>1549</sup>. Mais *quid* de l'insanité découverte et déclarée après la conclusion du « contrat de divorce » ? En pareille hypothèse, l'absence de contrôle du juge pourrait justifier l'action en nullité fondée sur l'article 414-1 du Code civil de l'entier contrat si, d'aventure, l'existence d'un trouble mental lors de la conclusion venait à être prouvée. Le contrat doit être considéré comme nul que le trouble ait été constaté avant la conclusion de l'acte ou qu'il ait été découvert après la conclusion. Restera alors à déterminer les conséquences de cette nullité : doit-elle s'étendre à l'intégralité de l'acte (à son effet normatif comme ses à effets obligationnels) ou se limite-t-elle au constat d'un préjudice ressortant des termes du contrat au sens de l'article 464 du Code civil ? La réflexion rejoint, ici, celle des vices du consentement.

Certes, l'article 229-3 du Code civil exige un double consentement au principe de la rupture et à ses effets. Mais que la théorie des vices du consentement puisse être également mobilisée tant pour l'un que pour l'autre, rien n'est moins sûr. Mais, le cas échéant, qu'elle puisse fonder la remise en cause de l'effet normatif du « contrat de divorce » paraît être un abîme pour l'esprit du juriste en droit de la famille. En somme, si ces circonstances font l'objet d'une imprévision législative coupable, il semble, pourtant, acquis qu'une remise en cause du principe du divorce doit être exclue<sup>1550</sup>. Toutefois, en l'état, un tel principe paraît plus justifié par la raison que par le droit. Plus grave, une rare décision rendue à propos d'une demande en nullité du « contrat de divorce » n'exclut aucunement l'éventualité d'une action en nullité tant en raison d'un vice de consentement qu'en raison d'un trouble mental au moment de l'acte<sup>1551</sup>. Par conséquent, reste entière la question de l'annulation du « contrat de divorce » si l'un des ex-époux, sans remettre en cause le contenu de l'acte quant aux effets du divorce, arguait d'une violation de son consentement au principe du divorce. Ainsi, le constat de la fragilité du consentement au principe du divorce (1) précédera les propositions visant sa garantie (2).

---

<sup>1549</sup> C. civ., art. 229-2.

<sup>1550</sup> La circulaire du 26 janv. 2017 ne fournit, s'agissant de cette difficulté, qu'une piste maigre. En effet, la possibilité d'une remise en cause du principe du divorce n'est envisagée que sous l'angle de la révision du contrat. Ainsi, la fiche 9 de la circulaire précise que « certaines clauses de la convention ne peuvent être révisées selon le droit commun des contrats. Tel est le cas du principe du divorce en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Est-ce à dire que le principe d'indisponibilité s'oppose de la même manière à la demande en nullité ?

<sup>1551</sup> V. Nîmes, 14 avr. 2020, préc., en l'espèce, les deux actions ont été invoquées, toutefois, sans succès en l'absence d'éléments de preuve suffisants à caractériser un vice du consentement ou l'insanité d'esprit.

## 1. La fragilité du consentement au principe du divorce

**312.** — La disjonction du principe du divorce et de ses conséquences – qui s’analyse, en termes contractuels, en une distinction entre l’effet normatif et les effets obligationnels – exerce une influence tant sur l’appréciation des vices susceptibles d’affecter le consentement au principe du divorce que sur les conséquences de l’atteinte audit consentement. Suffisante à justifier l’exclusion du vice d’erreur (1), la distinction des effets du « contrat de divorce » n’exclut ni le dol (2) ni la violence (3).

### a. De l’hypothèse de l’erreur

**313.** — **L’exclusion.** Lorsqu’elle est commise à l’occasion de la conclusion d’un contrat, l’erreur « consiste dans l’idée fautive que se fait un contractant de tel ou tel élément de celui-ci »<sup>1552</sup>. Autrement dit, l’erreur en droit des contrats s’apprécie, principalement, par rapport au contenu du contrat, plus exactement relativement aux « qualités essentielles de la prestation [...] ou celles du cocontractant »<sup>1553</sup>. Le caractère « intime » du « contrat de divorce » exclut, par principe, l’hypothèse d’une erreur sur la personne. Quant à l’erreur sur la prestation, liée au contenu obligationnel du contrat, elle est invraisemblable dès lors que le consentement au principe du divorce n’emporte aucun effet obligationnel<sup>1554</sup>. Notons, toutefois, le cas particulier de l’erreur sur le motif que l’on peut faire correspondre à la cause du divorce. En droit des contrats, un tel cas d’erreur n’est cause de nullité que pour autant que le motif ait pénétré le contenu du contrat<sup>1555</sup>. En droit du divorce, le caractère « mystique »<sup>1556</sup> du divorce par consentement mutuel, quelle que soit sa forme, rend, pareillement, tout motif, ou cause, inopérant. Les époux décideraient-ils d’inclure un motif dans la convention que leur choix relèverait, tout au plus, d’une incohérence entraînant une confusion des formes de divorce. L’absence de cause/motif participe de la nature du divorce contractuel<sup>1557</sup>. Toute clause contraire ne saurait être analysée que comme une dénaturation et, par conséquent, doit être condamnée à la stérilité juridique. En définitive, l’erreur que pourrait invoquer un époux s’agissant du principe du divorce est moins une erreur juridique qu’une erreur de

<sup>1552</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 274.

<sup>1553</sup> C. civ., art. 1132.

<sup>1554</sup> L’arrêt de la Cour d’appel de Nîmes du 14 avr. 2020, préc., l’illustre par ailleurs, parfaitement, puisque les juges d’appel n’envisagent l’éventuelle erreur de l’épouse qu’au regard des mesures fixées par le contenu du contrat et non au regard d’une erreur sur le consentement au principe de la rupture.

<sup>1555</sup> C. civ. art. 1135 : « L’erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n’est pas une cause de nullité, à moins que les parties n’en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement ».

<sup>1556</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome I ...*, *op. cit.*, n° 593, p. 1319.

<sup>1557</sup> Notons que cela ne s’oppose en rien à la pénalisation d’une violation d’une obligation matrimoniale par le biais d’une clause pénale (v. *supra*, n° 157 s.). Selon cette dernière hypothèse, il ne s’agirait, alors, que d’une application de la clause pénale contenue dans le contrat de mariage, qu’importe que la violation soit à l’origine de la volonté commune des époux de se séparer par le biais d’un divorce amiable.

jugement, de comportement, qui constate un acte inopportun ou maladroit. Il ne peut y avoir d'erreur juridique – au sens du droit des contrats – quant au consentement au principe du divorce. Le parallélisme des formes – entre l'erreur dans la formation du mariage et une éventuelle erreur lors de la dissolution – touche ici à sa limite. En d'autres mots, sur le terrain de l'erreur, la nature spéciale du « contrat de divorce » s'oppose à l'insertion de clauses relatives aux motifs du divorce pouvant, dans le droit commun des contrats, entraîner une erreur sur les motifs. Voilà pour ce qui est de l'erreur directe, celle qui est du propre fait de l'*errans*. Mais qu'en est-il de l'erreur provoquée ?

*b. De l'hypothèse du dol*

**314. — L'ambivalence.** La question que pose le dol dans le cadre du consentement au principe du divorce est relativement simple : est-il possible pour l'un des époux d'obtenir le consentement au principe de la rupture de l'autre par des manœuvres, des mensonges ou une omission ? Supposons le cas de figure, presque d'école, de l'époux qui découvre, après la conclusion du « contrat de divorce », l'adultère de son conjoint, ce dernier s'étant remarié avec le tiers complice de l'adultère<sup>1558</sup>. L'époux victime ne pourrait-il pas solliciter la nullité du « contrat de divorce » en faisant état de son consentement au divorce vicié ? En outre, la sanction du dol étant avant tout la sanction d'une faute (la volonté de tromper), la tromperie conjugale peut-elle s'analyser en une tromperie contractuelle ? Il y a bien, en l'espèce, un consentement obtenu par mensonge dès lors que l'adultère existant, le divorce amiable était un moyen pratique et rapide pour l'époux coupable de sortir du mariage et, pourquoi pas, de se remarier, évitant ainsi une procédure judiciaire. On suppose, de même, que l'époux victime n'aurait à l'évidence pas conclu le « contrat de divorce » puisqu'il aurait fait le choix d'un divorce judiciaire voire d'un divorce pour faute. On ajoutera que la survenance de cette dernière hypothèse en tant que cas concret n'est pas à sous-estimer compte tenu de la judiciarisation constante de nos sociétés contemporaines devenues des « société[s] contentieuse[s] »<sup>1559</sup>. Aussi bien, l'ex-époux qui se sentira « trahi » ne rechignera point à invoquer un dol de son ex-conjoint sans pour autant remettre en cause les termes mêmes du « contrat de divorce ». En comparaison de nos propos précédents sur l'erreur, l'absence d'effet obligationnel du consentement au principe de la rupture ne permet pas, en l'espèce, d'exclure, définitivement, le dol.

<sup>1558</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 08-17.825, préc., dans lequel l'un des époux se sépare de son conjoint non seulement dans des conditions difficiles, mais, au surplus, en recherchant une nouvelle compagne avant la dissolution du mariage. En l'espèce, l'épouse avait invoqué un préjudice moral et sollicité la réparation de celui-ci sur le fondement de l'article 266 du Code civil. Si la Cour de cassation a prononcé la cassation de l'arrêt d'appel, on notera que les juges du fond se sont montrés sensibles au raisonnement invoqué par l'épouse.

<sup>1559</sup> V. MALAURIE (PH.), « La société contentieuse. La potion magique et l'humilité », *Revue des Deux Mondes* nov. 1995, p. 87 s. ; CADIET (L.), « Le spectre de la société contentieuse » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994 p. 29 et s.

En effet, n'est pas en cause, ici, une erreur sur le contenu du contrat – contenu obligationnel – mais une erreur sur le consentement même au principe du divorce.

Selon que l'on raisonne sur un plan de droit spécial des vices du consentement du mariage ( $\alpha$ ) ou de droit commun des contrats ( $\beta$ ), la question du dol en tant que vice du consentement au principe du divorce aboutit à deux solutions opposées.

$\alpha$ . Le droit spécial des vices du consentement dans le mariage

**315. — Une application de l'adage « en mariage trompe qui peut ».** À l'inverse de l'erreur, le parallélisme des formes, avec la formation du mariage, peut agir en matière de dol. Ainsi, l'adage qui veut qu'« en mariage, il trompe qui peut » semble de nature à neutraliser l'action fondée sur le dol. Comme le mariage, le simple fait que le principe du divorce mutuel ait été déterminé par de légères tromperies ne peut suffire à entraîner la nullité du « contrat de divorce »<sup>1560</sup>. À moins, évidemment, que de telles tromperies aient provoqué une erreur sur les termes du contrat, en d'autres termes sur les effets obligationnels du « contrat de divorce ». Ainsi, à raisonner à partir du droit spécial des vices du consentement en mariage, le simple dol qui se borne à convaincre l'un des époux de l'intérêt d'une procédure amiable de divorce n'encourt, à notre sens, aucune condamnation juridique<sup>1561</sup>. Rajoutons, qu'une telle attitude, même sur le terrain contractuel pur, pourrait être assimilée au *dolus bonus*<sup>1562</sup>.

Mais ce raisonnement peut, selon les cas, s'avérer inéquitable. En effet, quand bien même la contestation du contrat ne s'étendrait pas à ses termes (les effets du divorce), il n'en demeure pas moins que le choix d'une procédure amiable peut s'avérer plus avantageux pour l'un des époux que pour l'autre. L'on rappelle que le principe même du divorce amiable est d'empêcher toute discussion sur les éventuels torts des époux. Par conséquent, l'époux, éventuellement, victime de la réticence dolosive est privé d'une action en divorce qui lui aurait permis la sanction d'une faute soit sur le fondement de la responsabilité civile, soit sur le fondement de l'article 266 du Code civil. Pour prolonger la réflexion, ajoutons que la connaissance de l'infidélité d'un des conjoints peut être un moyen de pression dans les négociations qui précèdent la conclusion du « contrat de

<sup>1560</sup> Sur l'exclusion du dol dans la formation du mariage v. MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 174 s. ; LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 422.

<sup>1561</sup> V. Nîmes, 14 avr. 2020, préc., dans lequel la cour considère que l'époux « ne démontre aucune manœuvre, mensonge, ou dissimulation intentionnelle d'une information essentielle [...] qui aurait pu l'amener à adopter, en des termes qu'elle critique aujourd'hui, la convention [...]. Aucun dol n'est dès lors constitué ».

<sup>1562</sup> CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Dolus bonus » : termes employés « pour désigner la petite tromperie – tolérée par l'usage et insuffisante à entraîner la nullité du contrat – qui consiste, pour les commerçants, à vanter exagérément leurs marchandises ».

divorce »<sup>1563</sup>. Toutefois, l'hypothèse touche, ici, à la menace d'une voie de droit, en l'occurrence l'action en divorce pour faute que pourrait intenter l'un des époux, qui, selon les termes de l'article 1141 du Code civil, « ne constitue pas une violence » sous réserve de l'abus de droit.

Quoi qu'il en soit, le droit spécial des vices du consentement en mariage ne devrait pas permettre la remise en cause du consentement au principe du divorce, à l'inverse du droit commun des contrats.

#### β. Le droit commun des vices du consentement

**316. — Une sanction possible du dol.** L'on rappelle, qu'en droit commun, la première condition d'annulation d'un contrat pour dol<sup>1564</sup> « est le caractère déterminant [...] de l'erreur provoquée par le dol : ce qui suppose que, *sans* les manœuvres, le mensonge ou la réticence de l'une des parties, l'autre n'aurait [soit] pas contracté [soit aurait contracté], mais à des conditions différentes »<sup>1565</sup>. Pour reprendre l'illustration précédente, le fait, pour l'un des époux, de cacher son adultère et sa volonté de divorcer promptement dans le but de se remarier caractérise, à tout le moins, une réticence dolosive voire un mensonge. Dans le cadre d'analyse qui est le nôtre, il n'est pas incongru de considérer qu'une telle information a un caractère déterminant dans le consentement au principe d'une rupture conventionnelle. « Le caractère déterminant du dol [faisant] l'objet d'une appréciation *in concreto* [et, par conséquent, relevant] de l'appréciation souveraine des juges du fond »<sup>1566</sup>, un époux pourrait, à juste titre, soutenir qu'en connaissance de l'infidélité de son conjoint au moment de la séparation il n'aurait purement et simplement pas contracté. Autrement dit, la voie judiciaire aurait été préférée à la voie amiable<sup>1567</sup>. Le fait que l'erreur provoquée soit, en l'occurrence, une erreur de lucidité, de motif, importe peu puisque « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable »<sup>1568</sup>. Ainsi, à partir d'un raisonnement purement contractuel et sans que soient contestés les termes du « contrat de divorce », l'annulation de l'acte en raison d'un consentement au principe de la rupture vicié apparaît possible.

<sup>1563</sup> On suppose, en l'espèce, que l'infidélité n'a pas empêché le choix d'un mode amiable. On en peut dès lors exclure l'avantage qu'elle constitue pour l'époux victime, par exemple, dans la négociation du montant d'une prestation compensatoire, d'une pension alimentaire ou encore sur le partage et l'attribution de certains biens communs aux époux.

<sup>1564</sup> L'autre condition étant que le dol doit être imputable à l'un des contractants (C. civ., art. 1137).

<sup>1565</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, 16 éd., 2014, Sirey – Dalloz, 214.

<sup>1566</sup> FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *op. cit.*, n° 214, spéc., p. 222.

<sup>1567</sup> C'est là une hypothèse de dol principal susceptible d'entraîner la nullité du contrat.

<sup>1568</sup> C. civ., art. 1139. Cette disposition s'applique également au dol par réticence dolosive dès lors que l'information ne porte pas sur la valeur de la prestation, ce qui est le cas en l'espèce.

Une solution pourrait être de lier la caractérisation d'un dol à l'existence d'une erreur sur les termes adoptés par les parties dans le « contrat de divorce »<sup>1569</sup>. Toutefois, cette dernière solution prête le flanc à la critique en ce qu'elle ferait fi, d'une part, de la dualité des consentements caractéristique du « contrat de divorce ». De l'autre, une telle issue revient à limiter l'action en nullité fondée sur le dol, en matière de « contrat de divorce », au seul dol incident – celui qui ne détermine point le consentement au contrat, mais en influence les termes – à l'exclusion du dol principal. En effet, « bien que critiquée par quelques auteurs contemporains, la distinction [entre dol principal et dol incident] s'impose »<sup>1570</sup>, à plus forte raison lorsque sont distingués le consentement au principe même du contrat (le consentement au divorce mutuel) et le consentement à son contenu obligationnel (les effets du divorce).

En définitive, la possibilité d'une annulation du « contrat de divorce » pour dol ne fait que renforcer les inquiétudes provoquées par l'insuffisante prévision du législateur et la légèreté du renvoi aux règles du droit commun des contrats. L'intangibilité de l'effet normatif du « contrat de divorce » est encore plus fragilisée lorsque l'on évoque le risque de violence entre les époux.

*c. De l'hypothèse de la violence*

**317. — L'abus d'une situation de vulnérabilité.** Dire qu'il ne peut y avoir contrat dès lors qu'il y a violence relève du truisme. Pourtant, le cadre pratique du « contrat de divorce » appelle plus de précisions. En effet, on peut être surpris par l'absence de référence légale à l'éventuelle situation de violence entre les époux, concernant le divorce sans juge<sup>1571</sup>, alors même que « la dissolution du couple constitue la période périlleuse, durant laquelle les menaces risquent de fleurir »<sup>1572</sup>. Sont, ainsi, exposés tant les intérêts personnels que les intérêts patrimoniaux des époux, autrement dit tout ce qui fait la matière du « contrat de divorce ». Aussi, l'existence d'un régime de protection renforcée, orienté vers la cessation des violences dans le couple<sup>1573</sup>, ne semble pas incompatible avec le recours à une procédure amiable. Ce paradoxe s'explique par le fait que, contrairement au contexte purement contractuel, le contrat dans le contexte familial peut être vécu comme libérateur. Il n'est pas exclu que l'époux vulnérable et victime de violence morale ou physique perçoive dans

<sup>1569</sup> Comp. Nîmes, 14 avr. 2020, préc. Notons, néanmoins, que l'insuffisante précision de la demande en ce qui concerne la cause d'affectation du consentement offert au juge une certaine liberté dans l'appréciation de l'existence d'un vice du consentement. D'une certaine manière, la question d'une demande suffisamment précise, remettant en cause le consentement au principe du divorce en raison d'un dol, reste en l'état du droit positif, sans réponse définitive et ouverte aux diverses interprétations possibles.

<sup>1570</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, n° 319, n° 301.

<sup>1571</sup> Par exemple, l'existence de violences conjugales ne figure pas dans la liste des motifs d'exclusion du divorce par contrat de l'article 229-2 du Code civil.

<sup>1572</sup> ÉGÉA (V.), *th. préc.*, n° 451.

<sup>1573</sup> C. civ., art. 515-9 s.

l'opportunité du divorce contractuel une voie expéditive de sortie du mariage, qui est, alors, la source principale des violences subies. Cependant, la politique de lutte et de prévention contre les violences conjugales ne suffit pas à présupposer l'existence d'un consentement intègre en ce qui concerne le « contrat de divorce ». Il semble inévitable qu'une situation de violence engendre une pression morale, économique, voire physique, qui entacherait, alors, le consentement au principe du divorce amiable de l'époux vulnérable. Si, l'obligation d'assistance de chaque époux par un avocat limite le risque de pression de l'un des époux sur l'autre, elle n'élimine pas la vulnérabilité qui a pu se construire préalablement à l'ouverture de la procédure de divorce et, par conséquent, existe lors de la conclusion du « contrat de divorce »<sup>1574</sup>. En termes contractuels, le consentement de l'époux au divorce amiable est atteint « dans sa dimension volitive »<sup>1575</sup> : l'époux n'a consenti au divorce contractuel que parce qu'il y voyait une échappatoire à sa situation de vulnérabilité<sup>1576</sup> et non parce qu'il était convaincu de la pertinence de la procédure choisie. Pour peu que la preuve de la violence soit rapportée et son caractère illégitime démontré<sup>1577</sup>, le « contrat de divorce » surtout dans sa composante normative encourt la nullité. Pour peu, ensuite, que cet état de vulnérabilité permette à l'un des époux d'obtenir un avantage manifestement excessif, passerelle vers les effets du divorce, l'article 1143 du Code civil trouvera pleine application. On rappelle, à toutes fins utiles, que cette disposition, bien que d'inspiration jurisprudentielle<sup>1578</sup>, poursuit une certaine autonomie puisqu'elle ne vise pas uniquement l'abus de dépendance économique. De fait, elle tend ainsi à appréhender toutes les situations de vulnérabilités et non seulement celles du monde des affaires. Le domaine familial et particulièrement le divorce pourrait être des nouveaux terrains d'application de ladite disposition en raison du risque dépendance psychologique que rien ne justifie d'exclure du champ d'application de ladite disposition<sup>1579</sup>. Nul ne doute qu'en principe un divorce à l'amiable peut conduire le cocontractant-époux à obtenir un avantage manifestement excessif ; il

<sup>1574</sup> Cette obligation s'avère, surtout, efficace quant à la violence par exploitation de la dépendance (C. civ., art. 1143). Elle a, ainsi, un rôle protecteur quant au contenu obligationnel du « contrat de divorce » puisque chaque avocat est censé défendre au mieux les intérêts de son client.

<sup>1575</sup> TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.), *op. cit.*, n° 309.

<sup>1576</sup> Celle-ci pourrait s'étendre au-delà de la personne de l'époux victime qui craindrait non seulement pour sa personne, mais également pour les éventuels enfants du couple, éléments suffisants à caractériser le sentiment de crainte prévu à l'article 1140 du Code civil.

<sup>1577</sup> Tel n'est pas le cas de l'influence que l'un des époux peut avoir sur son conjoint, dès lors qu'elle est non suivie d'acte positif tendant à exercer une pression, que la jurisprudence a rapprochée de la crainte révérencielle qui – par elle seule – ne suffit pas à annuler un contrat : v. Angers, 19 mars 1956, *D.* 1957. 22, note J. PRÉVAULT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 276.

<sup>1578</sup> L'hypothèse au cœur de l'article 1143 du Code civil fait songer à la jurisprudence de la Cour de cassation qui depuis un arrêt du 30 mai 2000 a admis l'idée d'une violence par abus de dépendance économique : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2000, p. 879, obs. J.-P. CHAZAL ; *ibid.* 2001, p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2001, II, 10461, obs. G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES) ; *adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDEL ; *ibid.* p. 1862, obs. J.-P. CHAZAL ; *ibid.* p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES).

<sup>1579</sup> En ce sens v. SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 29, p. 67.

peut exister entre les époux en divorce un état de dépendance psychologique voire une dépendance économique dont l'un pourrait tirer profit dans la fixation conventionnelle de la prestation compensatoire<sup>1580</sup>. L'article 229-3 du Code civil n'imposant pas le principe de la prestation compensatoire dans le divorce par contrat – les époux peuvent y renoncer – est-il tout à fait exclu que la renonciation par l'un des époux à la prestation compensatoire résulte d'une exploitation par l'autre d'un état de dépendance tant psychologique qu'économique ?<sup>1581</sup> L'assistance de chaque époux par un avocat est, à cet égard, plus que bienvenue ; la possibilité de recourir à l'article 1143 du Code civil renforce une telle protection. Les conditions suffisamment strictes des dispositions dudit article permettront de limiter son application aux cas les plus singuliers et peu courants, l'on rappelle à cet égard que « le principal intérêt de l'élargissement du vice de violence est de permettre d'obtenir la nullité de contrats lésionnaires, là où le seul droit de la lésion ne le permet pas »<sup>1582</sup>.

## 2. La protection du consentement au principe du divorce

**318. — Le refoulement de la nullité en raison de l'effet normatif du divorce par contrat.** Les pérégrinations précédentes au sein des vices susceptibles d'affecter le consentement au principe même du divorce ont permis de mesurer les conséquences de la disparition du principe d'indivisibilité attaché à la convention de divorce homologuée. En dehors du vice d'erreur, la remise en cause de l'effet normatif du « contrat de divorce » (l'extinction du lien conjugal) est possible, au moins théoriquement. Mais est-elle souhaitable ? La raison intime une réponse négative, sauf, comme l'a relevé Monsieur Égéa, « à créer une insupportable source d'instabilité dans l'état civil des époux »<sup>1583</sup>. Mais au-delà de l'argument de raison, la justification est toute juridique et repose sur la spécificité du « contrat de divorce ». À l'indivisibilité de la convention homologuée s'est substituée le dualisme des effets du « contrat de divorce » entre, d'une part, son effet normatif et, d'autre part, ses effets obligationnels. C'est alors, précisément, le caractère normatif du « contrat de divorce » qui justifie le refoulement de la nullité en raison d'un vice du consentement quand est en jeu le consentement au principe même du divorce. À moins de vouloir faire revivre « un mort mariage »<sup>1584</sup>, le droit commun des contrats doit, ici, céder le pas à un droit spécial du « contrat de divorce ». À cet égard, la dissociation juridique des consentements et des effets, dans le « contrat

<sup>1580</sup> Songeons à l'époux à qui la séparation est imposée par l'autre et qui la perçoit comme un risque économique. Le conjoint pourrait profiter de son ascendance économique et, comme souvent, psychologique pour obtenir l'acceptation d'une proposition de prestation compensatoire bien inférieure à celle qui aurait été fixée dans une situation plus objective.

<sup>1581</sup> Songeons là également à l'hypothèse de l'époux qui, compte tenu de son attachement affectif à la résidence familiale, accepte de renoncer à toute prestation compensatoire en échange de l'abandon par l'autre de ses contestations sur l'attribution du logement familial.

<sup>1582</sup> SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 29, p. 67.

<sup>1583</sup> ÉGÉA (V.), op. cit., n° 287, spéc., p. 166.

<sup>1584</sup> FULCHIRON (H.), « "L'après-divorce sans juge" : remise en cause et modification de la convention passée par les époux », *Dr. fam.* 2016, dossier 32, spéc., n° 12.

de divorce », constitue un fondement suffisant. C'est du reste, ni plus ni moins, l'idée qui sous-tend les principales propositions doctrinales.

Par exemple, Monsieur Fulchiron a proposé une sanctuarisation du principe du divorce une fois que ce dernier a été « constaté » par le notaire<sup>1585</sup>. Une telle proposition, d'un régime spécial propre au consentement au divorce, est, à notre sens, le signe d'une différence de nature entre les effets, normatif et obligationnel, du « contrat de divorce ». De même, Monsieur Égéa propose-t-il l'insertion de clauses relatives au consentement au divorce des époux et qui insistent « sur le caractère irrévocable du consentement au divorce et sur l'absence de pression exercée par l'autre conjoint ou ses proches »<sup>1586</sup>. En l'état, ces propositions, soit parce qu'elles n'ont pas été suivies d'effets, soit parce qu'elles dépendent avant tout des parties au contrat, ne permettent pas de déterminer l'attitude du juge confronté à une demande en nullité en raison d'un vice affectant le consentement au divorce. Lui faudra-t-il raisonner au cas par cas ? Par exemple, en n'évinçant la nullité qu'en présence d'un remariage de l'un des ex-époux ; la remise en cause du principe du divorce aboutissant, dans ce cas, à une situation de bigamie prohibée par notre droit civil. En l'absence de remariage, l'annulation du contrat redeviendrait possible, ce qui ouvrirait, cependant, la porte à d'innombrables difficultés pratiques quant aux effets de la nullité<sup>1587</sup>. Puisque l'effet principal du « contrat de divorce » est une modification de l'état civil des époux, par sa transcription sur les registres d'état civil<sup>1588</sup>, le prononcé de la nullité entraîne un retour à leur état d'époux et une disparition des effets du divorce. Est-ce à dire, par exemple, que leurs relations patrimoniales s'organisent de nouveau sous l'empire du régime matrimonial ? Comme on a pu l'écrire à propos de l'annulation du mariage, « la rétroactivité de l'annulation du [divorce entraîne] une atteinte à la sécurité juridique et aux prévisions des parties »<sup>1589</sup>. L'incongruité que constituerait une telle annulation du principe du divorce justifie ainsi la nécessité d'une règle générale tendant à évincer toute remise en cause de l'effet normatif du « contrat de divorce » pour quelque cause que ce soit et peu importe la situation maritale des ex-époux. En somme, l'efficacité du « contrat de divorce » (en ce qu'il produit les effets de droit recherchés) doit être préférée à son irrégularité (l'existence d'un consentement au principe du divorce vicié)<sup>1590</sup>.

<sup>1585</sup> FULCHIRON (H.), « L'après-divorce sans juge » : ... », art. préc., spéc., n° 13.

<sup>1586</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 288, spéc., p. 167.

<sup>1587</sup> Il va de soi que l'annulation du principe du divorce emporte, par contamination, celle de l'entier contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. Le contrat, comme le divorce, n'étant censé n'avoir jamais existé comment traiter la situation des époux entre la prise d'effet du contrat et son annulation ?

<sup>1588</sup> Selon les modalités prévues à l'article 1147 du Code de procédure civile.

<sup>1589</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 215.

<sup>1590</sup> V. sur la catégorie d'actes tout à la fois contraires au droit et produisant les effets de droit recherchés par leurs auteurs FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, préf. Th. REVET, LGDJ, 2020.

Quitte à permettre, indépendamment de l'action en nullité, une action en dommages-intérêts dans l'hypothèse où l'atteinte au consentement au principe du divorce entraînerait un préjudice distinct sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle<sup>1591</sup>. Là se situe, selon notre avis, un équilibre sûr entre l'impératif de sécurité juridique et la nécessité de sanctionner celui des époux qui aura profité de la vulnérabilité de son conjoint pour l'amener à participer à la procédure amiable de divorce.

**319. — Proposition n° 9 : affirmer l'indivisibilité entre l'enregistrement de la convention et le principe du divorce.** Aux fins d'une plus grande sécurité juridique, l'article 229-1 du Code civil pourrait être utilement complété de l'alinéa suivant : « *Après l'enregistrement de la convention par un notaire, le consentement des époux au principe du divorce acquiert un caractère définitif et ne peut plus être remis en cause* ». Cette solution s'inspire de l'indivisibilité prônée par la jurisprudence entre la décision de justice prononçant le divorce et l'homologation de la convention dans l'hypothèse du divorce par consentement mutuel<sup>1592</sup>. L'accent mis sur « l'enregistrement » plutôt que « le simple dépôt » permet de valoriser le rôle du notaire qui « se trouve investi d'une mission de vérification formelle de l'acte » qui l'autorise, par exemple, à s'opposer à l'enregistrement si l'acte ne satisfaisait pas aux exigences des articles 229-3 et 229-4 du Code civil. Enfin, en visant le « consentement au principe du divorce » l'on dissocie du consentement des époux aux effets du divorce. La possibilité d'une remise en cause de ces derniers ne doit, à notre sens, pas être exclue en raison de la nature contractuelle du divorce par acte sous seing privé ; en suivant notre proposition, une précision légale en ce sens serait par ailleurs surabondante : en tant que contrat, l'acte de divorce sous seing privé doit être soumis au droit commun des actes juridiques et aux dispositions sur le consentement, sous réserve des dispositions qui lui sont particulières – c'est là tout l'intérêt de notre proposition.

### ***B. La sanction des effets obligationnels du « contrat de divorce »***

**320. —** À l'inverse du principe du divorce, la possibilité d'une remise en cause des conséquences du divorce (les effets obligationnels du « contrat de divorce ») ne fait, *a priori*, l'objet d'aucun

<sup>1591</sup> V. C. civ., art. 1178, al. 4.

<sup>1592</sup> V. par ex. Civ 1<sup>re</sup>, 23 nov. 2011, n° 10-26.802, *RTD civ.* 2012, p. 98, obs. J. HAUSER : « après son homologation par le jugement prononçant le divorce, la convention définitive revêt la même force exécutoire que celle d'une décision de justice et ne peut plus être remise en cause hors des cas limitativement prévus par la loi ». Sur cette question, v. not. TISSERAND (A.), « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in *Mélanges Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 497 ; GIACOPELLI-MORI (M.), « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD civ.* 2001, p. 505 ; VILLANI (D.), « Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention de divorce par consentement mutuel ? », *D.* 1995, p. 253 ; ÉGÉA (V.), th. préc.

doute. C'est là un effet de la nature purement contractuelle du divorce. Partant, l'incertitude porte moins sur la potentialité d'une critique de l'acte que, de manière quelque peu contre-intuitive, d'abord sur l'étendue de l'annulation qui en résulterait (A) et, ensuite, sur la nature d'une telle sanction à propos d'un jeu du réputé non écrit (B).

### 1. L'étendue de la sanction

**321. — L'exclusion d'un anéantissement total du contrat.** La contestation d'un ou de plusieurs effets obligationnels du « contrat de divorce » peut-elle aboutir à un anéantissement total du « contrat de divorce » ? La question, en droit commun des contrats, est réglée par l'article 1184 du Code civil qui concilie la recherche de l'efficacité de la sanction et la référence à la volonté des parties. En d'autres termes, la nullité doit être restreinte « à ce qui est strictement nécessaire à la suppression de l'illégalité »<sup>1593</sup> à moins que l'objet de cette dernière constitue un élément déterminant de l'engagement d'une ou des parties. En ce qui concerne le « contrat de divorce », il est incontestable que les effets obligationnels du contrat, autrement dit les effets du divorce, sont déterminants du consentement des parties. En pratique, la détermination des effets du divorce constitue le point de discussion essentiel du processus de divorce. Toutefois, cette prédominance pratique n'élude pas le caractère second des effets du divorce sur le plan juridique : les effets du divorce n'étant que des incidences d'un événement principal, le principe du divorce. Or le principe du divorce constitue l'effet utile du « contrat de divorce ». Aussi, l'adage *utile per inutile non vitiatur*<sup>1594</sup> trouve ici une application. Les clauses du « contrat de divorce » portant sur les effets du divorce et rendues inutiles par la cause de nullité qui les affecte ne peuvent en aucun cas entraîner l'annulation totale du « contrat de divorce » et celle de son effet utile qu'est le principe du divorce.

La préservation du contrat et de son effet utile est en mesure de justifier l'inefficacité de toute clause d'indivisibilité que les parties pourraient stipuler dans le « contrat de divorce ». En principe, ces clauses permettent aux parties de déclarer que « toutes les clauses de leur contrat sont de rigueur, chacune étant déterminante de leur consentement »<sup>1595</sup>. Stipulée dans un « contrat de divorce », la clause d'indivisibilité ouvrirait la voie à une remise en cause de l'entier contrat alors même que la cause de nullité n'affecterait qu'une partie de celui-ci, ses effets obligationnels<sup>1596</sup>. Cependant, ce

<sup>1593</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil : La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, LGDJ, n° 2626.

<sup>1594</sup> L'utile n'est pas vicié par l'inutile.

<sup>1595</sup> SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., 2020, PUF, n° 49, spéc., p. 113.

<sup>1596</sup> Observons qu'il s'agirait, ainsi, d'un moyen nettement plus habile de contournement de la limite décrite par la circulaire de présentation des textes sur le divorce sans juge, qui écartait la stipulation de toute clause de révision portant sur le principe du divorce.

type de clause se rattache à la famille des clauses d'interprétation qui ne peuvent que « guider le juge dans son appréciation, mais non le contraindre contractuellement »<sup>1597</sup>. Au surplus, comme l'a fait observer Monsieur Denis Mazeaud, « lorsqu'une clause d'interprétation conduit à nier la réalité contractuelle, telle qu'elle ressort de l'examen de l'environnement contractuel, elle peut, elle doit être tenue pour inefficace par le juge, alors même qu'elle est claire et précise »<sup>1598</sup>. En l'occurrence, une telle clause est nécessairement contraire à l'environnement contractuel du « contrat de divorce », tel qu'il ressort de nos propos précédents, dès lors qu'elle viendrait porter un coup non négligeable à son effet utile qu'est le principe du divorce<sup>1599</sup>. En un mot, l'effet utile du principe du divorce s'oppose à une annulation totale du « contrat de divorce » et plaide pour une nullité partielle.

**322. — Une conséquence de la dissociation des effets du « contrat de divorce ».** La distinction des effets du « contrat de divorce » ne fait que refléter la dissociation juridique des consentements des parties au contrat. Un tel constat ne peut être sans influence dès qu'il s'agit de déterminer l'étendue de la nullité du contrat au regard du critère de la volonté des parties. L'on rappelle, à ce titre, que l'article 1184 du Code civil prévoit que la nullité s'étend à l'ensemble du contrat lorsque la partie irrégulière de l'acte contient des éléments déterminants de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. En d'autres termes, la clause affectée d'une cause de nullité doit avoir déterminé le consentement des parties. Une telle solution doit être écartée en ce qui concerne le « contrat de divorce ». En effet, peu importe l'importance que les parties ont accordée à telle ou telle clause réglant les effets du divorce, de telles stipulations ne peuvent être considérées comme déterminantes que de leur consentement aux effets du divorce et non au principe du divorce et, partant, au principe de l'accord. Or, un tel consentement est prépondérant par rapport au consentement aux effets du divorce qui n'est, en définitive, que l'accessoire du consentement au principe du divorce. Aussi, si l'on pouvait envisager l'entière nullité du « contrat de divorce » en raison d'un vice affectant le consentement au principe du divorce – l'accessoire suivant le principal – la solution inverse est exclue. La nullité qui sanctionne le vice affectant le consentement aux effets du divorce ne peut s'étendre à l'ensemble du « contrat de divorce » puisqu'une telle sanction est, par principe, limitée aux seuls éléments irréguliers accessoires du « contrat de divorce ».

Par exemple, la prestation compensatoire, malgré son importance dans le processus de divorce, ne pourra pas être invoquée par l'une des parties comme cause impulsive et déterminante de son

<sup>1597</sup> HELLERINGER (G.), « Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), dir., Dalloz, 2009, spéc., p. 304.

<sup>1598</sup> MAZEAUD (D.), « l'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2015, p. 187, spéc., n° 14.

<sup>1599</sup> À l'inverse de la clause de divisibilité, dont la stipulation ne peut être que conseillée.

consentement au divorce – même si l'on ignore par l'existence en matière de divorce d'un comportement opportuniste et stratégique en ce qui concerne la prestation compensatoire : dans les faits, la possibilité d'obtenir ou d'être condamné à payer une prestation compensatoire élevée peut couvrir une rationalité économique sous-jacente du choix de divorcer ou de ne pas divorcer. Mais une telle analyse « coût-avantage » de l'opportunité de divorcer ne saurait se voir reconnaître une incidence en droit, elle participe du non-droit voire et, plus certainement, de l'analyse économique du droit<sup>1600</sup>.

Il en va de même s'agissant d'une clause fixant une pension alimentaire, ou encore des clauses relatives au règlement des intérêts patrimoniaux des époux. Bref, la dissociation juridique des consentements neutralise l'application de la théorie de la cause impulsive et déterminante.

En définitive, en ce qui concerne les effets du divorce, si l'action en nullité est de nouveau ouverte en l'absence de toute homologation du juge, seul le critère de l'efficacité de la sanction doit déterminer l'étendue de la nullité. Partant, seule la suppression de la clause litigieuse devra être prononcée. À cet égard, la nullité partielle paraît être la sanction la plus évidente. En faisant un pas de plus, on peut envisager la sanction du réputé non écrit.

## 2. La nature de la sanction : discussion sur le réputé non écrit

**323. — Une extension compromise.** Comme l'a écrit Monsieur Simler, la « nullité partielle n'est qu'un aspect de la théorie générale des nullités »<sup>1601</sup>. Ce faisant, la théorie de la nullité partielle n'évacue pas la problématique de la prise en compte de la volonté des parties qui lui confère une coloration subjective. L'article 1184 du Code civil se fait lui-même le relais de cette approche subjective puisqu'il déclare que la nullité partielle pourra varier dans son étendue en fonction de la volonté des parties. Transposée au « contrat de divorce », la disposition porte à croire qu'une remise en cause de l'entier divorce, de ses effets à son principe, est possible ; ce qui a été précédemment contesté. La détermination de l'étendue de la nullité à travers le critère subjectif de la volonté des parties doit, à notre avis, être exclue s'agissant du « contrat de divorce ». La nullité ne pourra être que partielle, autrement dit limitée aux seuls effets du divorce et non à son principe. Les parties pourront, ainsi, stipuler des clauses de détermination ou de non-détermination du consentement selon les effets considérés du divorce afin d'écarter la nullité en raison d'un vice du consentement, à l'exception de la violence. Dans un même objectif, la prescription pourrait être

<sup>1600</sup> Sur l'opportunisme dans l'économie générale du contrat, v. MACKAAY (E.) ; ROUSSEAU (S.), LAROCHE (P.), PARENT (A.), *Analyse économique du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n° 1181 s.

<sup>1601</sup> SIMLER (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969, n° 27, spéc., p. 26.

conventionnellement réduite au délai d'un an, soit après la conclusion du divorce, soit après la découverte du vice ou après sa cessation<sup>1602</sup>.

Dès lors, ne serait-il pas préférable d'envisager non pas la nullité, mais le réputé non écrit lorsqu'il s'agit de la sanction des effets du divorce ? Comme l'a démontré Madame Gaudemet, le réputé non écrit, quant à son étendue, évacue la recherche de la volonté des parties induite par le critère subjectif de détermination de l'étendue de la nullité partielle : « quelle que soit l'importance que l'une ou l'autre des parties a attachée à la clause, l'acte doit être maintenu sans la clause ; en recourant au procédé du réputé non écrit, le législateur et le juge entendent que l'acte survive, purgé de la clause irrégulière, et cela sans égard pour l'importance que les parties ont pu lui donner. [...] L'importance que les parties, ou l'une d'elles ont pu attacher à la clause, devrait rester indifférente dans la mise en œuvre du procédé du réputé non écrit. [...] À ce titre, la sanction du réputé non écrit doit être distinguée de la nullité dont l'étendue est arrêtée en application d'un critère subjectif »<sup>1603</sup>. Il faut ajouter que le mécanisme du réputé non écrit n'a pas pour unique source la loi<sup>1604</sup>. En effet, la jurisprudence, en raison de sa préférence pour la nullité partielle, « découvre et déclare non écrite une clause indépendamment de toute invitation expresse ou implicite des textes en ce sens. [...] Le réputé non écrit n'est pas le monopole du législateur et la jurisprudence n'hésite plus à le décréter, comme il prononcerait la nullité, s'il lui paraît que l'efficacité de la sanction le commande »<sup>1605</sup>. Il faut, toutefois, noter que cette pratique jurisprudentielle ne concerne le plus souvent que les clauses accessoires du contrat et non les clauses ayant pour objet les engagements principaux des parties. L'exemple le plus célèbre est celui de l'arrêt *Chronopost* dans lequel la Cour de cassation a réputé non écrite une clause limitative de responsabilité<sup>1606</sup>. De la même façon, l'article 1170 du Code civil n'envisage la sanction du réputé non écrit que pour les clauses accessoires, et non pour les clauses qui auraient pour objet direct une obligation essentielle. On peut, par conséquent, douter d'une transposition de cet usage jurisprudentiel aux clauses qui fixent les effets du divorce qui bien qu'étant des conséquences de l'effet principal du « contrat de divorce » n'en contiennent pas moins les engagements principaux des parties. De surcroît, la jurisprudence contemporaine de la Cour de cassation tend, de plus en plus, à distinguer le réputé non écrit de la

---

<sup>1602</sup> C. civ., art. 2254.

<sup>1603</sup> GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006, n° 100.

<sup>1604</sup> V. en ce sens, GAUDEMET (S.), th. préc., n° 371, qui identifie la jurisprudence comme « source autonome » du réputé non écrit.

<sup>1605</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil : La formation du contrat. Tome 2...*, op. cit., n° 2634.

<sup>1606</sup> Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, D. 1997, p. 121, obs. A. SÉRIAUX ; *ibid.*, p. 145, obs. Ch. LARROUMET ; *ibid.*, p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. MESTRE.

nullité, alors même que l'opinion majoritaire n'y voit qu'une « [variété] de l'annulation »<sup>1607</sup>. Ainsi, la haute juridiction, après avoir approuvé une cour d'appel qui a considéré qu'une action en réputé non écrit « ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale »<sup>1608</sup>, a plusieurs fois rappelé le caractère imprescriptible de ladite action<sup>1609</sup>. Ce qui renforce nettement l'autonomie du réputé non écrit et de son régime<sup>1610</sup>. De deux choses l'une : ou bien l'autonomisation progressive du régime du réputé non écrit rend impossible son prononcé en dehors de tout texte légal (par exemple comme variété de l'annulation d'une clause) ; ou bien, cette autonomisation ne vise que le réputé non écrit ayant un fondement légal et serait ainsi préservé le prononcé d'un réputé non écrit en dehors de tout texte pour une clause atteinte d'une cause de nullité<sup>1611</sup>. Quoi qu'il en soit, l'extension du réputé non écrit au contexte du « contrat de divorce » semble fortement compromise au regard du champ du réputé non écrit qui a tendance à couvrir les clauses accessoires, susceptibles d'entraver le bon fonctionnement du contrat, plutôt que les clauses principales qui en constituent l'essence<sup>1612</sup>.

**324. — Conclusion de section.** La nature contractuelle du divorce par acte sous seing privé emporte deux conséquences pratiques. D'abord, elle entraîne une soumission naturelle aux règles qui gouvernent la phase de négociation contractuelle. Ensuite, la différence de nature des effets du « contrat de divorce », entre l'effet normatif (non-obligationnel) qu'est l'extinction du lien familial et les effets obligationnels que sont les conséquences du divorce, emporte une certaine différence de régime. Ainsi, si les conditions de validité du « contrat de divorce » ne divergent aucunement selon qu'il s'agit de son effet normatif ou de ses effets obligationnels, les répercussions de la violation de ces conditions devraient, quant à elles, diverger en raison du dualisme des effets du « contrat de divorce ». C'est alors sur le plan de la remise en cause du contrat que notre conceptualisation précédente s'avère la plus fructueuse quant aux implications pratiques de la spécificité du « contrat de divorce ». On a, ainsi, pu constater que c'est la nature normative du principe du divorce qui justifie son intangibilité, tandis que la nature obligationnelle des effets du

<sup>1607</sup> GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil : La formation du contrat. Tome 2...*, *op. cit.*, n° 2631, spéc., p. 1319.

<sup>1608</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *D.* 2019, p. 1003, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE ; *RTD civ.* 2019, p. 334, obs. H. BARBIER ; *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, obs. D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2019, p. 73, note G. CATTALANO.

<sup>1609</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2022, n° 19-17.996, *RTD civ.* 2022, p. 380, obs. H. BARBIER ; Civ., 3<sup>e</sup>, 30 juin 2021, n° 19-23.038, *D.* 2021, p. 2251, obs. A.-L. COLLOMP ; *RTD civ.* 2021, p. 635, obs. H. BARBIER.

<sup>1610</sup> V. déjà en ce sens, KULLMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59 ; GAUDEMET (S.), *th. préc.*, n° 104 s.

<sup>1611</sup> L'action serait ainsi une demande en nullité d'une clause particulière et serait par conséquent soumise au délai de prescription quinquennale.

<sup>1612</sup> Sur les domaines et les fonctions du réputé non écrit v. GAUDEMET (S.), *th. préc.*, p. 399 s.

divorce justifie l'ouverture des voies de nullité quant aux effets obligationnels du « contrat de divorce » (**proposition n° 9**).

### CONCLUSION DE CHAPITRE

**325.** — En définitive, à la manière de la création du PACS en 1999, mais de manière encore plus éclatante, la consécration du divorce sans juge est une manifestation contemporaine de l'effet structurant du contrat en droit de la famille. À bien y regarder, une certaine logique se dégage : puisqu'il est possible de concevoir une structure familiale par le contrat, alors le contrat est susceptible de défaire une structure de même nature, en l'occurrence le mariage. Longtemps cantonnée à la logique économique, structuration du lien par le contrat n'est désormais plus étrangère au domaine familial. Ceci renforce, à l'évidence, le paradigme de la « famille nouvelle [qui procède de] la concrétisation d'un projet individuel »<sup>1613</sup>. Qualifiée de « révolution théorique et pratique »<sup>1614</sup> par un auteur, cette extension de la structuration par le contrat en droit de la famille suscite, malgré tout, perplexité et incertitudes tout autant qu'elle renforce le contrat en tant que source du droit de la famille : le contrat est « faiseur » et « défaiseur » des structures familiales horizontales. Sur ce point, le « contrat de divorce » est un contrat complexe en raison du dualisme de ses effets : aux effets obligationnels, habituels, se greffe un effet normatif singulier, l'extinction du lien matrimonial entre des époux. Les objectifs d'efficacité et de sécurité juridique justifient, toutefois, une amélioration des dispositions du divorce par acte sous seing privé tendant à garantir le caractère définitif du principe du divorce sans pour autant exclure la possibilité d'une remise en cause des effets obligationnels de l'acte, c'est-à-dire les effets du divorce – ce qui serait une atteinte à l'essence contractuelle de l'acte (**proposition n° 9**). En mot, le « contrat de divorce » confirme l'existence de la catégorie des contrats de structuration de la famille, dont il fait partie intégrante aux côtés du mariage – dans une vision contractuelle – et, surtout, du PACS.

---

<sup>1613</sup> FRISON-ROCHE (M.-A.), « Une famille à sa main », préc., spéc., p. 263-264 qui voit dans cette « famille nouvelle » une « identité structurelle entre la famille et le marché ».

<sup>1614</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 261.

## CONCLUSION DE TITRE

**326.** — La recherche d'une spécificité du contenu du contrat au sens de l'opération juridique contractuelle en droit de la famille aboutit à un premier constat – dont il s'agira, par la suite, de vérifier la consistance : *le contrat structure un lien familial en ce qu'il participe directement à la création ou l'extinction d'une structure familiale. Cette opération contractuelle a une réalisation juridique, la transformation du statut personnel des parties, et une manifestation formelle, la modification de l'état civil des parties, sur lesquelles repose l'unité conceptuelle des contrats de structuration de la famille.*

À ce stade de l'analyse, l'influence du contrat sur le lien familial est incontestable dans les structures familiales conjugales. Il est vrai que, classiquement, l'influence du contrat sur la structuration d'un lien familial ne s'observe guère qu'à propos de la structure familiale du couple. Historiquement, c'est dans le mariage que l'on peut situer son germe. L'appréhension institutionnelle de la structure familiale du mariage explique, ainsi, pourquoi cette influence, du contrat sur l'établissement d'une structure familiale, a longtemps été écartée ou dissimulée. Au gré de l'évolution du droit de la famille et du recul de l'hégémonie de la loi, au bénéfice de la volonté individuelle, dans la structuration familiale, le rôle du contrat tend à s'affirmer au regard de l'émergence et d'un renforcement de la structuration contractuelle du lien familial – implicitement, dans le mariage, ou explicitement, dans le PACS, le contrat permet d'établir ou de défaire une structure familiale. L'extension de l'opération contractuelle de structuration dans le couple démontre l'importance prise par l'outil contractuel dans la construction des rapports familiaux, c'est-à-dire dans la manière dont s'établissent et se rompent les structures familiales. Désormais, on peut entrer dans le couple et en sortir par le contrat.

Cette extension dans les structures conjugales s'avère toutefois relativement apaisée. Elle prospère ainsi de l'essor d'un droit consensuel de la famille et, surtout, sur le déclin progressif du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui permet une plus grande emprise de la volonté sur le statut personnel. La consécration du divorce par contrat est à cet égard hautement symbolique. En permettant l'extinction d'un lien familial par le pur effet du contrat, le nouveau divorce complète utilement le volet extinctif de la structuration par le contrat en droit de la famille. Par là apparaît un genre nouveau de contrat dont la finalité est la modification du statut personnel des parties au contrat. Bien évidemment, ce glissement du droit de la famille vers le droit des contrats, en ce qui concerne l'existence des rapports familiaux, a pu faire naître des inquiétudes quant à l'adaptation du droit commun des obligations aux spécificités du contexte familial.

Néanmoins, pour autant que l'on s'accorde sur la nature contractuelle du nouveau divorce, la théorie générale du contrat dispose d'une méthode d'analyse suffisante à permettre l'adaptation harmonieuse du droit de la famille et du droit des contrats. De sorte à prolonger, sur le plan pratique, la révolution tranquille constatée sur le plan théorique.

Visible dans les structures conjugales, la tendance à la structuration du lien familial se constate également quant aux structures de parenté, bien qu'elle appelle, en ce domaine, des observations conclusives opposées.

## TITRE SECOND – LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DE LA PARENTÉ

**327. — L’extension d’une approche volontariste de la filiation.** Strictement entendue, la parenté désigne le lien structurel qui rattache un enfant à ses auteurs<sup>1615</sup>. De celui-ci découle le lien parental ou de parentalité qui renvoie à l’aptitude des parents à « assumer la fonction de protection et d’éducation de l’enfant »<sup>1616</sup>. L’exercice de cette fonction est organisé par la loi sous l’autorité parentale, c’est-à-dire les droits et devoirs ayant pour finalité l’intérêt de l’enfant<sup>1617</sup>. Le lien parental renvoie, donc, à la relation entre les parents et leurs enfants. S’agissant de la mission parentale (le lien parental), l’influence du contrat n’est plus contestable. L’aménagement conventionnel de la relation entre les parents s’agissant de leurs enfants est expressément prévu par l’article 373-2-7 du Code civil<sup>1618</sup>. Tout autre est la relation entre le lien structurel de parenté qui les unit à l’enfant et le contrat<sup>1619</sup>. Pourtant, en un tel domaine, le contrat ne fut pas toujours absent, l’adoption étant demeurée une institution de nature contractuelle jusqu’à la loi de 1966<sup>1620</sup>. Il n’en reste pas moins que dans le système français, dès l’Ancien Régime, la parenté a largement reposé sur un paradigme biologique et non social<sup>1621</sup> – encore que, longtemps, il n’y eût là qu’une « croyance » puisqu’il fallut attendre la loi du 3 janvier 1972 qui fit véritablement place à la vérité biologique dans le droit de la filiation<sup>1622</sup> ; reste que cette recherche d’une adéquation de la paternité à la vérité biologique confirma le paradigme traditionnel. Carbonnier parlait ainsi « d’une communauté génétique, une communauté de chair et de sang ». Longtemps, les liens de sang ont été prépondérants dans la construction civiliste de la famille, érigeant un « principe de vérité »<sup>1623</sup>,

---

<sup>1615</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1210.

<sup>1616</sup> DELFOSSE-CICILE (M.-L.), *Le lien parental*, préf. Fr. TERRÉ, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 3, p. 20.

<sup>1617</sup> C. civ., art. 371-1.

<sup>1618</sup> C. civ., art. 373-2-7 : « Les parents 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 la contribution à l’entretien et à l’éducation de l’enfant ».

<sup>1619</sup> Comme l’a démontré Madame Delfosse-Cicile, « il existe des situations où les père et mère, bien qu’étant unis par un lien de parenté à leur enfant, n’exercent plus certains pouvoirs et devoirs de parents », v. DELFOSSE-CICILE (M.-L.), th. préc., n° 2, p. 19 et n° 481 s. Sans être privés de leur lien de parenté, ils se trouvent privés de leur lien parental et des droits et obligations qui y sont rattachés, c’est-à-dire de l’autorité parentale. Aussi la distinction qu’opère la loi entre le retrait de l’autorité parentale et le retrait de l’exercice de l’autorité parentale éclaire une telle distinction (C. civ., art. 378 s.). Pareillement, quand bien même la loi vise sans distinction la délégation de l’exercice de l’autorité parentale (C. civ., art. 377) et la délégation de l’autorité parentale (art. 377-1), ce n’est en réalité que l’exercice de l’autorité parentale qui est concerné et non le lien parental qui le fonde. Aussi, la délégation de l’autorité parentale ne prive pas les parents de toute relation avec l’enfant (lien parental) ; elle ne fait que confier son exercice à un tiers en raison de la carence passagère des parents (sur cette question et sur notre proposition de réforme, v. *supra*, 131 s.).

<sup>1620</sup> V. par ex., TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 753 et 798.

<sup>1621</sup> V. CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome I...*, *op. cit.*, n° 394, p. 783. Une telle conception est opposée au *credo* des anthropologues qui conçoivent la parenté, avant tout, comme une institution sociale, v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 12 s.

<sup>1622</sup> C’est le « législateur de 1972 qui [ramène la présomption *pater is est*] au rôle d’une simple présomption que le mari pourra faire tomber [par une] preuve de faits, donc par tous moyens y compris l’expertise sanguine », v. LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, *op. cit.*, n° 310.

<sup>1623</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 423 ; *adde* MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 12 s.

d'où il ressortait l'idée que la filiation était un fait, principalement, naturel et non une pure volition. Le rattachement familial de l'enfant était un fait de nature, l'engendrement, avant d'être un fait juridique, la filiation. Ainsi, la « voix de la nature »<sup>1624</sup> était la voix principale du droit traditionnel de la filiation. Quoiqu'il en soit, les incidences d'une telle conception tendent à s'amointrer au prix d'un essor de la structuration contractuelle dans la parenté.

Quoique furtive, la tendance structurante du contrat dans les structures familiales de parenté n'est pas moins vérifiable. Sa particularité tient à ce qu'une telle extension prospère au moyen d'un dévoiement de l'instrument contractuel. De manière générale, la percée de l'opération contractuelle de structuration dans le droit de la filiation prend sa source dans ce qu'il est devenu commun d'identifier comme le phénomène de privatisation de la filiation<sup>1625</sup>, lui-même lié au mouvement de « fondamentalisation du droit de la famille »<sup>1626</sup>. Comme a pu l'écrire Madame Labrusse-Riou, une telle évolution se rattache au contexte de « prévalence des droits fondamentaux [qui] s'accompagne de phénomènes de déconstruction des institutions civiles [de telle sorte que] l'objet du droit n'est plus [...] de construire des rapports entre les êtres humains en considération de l'intérêt général, mais de satisfaire des intérêts individuels selon des références floues dont l'interprétation est si libre qu'elle exclut trop souvent l'argumentation et fait dériver le droit dans l'idéologie »<sup>1627</sup>. Dans cette perspective, le contrat se révèle l'instrument adéquat de satisfaction desdits intérêts individuels. Or, cette réalisation des intérêts individuels par le biais du contrat peut se révéler perturbatrice de l'ordre juridique interne classique. C'est toute la problématique de la promotion de l'approche volontariste de la parenté, reconnaissance en droit du désir d'enfant qui prospère d'un détournement de la valeur suprême qu'est devenu l'intérêt de l'enfant dans les

<sup>1624</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome I...*, *op. cit.*, n° 450, p. 946. La filiation adoptive, contre-exemple classique, demeure secondaire.

<sup>1625</sup> Sur le mouvement de privatisation de la famille en général, v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 322.

<sup>1626</sup> CHÉNÉDÉ (Fr.), « Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille », *Revue de droit d'Assas* 2015, p. 41 s. *Adde* sur ce même thème : GOUËZEL (A.) et BINET (J.-R.) dir., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021 ; LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé : réflexion en matière personnelle et familiale*, préf. L. GANNAGÉ, Dalloz, 2020 ; MUSSO (A.), *La disponibilité du statut personnel et familial*, th. préc. ; DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préf. D. FENOUILLET, LGDJ, 2019, n° 868 ; GANNAGÉ (L.), « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 229 s. ; CHÉNÉDÉ (Fr.), « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, *op. cit.*, p. 139 s. ; PICHARD (M.), « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) dir., Dalloz, 2014, p. 229 s. ; PIERRON (P.-P.), « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, *op. cit.* ; MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 179 s.

<sup>1627</sup> LABRUSSE-RIOU (C.), « Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontations du réel et de l'imaginaire », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 485 s., spéc., n 15.

décisions qui le concernent<sup>1628</sup> : l'intérêt de l'enfant sert le désir d'enfant des adultes lorsque ce dernier n'est pas explicitement consacré par le législateur<sup>1629</sup>. Cette tendance contemporaine se manifeste d'abord par l'œuvre du législateur qui consacre une véritable modélisation contractuelle de la parenté par la création de la reconnaissance conjointe anticipée. Ensuite, elle résulte de la pression internationale sur l'ordre juridique français à propos de la maternité pour autrui. Fort de l'irruption des droits fondamentaux en matière familiale, la question de la maternité pour autrui est aujourd'hui source d'un affaiblissement voire d'un anéantissement de l'autorité et de l'efficacité de la loi française. Dans un cas comme dans l'autre, l'on recherche la satisfaction d'un projet parental. En résumé, l'établissement d'une structure parentale par le contrat ressurgit dans le droit contemporain de la famille. De nouveau, le lien de parenté s'institue par le contrat (**Chapitre premier**). – le substantif *instituer* étant le fait d'établir, de fonder, plus généralement « de donner commencement à quelque chose en définissant sa forme durable »<sup>1630</sup>. Une telle institution par le contrat de la parenté ouvre, de fait, la voie à une réflexion prospective sur l'expansion du rôle de la volonté dans l'institution et, plus remarquablement, dans la déconstruction d'un lien de parenté (**Chapitre second**).

---

<sup>1628</sup> V. CIDE, art. 3, § 1 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

<sup>1629</sup> Si la gestation pour autrui est symptomatique d'un tel détournement, l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules l'est tout autant si ce n'est davantage, puisqu'elle illustre tant le détournement (avant la loi du 2 août 2021) que la capacité de celui-ci à forcer un changement du droit.

<sup>1630</sup> ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire*, 9<sup>e</sup> éd., v<sup>o</sup> « Instituer » sens 1 ; *adde* LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, v<sup>o</sup> « Instituer », sens 1.



**328. — Le juge et la loi.** Il est, dorénavant, acquis que la procréation médicalement assistée est tout autant un mécanisme à finalité thérapeutique qu’un instrument de satisfaction du désir d’un enfant<sup>1631</sup>. Si un tel objectif a bénéficié de l’onction juridique concernant la reconnaissance conjointe anticipée, il est encore rejeté, dans les textes, à propos de la gestation pour autrui, qui poursuit, pourtant, la même satisfaction. Ce rejet de principe doit néanmoins être fortement nuancé au regard de l’efficacité reconnue, en droit français, à la convention de gestation pour autrui conclue à l’étranger. Aussi la percée de la structuration contractuelle en matière de filiation est-elle une résultante des actions conjuguées du législateur et du juge. Si la consécration en droit positif de la notion de projet parental renouvelle la question en lui conférant une assise légale (**Section 2**), c’est sous l’action des juges que le phénomène s’est fait le plus vif s’agissant de l’efficacité, en droit français, du contrat de gestation pour autrui (**Section 1**).

*Section 1. La promotion jurisprudentielle, la gestation pour autrui*

**329. — L’intrusion perturbatrice du contrat, l’efficacité du contrat de gestation pour autrui.** Les soubresauts jurisprudentiels subis par la prohibition du contrat de gestation pour autrui en droit français ont conduit à une fragilisation du principe de prohibition posé à l’article 16-7 du Code civil<sup>1632</sup>. Si la loi du 2 août 2021 a tenté de neutraliser la largesse jurisprudentielle – inéluctable compte tenu des prescriptions de l’article 3 §1 de la CIDE, l’hypothèse d’un encadrement légal de la gestation pour autrui en France n’est plus à exclure. Sans pour autant verser dans une analyse purement prospective, la position de l’ordre juridique français à l’égard du contrat de gestation pour autrui – illicéité, mais efficacité<sup>1633</sup> – confère un intérêt certain à son étude au sein d’une recherche sur la fonction du contrat en droit de la famille. À cet égard, la cristallisation des débats autour des questions éthiques peut tendre à faire oublier que si la maternité pour autrui intéresse le droit des personnes<sup>1634</sup> et le droit de la famille, elle intéresse également la matière contractuelle.

**330. — L’évidence d’une structuration contractuelle de la parenté en raison du principe de causalité.** Permettant de dépasser l’impasse de l’analyse notionnelle du contrat de gestation pour autrui, l’analyse fonctionnelle du même contrat (de son opération juridique) permet de révéler la

---

<sup>1631</sup> V. LIBCHABER (R.), « L’ouverture de l’assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875 ; ÉGÉA (V.), « L’enfant à naître », préc.

<sup>1632</sup> C. civ., art. 16-7 « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle ».

<sup>1633</sup> V. SUPLOT (A.), « Conventions de mère porteuse : inexécutoires, mais effectives », art. préc.

<sup>1634</sup> V. QUESNE (A.), *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. RAOUL-CORMEIL et J.-R. BINET, Mare & Martin, 2021, n° 412 s.

percée de la structuration contractuelle d'un lien familial en matière de parenté (§ I). L'approche est à cet égard pragmatique et structurée par l'argument de la causalité dans la signification que lui donne Aristote<sup>1635</sup> : il est incontestable que le contrat de gestation pour autrui est une cause motrice ou efficiente qui fait naître une nouvelle situation de parenté ; en s'imposant au droit qui la reconnaît d'une manière ou d'une autre, celle-ci droit réalise la cause finale dudit contrat, le rattachement juridique de l'enfant à ses auteurs volontaires et non nécessairement biologiques. Cette intrusion du contrat étant perturbatrice tant du droit de la filiation que de la prohibition des contrats de gestation pour autrui, elle fait naturellement l'objet de résistances dont on peut, toutefois, craindre qu'elles ne soient que des velléités, au regard de l'inefficacité, anticipée, des diverses solutions proposées<sup>1636</sup> (§ II).

### § I. La percée de la structuration contractuelle du lien familial dans la parenté

**331.** — Une fois la nature indéterminée du contrat de gestation pour autrui relevée (A), nous verrons que son opération juridique permet d'en révéler la finalité structurante en matière familiale que confirme l'argument du principe de causalité : l'établissement de la filiation est la cause finale du contrat de gestation pour autrui originaire (B).

#### A. La nature indéterminée du contrat de gestation pour autrui

**332.** — **La résistance à l'approche notionnelle.** Tout autant que la maternité pour autrui, qui « recouvre des situations très différentes que l'on se place du côté de la femme qui donne naissance, ou de ceux qui ont appelé cette naissance de leurs vœux »<sup>1637</sup>, le contrat qui en fait son objet recouvre différentes conceptions selon la position des différentes parties à l'acte. À l'évidence, la condamnation de ce contrat controversé s'explique par les embarras éthiques qu'il soulève au regard de la personne de la gestatrice. Comme le relèvent les opposants à la maternité pour autrui<sup>1638</sup>, le

<sup>1635</sup> V. ARISTOTE, *Physique*, Les Belles Lettres, II, 3.

<sup>1636</sup> Précision terminologique : Une différence sera faite selon que l'on emploie le vocable inefficacité ou ineffectivité (sur ce dernier concept, v. TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 597 s.). Les deux mots peuvent être rapprochés en ce qu'ils désignent une réalité semblable : un décalage entre ce qui est dit par la règle et ce qui est fait. En mettant de côté l'équivoque de la notion d'effectivité (v. not. LEROY (Y.), « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2013/3, p. 715 s.), l'ineffectivité du droit renvoie généralement à une « pathologie de la règle » de droit (TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *op. cit.*, n° 597, p. 771). De l'autre, dans le langage courant, l'efficacité désigne la propriété de ce qui est efficace, c'est-à-dire ce qui produit l'effet attendu (v. *Dictionnaire de l'Académie française*). D'une certaine manière, l'efficacité d'une règle est une condition de mesure de son effectivité ; frappée d'une pathologie, en aval, la règle de droit s'avère inapte à produire l'effet attendu. Aussi, l'on parlera de « l'effectivité » ou de « l'ineffectivité » de la prohibition de la gestation pour autrui, tandis que le vocable « efficacité » (ou « inefficacité ») sera préféré lorsque l'on évoquera les mesures visant à renforcer l'effectivité de la prohibition.

<sup>1637</sup> DESCHAMPS (V.), th. préc., n° 198.

<sup>1638</sup> Pour une présentation exhaustive des arguments défavorables v. FABRE-MAGNAN (M.), *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Fayard, 2013 ; adde FABRE-MAGNAN (M.), *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, *passim* ; RAYNAUD (P.), « L'enfant peut-il être objet de droits ? », *D.* 1988, p. 109 ; FENOUILLET (D.), « Du mythe de l'engendrement au mythe

contrat de gestation pour autrui ne peut être que prohibé en raison de la réification, de l'aliénation et de la commercialisation du corps, tant de la gestatrice que de l'enfant à naître, qu'il entraîne. C'est en contemplation de ces justifications éthiques que la Cour de cassation a condamné « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance [en ce qu'elle contrevient] tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain, qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »<sup>1639</sup>. C'est dire qu'en ce qui concerne le contrat de gestation pour autrui, la dimension personnelle domine la dimension familiale. C'est, en outre, à l'aune du droit des personnes que la nature dudit contrat est, souvent, recherchée par la doctrine. À cet égard, si la qualification de contrat de travail est la plus évoquée<sup>1640</sup>, celle-ci ne parvient toutefois pas à être concluante. En effet, comme l'a fait remarquer Madame Fabre-Magnan, « la qualification de contrat de travail ne permet sans doute pas de prendre la pleine mesure de la gestation pour autrui. Celle-ci implique en effet une réification de la mère porteuse et une emprise sur son corps et sur sa personne d'une nature différente de celle qu'autorise habituellement le contrat de travail »<sup>1641</sup>. Par ailleurs, le contrat de gestation pour autrui, pas plus qu'une relation de travail, ne peut être qualifié de contrat d'entreprise. Un tel contrat se caractérise par « une prestation personnelle, et donc une obligation de faire, réalisée à titre indépendant, et donc sans que le débiteur soit en position de salarié »<sup>1642</sup>. Or, si le contrat de gestation contient une prestation de procréer<sup>1643</sup>, qui correspond à l'obligation de faire, la relation entre les parents d'intention et la mère porteuse est tout à fait exclusive de tout rapport d'indépendance. En témoigne « l'examen des contrats types de gestation pour autrui aux États-Unis [qui] donne à voir des clauses absolument exorbitantes du droit commun. Les mères porteuses sont soumises à toute une série d'obligations personnelles, portant atteinte à tous leurs droits et libertés individuelles les plus fondamentaux »<sup>1644</sup>.

---

de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 37 s., spéc., n° 37 s. ; FABRE-MAGNAN (M.), « L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » ? », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 465 s. ; MIRKOVIC (A.), « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. fam.* 2008, étude 15 ; d'un point de vue plus nuancé v. SÉRIAUX (A.), « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1215

<sup>1639</sup> Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991, p. 417 rapp. Y. CHARLIER et obs. D. THOUVENIN ; *ibid.* 1992, p. 59 obs. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *JCP G* 1991, II, n° 21752, obs. FR. TERRÉ ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note C. LABRUSSE-RIOU ; CAPITANT (H.), TERRÉ (Fr.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 13<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz, n° 51.

<sup>1640</sup> V. QUESNE (A.), th. préc., n° 438 s., qui s'interroge sur la qualification de contrat de travail à partir d'une analyse de l'activité de la gestatrice ; CATTO (M.-X.), « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ? », *Revue des droits de l'homme*, 3, 2013, spéc., n° 86 s. ; FABRE-MAGNAN (M.), *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, *op. cit.*, p. 106 s.

<sup>1641</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>1642</sup> HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.) et MOREL-MAROGER (J.), *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., 2012, LGDJ, n° 32108.

<sup>1643</sup> FENOUILLET (D.), « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté... », art. préc., n° 32, qui évoque une « obligation juridique de procréer ».

<sup>1644</sup> FABRE-MAGNAN (M.), *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, *op. cit.*, p. 82 s.

Ni tout à fait un contrat de travail ni tout à fait un contrat d'emprise, le contrat de gestation pour autrui se révèle, en définitive, assez peu sensible à une appréhension notionnelle. Afin d'en donner la pleine mesure, il paraît dès lors préférable de se détourner de l'analyse notionnelle au profit d'une analyse fonctionnelle. Ainsi que l'a noté un auteur, « envisager la fonction d'un [outil] juridique ne préjuge en rien de sa nature »<sup>1645</sup>. S'interroger sur la fonction du contrat de gestation pour autrui permet ainsi de dépasser l'aporie de son analyse notionnelle. Inévitablement, l'analyse fonctionnelle conduit à ne plus se restreindre au seul point de vue de la mère porteuse, mais à l'ensemble de l'opération juridique projetée à laquelle participe la prestation de la mère porteuse. La volonté impulsive des parents d'intention devient la boussole de l'analyse. On constate alors que cette dernière a une finalité familiale : la structuration de la parenté *via* le contrat de gestation pour autrui.

### ***B. L'opération juridique du contrat de gestation pour autrui***

**333. — Un contrat sur la filiation.** Le contrat de gestation pour autrui s'inscrit pleinement dans le mouvement actuel de déconstruction ou, selon les opinions, de reconstruction non pas tant du droit de la filiation que de ses fondements<sup>1646</sup>. Classiquement, le droit français retient une conception intellectuelle du lien de filiation. Le lien de filiation est ainsi, une « construction juridique »<sup>1647</sup> que « l'ordre juridique appréhende et définit lui-même, ce qu'il peut faire sans une parfaite soumission à la réalité biologique à laquelle cette notion renvoie »<sup>1648</sup>. Toutefois, un consensus a presque toujours existé sur le soubassement biologique de ce lien juridique. Par exemple, Cornu considérait la filiation, d'abord, comme un fait naturel, objectif, biologique, un fait qui monte au droit<sup>1649</sup>. Ce fait biologique n'est autre que le lien de parenté. Un tel consensus

<sup>1645</sup> HAMELIN (J.-FR.), th. préc., n° 21.

<sup>1646</sup> V. par ex. CHAIGNEAU (A.), « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.* 2016, p. 263, qui propose une reconstruction du lien filial fondée non pas seulement sur la volonté ou l'intention des parents, mais sur l'engagement effectif dans la conception et l'éducation de l'enfant ; KESSLER (G.), « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.* 2019, p. 519, pour qui la reconstruction du droit de la filiation ne peut se faire que par un « choix radical, qui consisterait à dissocier le statut de parent de la qualité de géniteur ».

<sup>1647</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 630.

<sup>1648</sup> LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994, n° 204. Dans le même sens, v. GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. FR. TERRÉ, LGDJ, 2000, n° 69, pour qui « à moins de considérer que la Nature crée entre les êtres des liens incorporels qu'il appartiendrait à l'être humain de découvrir, il ne reste guère qu'une conclusion possible quant à la nature de ce lien : son caractère artificiel, c'est-à-dire purement social. [...] Il n'est de filiation que dite, instituée par la seule instance normative socialement habilitée à cette fin, à savoir le droit ».

<sup>1649</sup> CORNU (G.), « La filiation », art. préc., spéc., p. 34 : « Chez l'enfant, c'est un droit naturel d'avoir pour père légal son vrai père, pour mère aux yeux de la loi sa mère "naturelle". Puisque la filiation est d'abord un fait naturel, objectif, biologique, le principe est que l'établissement légal du lien juridique de filiation s'opère par coïncidence avec le lien de fait constaté ».

est à l'origine de la confusion entre les notions de filiation et de parenté<sup>1650</sup> qui a conféré une nature tant factuelle que juridique au lien de filiation. La doctrine considère, ainsi, traditionnellement que la « parenté naît de la filiation par le sang [et] rattache [un] individu à ses auteurs et à leur famille »<sup>1651</sup>. Cette structuration de la parenté à travers une réalité biologique est aujourd'hui en partie contestée par l'avènement des techniques médicales de procréation assistée et plus encore par la pratique de la gestation pour autrui. Quelle est, en effet, la fonction première du contrat de gestation pour autrui si ce n'est de substituer, quant à la source du lien de parenté, un fait volontaire à un fait biologique ? Autrement dit, dans l'acte ayant pour objet une gestation pour autrui, c'est la volonté des parents d'intention qui donne un sens à la finalité du contrat de gestation pour autrui. Il y a dans ce contrat une volonté d'engendrement des parents d'intention qui seule justifie la prestation de procréer à laquelle s'oblige la gestatrice. Comme cela a été démontré, à propos de l'assistance médicale à la procréation, « la volonté [des parents d'intention] est tournée vers un enfant qui n'est pas encore né, mais surtout elle a pour objet la venue au monde de cet enfant »<sup>1652</sup>. L'assertion est tout aussi juste concernant le contrat de gestation pour autrui. Les mots de la Cour de cassation en attestent : le contrat de gestation pour autrui n'est qu'un « processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère »<sup>1653</sup>.

**334. — Un établissement volontaire de la parenté.** Aussi s'agit-il moins d'un « transfert de filiation »<sup>1654</sup> – tout établissement de la filiation avec la mère porteuse étant, en principe, exclu par anticipation dans les processus de gestation pour autrui<sup>1655</sup> – que d'un transfert de parenté au profit

<sup>1650</sup> Sur le constat de cette confusion et sa critique v. DESCHAMPS (V.), th. préc., n° 51 s., qui milite pour une « nature exclusivement juridique [de la filiation]. Elle doit être définie comme *le lien de droit* légalement établi entre un enfant et ceux qui sont juridiquement reconnus comme ses parents » (n° 62).

<sup>1651</sup> MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, n° 1174 comp. la dernière édition de l'ouvrage qui prend en compte les récentes évolutions du droit de la filiation : MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1210, « La parenté naît de la filiation par procréation ». Adde BÉNABENT (A.), *op. cit.*, n° 5, qui, en faisant référence à la double nature du lien familial qui « peut résulter soit du *mariage* ou des formes d'union [...] soit de la *filiation*, c'est-à-dire un lien du sang », précise que l'on dénomme « *parenté* le lien issu du sang » ; ÉGÉA (V.), *op. cit.*, qui, après avoir défini la filiation comme le lien juridique qui rattache un enfant à son père et à sa mère (n° 629), caractérise la parenté comme « le lien juridique entre une personne et ceux dont elle est issue » (n° 632) ; TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 397, qui individualise la filiation comme le lien « au premier rang » des rapports de parenté en ligne directe.

<sup>1652</sup> DESCHAMPS (V.), th. préc., n° 256.

<sup>1653</sup> Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, préc.

<sup>1654</sup> MURAT (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>1655</sup> V. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *D.* 2009, p. 166, obs. V. ÉGÉA ; *ibid.*, p. 340, note L. BRUNET ; *ibid.*, p. 332, avis D. SARCELET ; *RTD civ.* 2009, p. 106, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2009, p. 81, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2009, comm. 15, note P. MURAT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n°s 10-19.053, 09-66.486 et 09-17.130, *D.* 2011, p. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. HAUSER, *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. CHÉNÉDÉ. Cela semble moins être le cas dans l'hypothèse d'un contrat entre un père et une mère porteuse, v. par ex. Ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 15-50.002 et 14-21.323, *D.* 2015, p. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, p. 1173, obs. D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015, p. 496, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2015, p. 581, obs. J. HAUSER. Signalons, par ailleurs, que l'absence de mention de la gestatrice dans l'acte de naissance étranger ne peut être un motif de refus de l'adoption, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2020, n° 19-15.739, *AJ fam.* 2020, p. 664, obs. J. HOUSSIER.

des parents d'intention. L'institution par le contrat du lien familial apparaît dès lors clairement. En recourant au contrat de gestation pour autrui, les commanditaires de l'opération entendent créer une structure familiale de parenté, c'est-à-dire un lien de parenté entre eux et l'enfant à naître. Le contrat, par le projet parental qu'il porte, se fait source d'un fait familial tant il est indéniable que l'intention parentale des individus qui recourent à une gestation pour autrui ne peut être contestée. L'enjeu véritable est alors la reconnaissance, par le droit, du lien de parenté ainsi créé, c'est-à-dire la modification du statut personnel tant des parents d'intention que de l'enfant issu du processus de gestation pour autrui.

À cet égard, la fermeté dont fit preuve la Cour de cassation, préalablement à la condamnation prononcée par la Cour européenne des droits de l'Homme, témoignait du refus de l'ordre juridique français à admettre un quelconque rôle du contrat dans la construction des structures de parenté. Dans l'arrêt *Mennesson* du 6 avril 2011, la Cour de cassation considéra « qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet au regard de la filiation à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui »<sup>1656</sup>. Cette référence à la filiation, s'agissant des effets du contrat, démontre la fondation contractuelle du lien familial en matière de parenté. En ayant à l'esprit la confusion de la parenté et de la filiation à l'œuvre dans le droit français de la filiation, l'on comprend alors que c'est moins à la filiation que s'opposent les hauts magistrats qu'à la construction d'une parenté purement volontaire. En effet, selon une approche stricte, « la filiation est un lien de droit qui ne se confond pas avec le lien biologique » ; plus encore, elle est « si bien un lien de droit qu'elle peut se passer du lien biologique qui en est le support habituel »<sup>1657</sup>. Tel n'est pourtant pas l'approche du droit français qui, bien que retenant une conception juridique du lien de filiation, fait de « la vérité biologique [...] le principe directeur de l'établissement du lien »<sup>1658</sup>. Or, du point de vue du Droit, la vérité biologique n'est qu'un fait, ce qui l'oppose à la filiation qui, elle, est de nature juridique<sup>1659</sup>. Ce principe de vérité qui irrigue le droit français de la filiation est le témoin de la confusion entre la parenté (le fait biologique) et la filiation (le droit). L'une des conséquences, indirectes, du contrat de gestation pour autrui est de contester cette confusion. Le contrat de gestation pour autrui a pour finalité la parenté et non la filiation, il fonde une « parenté sociale » qui s'émancipe de toute contrainte biologique<sup>1660</sup>. La parenté devient un fait (biologique ou volontaire) que la filiation

<sup>1656</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, préc.

<sup>1657</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), v° « Filiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., spéc., p. 720 ; *adde*, du même auteur, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n° 166.

<sup>1658</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), v° « Filiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., spéc., p. 723.

<sup>1659</sup> Dans le même sens, v. CHÉNÉDÉ, (F.), « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1172, spéc., n° 2.

<sup>1660</sup> V. BORRILLO (D.), op. cit., p. 121 s.

consacre juridiquement. C'est cette nouvelle dimension contractuelle de la parenté que rejeta la Cour de cassation en s'opposant à la transcription sur les registres d'état civil français des actes de naissance étrangers. En empêchant l'établissement du lien maternel et, plus encore, du lien paternel<sup>1661</sup>, la Cour refusa aux parents d'intention la jouissance, en France, des effets du contrat régulièrement conclu à l'étranger, c'est-à-dire la reconnaissance de leur « parenté sociale ». Par où l'on constate que le changement de position de la Cour de cassation, à la suite de la condamnation européenne<sup>1662</sup>, influence l'effectivité du rôle du contrat dans le rattachement familial de l'enfant à une famille<sup>1663</sup>.

**335. — La porte ouverte par la Cour de cassation.** En autorisant la reconnaissance de la filiation biologique<sup>1664</sup>, selon les termes de l'acte étranger et, bien plus, de la filiation sociologique *via* les modalités du droit français<sup>1665</sup>, la Cour de cassation a, indirectement, ouvert la porte à une structuration de la parenté par le contrat. À cet égard, il importe peu que la reconstruction du lien de filiation par le biais de l'adoption permette de tenir « ferme[ment] la distinction entre la parenté biologique [...] et la parenté [...] d'intention »<sup>1666</sup>, dès lors que la reconstruction de la filiation est, précisément, rendue possible par l'existence d'une parenté d'intention fondée par le contrat. En outre, l'insatisfaction des parents d'intention est modérée par les conditions de célérité et

<sup>1661</sup> En effet, dans l'espèce du 6 avr. 2011, le père d'intention était également le père biologique. Toutefois, bien que biologique, la filiation n'en demeure pas moins fondée sur le contrat de gestation pour autrui.

<sup>1662</sup> V. les arrêts de la CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, req. n° 65192/11 et *Labassee c/ France*, req. n° 65941/11, *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. HAFTEL ; *AJ fam.* 2015, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2014, p. 1773, chron. H. FULCHIRON & C. BIDAUD-GARON ; *D.* 2014, p. 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2014, p. 1806, note L. D'AVOUT ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G* 2014, 877, obs. A. GOUTTENOIRE.

<sup>1663</sup> Sur cette question v. MURAT (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », préc., p. 136 s.

<sup>1664</sup> V. Ass. plén., 3 juill. 2015, n°s 15-50.002 et 14-21.323, préc., qui autorisent la transcription de l'acte de naissance, mais uniquement à l'égard du parent biologique : au visa de l'article 47 du Code civil, la Cour de cassation énonce que « l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » ; qu'en conséquence, la conclusion d'une convention de gestation pour autrui ne fait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance qui n'est ni irrégulier ni falsifié et dont les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité.

<sup>1665</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2017, n° 16-16.455, *D.* 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 641, obs. M. DOUCHY-OU DOT ; *ibid.*, p. 1737, note H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2017, étude 13, note J.-R. BINET ; *adde* FULCHIRON (H.), et BIDAUD-GARON (C.), « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA. À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1 : dans cette décision la Cour de cassation admet la reconnaissance de la parenté d'intention par sa reconstruction selon les modalités du droit français ; ainsi, « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par [le parent d'intention] de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

<sup>1666</sup> FULCHIRON (H.), et BIDAUD-GARON (C.), « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA. ... », art. préc.

d'effectivité posées par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1667</sup> s'agissant des voies de reconnaissance juridique de la parenté d'intention. Bien loin de la conclusion sensiblement négative à laquelle était parvenu Monsieur Murat à propos de la place du contrat dans le rattachement familial de l'enfant, il faut, désormais, voir dans le contrat une source, à part entière, du rattachement familial de l'enfant. On pourra tempérer l'affirmation en avançant que tant que demeure la prohibition des contrats de gestation pour autrui dans le Code civil, il ne s'agit que d'une source indirecte<sup>1668</sup>. On ne peut, cependant, s'empêcher d'y voir une cote mal taillée tant la censure européenne a donné « naissance à une situation juridique inextricable que la Cour de cassation a donc résolue en donnant effet aux conventions de mère porteuse. En d'autres termes en satisfaisant ainsi la volonté initiale des couples fraudeurs »<sup>1669</sup>.

La suite de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière n'a fait qu'accentuer ces sentiments contradictoires. En réitérant la solution issue de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 4 octobre 2019<sup>1670</sup>, la Cour de cassation lui ôtait son caractère d'exception, la transcription intégrale de l'acte étranger semblait devenir le principe<sup>1671</sup>. Une telle solution faisait, indéniablement, du contrat de gestation pour autrui, une source directe du rattachement familial de l'enfant, du moins de l'enfant né d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Mais comme on a pu le faire observer, le revirement de jurisprudence dépasse la simple situation étrangère. Monsieur Chénéde a ainsi émis l'idée d'une prohibition des conventions de gestation pour autrui réduite à peau de chagrin, l'auteur évoquant une « abrogation par refus d'application »<sup>1672</sup>. Il est vrai qu'à l'inverse de la situation étrangère, qui s'analyse en une transcription d'un acte d'état civil existant et régulier, la situation interne vise davantage l'établissement primaire de la filiation. Les mêmes causes produisent, toutefois, les mêmes effets : la protection accordée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne cessant pas aux frontières françaises, elle bénéficie tant au ressortissant français qui s'expatrie qu'à celui qui y demeure. S'il va de soi que, sur le fondement de cette disposition, l'établissement de la filiation en ce qui concerne le père biologique de l'enfant

<sup>1667</sup> CEDH, avis consultatif 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, spéc., § 55, *Dr. fam.* 2019, comm. 139, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2019, p. 307, obs. A.-M. LEROYER ; *D.* 2019, p. 1084, note H. FULCHIRON.

<sup>1668</sup> C'est en effet l'acte d'état civil étranger établi à la suite du contrat de gestation qui s'impose au juge français et non le contrat en lui-même.

<sup>1669</sup> LARDEUX (G.), « Les renoncements du droit international privé », in *PMA et GPA. Comprendre pour agir*, LARDEUX (G.) et BENOIST (O.), dir., L'Harmattan, 2019, p. 76 s., spéc., n° 19.

<sup>1670</sup> Ass. Plén. 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *D.* 2019, p. 1985, obs. G. LOISEAU ; *ibid.*, p. 2228, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2019, p. 841, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ fam.* 2019, p. 592, obs. G. KESSLER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 261, note J.-R. BINET.

<sup>1671</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 déc. 2019, nos 18-12.327 et 18-11.815, *D.* 2020, note S. PARICARD ; *RTD civ.* 2020, p. 81, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ fam.* 2020, p. 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. fam.* 2020, comm. 39, note J.-R. BINET. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janv. 2021, nos 19-17.929 et 19-50.046, *Dr. fam.* 2021, comm. 53, note V. ÉGÉA.

<sup>1672</sup> CHÉNÉDÉ (Fr.), « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p. 375.

né d'une gestation pour autrui réalisée en France ne pourra être empêché<sup>1673</sup>, la reconnaissance de la parenté sociologique par l'établissement de la filiation à l'égard du parent d'intention paraît, également, acquise<sup>1674</sup>. Il est difficile, voire impossible, de distinguer entre l'intérêt de l'enfant issu de la gestation pour autrui qui a été réalisée, légalement, à l'étranger et celui de l'enfant né de la gestation pour autrui, réalisée en France, fût-elle illégale. Dans les deux cas, l'enfant a intérêt à une reconnaissance juridique de sa parenté sociologique par la « reconstruction »<sup>1675</sup> de sa filiation, selon les règles propres à l'adoption. Dès lors que la Cour européenne des droits de l'Homme a exclu tout régime prévoyant une « impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui et la mère d'intention »<sup>1676</sup>, l'hypothèse d'une contamination de l'adoption de l'enfant par la mère d'intention par la nullité du contrat doit être exclue. Rappelons, néanmoins, qu'à la différence d'une situation constituée à l'étranger, les participants à une gestation pour autrui en France s'exposent visiblement aux sanctions pénales, prévues aux articles 227-12 et suivants du Code pénal. Malgré tout, la délicatesse du sujet et l'évolution des mœurs faisant, il n'est pas à exclure que le juge pénal intervienne d'une main relativement hésitante, voire compassionnelle, lorsqu'il s'agira de sanctionner les commanditaires d'une gestation pour autrui.

<sup>1673</sup> À l'inverse, l'action en contestation et établissement de paternité d'un enfant né d'une gestation pour autrui introduite par le père d'intention biologique est déclarée irrecevable par la Cour de cassation dès lors qu'elle repose sur une convention de gestation pour autrui prohibée par l'article 16-7 du Code civil. La Cour ajoutant que l'intérêt de l'enfant justifiait la mise à l'écart de la réalité biologique et la protection du lien de filiation établie à l'égard des parents d'intention quand bien même celui-ci l'a été à l'issue d'une gestation pour autrui illicite : v. Civ. 1<sup>re</sup> 12 sept. 2019, 18-20.472, *AJ fam.* 2019, p. 497, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 531, obs. SALVAGE-GREST (P.) ; *RTD civ.* 2019, p. 838, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 216, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 2019, 1010, note J.-R. BINET ; *adde* Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084, *Dr. fam.* 2018, comm. 239, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 2018, 1010, note J.-R. BINET. Sur la légitimité d'une telle cause d'irrecevabilité de l'action en contestation et en établissement de la paternité, v. HOUSIER (J.), « Procréation pour autrui : l'intérêt de l'enfant au-dessus de tout (là encore) – Cour européenne des droits de l'homme 7 avr. 2022 », *AJ fam.* 2022, p. 287, qui critique l'extension de l'article 16-7 du Code civil, qui ne prohibe que la convention de gestation pour autrui, aux actions relatives à l'établissement de la filiation ; *adde* LEROYER (A.-M.), « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA », *RTD civ.* 2019, p. 838 ; v. également FULCHIRON (H.), « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un juste équilibre ? », *Dr. fam.* 2019, comm. 216, qui, bien que reconnaissant le « lien étroit » entre l'action en contestation de paternité et le contrat de gestation pour autrui, estime que faire droit à la demande en contestation de la paternité du père d'intention biologique reviendrait à « réaliser le projet illicite voulu par les parties [et] vider la prohibition de sa substance ».

<sup>1674</sup> V. à cet effet, l'avis consultatif de la CEDH en date du 10 avr. 2019, où la Cour souligne que la non-reconnaissance de la parenté d'intention de l'enfant est source d'incertitude juridique à son identité dans la société ; qu'il ne peut, en conséquence, y avoir une impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui et la mère d'intention, sauf au risque de porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Aussi, la Cour considère-t-elle que « le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" » (§ 46).

<sup>1675</sup> V. FULCHIRON (H.), et BIDAUD-GARON (C.), « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA. ... », art. préc.

<sup>1676</sup> CEDH, avis consultatif 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc., § 42.

Par exemple, dans l'une des rares décisions rendues en la matière, les juges ont prononcé une sanction pécuniaire plus symbolique qu'effective<sup>1677</sup>. On comprendra de cette décision qu'il ne peut y avoir de logique à faire produire, en matière civile, des effets au contrat de gestation pour autrui puis, dans le même temps, à vouloir en condamner, efficacement, la pratique au pénal. Comme l'a noté l'un des annotateurs de la décision, la peine d'emprisonnement est nécessairement « peu opportune, notamment au regard de l'intérêt de l'enfant qui vit avec ses parents d'intention »<sup>1678</sup>. Suffisant à écarter la loi civile, l'intérêt supérieur de l'enfant né autorise sinon la neutralisation de la loi pénale, au moins son inflexibilité<sup>1679</sup>. En outre, si la peine pécuniaire peut être prononcée sans difficulté, la situation concrète des commanditaires pourra venir en amoindrir l'importance. La décision rapportée en témoigne puisque les juges, considérant « qu'il n'est pas douteux [que les parents d'intention] n'aient pas été animés par un autre but que le désir d'un enfant à élever au sein de leur couple », ont assorti la peine prononcée d'un sursis. Au bout du compte, c'est l'effectivité même des sanctions pénales qui est atteinte par le revirement opéré par la Cour de cassation à la suite de la condamnation européenne ; une confirmation de la difficulté de dire l'interdit de nos jours<sup>1680</sup>. Dès lors qu'est exclue toute action qui constitue potentiellement une punition indirecte de l'enfant, on imagine mal comment la sanction pécuniaire et privative de liberté des parents d'intention pourrait être prononcée sans être préjudiciable à l'enfant<sup>1681</sup>. C'est un tel dilemme qui, de manière générale, explique la paralysie ou la limite inhérente aux diverses réactions de l'ordre juridique face à la percée de la fonction du contrat de structuration de la parenté quant à la gestation pour autrui.

**336. — Résumé : la structuration contractuelle de la parenté dans la gestation pour autrui confirmée par le principe de causalité.** Nous venons de le voir, comme dans bien d'autres systèmes de droits étrangers, l'interdiction de la gestation pour autrui ne parvient à s'opposer ni à la conclusion du contrat dans l'ordre juridique français ni à l'efficacité de la convention conclue à

<sup>1677</sup> TGI Bordeaux, 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 14322000193, *Lexbase Hebdo éd. privée* n° 621, 16 juill. 2015, obs. A. GOUTTENOIRE ; en l'espèce la caractérisation de l'infraction a entraîné la condamnation du couple commanditaire à l'amende pénale maximale, prévue par l'article 227-12 du Code pénal, sans aucune peine d'emprisonnement. *Adde* T. corr. Blois, 22 janv. 2016, n° 2016-006174, *Dr. fam.* 2016, étude 18, note M.-C. GUÉRIN, en l'espèce les époux commanditaires n'ont été condamnés qu'à une amende, assortie d'un sursis, de deux mille euros chacun.

<sup>1678</sup> GOUTTENOIRE (A.), « La convention de gestation pour autrui condamnée par le tribunal correctionnel de Bordeaux », *Lexbase Hebdo éd. privée* n° 621, 16 juill. 2015.

<sup>1679</sup> Sur le potentiel subversif de l'intérêt supérieur de l'enfant v. not. FABRE-MAGNAN (M.), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, p. 224 ; KESSLEUR (G.), « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2005, étude 16 ; HOUSSEIER (J.), « Le contentieux de la filiation », *AJ fam.* 2021, p. 414. Pour un aspect de droit comparé v. ANCEL (B.), « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 27 mars 2014, p. 6.

<sup>1680</sup> Sur cette question, v. LABRUSSE-RIOU (C.), « La filiation en mal d'institution », in *Catherine Labrusse-Riou : Écrits de bioéthique*, FABRE-MAGNAN (M.), dir., PUF, 2007, p. 327 s., spéc., p. 347.

<sup>1681</sup> V. THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 226.

l'étranger<sup>1682</sup>. Tout au plus l'interdiction permet-elle de s'opposer à une éventuelle demande en exécution forcée de la convention. Reste qu'un tel contrat est à la source de l'établissement, dans l'ordre juridique français, de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Bien évidemment, nous ne contestons pas la réalité selon laquelle la filiation alors reconnue en droit français ressort d'un jugement étranger ou d'un acte public étranger. Celle-ci ne suffit pourtant pas à occulter l'action décisive du contrat dans la détermination de la filiation de l'enfant. D'abord, comme nous le verrons, les jugements étrangers, ceux-ci ne sont à vrai dire qu'une reprise intégrale des stipulations du contrat de gestation pour autrui auxquelles le juge donne plein effet en établissant la filiation telle que le prévoit le contrat<sup>1683</sup>. Ensuite, tant dans l'*exequatur* d'un jugement étranger que dans la transcription d'un acte public étranger – voire l'adoption par le parent d'intention – dans l'ordre juridique français il serait tout à fait illusoire de nier le rapport de causalité certain qui existe entre la convention initiale de gestation pour autrui et la reconnaissance finale en droit interne de la filiation de l'enfant. Il y a entre ces deux événements une relation de causalité évidente. Aussi l'explication du rattachement de l'enfant aux commanditaires de la gestation pour autrui ne peut se départir du principe de causalité, « axiome fondamental de la pensée selon lequel rien n'arrive sans une cause »<sup>1684</sup>. C'est dire, en notre domaine, que la construction de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger a pour cause inévitable le contrat de gestation primaire.

Cette analyse devient-elle caduque s'agissant des gestations pour autrui réalisées en France ? Dans une telle hypothèse, les parents d'intention ne disposent ni d'un jugement étranger ni d'un acte public étranger. Toutefois, « les arguments du droit à la vie privée de l'enfant et de son intérêt supérieur conservent la place éminente qui est la leur dans notre système juridique. Il y a donc fort à parier que, à plus ou moins longue échéance, la filiation de cet enfant pourra être établie »<sup>1685</sup> : le parent biologiquement rattaché à l'enfant bénéficiera des modes d'établissement de la filiation prévus au Titre VII du Code civil, tandis que le parent d'intention non lié biologiquement à l'enfant pourra recourir à l'adoption de ce dernier. Ces circonstances ne font pas pourtant obstacle à l'analyse causaliste, au moins pour le parent adoptant : comme l'affirmait la Cour de cassation en 1991, « l'adoption [n'est alors] que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu *en exécution d'un contrat* tendant à l'abandon

<sup>1682</sup> V. à ce titre la table ronde sur le tourisme procréatif sous la dir. de Madame GODECHOT-PATRIS, *RJPF* 2022, n° 1, p. 35 s.

<sup>1683</sup> V. *infra*, n° 369.

<sup>1684</sup> ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire*, 9<sup>e</sup> éd., v° « Causalité ».

<sup>1685</sup> FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 601.

à sa naissance par sa mère ». Il y a entre le contrat de gestation pour autrui – certes nul, mais exécuté – et l'adoption un rapport de cause à effet certain.

## § II. Les réactions contrastées

**337. — Des résistances vaines.** La montée en puissance du contrat dans le droit de la filiation fait l'objet de réactions visant moins à en refouler l'action qu'à en limiter l'expansion. Ces résistances proviennent tant des juges, en particulier européens, (A) que du législateur français (B). Mais là également, la prise en compte des intérêts en présence, en particulier l'intérêt de l'enfant, rend pour le moins incertaine l'efficacité des mesures envisagées.

### A. La tentative de résistance des juges

**338. —** Par son refus d'une double parenté conventionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme a paru limiter l'effet de sa propre jurisprudence libérale (2). Pourtant, l'examen attentif de la limite posée par la Cour de Strasbourg tend à révéler sa fragilité (1).

#### 1. Le refus d'une double parenté conventionnelle

**339. — L'affaire Paradiso et Campanelli.** Du côté du prétoire, le second arrêt *Paradiso et Campanelli* rendu par la grande chambre de la Cour de Strasbourg<sup>1686</sup> semble limiter la capacité du contrat à effacer toute référence biologique dans la structuration de la parenté à rebours de la solution rendue par une chambre ordinaire de la même juridiction, dans la même affaire. Dans cette affaire, les autorités italiennes avaient retiré, aux parents d'intention, un enfant né à la suite d'une convention de maternité pour autrui réalisée en Russie. L'enfant, alors âgé de neuf mois, avait vécu, en Russie, pendant près de deux mois avec sa mère d'intention puis avait eu une vie commune de six mois avec ses deux parents d'intention. Dans une première décision<sup>1687</sup>, les juges européens ont jugé raisonnable le refus de reconnaître un lien de filiation non conforme à la vérité biologique, mais ont, tout de même, condamné l'État italien aux motifs que « les juges nationaux [...] ont attaché une grande importance à la situation d'illégalité dans laquelle les requérants versaient [alors que] l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre »<sup>1688</sup>.

<sup>1686</sup> CEDH, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, D. 2017, p. 215, obs. P. LE MAIGAT ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. fam.* 2017, chron. 3, obs. A. GOUTTENOIRE et F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2017, p. 367, obs. J. HAUSER.

<sup>1687</sup> CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, D. 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2015, p. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, p. 77, obs. D. DIONISI-PEYRUSSE ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1, note, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2015, p. 325, obs. J.-P. MARGUENAUD.

<sup>1688</sup> CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc., § 77 – 80.

Dans la dernière décision, marquant un revirement, la Cour européenne approuve finalement les juges italiens de ne pas avoir donné effet à un contrat de gestation pour autrui en admettant la transcription de l'acte de naissance étranger et, surtout, d'avoir ordonné l'éloignement de l'enfant à l'égard de ses parents d'intention. Après un exercice de pesée des intérêts<sup>1689</sup> (l'intérêt général de l'État italien, l'intérêt supérieur de l'enfant et l'intérêt des parents d'intention), la Cour fait primer l'intérêt général sur l'intérêt privé des parents d'intention<sup>1690</sup>. Elle prend alors soin de rappeler à plusieurs reprises l'absence de lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant qui semble justifier l'atteinte au droit au respect de la vie privée des parents d'intention<sup>1691</sup>. En résumé, la référence au critère biologique témoigne de l'impossibilité de construire une double parenté conventionnelle détachée de toute assise biologique ; une telle situation pouvant être rapprochée d'un « trafic d'êtres humains »<sup>1692</sup>. L'examen attentif de la motivation de la Cour tend pourtant à nuancer la solution précitée.

## 2. Une limite fragile

**340. — Le risque de l'écoulement du temps.** La portée de la solution demeure malgré tout empreinte d'une certaine incertitude puisque, comme l'a noté un auteur, au-delà de la considération biologique, la « durée de la vie commune entre les enfants et leurs parents d'intention a incontestablement joué un rôle déterminant. Autant que l'absence de lien biologique, c'est donc la promptitude des autorités italiennes à séparer l'enfant de ses parents d'intention qui a permis à l'Italie d'échapper à une condamnation »<sup>1693</sup>. Mais qu'advierait-il d'une situation présentant une vie familiale de fait établie entre les parents d'intentions et l'enfant né d'une gestation pour autrui ?

<sup>1689</sup> Sur lequel v. CHÉNEDÉ (Fr.), « Petite leçon de "réalisme juridique" », *D.* 2017, p. 663, *adde* GAUTIER (P.-Y.), « Contre "la balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189, qui dénonce l'égalitarisme qui présuppose la méthode de la balance des intérêts en présence.

<sup>1690</sup> CEDH, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc., § 215 : En conclusion « la Cour ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible d'avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. [Elle] ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce ».

<sup>1691</sup> V. not. CEDH, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc., § 211 : « [...] l'affaire doit être examinée au regard de l'illégalité de la conduite des requérants et **du fait que leur relation avec l'enfant était précaire** depuis le moment même où ils ont décidé de résider avec lui en Italie. **Le lien est devenu encore plus ténu lorsqu'il s'est avéré, une fois connu le résultat du test ADN, qu'il n'y avait aucun lien biologique entre le second requérant et l'enfant** ». (Nous soulignons.) V. également le § 157 de la même décision.

<sup>1692</sup> CEDH, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc., § 202.

<sup>1693</sup> DESCHAMPS (V.), th. préc., n° 917.

La situation légalement établie à l'étranger pourra-t-elle permettre d'obtenir une reconnaissance en France par le biais de la transcription de l'acte d'état civil étranger ?

En l'état du droit français, l'absence de tout lien biologique rendrait impossible la transcription de la filiation biologique. Resterait alors la solution de la reconnaissance du lien de parenté sociologique par la reconstruction d'un lien de filiation adoptif. Il n'est pas à exclure que dans l'hypothèse d'une vie de famille pérenne, les juges européens fassent primer l'intérêt supérieur de l'enfant et, par extension, à celui des parents d'intention. On en veut pour preuve que dans sa seconde décision *Paradiso et Campanelli*, bien qu'ayant constaté l'absence de lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant né d'une gestation pour autrui, la Cour n'en a pas moins admis que leur situation entrerait dans le champ du droit au respect de la vie privée<sup>1694</sup>. Quant à l'existence d'une vie familiale de fait, celle-ci n'est écartée qu'en raison de la célérité de la réaction des autorités italiennes dans l'éloignement de l'enfant de ses parents d'intention. Aussi peut-on lire qu'il « serait certes inapproprié de définir une durée minimale de vie commune qui puisse caractériser l'existence d'une vie familiale *de facto* [...], la durée de la relation à l'enfant est un facteur clé pour que la Cour reconnaisse l'existence d'une vie familiale », en l'absence de tout lien biologique entre les parents d'intention et l'enfant<sup>1695</sup>. C'est dire que la cristallisation d'une vie familiale de fait par l'écoulement du temps pourrait aboutir à une solution inverse à celle retenue par les juges européens en l'espèce, celle de l'existence d'une vie familiale entre les parents d'intention et l'enfant<sup>1696</sup>. Une telle durée favorisant la création de liens personnels et affectifs étroits. En d'autres termes, l'écoulement du temps pourrait jouer en faveur des parents d'intention. La précision est d'importance puisque, dans bien des cas, l'opposition des États ne sera possible qu'en cas de manifestation des parents d'intention dans le but de transcrire l'acte de naissance obtenu dans l'État étranger.

---

<sup>1694</sup> CEDH, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc., § 163 et 164 : « En l'espèce la Cour relève que les requérants avaient conçu un véritable projet parental, en passant d'abord par des tentatives de fécondation in vitro, puis en demandant et obtenant l'agrément pour adopter, et, enfin, en se tournant vers le don d'ovules et le recours à une mère porteuse. Une grande partie de leur vie était projetée vers l'accomplissement de leur projet, devenir parents en vue d'aimer et éduquer un enfant. Est en cause dès lors le droit au respect de la décision des requérants de devenir parents [...] À la lumière des considérations qui précèdent, la Cour conclut que les faits de la cause relèvent de la vie privée des requérants ».

<sup>1695</sup> CEDH, 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, préc., § 153 et 154.

<sup>1696</sup> V. en ce sens CEDH, 18 mai 2021, n° 71552/17, *Valdis Fjölvisdóttir et a. c/ Islande*, Dr. fam. 2021, comm. 128, note A. PANET-MARRE ; *ibid.*, chr. 5 obs. A. GOUTTENOIRE, F. MARCHADIER ; RTD civ. 2021, p. 628, obs. A.-M. LEROYER, qui présente des faits semblables à l'affaire *Paradiso et Campanelli* ; à cette différence près que les autorités islandaises ont été moins promptes à agir que leurs homologues italiennes ce qui a permis la constitution d'une vie privée et familiale *de facto* au sens de la Cour EDH.

**341. — Conclusion.** La limite européenne à l'action du contrat dans la structuration de la parenté, quant au critère biologique, doit être nettement nuancée. Affirmer sans autres précautions que la solution de la Cour européenne s'inscrit dans le sens d'une impossibilité de reconnaître la filiation de l'enfant, né d'une gestation pour autrui sans lien biologique avec les commanditaires<sup>1697</sup>, semble pour le moins précipité. En effet, bien que la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaisse la nécessité pour les États « de protéger les enfants contre des pratiques illicites, dont certaines peuvent être qualifiées de trafics d'êtres humains »<sup>1698</sup>, elle fait, principalement, dépendre sa solution (l'absence d'une vie familiale et l'atteinte proportionnée à la vie privée des parents d'intention) d'un critère temporel qui peut faire douter de la portée de la limite apportée à la structuration contractuelle de la parenté. En effet, si l'intérêt des parents d'intention est écarté au profit de l'intérêt général de l'État italien, ce n'est qu'à la seule condition d'une absence d'atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, si celui-ci se trouve garanti, en l'espèce, ce n'est qu'en raison du jeune âge de l'enfant et de la courte période qu'il avait passée avec ses parents d'intention, selon les termes de l'arrêt de la Cour de Strasbourg. Dit autrement, la construction prolongée d'une vie familiale de fait, entre les parents d'intention et l'enfant né d'une gestation pour autrui, pourrait justifier l'application de la solution issue de la jurisprudence *Mennesson* de la Cour, au nom de l'intérêt de l'enfant. Concrètement, l'existence d'une vie familiale installée s'avérerait suffisante à rendre impossibles tant l'extraction de l'enfant de son foyer que le refus de reconnaître, par l'établissement d'une filiation, la double parenté de fait que lui confère le contrat de gestation pour autrui.

### *B. L'ambiguïté de la résistance du législateur*

**342. — Une réforme aux principes contradictoires.** Ainsi, à moins d'un revirement peu probable de jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la percée de l'institution par le contrat du lien familial en matière de parenté est désormais acquise. Ainsi s'observe-t-elle dès lors qu'est admise la reconnaissance de la parenté sociologique (par l'adoption) et, dans une moindre mesure, la parenté biologique (par la transcription) ; toutes deux prenant source dans le contrat de gestation pour autrui. Cette réalité n'empêche toutefois pas l'action en vue de contenir une telle irruption. Telle est l'attitude du droit français en matière de gestation pour autrui, qui tente de maintenir un équilibre entre la limitation des effets du contrat de gestation pour autrui et la prise en compte de la situation des enfants qui en sont issus. C'était l'un des objectifs, affichés, de la loi n° 2021-1017 du

<sup>1697</sup> CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis n° 126, 15 juin 2017, spéc., p. 30-31.

<sup>1698</sup> CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis préc., *ibid.*

2 août 2021<sup>1699</sup> qui a procédé à une modification de l'article 47 du Code civil en réaction à la position libérale adoptée par la Cour de cassation qui autorise la transcription intégrale de l'acte étranger y compris à l'égard du parent d'intention<sup>1700</sup>. Si le rappel de l'attachement du droit français au principe de vérité biologique a été salué par la doctrine<sup>1701</sup>, il existe, néanmoins, des raisons de douter de son efficacité. En effet, les principes contradictoires qui sous-tendent la réforme du 2 août 2021 (1) contribuent à affaiblir l'efficacité de la réforme de l'article 47 du Code civil en ce qui concerne la gestation pour autrui (2).

### 1. Une réforme aux principes contradictoires

**343. — Le modèle de l'engendrement fragilisé en droit interne.** On est forcé de relever la contradiction législative inhérente à la loi du 2 août 2021 qui, tout en réaffirmant le principe de vérité propre au droit de la filiation français et par conséquent un attachement au modèle de l'engendrement charnel, consacre l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes. Une telle évolution signe « un abandon même du modèle de l'engendrement charnel »<sup>1702</sup> ou, à tout le moins, la consécration d'un modèle alternatif<sup>1703</sup>, voire opposé. Ainsi que l'a justement noté Monsieur Libchaber, alors que l'assistance médicale à la procréation limitée aux couples de sexe différent « replaçait le couple dans la voie d'une grossesse naturelle [et, ainsi] suivait la nature, on entreprend de la contrarier en permettant aux femmes de procréer sans présence masculine. [...] Du traitement d'une infertilité, on [est passé] à l'admission d'une conception artificielle de l'enfant qui relève de l'ingénierie procréative »<sup>1704</sup>. En ouvrant l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, le législateur consacre pleinement un fondement volontaire – sociologique – de la parenté qui ne repose que sur l'intention de la compagne de la mère biologique de devenir parent<sup>1705</sup>. On en vient, dès lors, à douter de l'efficacité de la retouche

<sup>1699</sup> Sur cette loi v. BRUNET (L.), « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus », *AJ fam.* 2021, p. 522 ; GOUËZEL (A.), « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* 2021, dossier 23.

<sup>1700</sup> Ass. Plén. 4 oct. 2019, n° 10-19.053, préc.

<sup>1701</sup> GOUËZEL (A.), « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : ruptures, ajustements et interrogations », art. préc., n° 23 s.

<sup>1702</sup> V. sur cette question DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation...*, th. préc., n° 595 s., qui anticipait les conséquences de l'élargissement qui sera finalement réalisé par la loi du 2 août 2021.

<sup>1703</sup> V. MURAT (P.), « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, op. cit., p. 777 s., spéc., p. 780, selon qui « l'éloignement du modèle naturel et la disparition de la cause pathologique mettent en valeur les volontés individuelles et interrogent sur la légitimité des critères restants, si bien que certains se demandent si l'on ne va pas devoir admettre que l'AMP constitue tout simplement un mode alternatif de procréation ».

<sup>1704</sup> LIBCHABER (R.), « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875, spéc. n° 1.

<sup>1705</sup> Sur la cohérence ébranlée des dispositions du Titre VII sur la filiation v. BINET (J.-R.), « PMA et filiation : la quadrature (bioéthique) du cercle (de la filiation) », *Dr. fam.* repère 3, qui souligne que la filiation de l'enfant né d'un couple de femmes revient à une « pure filiation d'intention inscrite dans un ensemble de dispositions organisées autour de la vérité ou de la

législative de l'article 47 du Code civil censé mettre un terme à la jurisprudence libérale de la Cour de cassation en matière de transcription.

**344. — La tentation d'un maintien en droit international.** Marquant, sans doute, un « retour en arrière du point de vue des droits de l'enfant »<sup>1706</sup>, le nouvel article 47 fait le choix du critère pour le moins imprécis de « réalité ». En effet, quelle est la « réalité » de la loi française à l'égard de laquelle doivent être appréciés les faits déclarés dans l'acte étranger ? Est-ce la réalité de l'accouchement, déterminant de la filiation maternelle ? Auquel cas, comme le soutient une partie de la doctrine, « l'acte de naissance sur lequel figure le parent d'intention n'est donc pas conforme à la réalité, telle que la loi française la conçoit »<sup>1707</sup>. Ou, est-ce la nouvelle réalité de la loi française qui permet de faire figurer sur l'acte de naissance le parent d'intention par l'effet d'une reconnaissance conjointe anticipée ? Quoi qu'on en dise, ces deux réalités ont désormais droit de cité dans la loi française qui, par conséquent, ne semble plus faire de la réalité biologique un primat de la filiation maternelle.

## 2. Une réforme à l'efficacité incertaine

**345. — Les nouvelles réalités opposées du droit français.** Au regard de ce qui précède, la réforme de l'article 47 du Code civil ne résout aucunement la difficulté que pouvait susciter la lecture de cette disposition lorsque les parents d'intention sont également les parents biologiques de l'enfant. Comme a pu le noter le Conseil d'État, la vision traditionnelle portée par l'article 47 – la mère qui accouche est la mère biologique et inversement – du Code civil « peut ne plus être vraie. En effet, certaines GPA peuvent être réalisées avec les gamètes de la mère d'intention qui ne mettra pas l'enfant au monde pour autant. Une telle fragmentation de la maternité entre le lien génétique, le lien gestationnel et le projet parental fragilise nécessairement cette approche de la maternité comme une et évidente. Aussi, la grille de lecture de l'article 47 peut ne plus sembler si pertinente qu'elle a pu l'être »<sup>1708</sup>. Dans un tel cas, la transcription intégrale de l'acte de naissance se justifie d'autant plus par des critères biologiques.

De deux choses l'une : ou bien l'article 47 du Code civil devrait être interprété dans le sens de la réalité de l'accouchement ; auquel cas, la mère d'intention, bien qu'également mère biologique,

---

vraisemblance biologiques, sans égard pour les risques d'ébranlement du système de filiation identifiés par le Conseil d'État ».

<sup>1706</sup> BONFILS (Ph.), ET GOUTTENOIRE (A.), « Chronique de droit des mineurs », *D.* 2021, p. 1602.

<sup>1707</sup> GOUÉZEL (A.), « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : ruptures, ajustements et interrogations », art. préc., spéc., n° 23.

<sup>1708</sup> CE, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, spéc., p. 86.

devra recourir à l'adoption. Ou bien, l'on doit se fier à la nouvelle réalité de la maternité telle qu'elle résulte de la réforme de la procréation médicalement assistée, auquel cas rien ne s'oppose à la transcription de la filiation de la mère biologique d'intention, mais également de la simple mère d'intention. On notera qu'à l'opposé de la volonté du législateur, la cohérence juridique voudrait que la seconde interprétation l'emporte sur la première. En effet, en privilégiant la première lecture, on « aura du mal à saisir la cohérence du recours à l'adoption pour la mère d'intention, alors même que la filiation maternelle de la femme qui n'a pas accouché dans un couple de lesbiennes ayant eu recours à une AMP avec tiers donneur s'établira par une reconnaissance conjointe »<sup>1709</sup>. En outre, du point de vue des méthodes d'interprétation, l'ambivalence du critère de « réalité » autorise le recours à l'interprétation créatrice du droit théorisée par Gény sous l'idée de la libre recherche scientifique<sup>1710</sup>. Conscient de ne pouvoir « déduire [de la loi] la pleine totalité des solutions, que réclament impérieusement les infinies complexités des relations sociales », l'interprète doit, dans cette sphère de liberté, rechercher une « adaptation des règles latentes du droit à tous les faits de la vie sociale » et qui soit conforme à la réalité du moment. Or, la réalité objective du droit de la famille français n'est-elle pas dorénavant celle de la division de la maternité, d'une part et de la consécration de la parenté d'intention, d'autre part ? Ces éléments objectifs suffisent à justifier l'interprétation créatrice qui conduirait à donner un tout autre sens que celui voulu par le législateur, au critère de « réalité » de l'article 47 du Code civil. Au bout du compte, la tentative de revanche du législateur sur la Cour de cassation, bien que conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg<sup>1711</sup>, pourrait s'avérer bien vaine<sup>1712</sup>. L'ambiguïté juridique du critère de « réalité » pourrait, ainsi, permettre à la Cour de cassation de poursuivre sa jurisprudence en imposant la transcription plutôt que l'adoption.

Par ailleurs, comme on a pu le souligner, « cette réforme n'est pas sans susciter des difficultés lorsque l'adoption est impossible, notamment en cas de séparation du couple de parents d'intention »<sup>1713</sup>. L'on sait qu'en pareille situation la Cour européenne des droits de l'homme refuse d'imposer l'adoption en jugeant que l'impossibilité pour le parent d'intention de poursuivre ses relations avec l'enfant n'a pas sa cause dans un fait de l'État<sup>1714</sup>. Est-il dès lors possible d'envisager la transposition, en matière de gestation pour autrui, de la solution de l'adoption dite

<sup>1709</sup> LEROYER (A.-M.), « GPA – maternité d'intention : ce sera l'adoption », *RTD civ.* 2020, p. 865.

<sup>1710</sup> GÉNY (FR.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, préf. R. SALEILLES, Tome second, 2<sup>e</sup> éd., 1919, rééd. LGDJ, 1995, n° 155 s.

<sup>1711</sup> V. CEDH 16 juill. 2020, n° 11288/18, *D. c/ France*, *AJ fam.* 2020, p. 588, obs. M. SAULIER ; *ibid.* p. 373, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2021, p. 657, obs. P. HILT ; *RTD civ.* 2020, p. 865, obs. A.-M. LEROYER.

<sup>1712</sup> Dans le même sens v. BIDAUD (Ch.), « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française" ... », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 35.

<sup>1713</sup> GOUTTENNOIRE (A.), « Chronique de droit de la famille », *JCP G* 2022, doct. 1245, spéc., n° 8.

<sup>1714</sup> CEDH, 24 mars 2022, n° 30254/18, *A.M. c/ Norvège*, *JCP G* 2022, 461, obs. Fr. SUDRE.

« forcée » construite en matière de procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger ?<sup>1715</sup> L'intérêt de l'enfant pourrait plaider en ce sens. N'est-il pas, dans un cas comme dans l'autre, issu d'un projet parental qui lui accorde le droit de connaître ses origines, sa filiation et son histoire ? Bien évidemment, la circonstance non négligeable d'un projet parental fondé sur un contrat de gestation pour autrui pourrait être invoquée au motif d'un refus de passer outre l'opposition du parent biologique. Mais il ne faudrait pas oublier que la solution de l'adoption « forcée » a été élaborée avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2021 qui permet au couple de femmes d'accéder à une assistance médicale à la procréation. Autrement dit, il s'agissait de couples qui se rendaient à l'étranger pour contourner une impossibilité légale française – à la manière des gestations pour autrui étrangères. Il est vrai que la procréation assistée dans un couple de femmes ne faisait pas, à l'instar de la gestation pour autrui, l'objet d'une prohibition légale. Mais comme l'ont défendu certains auteurs, « il flot[tait] autour [de la procréation médicalement assistée à l'étranger] un parfum de fraude à la loi »<sup>1716</sup> qui pouvait conduire à voir dans l'adoption le couronnement d'un processus frauduleux. Cela n'empêcha pas la Cour de cassation de déclarer que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »<sup>1717</sup>. Plus tard la Cour de cassation viendra lier l'appréciation de la condition légale du consentement du parent biologique de l'enfant à l'intérêt de l'enfant à travers l'interprétation du refus abusif de l'article 348-6 du Code civil. Le refus opposé par le parent à l'adoption de l'enfant peut être considéré comme abusif s'il paraît contraire à l'intérêt de l'enfant. Le tout relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>1718</sup>. Dès lors qu'est permise la reconnaissance de la parenté sociale de l'enfant issu d'une gestation pour autrui, ceci au nom de son intérêt supérieur, n'est-il pas logique que cette reconnaissance soit également permise malgré le refus du parent biologique ? Quoi que l'on pense des conditions de constitution du projet parental, le refus du parent biologique en ce qu'il nie le projet parental dont l'enfant est le fruit porte nécessairement atteinte à son intérêt qui est de connaître ses origines, sa filiation et son histoire. Permettre une telle solution ne bouleverse, à notre avis, pas plus l'ordre juridique qu'il ne l'est depuis l'affirmation du principe de reconnaissance de la parenté sociale. Au contraire, la solution se justifierait par un souci de cohérence et de préservation de l'intérêt de l'enfant.

<sup>1715</sup> Par ex. entre partenaires, v. *supra*, n° 292.

<sup>1716</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 792, p. 772.

<sup>1717</sup> Cass., 22 sept. 2014, avis n°s 14-70.006 et 14-70.007, *D.* 2014, p. 2031, note A.-M. LEROYER ; *RTD civ.* 2014, p. 872, note J. HAUSER ; *D.* 2015, p. 21, note H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* 2014, comm. 160, note C. NEIRINCK.

<sup>1718</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2021, n° 20-16.745, préc.

**346. — Conclusion.** L'efficacité indirecte de la gestation pour autrui dans l'ordre juridique français démontre l'essor d'une structuration contractuelle de la parenté en droit français. L'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour autrui n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère – voire son père. Il y a dans cette assertion un principe de causalité au sens aristotélicien<sup>1719</sup> qui peut faire l'objet d'une double analyse : *une cause motrice ou efficiente qui produit un changement* – le contrat de gestation pour autrui amorce la construction de la parenté de l'enfant – et *une cause finale* – l'établissement et la reconnaissance par le droit de la filiation de l'enfant sont les finalités recherchées par les parties au contrat.

## *Section 2. La promotion légale, la consécration du projet parental*

**347. —** Tout autant qu'il tente de s'opposer à l'influence du contrat dans la structuration de la parenté, en ce qui concerne le contrat de gestation pour autrui, le législateur en favorise, d'une autre main, l'extension en consacrant un véritable établissement contractuel du lien de filiation à travers la consécration en droit civil de la famille du projet parental. Aussi nous faut-il, au préalable, préciser la notion de projet parental (§ I) avant d'en étudier l'habillage juridique que lui confère le législateur (§ II).

### **§ I. La notion de projet parental**

**348. — La conception historique.** Sur un plan général, le projet parental ou, dit autrement, le projet d'avoir des enfants, n'est rien de moins que la traduction du désir traditionnel de l'humain pour la perpétuation de l'espèce. La mise en valeur de l'enfant, dans les sociétés traditionnelles, ne peut être décorrélée de « l'intérêt immémorial des humains vis-à-vis de leur descendance et avec le souci qu'a toute communauté humaine de sa propre perpétuation »<sup>1720</sup>. Aussi la question de l'enfant, de la parenté, a-t-elle toujours été au cœur des préoccupations du droit de la famille. « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société », affirme l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Or, traditionnellement, c'est dans la famille que « naissent les enfants ; de son organisation dépend donc la survie du groupe »<sup>1721</sup>. C'est dire si la problématique du projet parental, l'organisation de la reproduction, est une obsession du droit de la famille. Bien avant de se recentrer sur les personnes qui le constituent, le couple, fondé sur le mariage, a été pensé

<sup>1719</sup> V. ARISTOTE, *Physique*, Les Belles Lettres, II, 3.

<sup>1720</sup> LEGRAS (C.), « Le projet parental suffit-il ? », *Laennec* 2012/1, p. 24 s., spéc., p. 25.

<sup>1721</sup> MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 6.

comme la construction d'une structure nécessaire à l'accueil d'un enfant. L'affirmation de Portalis selon laquelle « les familles se forment par le mariage et elles sont la pépinière de l'État » résume parfaitement cette idée. Comme l'écrit Madame Legras, « le projet parental est alors aussi, voire surtout, un projet que la société forme pour ses membres et notamment pour les femmes : c'est l'arrivée de l'enfant qui établit la femme comme mère et qui la consacre comme vraie femme et vraie épouse. Désirer un enfant, pour la femme et aussi pour l'homme, c'est aussi désirer être intégré dans la société, y accomplir son rôle »<sup>1722</sup>. Ainsi, en renvoyant à la conception d'un enfant, l'irruption de la notion de projet parental en droit contemporain de la famille fait remonter à la surface du droit un constat longtemps implicite, mais cardinal, de l'organisation familiale, voire sociale. Pourtant, bien que de plus en plus fréquemment invoquée, la notion de projet parental ne fait l'objet d'aucune définition juridique. D'ordinaire, la question est évoquée comme conséquence d'une double mutation de la matière familiale.

**349. — La conception moderne, le véhicule de la volonté.** D'abord, la notion de projet parental traduit les incidences juridiques des évolutions scientifiques et médicales en matière de reproduction, de procréation. En ce sens, le projet parental tend à s'opposer à la conception traditionnelle de la reproduction susmentionnée, puisqu'il sert de fondement aux techniques d'assistance médicale à la procréation. Le projet parental est alors l'alternative aux voies de procréation naturelles. C'est par ce biais que la reconnaissance juridique du projet parental a été faite. Le texte fondateur est la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 – dite loi bioéthique – qui crée les articles L. 152-1 et suivants du Code de la santé publique. Renumérotées par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000, ces dispositions figurent désormais aux articles L. 2141-1 et suivants du même code. À l'origine, le législateur avait fait le choix d'une référence détournée au projet parental – l'article L. 2141-2 visant « la demande parentale d'un couple ». Ce n'est qu'avec la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 que le projet parental a fait l'objet d'une consécration juridique pleine – l'actuel article L. 2141-2 dispose que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental ».

Cette modification – qui institue la seconde mutation – assume pleinement l'approche conventionnelle, voire contractuelle, de l'établissement de la filiation. En effet, le projet parental est loin de se limiter à une conception volontariste du lien de filiation, qui s'opposerait à sa conception biologique<sup>1723</sup>. Dans sa conception classique, le lien de filiation n'est pas dénué d'un

<sup>1722</sup> LEGRAS (C.), « Le projet parental suffit-il ? », art. préc., p. 26.

<sup>1723</sup> Sur ces questions v. DESCHAMPS (V.), th. préc., n° 182 s.

fondement volontaire. Dans le mariage, la présomption de paternité peut être analysée en une conséquence du consentement de l'époux au mariage<sup>1724</sup>. *Idem*, la reconnaissance de l'enfant, l'adoption ou encore la possession d'état traduisent l'importance de la volonté quant au rattachement familial de l'enfant<sup>1725</sup>. Volonté d'être parent ou de ne plus l'être comme en matière d'adoption plénière. Ces exemples, certes classiques, démontrent que si « une analyse exclusivement volontariste [peut] présenter quelques limites, voire quelques risques »<sup>1726</sup>, une analyse exclusivement biologique est, au regard des nouvelles réalités familiales, imparfaite, voire désuète. C'est à ce titre que la notion d'engendrement a été analysée comme fondement d'un nouveau droit de la filiation. Ainsi Monsieur Deschamps considère-t-il que : « parce qu'un enfant peut désormais être appelé à la vie sans que ses parents ne s'unissent charnellement ni le lui soient liés biologiquement, il est nécessaire de revoir notre conception de la parenté et notre définition de l'engendrement. L'engendrement doit [...] être analysé comme la cause efficiente principale de la venue au monde de l'enfant. Source de la parenté et fondement de la filiation, l'engendrement peut être caractérisé que la procréation soit charnelle ou médicalement assistée, que l'assistance soit seulement technique ou qu'elle nécessite aussi un apport de forces génétiques »<sup>1727</sup>.

**350. — La contractualisation de l'enfant à naître.** Mais l'engendrement a-t-il une autre source que la volonté ? Qu'il soit charnel ou assisté, l'engendrement n'est provoqué que par la volonté des parents de satisfaire leur désir d'enfant. La différence se situe dans le cadre d'action de chaque volonté. Alors que dans l'hypothèse d'un engendrement classique, c'est-à-dire charnel, la volonté s'exprime dans l'intimité du couple, dans l'hypothèse de l'engendrement assisté, la volonté « déborde l'intimité du couple »<sup>1728</sup>. Plus avant, l'idée de projet parental déborde elle-même du seul cadre de l'aide à la procréation. En effet, même dans le cas de l'engendrement charnel, la conception d'un enfant s'avère moins subie que projetée. L'importance prise par la planification familiale témoigne d'une volonté de maîtrise de la conception. Philosophiquement et sociologiquement, l'essor du concept de projet familial est un symptôme de la rencontre de deux revendications sociales en apparence contraires. D'une part, la maîtrise de plus en plus recherchée de la conception et, d'autre part, l'affirmation d'un désir d'enfant. À un degré de généralité extrême, le projet parental traduit « le désir tourné en volonté, en prévisions et calcul quant au choix de concevoir, aux

<sup>1724</sup> V. CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome 1...*, op. cit., n° 471, spéc., p. 998 ; ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », in *Les métamorphoses du droit des personnes*, TEYSSIE (B.), dir., LexisNexis, 2023, p. 139 s., n° 38.

<sup>1725</sup> V. sur les rapports du contrat et du rattachement familial de l'enfant, MURAT (P.) « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001, p. 133 s.

<sup>1726</sup> ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », préc., *ibid.*, spéc. p. 154.

<sup>1727</sup> DESCHAMPS (V.), th. préc., n° 1131.

<sup>1728</sup> LEGRAS (C.), « Le projet parental suffit-il ? », art. préc., p. 29.

conditions idéales de la naissance et aux moyens qui garantiront la réussite dans le temps de ce qu'ont planifié les parents. Ce que dit la notion de projet parental, c'est donc une évolution du désir au vouloir et du vouloir à la planification »<sup>1729</sup>. Au-delà, est à l'œuvre une énième évolution du projet parental qui, ne se contentant plus d'un rôle de « prérequis » dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, se fait « magistrat suprême du sort de l'enfant à naître »<sup>1730</sup>. Dans cette idée, le projet parental n'est plus simplement le critère d'une analyse volontariste du lien de filiation, il devient vecteur en droit positif d'une influence du contrat sur l'établissement du lien de filiation. Cette influence ressort, implicitement, des effets d'une convention de gestation pour autrui. Explicitement, elle appert de l'établissement de la filiation par le biais d'une reconnaissance conjointe anticipée.

## § II. La matérialisation juridique du projet parental

**351. — La reconnaissance conjointe anticipée.** Il ne faut pas beaucoup se forcer l'esprit pour voir dans la nouvelle reconnaissance conjointe anticipée un contrat ou, à tout le moins, un acte juridique niant toute vérité biologique de la filiation et fondant la filiation de l'enfant<sup>1731</sup>. Tel que le souligne la circulaire du 21 septembre 2021, « même si la reconnaissance ne produira d'effet, pour l'établissement de la filiation, que pour la femme qui n'accouche pas de l'enfant, cette reconnaissance doit être faite conjointement. C'est, en effet, l'existence d'un projet parental du couple, consacré par cette reconnaissance conjointe, qui permet l'établissement du double lien de filiation maternelle »<sup>1732</sup>. Un cap supplémentaire est franchi dans l'influence accordée au contrat dans la constitution du lien de famille. Il s'agit moins d'une « juxtaposition de deux reconnaissances [à] caractère personnel »<sup>1733</sup>, que d'une véritable rencontre des volontés sur l'objet commun d'une double filiation maternelle de l'enfant à naître. Le projet parental est, dorénavant, plus qu'un accessoire ou une condition dans le rattachement familial de l'enfant – comme dans l'adoption ou la procréation médicalement assistée. Il devient le fondement, la source, dudit rattachement. La reconnaissance conjointe anticipée n'est que l'habillage juridique du projet parental des parents. Elle constitue « l'*instrumentum*, alors que le projet parental s'impose comme le *negotium* »<sup>1734</sup>. C'est la raison pour laquelle la reconnaissance conjointe anticipée figure sur les actes d'état civil de

<sup>1729</sup> LEGRAS (C.), « Le projet parental suffit-il ? », art. préc., p. 28.

<sup>1730</sup> LEGRAS (C.), « Le projet parental suffit-il ? », art. préc., p. 25.

<sup>1731</sup> C. civ., art. 342-10 et 342-11.

<sup>1732</sup> Circulaire du 21 sept. 2021, de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation, issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, fiche n° 1.

<sup>1733</sup> MURAT (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », préc., p. 138, à propos des reconnaissances prénatales conjointes entre concubins.

<sup>1734</sup> ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », préc., *passim*.

l'enfant : le projet parental structure le lien de parenté entre les parents et l'enfant à naître et détermine, par anticipation, leur statut personnel.

**352. — Un acte juridique d'essence contractuelle.** Incontestablement, le projet parental, porté par la reconnaissance conjointe anticipée, a la nature d'un acte juridique<sup>1735</sup>. Il s'agit, au sens de l'article 1100-1 du Code civil, d'une manifestation de volontés destinées à produire des effets de droit – en l'occurrence rattacher juridiquement un enfant à un couple. Acte juridique conventionnel, puisqu'il est formé par une double manifestation de volonté, le projet parental est également d'essence contractuelle. Au regard de la définition du contrat, la reconnaissance conjointe anticipée répond parfaitement à la définition posée à 1101 du Code civil : un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer des obligations. Si le rattachement familial de l'enfant est la finalité du projet parental porté par la reconnaissance conjointe anticipée, les obligations créées par un tel acte figurent à l'article 342-10 du Code civil. Cette dernière disposition précise, ainsi, que lors du recueil du consentement du couple de femmes, le notaire « les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation ». Or, c'est bien par le truchement de la reconnaissance conjointe anticipée que la loi obligera les futurs parents au respect des obligations parentales, conséquences du lien de filiation légalement établie. Il importe peu, à ce titre, que ces obligations soient légalement prévues. Tout contrat n'est en réalité qu'une forme d'adhésion volontaire à un corps de règles légalement préfixé.

Ensuite, quant à son régime, comme tout acte juridique d'essence contractuelle, la reconnaissance anticipée conjointe est soumise à la règle de l'article 1103 du Code civil<sup>1736</sup>. En effet, la force obligatoire d'un tel accord ne fait pas l'objet de doute puisqu'elle ressort des articles 342-10, alinéa 2<sup>e</sup><sup>1737</sup> et 342-11, alinéa 3<sup>e</sup><sup>1738</sup> : si contestation de la filiation il peut y avoir ce n'est, en réalité, qu'à la condition qu'un vice affecte l'accord originaire ou bien en raison d'une forme d'erreur sur les qualités essentielles – l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale – ou bien en raison de la caducité ou de la révocation du consentement<sup>1739</sup>. On retrouve, ici, les conditions

<sup>1735</sup> V. ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », préc., n° 26.

<sup>1736</sup> C. civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>1737</sup> « Le consentement donné à une assistance médicale à la procréation interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation, à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'assistance médicale à la procréation ou que le consentement a été privé d'effet ».

<sup>1738</sup> « Tant que la filiation ainsi établie n'a pas été contestée en justice dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 342-10, elle fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation dans les conditions prévues au présent titre ».

<sup>1739</sup> C. civ., art. 342-10, al. 3<sup>e</sup> : « **Le consentement est privé d'effet en cas de décès**, d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de l'insémination ou du transfert d'embryon. **Il est également privé d'effet lorsque l'un des membres du couple le**

classiques d'existence d'un contrat que sont : la nullité, en présence d'un vice du consentement, et la caducité, lorsque disparaît un élément essentiel. On notera, en outre, que si la révocation du consentement par l'un des membres du couple est prévue, elle ne saurait être efficace que pour autant qu'elle soit intervenue avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, c'est-à-dire avant l'exécution du contrat. Une fois l'acte médical réalisé et l'enfant né, la révocation unilatérale du consentement ne peut être que coupable<sup>1740</sup>.

**353. — La sanction du projet parental.** Reste à déterminer les sanctions d'un éventuel refus de la mère d'intention. Si l'article 342-13 du Code civil expose explicitement que « celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant », il opère par la suite une distinction troublante entre la procréation assistée réalisée par un couple de sexe différent et un couple de même sexe. Les dispositions semblent ainsi ne réserver l'établissement judiciaire qu'au lien de filiation paternelle autrement dit, qu'à la situation d'une procréation assistée réalisée par un couple de sexe différent. Pour les couples de femmes, l'établissement forcé de la filiation, qui suppose une non-transmission de la reconnaissance conjointe anticipée conformément à l'alinéa 2° de l'article 342-11 du Code civil, nécessite une saisine du procureur de la République qui se chargera de transmettre l'acte à l'officier de l'état civil<sup>1741</sup>.

Mais n'aurait-il pas été préférable de prévoir un véritable mode d'établissement forcé de la filiation dans le couple de femmes au même titre que dans un couple hétérosexué ? Une telle solution, outre la portée sociale que revêt la décision judiciaire, offrait l'avantage d'éviter un traitement différencié dans un même mode d'établissement de la filiation. L'exécution forcée du projet parental pourrait, ainsi, se fonder sur le constat d'un caractère abusif du refus de la mère d'intention qui fait obstacle à la remise de la reconnaissance conjointe anticipée. Ainsi, en ne posant pas clairement le principe d'un établissement forcé de la filiation maternelle, le législateur semble s'être arrêté au milieu du gué. D'autant que le principe de vérité ne saurait s'opposer à une pareille règle puisqu'il est acquis, en matière de procréation assistée, que la volonté s'affirme comme principe dominant à l'image de la paternité « forcée »<sup>1742</sup> ou « obligatoire »<sup>1743</sup> de l'article 342-13, alinéa 2°, qui fait peu de cas de la vérité biologique. Comme le fait remarquer Monsieur Égéa,

---

**révoque**, par écrit et avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette insémination ou ce transfert ou du notaire qui l'a reçu ». (Nous soulignons.)

<sup>1740</sup> C. civ., art. 342-13.

<sup>1741</sup> C. civ., art. 342-13, al. 4°.

<sup>1742</sup> COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.), *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., 2022, Sirey-Dalloz, n° 1524.

<sup>1743</sup> MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 1101, qui font allusion à une « filiation obligatoire ».

« l'efficacité des techniques d'assistance médicale à la procréation, parce qu'elles reposent sur une dissociation entre la réalité biologique et l'établissement du lien de filiation, dépend de l'aptitude du droit à imposer une fiction »<sup>1744</sup>. Partant, l'efficacité de la procréation médicale assistée pour les couples de femmes aurait justifié l'extension de l'action spécifique de l'article 342-13, alinéa 2<sup>e</sup>, au cas d'établissement de la maternité d'intention<sup>1745</sup> ; celle de la maternité biologique étant établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance.

Quoi qu'il en soit, cette imprécision textuelle ne paraît pas suffisante à exclure une potentielle action en justice de la mère biologique en cas d'opposition de la mère d'intention. L'article 342-13, alinéa 3<sup>e</sup>, ne prévoit-il pas que cette dernière engage sa responsabilité en cas d'opposition à la remise de la reconnaissance conjointe anticipée ? En conséquence, il serait loisible aux juges, par une interprétation téléologique de cette disposition, de considérer qu'une telle rétractation du consentement par la mère d'intention est abusive et contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir sa filiation doublement établie conformément au projet parental commun dont il est issu et, ainsi, d'ordonner l'établissement de la filiation maternelle<sup>1746</sup>.

#### CONCLUSION DE CHAPITRE

**354.** — Au vu des développements précédents, le rôle du contrat dans la structuration de la parenté ne peut plus être nié. L'on peut désormais affirmer que le contrat est une source du rattachement familial de l'enfant. Tant dans l'hypothèse de la reconnaissance conjointe anticipée ou du contrat de gestation pour autrui, le contrat permet de déterminer, par avance, l'état civil de l'enfant et de le rattacher à des parents conventionnellement désignés. À ce titre, ces deux conventions sont des espèces du contrat de structuration de la famille. Une telle promotion de la fonction du contrat de structuration de la parenté ne peut cependant être neutre.

Dans le cas de la maternité pour autrui, par exemple, l'expansion du contrat se fait aux dépens de la cohésion de l'ordre juridique interne français. En la matière, les barrières du droit interne sont progressivement tombées sous l'influence décisive de la Cour de cassation qui, dans son entreprise

<sup>1744</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 925.

<sup>1745</sup> D'autant que l'article 328 qui détermine les conditions de l'action et auquel renvoie l'article 342-13 vise indifféremment la filiation maternelle et paternelle.

<sup>1746</sup> Une solution analogue a été retenue en matière d'adoption d'un enfant issu d'un projet parental commun, par la mère d'intention malgré la rétractation du consentement de la mère légale ; rétractation considérée en l'espèce comme abusive : v. TGI Lille, 14 oct. 2019, n° 19/1037, *AJ fam.* 2020. 248, obs. F. BERDEAUX ; TJ Pontoise, 24 nov. 2020, n° 19/01979, *AJ fam.* 2020, p. 397, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *ibid.* 2021, p. 182, obs. L. BRUNET ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2021, n° 20-16.745, préc. Adde BRUNET (L.), MESNIL (M.), « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », *AJ fam.* 2022, p. 190.

créatrice de droit et sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, a préféré « réguler [l'intrusion des normes hétérogènes internationales] plutôt que de l'endiguer »<sup>1747</sup>. À cet égard, la construction du droit de la famille, quant à la filiation, est influencée par l'évolution des méthodes de la Cour de cassation qui est passée « d'un strict contrôle de légalité à un authentique contrôle de "proportionnalité" »<sup>1748</sup>. C'est du reste par la circonstance d'une affaire familiale<sup>1749</sup>, dont l'arrêt a été qualifié de « fondateur »<sup>1750</sup> par Monsieur Louvel, alors premier président, que la Cour de cassation a amorcé son évolution ou « révolution »<sup>1751</sup> méthodologique. Un tel contrôle, d'origine européenne, conduit à écarter « l'application d'un texte de droit interne, normalement appelé à régir une situation dans la logique légaliste, en raison de la disproportion de ses effets sur un droit fondamental dans les circonstances propres à l'espèce »<sup>1752</sup>. La subversion est évidente dès lors que l'on professe traditionnellement que la « mission essentielle de la Cour de cassation n'est pas de juger les procès, mais d'assurer l'unité du droit »<sup>1753</sup>. L'arrêt du 4 décembre 2013 l'illustre parfaitement : comment préserver l'unité du droit lorsque l'on fait des conséquences factuelles, un critère de son application ? Bien que dénoncé par les auteurs les plus considérés<sup>1754</sup>, le contrôle de proportionnalité est désormais bien installé au titre des nouvelles méthodes de la Cour de cassation : l'adoption, à la fin de l'année 2019, de la motivation enrichie s'inscrit dans cette idée, comme le préconisait le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour<sup>1755</sup>. D'une certaine façon, l'ouverture de la Cour de cassation au contrôle de proportionnalité lui permet d'assumer son pouvoir normatif<sup>1756</sup>. Une telle entreprise créatrice normative est incontestable en matière de filiation où la Cour de cassation en réaction à la Cour de Strasbourg participe à la reconnaissance d'une parenté fondée sur le contrat.

<sup>1747</sup> OPPETIT (B.), *Droit et modernité, op. cit.*, p. 69.

<sup>1748</sup> CHÉNÉDÉ (FR.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796, spéc. n° 2.

<sup>1749</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 179, obs. FR. CHÉNÉDÉ ; *ibid.* p. 153, obs. H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013, p. 663, obs. FR. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD : par un moyen relevé d'office au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation censura une décision d'appel qui avait prononcé la nullité d'un mariage entre alliés en raison de l'« ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ».

<sup>1750</sup> LOUVEL (B.), « La Cour de cassation face aux défis du XXI<sup>e</sup> siècle », *Les Cahiers Portalis* 2016, n° 3, p. 11 s., spéc., p. 12.

<sup>1751</sup> JESTAZ (Ph.), MARGUÉNAUD (J.-P.), JAMIN (C.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

<sup>1752</sup> LOUVEL (B.), « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

<sup>1753</sup> GHESTIN (J.), BARBIER (H.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, 5<sup>e</sup> éd., 2018, LGDJ, n° 671.

<sup>1754</sup> V. not. MALAURIE (Ph.), « Pour : La Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le juge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016, n° 12, act. 318 ; BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? » *D.* 2016, p. 37 ; GAUTIER (P.-Y.), « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G* 2016, n° 7, act. 189.

<sup>1755</sup> V. CASS. (SDER), *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation. Synthèse introductive*, avril 2017, p. 23 s : « Le rapport propose par ailleurs une méthode d'analyse de conventionnalité afin de servir de support à la construction progressive d'une doctrine du contrôle de proportionnalité commune à toutes les chambres de la Cour de cassation ».

<sup>1756</sup> V. LANZARA (D.) *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. STRICKLER, LGDJ, 2017.

De manière générale, c'est l'avenir de l'influence du contrat sur le lien de parenté qui peut être source de questionnements. C'est conscient de ces incertitudes et du point critique auquel notre droit de la famille semble être parvenu, que nous nous proposons de mener une réflexion prospective sur les orientations pouvant être envisagées en la matière.

## CHAPITRE SECOND – LES IMPLICATIONS D’UNE STRUCTURATION CONTRACTUELLE DE LA PARENTÉ

**355. — Une réflexion prospective.** Que ce soit par la consécration du projet parental ou de la reconnaissance de l’efficacité du contrat de gestation pour autrui, le constat est désormais incontestable de l’influence du contrat sur la structuration du lien de parenté. L’accord de volonté est reconnu comme fondement du rattachement familial de l’enfant. Elle est à même de déterminer l’état civil de l’enfant à naître ou né. Aussi cette tendance contemporaine volontariste du droit de la filiation autorise la recherche des implications de cet essor du contrat dans la détermination de la parenté. À cet égard, la perturbation induite par l’efficacité du contrat de gestation pour autrui suscite des incertitudes sur l’avenir de la prohibition de la gestation pour autrui (**Section 1**). De l’autre, une recherche prospective peut être menée à propos de la diversité des modalités de l’influence du contrat sur la parenté. La conception volontariste du lien de parenté que diffuse le projet parental charrie son lot d’interrogations quant à la construction et, plus loin, la déconstruction du lien de parenté. L’on songe, par exemple, aux hypothèses de la plurifiliation ou de la renonciation conventionnelle au lien de parenté (**Section 2**).

### *Section 1. L’avenir incertain de la prohibition de la gestation pour autrui*

**356. —** Les perspectives d’évolution quant au constat de la perturbation engendrée par la percée de la structuration contractuelle en matière de parenté ne sont guère nombreuses. D’abord, malgré le caractère déjà prohibitionniste du droit français, l’on pourrait aller plus loin en tentant sinon de purger la perturbation, du moins d’en contenir la portée et d’en prévenir la répétition (§ I). C’est, semble-t-il, la solution la plus communément admise. Comme on le verra, toutefois, l’insuffisance des mesures proposées, ainsi que le constat objectif de l’inadaptation de la réponse du droit français rendent légitime à tout le moins le renouvellement de la réflexion en matière de gestation pour autrui (§ II).

#### **§ I. Les limites tangibles de la logique prohibitionniste**

**357. —** Si le législateur se décidait à renforcer le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, deux leviers d’action s’offriraient alors à lui. Agir sur le plan interne (**A**) ou sur le plan international (**B**). Les deux volets pouvant bien évidemment se compléter.

### A. *En droit interne*

**358.** — Face au risque de désuétude de la prohibition en droit français des contrats de gestation pour autrui, plusieurs propositions tendant à lui redonner de la substance ont été formulées. Ces propositions méritent d’être exposées (1) puis discutées (2).

#### 1. *L’exposé des solutions proposées*

**359.** — **Le renforcement de la prohibition.** Dans la recherche des causes du problème posé en droit français par la gestation pour autrui, un auteur a acté l’échec de la logique dissuasive. Ainsi, Monsieur Binet constate-t-il qu’en « admettant, aussi largement qu’elle le fait, de reconnaître produire des effets aux opérations de GPA réalisées à l’étranger, la Cour de cassation signe, par ses arrêts du 5 juillet 2017, l’échec de la logique suivie depuis 1991 qui, grâce à l’alliance de la jurisprudence et de la loi, permettait de dissuader le recours à la GPA en l’empêchant de produire des effets »<sup>1757</sup>. Pour remédier à cet échec, l’auteur propose de ne plus se contenter d’une prohibition des conventions de gestation pour autrui, mais de condamner plus clairement le recours aux techniques mêmes de gestation pour autrui. Comme l’écrit l’auteur, le « législateur pourrait, demain, ajouter à l’article 16-7 un alinéa 2 prévoyant qu’ “est interdit tout recours à l’une des techniques envisagées à l’alinéa précédent” ». Cette interdiction du recours à la gestation pour autrui devrait être assortie de conséquences civiles (a) et pénales (b).

##### a. *En droit civil*

**360.** — **Le refus de l’adoption.** Sur le plan civil, Monsieur Binet suggère « d’annihiler les effets recherchés en affirmant clairement l’impossibilité d’établir un double lien de filiation en cas de recours avéré à une gestation pour autrui, fût-ce à l’étranger. L’article 310-2 du Code civil offre un très bon modèle en prévoyant l’interdiction d’établissement de la filiation à l’égard du second parent lorsqu’il existe entre eux un empêchement à mariage prévu par les articles 161 et 162. Le modèle a fait ses preuves, la Cour de cassation estimant que la requête en adoption présentée par le frère de la mère biologique contrevient aux dispositions d’ordre public interdisant l’établissement du double lien de filiation en cas d’inceste absolu. On pourrait ainsi ajouter au Code civil un article 310-2-1 ainsi rédigé : “L’interdiction posée à l’article précédent s’applique également lorsqu’il est établi que le parent à l’égard duquel la filiation est établie a eu recours à une convention de gestation pour autrui des suites de laquelle est né l’enfant”. Une telle disposition permettrait de fonder le refus de

---

<sup>1757</sup> BINET (J.-R.), « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. fam.* 2017, étude 13, spéc., n° 15.

l'adoption de l'enfant du conjoint et de s'opposer à la transcription des actes étrangers »<sup>1758</sup>. Toujours sur le terrain du droit civil, on a imaginé la création de deux actions en responsabilité civile au profit de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'encontre de ses parents d'intention. La première permettrait à l'enfant qui se « trouve privé de la possibilité de nouer des liens avec la femme qui l'a porté [d'agir contre le couple commanditaire] pour obtenir réparation du préjudice subi, à l'image de l'enfant qui agit en réparation contre la personne responsable du décès de l'un de ses parents »<sup>1759</sup>. La seconde, par analogie avec les règles de l'inceste, permettrait à l'enfant d'obtenir une indemnisation en ce qu'il a été « privé de faire établir un lien de filiation à l'égard de la femme qui l'a porté »<sup>1760</sup>.

### *b. En droit pénal*

**361. — L'extraterritorialité du droit français.** Sur le plan pénal cette fois, Monsieur Binet souligne le faible impact de l'incrimination pénale de la gestation pour autrui « dans la mesure où les entremetteurs opèrent le plus souvent à l'étranger. [Par conséquent,] s'il est insuffisant d'agir contre les entremetteurs, il convient d'agir contre les acteurs eux-mêmes. Il serait possible d'insérer un nouvel alinéa 2 à l'article 227-12. Ainsi, après l'alinéa 1<sup>er</sup> [...] pourrait être inséré l'alinéa suivant : “Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait pour une personne ou un couple de s'entendre avec une femme pour que celle-ci accepte, fût-ce à titre gratuit, de porter en elle un enfant en vue de le leur remettre”. Pour que cette infraction présente une efficacité maximale, il conviendrait de prévoir qu'elle s'applique également lorsqu'elle a été commise à l'étranger par un Français ou une personne résidant habituellement en France. À cet égard, il conviendrait de s'inspirer de ce que prévoit l'article 225-12-3 du Code pénal en matière de délit de recours à la prostitution des mineurs puni par l'article 225-12-1. Il suffirait ainsi d'insérer, après l'article 227-12, un article 227-12-1 disposant que “Dans le cas où le délit prévu au second alinéa de l'article 227-12 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables” »<sup>1761</sup>.

## **2. La discussion**

**362. —** Plusieurs observations peuvent être formulées à la suite de ces diverses propositions. Pour résumer, sur le plan civil, l'existence d'un arbitrage du conflit de valeurs tend à neutraliser toute

<sup>1758</sup> BINET (J.-R.), « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », art. préc., spéc., n° 22.

<sup>1759</sup> DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation...*, th. préc., n° 205.

<sup>1760</sup> DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation...*, th. préc., *ibid.*

<sup>1761</sup> BINET (J.-R.), « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », art. préc., n° 23.

révolte de la loi contre les faits (a). Quant au volet pénal, la condition de l'intérêt de l'enfant induit une inefficacité des solutions (b).

a. *La neutralisation de la révolte de la loi contre les faits*

**363. — L'obstacle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.** De manière générale, tout d'abord, bien que l'adoption des solutions proposées par le législateur français marquerait un renouveau de la prohibition de la gestation pour autrui, il est permis de douter de l'efficacité certaine de la dissuasion axiologique recherchée. Comme l'a justement observé Madame Leborgne, c'est une vérité que les arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2017, « en s'attachant seulement à la vie privée des enfants nés de GPA, ne dissuadent pas les parents de frauder la loi. Cela étant, même lorsque la jurisprudence de la Cour de cassation leur était défavorable, les parents ne semblaient pas dissuadés pour autant »<sup>1762</sup>. C'est dire que le problème de la gestation pour autrui en droit français trouve moins sa cause dans un échec de la dissuasion que dans le résultat de l'arbitrage du conflit de valeurs opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1763</sup>. En condamnant la France pour avoir privilégié le maintien de la cohésion de l'ordre interne sur la continuité du statut juridique, la Cour européenne a donné la primauté au respect de la vie privée et au droit à l'identité de l'enfant<sup>1764</sup>, en d'autres termes à son intérêt<sup>1765</sup>. Ce faisant, elle avalise la révolte des faits contre la loi et neutralise la révolte, éventuelle, de la loi contre les faits. En d'autres termes, « bien que ne remettant pas en cause [la] prohibition [l'arbitrage du conflit de valeurs, en défaveur de l'ordre juridique interne français], tend à en limiter au maximum les conséquences »<sup>1766</sup>. C'est une logique qu'il ne semble pas possible de renverser, même par un renouvellement et un renforcement des dispositifs de dissuasion en droit interne.

De manière particulière, ensuite, les mêmes raisons conduisent à douter de la pertinence du modèle que l'on peut voir dans l'article 310-2 du Code civil. D'abord, parce que l'extension de

<sup>1762</sup> LEBORGNE (A.), « Les choix du droit civil », in *PMA et GPA. Comprendre pour agir*, op. cit., p. 71.

<sup>1763</sup> V. LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé...*, th. préc., n° 130 s.

<sup>1764</sup> Sur la consécration du droit à l'identité sur le fondement du droit au respect de la vie privée, v. SUDRE (FR.), dir., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 10<sup>e</sup> éd., 2022, PUF, p. 565 s.

<sup>1765</sup> V. par ex, CEDH, 7 avr. 2022, n° 13344/20, *A.L. c/ France*, *Dr. fam.* 2022, chron. 3, obs. A. GOUTTENOIRE ET F. MARCHADIER ; *AJ fam.* 2022, p. 240, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 287, obs. J. HOUSSIER, qui confirme la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup> 12 sept. 2019, 18-20.472, préc.) d'avoir écarté, au nom de l'intérêt de l'enfant, le principe de vérité biologique et, ainsi, maintenu la filiation sociale de l'enfant à l'égard de son père d'intention malgré le fondement illicite de cette filiation établie à la suite d'une convention de gestation pour autrui ; mais la Cour européenne condamne également la France pour une violation de l'article 8 de la Conv. EDH, toujours au nom de l'intérêt de l'enfant, en raison d'un manquement à son « **devoir de diligence exceptionnelle** » dans un contentieux relatif à « **la relation d'une personne avec son enfant [dans lequel] le passage du temps est susceptible d'aboutir à ce que la question soit tranchée par un fait accompli** », § 68 s. (Nous soulignons)

<sup>1766</sup> DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation...*, th. préc., n° 208, p. 147.

l'interdiction d'établir la filiation posée par l'article 310-2 au cas de la gestation pour autrui ne ferait qu'engendrer une discontinuité dans l'identité de l'enfant né de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger, en fonction des ordres juridiques<sup>1767</sup>. Or, c'est bien à une telle discontinuité filiative que s'oppose la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle condamne la France d'avoir refusé la transcription des actes étrangers<sup>1768</sup>. Quand bien même, l'interdiction serait limitée à l'adoption de l'enfant par le parent d'intention non biologique, elle heurterait la nécessité pour les États, au nom du respect de la vie privée de l'enfant, de reconnaître d'une manière ou d'une autre le lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention.

**364. — L'inopportunité d'un rapprochement avec l'inceste.** Ensuite, une telle extension de l'interdiction du double établissement de la filiation de l'article 310-2 du Code civil au cas de la gestation pour autrui ne ferait que précipiter la remise en cause, regrettable, d'un interdit parfaitement justifié dans le cadre de l'inceste. On peut aisément admettre que l'interdiction d'établir la filiation d'intention d'un enfant né d'une gestation pour autrui, qui ne fait que préserver le respect de principes essentiels du droit français, constitue une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant déjà né. À l'inverse, l'interdiction d'établir une double filiation incestueuse non seulement « préserve la société et la famille [d'une] transgression fondamentale », mais est, surtout, destinée « à protéger l'enfant en refusant de l'affubler d'un état civil qui risque de lui porter préjudice, eu égard à la résonance sociale du tabou de l'inceste »<sup>1769</sup>. D'autant qu'à l'inverse de la gestation pour autrui, il existe en matière d'inceste une conscience universelle qui transcende les simples frontières de l'ordre juridique français interne, raison pour laquelle le droit exige le secret en la matière<sup>1770</sup>. Toutefois, aussi louable qu'il soit, l'interdit formulé à l'article 310-2 du Code civil n'en demeure pas moins contesté au nom des droits de l'homme et, plus particulièrement, de l'intérêt de l'enfant<sup>1771</sup>. En effet, faute de pouvoir établir sa pleine filiation, l'enfant né d'un inceste subit une double peine en ce qu'il se retrouve privé, de manière absolue, à l'égard de l'un de ses parents biologiques de droits alimentaires et de droits successoraux. Pour ces raisons, cet interdit ne satisfait qu'imparfaitement l'intérêt de l'enfant tel qu'il est désormais entendu par la Cour européenne des droits de l'Homme. Si cet interdit venait à être porté à sa connaissance, la Cour

<sup>1767</sup> Sur le soutien des droits fondamentaux, en particulier le droit au respect de la vie privée, à l'objectif de continuité des situations juridiques v. LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé...*, th. préc., n° 166 s.

<sup>1768</sup> CEDH du 26 juin 2014, *Menesson c. France*, préc., § 96.

<sup>1769</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *Droit civil. La famille, op. cit.*, n° 422, p. 381.

<sup>1770</sup> V. BATTEUR (A.) « L'interdit de l'inceste », *RTD civ.* 2000, p. 759, spéc. n° 13 s.

<sup>1771</sup> V. FENOUILLET (D.), « l'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. 29 ; GUÉVEL (D.), « Taire les origines : la filiation incestueuse », in *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, BLOCH (P.) et DEPADT-SEBAG (V.), dir., Dalloz, 2007, p. 73 s. ; PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? » *Dr. fam.* 2010, étude 16.

pourrait se montrer moins compréhensive à l'égard du législateur français dont la position ne cherche qu'à faire disparaître un fait jugé « abominable » en le niant<sup>1772</sup> au prix d'une atteinte réelle à l'intérêt de l'enfant. Il n'est ainsi pas certain que l'arbitrage du conflit de valeurs entre le droit au respect de la vie privée et à l'identité de l'enfant et la prohibition de l'endogamie se fasse en faveur de l'État français. S'il est compréhensible qu'il « plane très au-dessus des droits de l'homme »<sup>1773</sup>, l'interdit de l'inceste ne peut, néanmoins, demeurer aveugle de ces considérations fondamentales. En définitive, c'est à tort que l'on voit dans l'extension de l'interdiction de la double filiation incestueuse au cas de la gestation pour autrui une mesure de dissuasion efficace<sup>1774</sup>.

*b. La dissuasion pénale face au fait accompli*

**365. — L'obstacle de la protection de l'intérêt de l'enfant.** L'approfondissement de la logique prohibitionniste par le renforcement de la logique pénale appelle également des observations quant à l'efficacité des mesures qui ont été proposées. Il est d'avis général que l'efficacité du droit pénal, en matière de gestation pour autrui, est limitée tant au regard du principe de territorialité de la loi pénale française<sup>1775</sup> qu'au regard de la condition de la double incrimination pour les infractions commises par des Français à l'étranger<sup>1776</sup>. C'est la raison pour laquelle il a été proposé d'accompagner le renforcement du dispositif pénal applicable à la gestation pour autrui d'une exception à la condition de la double incrimination. Il est vrai qu'un tel dispositif ne contredirait pas la solution de la Cour européenne des droits de l'Homme en ce qu'elle n'empêcherait pas la reconnaissance du lien de filiation biologique et d'intention de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. L'on se contenterait alors de punir les parents d'intention sans punir directement l'enfant. Cependant, de telles mesures laisseraient intacte la difficulté de sanctionner pénalement les parents d'intention sans affecter la personne de l'enfant. « Est-ce protéger l'enfant que de le priver, par l'emprisonnement, de ceux qui ont pris la décision irresponsable de le faire naître hors la loi ? »<sup>1777</sup>. Il semble évident que toute sanction pénale des parents d'intention, en ce qu'elle aggrave leur situation du fait de la privation de liberté ou de la sanction pécuniaire, constitue une double peine pour l'enfant qui est considéré comme une victime dans un système

<sup>1772</sup> BRETON (A.), « L'enfant incestueux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Tome I, éd. A. Pedone, 1975, p. 309 s., spéc., p. 320 : « [...] s'il existe un fait si déplaisant ou même si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant [...]. On ne gagne rien à dissimuler les plus tristes réalités ».

<sup>1773</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. Tome I ...*, op. cit., n° 539, p. 1194.

<sup>1774</sup> *Contra* BINET (J.-R.), « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », art. préc., n° 22.

<sup>1775</sup> V. BOULOC (B.), *Droit pénal général*, 27 éd., 2021, Dalloz, n° 179 s. Ce principe est affirmé par l'article 113-2 du Code pénal selon lequel « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la république ».

<sup>1776</sup> V. BOULOC (B.), *Droit pénal général*, op. cit., n° 184 s. Cette condition est affirmée à l'article 113-6 du Code pénal qui prévoit que la loi pénale française est applicable « aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ».

<sup>1777</sup> BAUDOUIN (J.-L.), LABRUSSE-RIOU (A.), *Produire l'homme : quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, 1987, p. 169.

prohibitionniste<sup>1778</sup>. Comme l'a souligné Monsieur Lequette, dans une approche individualiste où règnent les droits fondamentaux « un enfant ne doit jamais payer pour les fautes des adultes, alors même qu'il serait pris en otage par ces mêmes adultes »<sup>1779</sup>.

En résumé, il n'est pas à douter que la levée du principe de territorialité du droit français et de la condition de la double incrimination permettrait à l'ordre juridique français de redonner une substance certaine au principe prohibitif en matière de gestation pour autrui. De telles évolutions permettraient de dépasser l'absence de « conscience universelle [et] de valeurs également partagées » sur ces questions<sup>1780</sup>. Toutefois, il en résulterait un impérialisme du droit pénal français qui l'exposerait directement à la censure de la Cour européenne des droits de l'Homme. Par où l'on hésite sur la capacité du droit, dans son volet répressif, à ordonner la maîtrise par l'individu d'un désir institutif aussi particulier que celui de l'enfant. En effet à la force prophylactique du droit pénal s'oppose « la force irrésistible du désir d'enfant qui pousse certaines personnes à tout tenter, pour y parvenir, fût-ce au prix d'illégalités et d'indignités »<sup>1781</sup>. Si la prohibition et la répression de la gestation pour autrui sont significatives de la réponse sociale au désir d'enfant dans le cadre de la maternité pour autrui, l'échec répété et continu de cette réponse n'offre-t-il pas l'opportunité de repenser l'appréhension du désir concerné par la société par le biais du Droit ? Si la sanction pénale reflète « le jugement de valeur porté sur [un] acte et son auteur au regard des valeurs constitutives de la société »<sup>1782</sup>, son ineffectivité, tant au regard de l'acte que de l'auteur, n'induit-elle pas une erreur de jugement ou, à tout le moins, un jugement vieillissant ? Il devient de plus en plus ardu de justifier, en pratique, la prohibition et la répression de la gestation pour autrui dès lors que, d'un côté, le législateur s'évertue à instituer un véritable droit à l'enfant par procréation assistée et que, de l'autre, les juges en viennent à neutraliser les interdits déjà existants. Impuissant à prévoir des mécanismes de dissuasion pleinement efficaces dans l'ordre interne, le droit français pourrait se tourner vers l'action internationale ; la source de la perturbation constatée en droit interne étant majoritairement étrangère.

---

<sup>1778</sup> V. DUBOIS (Ch.), « L'autonomie du droit pénal et le droit de la famille », *Ch. dr. entr.* 2021, dossier 24 qui souligne la schizophrénie d'un droit dans lequel « le droit de la famille donne d'une main (en reconnaissant la filiation), tandis que le droit pénal frappe de l'autre (en faisant encourir la répression aux fraudeurs) ».

<sup>1779</sup> LEQUETTE (Y.), « De la "proximité" au "fait accompli" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc., n° 27.

<sup>1780</sup> LEBORGNE (A.), « Les choix du droit du droit civil », préc., p. 71.

<sup>1781</sup> BAUDOIN (J.-L.), LABRUSSE-RIOU (A.), *Produire l'homme : quel droit ?*, op. cit., p. 168.

<sup>1782</sup> BLANCHARD (Ch.), « L'assistance médicale à la procréation et le droit pénal », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 364.

## B. *En droit international*

**366. — Un problème de droit international.** Du point de vue du droit international, la gestation pour autrui soulève des difficultés quant à la lutte contre le tourisme procréatif. La percée de la structuration contractuelle de la parenté en droit interne français a cela de particulier qu'elle prend, en partie, source dans une situation constituée à l'étranger. En effet, l'accroissement du phénomène perturbateur des contrats de gestation pour autrui est concomitant à l'« essor prodigieux »<sup>1783</sup> des gestations pour autrui transfrontières. Il s'agit, ainsi, dans la plupart des cas, de reconnaître en France une situation régulièrement constituée à l'étranger<sup>1784</sup>. Partant, c'est sur le plan international que la recherche d'une politique prohibitionniste efficace doit être menée. Comme l'a relevé Monsieur Bollée, la voie internationale part « de la constatation réaliste que l'ordre juridique français n'a qu'une emprise limitée sur la régulation internationale de la gestation pour autrui, y compris lorsque celle-ci implique des Français. [D'autant] qu'il n'a de prise sur les problèmes qu'à un stade trop tardif, où il est contraint de choisir entre le sacrifice des principes et celui de l'enfant ! Il serait amplement préférable de prendre le mal à la racine, de manière à éviter la constitution de ces situations problématiques. Cela supposerait d'introduire une force de coordination des ordres juridiques nationaux, laquelle fait aujourd'hui largement défaut »<sup>1785</sup>. Aussi la recherche d'une coopération internationale ou européenne<sup>1786</sup> apparaît-elle comme la seule solution raisonnable, bien qu'elle soit en l'état incertaine (2). En effet, les mécanismes traditionnels de droit international privé se révèlent incertains à endiguer le processus du tourisme procréatif (1).

### 1. Les difficultés du droit international privé

**367. —** La question de la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui transfrontière se présente selon deux voies. D'abord, le recours par les parents à la gestation à l'étranger se conclut par un acte de naissance étranger établi selon les prescriptions de l'État concerné. À ce sujet, le refus des entraves à la libre circulation des actes et des personnes favorise la régularisation de situations contraires à l'ordre juridique (a). Ensuite, le processus de substitution de maternité peut être assorti d'un jugement étranger se prononçant sur la filiation de l'enfant. Il s'agit alors d'en

<sup>1783</sup> BOLLÉE (S.), « La gestation pour autrui en droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé, Années 2012-2014*, éd. Pedone, 2015, p. 215.

<sup>1784</sup> Sur l'étude de la reconnaissance des situations familiales en droit international privé, v. FULLI-LEMAIRE (S.), *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, th. préc.

<sup>1785</sup> BOLLÉE (S.), « La gestation pour autrui en droit international privé », art. préc., p. 223 et 228.

<sup>1786</sup> V. à cet égard la proposition de règlement européen du 7 décembre 2022 relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation.

demander l'*exequatur* dans l'ordre juridique français (b). Dans les deux cas, la faiblesse de l'ordre public à s'opposer au rattachement familial de l'enfant par le contrat s'observe.

*a. Le refus des entraves à la libre circulation des personnes et des actes*

**368. — L'incidence du droit de l'Union européenne.** Il s'agit pour les particuliers d'obtenir la reconnaissance d'un acte de naissance étranger dans leur ordre juridique de nationalité, en l'occurrence l'ordre français. C'est autour de cette situation que s'est noué le contentieux relatif à la transcription dudit acte. Après atermoiements, c'est la solution libérale qui fut adoptée par les juges, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce premier volet n'a pas mis en cause directement des mécanismes du droit international privé. Il s'est limité à un affrontement entre le respect des prescriptions prohibitives internes et la protection des droits fondamentaux de l'enfant.

Signalons cependant que le droit international privé européen pourrait être mobilisé s'agissant des gestations pour autrui réalisées dans un État membre qui l'autorise<sup>1787</sup>. En effet, le règlement du 6 juillet 2016<sup>1788</sup> permet la libre circulation des documents émanant d'une autorité publique d'un État membre. Par son champ d'application, le règlement couvre les documents dont la finalité est d'établir la naissance, c'est-à-dire l'acte de naissance<sup>1789</sup>. Aussi, en vertu de l'article 4 du règlement, l'acte de naissance établi dans un État membre et qui mentionne les parents d'intention<sup>1790</sup> est dispensé de toute forme de légalisation et de formalité similaire. On précisera que si le règlement prévoit un système de demande d'informations en cas de doutes raisonnables, elle ne peut porter que sur des éléments formels de l'acte en rapport avec son authenticité et non sur une quelconque réalité objective de son contenu. Là est une contrariété supplémentaire à l'objectif qui sous-tend la réforme du 2 août 2021 qui a modifié l'article 47 du Code civil. Cette réforme pourrait également être affaiblie par l'application de la théorie de la reconnaissance des situations familiales à la reconnaissance d'un acte de naissance mentionnant une double filiation maternelle par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1791</sup>. À raisonner à partir de la gestation pour autrui réalisée

<sup>1787</sup> On songe à l'exception européenne qu'est la Grèce (v. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 986 ; *adde* MECARY (C.), *PMA et GPA*, préf. S. Hefez, *Que sais-je ?* 2019, p. 92), ou encore à la Belgique et aux Pays-Bas (v. MECARY (C.), *op. cit.*, p. 80 s.).

<sup>1788</sup> Règlement n° 2016/1191 du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne.

<sup>1789</sup> Règlement n° 2016/1191, préc., art. 2 a).

<sup>1790</sup> Comme le permet le droit grec.

<sup>1791</sup> CJUE, 21 déc. 2021, *Pancharevo*, aff. C. 490/20, *Dr. fam.* 2022, comm. 64, note M. ÉLOFIR. : sur le fondement du principe de libre circulation dans l'espace européen (TFUE article 20 et 21), la Cour énonce que « s'agissant d'un enfant mineur, citoyen de l'Union dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé, d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de

légalement dans un État membre d'accueil, les autorités de l'état de nationalité de l'enfant se trouvent contraintes de reconnaître la filiation valablement constituée dans l'État de résidence de l'enfant sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par les autorités de l'état de résidence. Autrement dit, l'enfant français, issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, se verrait reconnaître la nationalité française sur le fondement de l'acte de naissance établi dans l'État membre d'accueil. Sauf à invoquer le risque d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société. Or, la reconnaissance de l'efficacité de la gestation pour autrui dans l'ordre juridique, sans entamer le principe de la prohibition de la gestation pour autrui, rend factuellement inefficace le jeu de l'exception d'ordre public. Comme l'a écrit Madame Leroyer, « on ne voit pas pour quelle raison, l'ordre public s'opposerait à la reconnaissance de la reconnaissance ainsi établie, alors même que l'ordre public lié à l'existence d'une gestation pour autrui n'est plus mobilisé ni pour la transcription ni pour l'adoption »<sup>1792</sup>. Plus qu'une mise à l'épreuve de la réforme de l'article 47<sup>1793</sup>, c'est à son contournement, fondé sur les droits et libertés attachés à la citoyenneté européenne, qu'aboutit la jurisprudence de la Cour européenne. Il n'est plus nécessaire de solliciter la transcription de l'acte dans le but d'obtenir la délivrance d'une carte d'identité ou d'un passeport. La faiblesse de l'ordre public apparaît tout autant lorsque la gestation pour autrui est réalisée dans un état tiers à l'Union et est assortie d'un jugement.

*b. L'écran du jugement prénatal dans la procédure d'exequatur*

**369. — L'exequatur d'un jugement prénatal instituant une double parenté sociale.** De manière générale, l'*exequatur* se définit comme l'octroi de la force exécutoire à un acte donné. S'agissant d'un jugement étranger, l'*exequatur* permet de « consacrer en France son autorité de chose jugée et sa force exécutoire »<sup>1794</sup>. Aussi faut-il, pour le juge, en vérifier la régularité au regard de l'ordre public international français. En droit international privé commun<sup>1795</sup>, le juge doit vérifier « la compétence indirecte du juge étranger, qui inclut [...] le contrôle de l'absence de fraude, et l'ordre public, tant de fond que de procédure »<sup>1796</sup>. Lorsque la gestation pour autrui est réalisée à l'étranger, le plus souvent aux États-Unis, le processus est garanti par un jugement prénatal visant à désigner comme parents légaux, de l'enfant à naître, les parents d'intention. Il ne s'agit donc pas

---

l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ».

<sup>1792</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1004, p. 783 ; comp. D'AVOUT (L.), LEGENDRE (R.), « Mobilité européenne et filiation : l'état civil à la carte ? », *D.* 2022, p. 331.

<sup>1793</sup> V. ÉLOFIR (M.), « Libre circulation d'un enfant d'un couple de parents de même sexe au sein de l'Union européenne », *Dr. fam.* 2022, comm. 64.

<sup>1794</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1002.

<sup>1795</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, *Cornelisen*, *D.* 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT ET S. BOLLÉE ; *Rev. cit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL ET H. MUIR WATT ; *JDI* 2007, p. 1185, note F.-X. TRAIN.

<sup>1796</sup> BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé. Tome 1 – Partie générale*, 5<sup>e</sup> éd., 2021, PUF, n° 263-1, p. 331.

simplement de conférer l'*exequatur* à un jugement étranger d'adoption d'un enfant né d'une gestation pour autrui. Une telle reconnaissance ne fait plus débat dorénavant<sup>1797</sup>. Dans le cadre d'un jugement prénatal, l'adoption de l'enfant né ne fait plus écran, le jugement apparaît comme une validation du contrat de gestation pour autrui, auquel il donne simplement acte ou effet entre les parties. Une telle circonstance peut-elle justifier le refus de l'*exequatur* en raison de la contrariété à l'ordre public international français ? Par deux fois, la Cour d'appel de Paris a répondu par la négative.

Dans une première espèce<sup>1798</sup>, un couple d'hommes, mariés, conclut un contrat de gestation pour autrui aux États-Unis. Une décision prénatale de la Cour supérieure de l'État de Californie désigne les parents d'intention comme parents légaux et décharge la mère porteuse ainsi que son époux de toute obligation à l'égard de l'enfant à naître. Sollicitée quant à l'*exequatur* de ladite décision, la Cour d'appel de Paris relève expressément que le jugement prénatal californien a été rendu « conformément aux stipulations du contrat de gestation pour autrui conclu entre les parties ». Aussi un tel jugement étranger, se rapproche du jugement de donner acte, du droit français, par lequel le juge ne tranche aucune partie du litige de sorte que cette pratique n'est ni contentieuse, ni même gracieuse puisqu'il s'agit simplement de « faire occasionnellement état d'un fait à la demande volontaire » des parties<sup>1799</sup>. Or, en droit français, la Cour de cassation considère qu'un tel jugement n'altère en rien la nature contractuelle de l'acte soumis au juge<sup>1800</sup>. Les juges de la Cour d'appel de Paris n'en ont pas moins octroyé la force exécutoire au jugement américain. Comme l'a relevé un annotateur, « la Cour d'appel de Paris suit un raisonnement parfaitement exact au regard des principes qui gouvernent l'*exequatur* »<sup>1801</sup>. Se fondant sur le principe de prohibition de la révision au fond<sup>1802</sup>, les juges du fond écartent deux arguments contre l'*exequatur* de la décision. L'une tenant aux conditions de l'adoption<sup>1803</sup> et l'autre tenant au lien biologique existant ou non existant

<sup>1797</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, *ibid.*

<sup>1798</sup> Paris, 17 janv. 2023, n° 21/17455, *JurisData* n° 2023-002945, *Dr. fam.* 2023, comm. 58, obs. V. ÉGÉA.

<sup>1799</sup> CORNU (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, PUF, v° « Donné acte ».

<sup>1800</sup> À titre d'exemple, la Cour de cassation n'hésite pas à reconnaître la nature pleinement contractuelle de la convention portant sur les intérêts patrimoniaux des époux, le simple fait de *donner acte* à cette convention n'en altère pas la nature contractuelle, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, n° 95-12.035, *RTD civ.* 1998, p. 729, obs. B. VAREILLE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2008, n° 07-10.511, *RTD civ.* 2008, p. 662, obs. J. HAUSER.

<sup>1801</sup> ÉGÉA (V.), « Exequatur d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », *Dr. fam.* 2023, comm. 58.

<sup>1802</sup> V. BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *op. cit.*, (t. 1), n° 263-1.

<sup>1803</sup> En l'espèce, était invoqué l'article 370-3 du Code civil relatif au consentement du représentant légal de l'enfant adopté. Pour la Cour d'appel, « il convient de rappeler qu'il n'appartient pas à cette cour de vérifier si les conditions caractéristiques de l'adoption en droit français sont remplies et s'il existe un consentement comme prévu par l'article 370-3 du Code civil. En tout état de cause, aux termes de l'article 370-3 du Code civil, seul le consentement du représentant légal de l'enfant est requis. En l'espèce, l'acte de naissance de l'enfant ne mentionne que les filiations paternelles. [...], aucune filiation maternelle n'étant établie ».

entre les parents d'intention et l'enfant<sup>1804</sup>. Pour la cour, l'examen de ces deux arguments reviendrait à une violation de la prohibition de la révision du jugement. Il convient, en conséquence, de se limiter au contrôle des effets produits en France par la décision étrangère déférée. En l'espèce, il s'agit de permettre « sur le territoire français une double filiation paternelle établie par la voie de l'adoption plénière ». Or, de tels effets ne contredisent en rien l'ordre public français qui admet l'adoption à l'égard d'un couple d'hommes. En définitive, la cour d'appel, qui n'ignore par l'existence d'un projet parental contractuel, donne indirectement effet au contrat de gestation pour autrui portant ledit projet<sup>1805</sup>. Les principes de la procédure d'*exequatur* ainsi que le jugement de donner acte font, ici, office « d'écran juridique »<sup>1806</sup> à l'efficacité de la prohibition interne de la gestation pour autrui.

Dans une seconde espèce<sup>1807</sup>, les juges étaient saisis d'éléments de faits similaires, à la différence que les requérants n'étaient point liés par un lien matrimonial, mais « partenarial ». La solution précédente est reconduite. Les juges revêtent de l'*exequatur* le jugement prénatal de l'État de Géorgie, qui ne fait que donner acte au contenu d'un contrat de gestation pour autrui. Du reste, la différence due à la situation conjugale des parties importe peu, puisque, comme l'affirme l'arrêt, la reconnaissance d'une double filiation paternelle, établie par la voie de l'adoption plénière « ne porte pas atteinte aux principes essentiels du droit français, une telle adoption à l'égard de deux hommes, non mariés étant possibles depuis la loi n°2022-219 du 21 février 2022 ».

Dans les deux arrêts, il est intéressant d'observer que les juges écartent, chaque fois, l'argument du ministère public fondé sur la réécriture de l'article 47 du Code civil<sup>1808</sup> aux motifs que l'article 47 n'est pas applicable à la détermination des effets en France d'un jugement étranger et ne peut être opposé aux appelants. On constate, une nouvelle fois, la fragilité de la réforme opérée par le

<sup>1804</sup> « dès lors que le jugement ne donne aucun élément permettant de savoir lequel [des époux] est le parent biologique de l'enfant à naître et si même l'un d'eux est parent biologique, il ne peut être retenu, sans procéder à une révision du jugement américain, ce qui est prohibé, que l'un est le parent biologique et l'autre le parent d'intention. »

<sup>1805</sup> V. ÉGÉA (V.), « Exequatur d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », art. préc., selon qui, là « réside l'apport essentiel de la décision, qui fait prévaloir la volonté d'établir un double rattachement de l'enfant à naître sur l'existence d'un quelconque lien biologique à l'égard de l'un des deux hommes ».

<sup>1806</sup> ÉGÉA (V.), « Exequatur d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », art. préc., *in fine*.

<sup>1807</sup> Paris, 31 janv. 2023, n° 21/15747, *JurisData* n° 2023-000871, *Dr. fam.* 2023, comm. 75, obs. V. ÉGÉA.

<sup>1808</sup> Dans la première espèce, le ministère public avance que « depuis la loi bioéthique du 2 août 2021, la réalité des faits mentionnés dans un document d'état civil étranger est appréciée au regard de la loi française, de sorte que la jurisprudence issue du revirement de décembre 2019 [...] ne peut plus trouver à s'appliquer au regard de la nouvelle législation, qui fait désormais obstacle à la transcription de la filiation d'un enfant vis-à-vis de son parent d'intention ». Dans la seconde, il précise l'argument en soutenant que « la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, ayant modifié l'article 47 du Code civil, [...] cela implique de considérer la paternité de manière biologique et factuelle. Il en déduit que l'acte de naissance d'un enfant, né de gestation pour autrui à l'étranger, ne peut être transcrit que pour établir la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique, mais qu'en l'espèce en raison du conflit de filiation, (les deux pères étant indiqués dans l'acte de naissance américain sans précision du père biologique), aucune transcription partielle n'est possible ».

législateur. Qu'importe si la transcription d'un acte de naissance étranger ou l'*exequatur* d'une décision étrangère, s'agissant de la gestation pour autrui, aboutissent à un résultat concret similaire, l'écran juridique du jugement étranger fait échec à l'application d'une telle disposition censée préserver l'efficacité de la prohibition de la gestation pour autrui. En outre, même à considérer que seul le jugement établit la filiation de l'enfant, son caractère prénatal n'emporte aucune contrariété aux principes essentiels du droit français. Le fait qu'une filiation puisse être volontairement établie avant la naissance de l'enfant ne s'avère plus contraire à l'ordre public au regard de la reconnaissance conjointe anticipée.

L'intérêt pratique de la demande en *exequatur* apparaît nettement : contrairement à l'action en transcription de l'acte de naissance étranger, l'*exequatur* permet de contourner les discussions quant à l'effet de la réforme de l'article 47 du Code civil. En recourant à l'*exequatur* de la décision étrangère qui leur transfère la parenté, les parents volontaires évitent toute dissociation dans la reconnaissance de la filiation entre la filiation biologique – le plus souvent paternelle – transcrite et la filiation purement volontaire – celle de la mère qui n'a pas accouché, selon la conception traditionnelle du droit français, ou du père non lié biologique à l'enfant dans le cadre d'un couple d'hommes – qui serait alors dépendante de la procédure d'adoption de l'enfant. C'est dire qu'en l'état du droit<sup>1809</sup>, la procédure d'*exequatur* permet une reconnaissance entière du projet parental des parents, en faisant abstraction de la réalité génétique et biologique, là où la demande de transcription conduit à une reconstruction de la filiation de l'enfant, au nom d'une telle réalité.

Pour pallier ces obstacles méthodologiques du droit international privé, la voie de la coopération internationale ou européenne est fréquemment mise en avant. L'aboutissement de cette solution se heurte, néanmoins, à des limites structurelles.

## 2. La coopération internationale ou européenne

**370. — Une solution internationale à l'issue incertaine.** Dans une perspective internationale, la solution la plus admise de tous est celle d'une coopération internationale<sup>1810</sup>. Le procédé ne serait pas nouveau en droit international puisqu'il s'inscrirait dans le domaine des procédés de

<sup>1809</sup> À l'heure où nous écrivons ces lignes, les deux décisions de la Cour d'appel de Paris précédemment citées ont fait l'objet de deux pourvois en cassation qui permettront à la Cour de cassation de se prononcer sur l'importance du critère biologique dans le cadre de l'*exequatur* en matière gestation pour autrui, v. BRUNET (L.), MESNIL (M.), « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023, p. 374.

<sup>1810</sup> BOLLÉE (S.), « La gestation pour autrui en droit international privé », art. préc., p. 228 ; *adde*, FULCHIRON (H.), « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014, var. 2 ; *id.*, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes" », *RTD civ.* 2017, p. 271, *passim*.

« reconnaissance explicite [par le biais de conventions internationales qui] instituent une procédure uniforme de coopération administrative internationale, [qui] disciplinent la compétence opérationnelle et [qui] prescrivent des contrôles préalables à la constitution du rapport juridique. La reconnaissance de plein droit de la situation nouvelle, sur certificat administratif de conformité, n'est que l'issue d'une procédure supranationale uniforme »<sup>1811</sup>. À cet égard, la Convention sur l'adoption internationale<sup>1812</sup> constitue un modèle naturel d'inspiration<sup>1813</sup>. Il demeure, toutefois, un obstacle de taille. En matière de reconnaissance explicite en droit international c'est « la communauté des points de vue juridiques sur les aspects essentiels [qui] permet la reconnaissance des décisions administratives »<sup>1814</sup>. Une telle communauté de vues n'existant pas en matière de gestation pour autrui, il est à craindre que ne soit laissée de côté la problématique de l'encadrement de la pratique en elle-même au profit d'une simple réglementation de ses effets. C'est, au demeurant, le sens de la réflexion engagée par la Conférence de La Haye qui se consacre désormais à l'élaboration de deux instruments internationaux. Un instrument général de droit international privé traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères portant sur la filiation et un protocole distinct traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères en matière de filiation résultant de conventions de maternité de substitution à caractère international<sup>1815</sup>. La mise en place de conditions de réalisation d'une gestation pour autrui sur le modèle des conditions d'adoption internationale<sup>1816</sup> ne semble pas à l'ordre du jour<sup>1817</sup>. Partant, il est à craindre que de tels instruments, ne visant ni la lutte contre la pratique de la gestation pour autrui ni l'élimination des réglementations laxistes, n'aboutissent à « légitimer la GPA et, en dessinant les contours d'une GPA internationalement "acceptable", de favoriser son intégration en droit interne »<sup>1818</sup>. Il n'est pas sûr que cela satisfera les États engagés dans une politique prohibitionniste à l'égard de la gestation pour autrui. L'on risque dès lors de voir ressurgir l'exception de l'ordre public, par le biais de clauses de réserve, en tant que justification à la non-reconnaissance des situations étrangères. La résistance de

---

<sup>1811</sup> D'AVOUT (L.), « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Travaux du comité français de droit international privé, Années 2014-2016*, éd. Pedone, 2017, p. 215 s., spéc., n° 8.

<sup>1812</sup> Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

<sup>1813</sup> Bureau permanent de la Conférence de La Haye, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, 20 mars 2012, spéc., n° 46.

<sup>1814</sup> D'AVOUT (L.), « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », art. préc., *ibid.*

<sup>1815</sup> V. les rapports, conclusions et décisions annuels du Conseil sur les affaires générales et politiques de la Conférence de La Haye (en ligne sur le site internet).

<sup>1816</sup> V. les articles 4 et suivants de la Convention sur l'adoption internationale qui conditionnent l'adoption au contrôle et à l'accord des autorités centrales du pays d'origine et du pays d'accueil de l'enfant.

<sup>1817</sup> V. SALAMÉ (G.) *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2006, n° 454 s., qui propose une règle de conflit en matière de gestation, inspirée du modèle de l'adoption internationale et fondée sur la technique de consultation de l'ordre juridique compétent et sur la coopération entre autorités centrales.

<sup>1818</sup> FULCHIRON (H.), « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes" », art. préc.

l'ordre interne n'en serait que temporaire, puisqu'il devra céder face au raisonnement en matière de droits fondamentaux.

**371. — Le mouvement libéral européen.** De la même manière, au niveau européen, la Commission européenne a proposé l'adoption de règles « sur la compétence internationale en matière de filiation (déterminant l'État membre dont les juridictions sont compétentes pour traiter les questions de filiation, y compris pour établir la filiation, dans les situations transfrontières) et sur la loi applicable (désignant le droit national qui devrait s'appliquer aux questions de filiation, y compris à l'établissement de la filiation, dans les situations transfrontières), de manière à faciliter ensuite la reconnaissance, dans un État membre, de la filiation établie dans un autre État membre. La Commission propose également la création d'un certificat européen de filiation que les enfants (ou leurs représentants légaux) peuvent demander et utiliser pour apporter la preuve de leur filiation dans un autre État membre »<sup>1819</sup>. L'exposé des motifs ajoute que « la proposition régit la reconnaissance de la filiation d'un enfant quelle que soit la manière dont l'enfant a été conçu ou est né, et quel que soit le type de famille de l'enfant ». Autrement dit, le principe de reconnaissance mutuelle imposerait la reconnaissance automatique des filiations issues d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. La proposition tire ici les conséquences de la fondamentalisation de la filiation qui, au nom du droit au respect de la vie privée, déplace le curseur des problématiques relatives aux conditions de naissance de l'enfant à celles de la reconnaissance de sa parenté, donc de sa filiation. Le droit à l'identité de l'enfant et celui d'être élevé par ses parents impliquent le refus de toute discrimination en raison des circonstances de sa naissance. Si une telle proposition devait être adoptée en l'état, elle rendrait de fait inévitable l'abrogation de l'article 16-7 du Code civil et ses équivalents dans les systèmes de droit étrangers européens. Ceci confirme par ailleurs l'idée que, en matière de gestation pour autrui, « sans doute, les différences entre les systèmes juridiques [...] contribuent à rendre les choses plus compliquées. Mais [qu'à vrai dire] l'origine de cette difficulté se situe probablement à un niveau plus profond que la simple différence entre les législations, à savoir la conception elle-même de la personne et de la vie sociale, qui s'avèrent des mots autour desquels on remarque désormais l'absence d'un sentiment commun, ce qui constitue un défi profond pour tout juriste »<sup>1820</sup>.

En outre, le libéralisme européen se poursuit quant à la détermination de la loi applicable à l'établissement de la filiation puisque l'article 17 (1) prévoit que « la loi applicable à l'établissement

<sup>1819</sup> V. la proposition de règlement du 7 déc. 2022, préc., « Exposé des motifs », spéc., p. 3.

<sup>1820</sup> CALZOLAIO (E.), « Le tourisme procréatif en droit italien », *RJPF* 2022, n° 1, p. 55 s., spéc., p. 59.

de la filiation est la loi de l'État dans lequel la personne qui accouche a sa résidence habituelle au moment de la naissance ou, lorsque la résidence habituelle de la personne qui accouche au moment de la naissance ne peut pas être déterminée, la loi de l'État de naissance de l'enfant ». Couplée à la vocation universelle du règlement proposé<sup>1821</sup>, l'on imagine sans difficulté les conséquences en matière de gestation pour autrui. De fait, la possibilité d'une adoption de la proposition – qui a déjà fait l'objet de réserves importantes du Sénat français<sup>1822</sup> – est fortement compromise. Comme l'a relevé Monsieur Fulli-Lemaire, « dans le cadre de la procédure législative spéciale qui s'impose s'agissant d'une "mesure relative au droit de la famille ayant une incidence transfrontière", l'adoption du texte devrait être votée à l'unanimité au sein du Conseil. Le caractère peu probable d'une telle perspective explique sans doute que, le jour même de la diffusion de la proposition, le commissaire européen à la justice, Didier Reynders, ait évoqué la possibilité de basculer, faute d'unanimité, sur une coopération renforcée entre un nombre limité d'États membres »<sup>1823</sup>. Il n'est pourtant pas certain que la France, compte tenu de la position du législateur hostile à l'égard de la gestation pour autrui, s'engage dans un processus de coopération renforcée. Encore qu'il ne s'agirait pas d'une approbation en droit interne de la gestation pour autrui, mais d'une reconnaissance des filiations qui en sont issues, ce qui ne serait guère différent de la réalité actuelle du droit positif français soumis aux exigences des principes de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg.

**372. — Conclusion.** Les difficultés auxquelles pourrait faire face le droit français tant sur le plan interne que sur le plan international quant au maintien de l'efficacité de son principe prohibitif illustrent la reconstruction interne qui semble lui être imposée par le seul effet des droits de l'homme. En ce sens, ainsi que l'affirme Madame Muir Watt, les droits de l'homme ont acquis une telle capacité en ce qu'ils « constituent le discours le plus perturbateur qui permette de mener une contestation au premier abord apolitique des structures sociales existantes »<sup>1824</sup>. La pression que

<sup>1821</sup> V. l'article 16 de la proposition qui précise que « toute loi désignée comme la loi applicable par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ».

<sup>1822</sup> V. Résolution n° 84 (2022-2023), devenue résolution du Sénat le 22 mars 2023, qui souligne le risque d'un empiètement du droit de l'Union sur les compétences des États et rappelle que « le gouvernement français affirme au Conseil son refus de toute reconnaissance automatique des filiations issues d'une GPA réalisée dans un autre État membre, position que le Sénat soutient, en conformité avec la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ; dans ces conditions, le Sénat estime que le choix de la Commission européenne de préférer au dialogue avec les États membres sur les éventuelles difficultés à résoudre, la proposition d'un règlement d'effet direct visant à imposer la reconnaissance mutuelle « automatique » de toutes les filiations établies dans chaque État membre n'est pas respectueux de la répartition des compétences prévue par les traités ; à cet égard, le Sénat rappelle que la compétence des États membres est première dans la définition du droit de la famille et de la filiation, laquelle résulte de leurs traditions constitutionnelles et de leur identité nationale que l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne impose à l'Union européenne de respecter ».

<sup>1823</sup> FULLI-LEMAIRE (S.), « Vers un droit international privé de la filiation ? », *D.* 2023, p. 246 ; *adde* PEROZ (H.), « Proposition de règlement européen en matière de filiation », *Dr. fam.* 2023, comm. 34.

<sup>1824</sup> MUIR WATT (H.), « Conflicts of laws unbounded: the case for a legal-pluralist revival », *Transnational Legal Theory*, 2016 7 (3), pp. 313 – 353, spéc., p. 338: "They are indubitably powerful insofar as they are currently the most disruptive

ces derniers font peser et continueront de faire peser sur la construction ou la reconstruction du droit<sup>1825</sup> ainsi que le caractère profondément hypothétique des solutions envisagées au titre du renforcement de la logique prohibitionniste, imposent de mener plus avant la réflexion. Ce faisant, c'est à l'éventualité d'un renouvellement de la réflexion en matière de la gestation pour autrui que nous accorderons notre attention.

## § II. La tentation d'une clarification

**373.** — La complexité des problèmes posés par la gestation pour autrui dans le système juridique français contraste avec le laconisme des solutions et des directives en la matière. À titre d'illustration, le communiqué de présentation du projet de loi relatif à la bioéthique précise-t-il simplement que « le respect des principes fondateurs de notre droit bioéthique que sont le respect de la dignité humaine et la non-marchandisation du corps humain, conduit à maintenir l'interdiction de la gestation pour autrui »<sup>1826</sup>. Une telle position qui mène à l'exclusion de toute discussion de fond est d'autant plus étonnante que la réflexion prospective en matière de gestation pour autrui est légitimée par le constat de l'inadaptation de la réponse légale au changement de paradigme à l'œuvre dans le droit de la famille contemporain. De ce fait, sans pour autant le souhaiter, on peut, tout de même, envisager l'ouverture d'un véritable débat dépassionné, dans la mesure du possible, sur l'opportunité d'un encadrement légal de cette réalité contemporaine. La présentation des raisons de la recherche d'un cadre normatif plus adapté (A) précédera les pistes d'une réflexion renouvelée en la matière (B).

### A. Les raisons

**374.** — L'inadaptation des solutions du droit français à la question de la maternité pour autrui peut s'expliquer par deux facteurs complémentaires. On l'a vu, l'ouverture de la procréation médicale assistée aux couples de femmes signale un nouveau parti pris du droit français en matière de filiation dont on peut craindre qu'il ouvre la voie à une légalisation de la gestation pour autrui. Par l'effet de cette dernière évolution, la problématique de la levée de la prohibition des contrats de gestation

---

language in which ostensibly non-political contestation of existing social structures can take place". (Traduit par nous) ; comp. GANNAGÉ (L.), « À propos de l' "absolutisme" des droits fondamentaux », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265 s., qui tend à nuancer et à démontrer les excès et dangers du discours sur l'absolutisme des droits de l'homme.

<sup>1825</sup> Sur l'influence de l'article 8 de la Conv. EDH sur le droit de la famille, v. MARGUÉNAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7<sup>e</sup> éd., 2016, Dalloz, p. 100 s.

<sup>1826</sup> Communiqué de presse du Conseil des ministres du 24 juill. 2019. Nous l'avons vu, cette position ne fait que suivre les avis concordants du Comité consultatif national d'éthique et du Conseil d'État.

pour autrui se trouve, ainsi, confinée à une opposition purement éthique<sup>1827</sup> entre les opposants à la gestation pour autrui et les partisans d'une gestation pour autrui « éthique ». À cet égard, l'argument égalitaire, donc fondamentaliste, fragilise la légitimité et la cohérence de la position française (1) tout autant qu'elle met en lumière le déni de réalité que peut recouvrir, en l'état, cette prohibition (2).

### 1. Le renforcement de l'argument égalitaire

**375. — L'incidence de la généralisation de la procréation assistée.** Au-delà du bouleversement des structures anthropologiques essentielles de notre système de parenté<sup>1828</sup>, c'est surtout du point de vue de l'argument d'égalité, autrement dit fondamentaliste<sup>1829</sup>, que l'ouverture de la procréation assistée aux couples de femmes fragilise l'opposition à l'encadrement de la gestation pour autrui. Comme l'a fait observer Monsieur Chénéde, « après avoir admis la procréation médicalement assistée aux couples de femmes, comment imaginer en exclure les couples d'hommes ? Et une fois la gestation pour autrui ouverte aux couples homosexuels, comment justifier l'exclusion des couples hétérosexuels ? »<sup>1830</sup>. L'on a pu, indirectement, répondre à cet argument du « glissement » en considérant qu'on ne saurait mettre sur un pied d'égalité le recours à une « technique déjà autorisée » dans le but de pallier une souffrance induite par l'infécondité résultant d'orientations personnelles et la légalisation d'un « processus prohibé » pouvant induire des situations de violences et des atteintes à l'intégrité des femmes<sup>1831</sup>.

Pour autant, comment ignorer que l'ouverture de la procréation assistée aux couples de femmes partage le même fondement avec les demandes de légalisation de la gestation pour autrui, celui du désir d'enfant ? À ce titre, l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes ne met fin, selon nous, à aucune inégalité, mais est, au contraire, porteuse d'une nouvelle inégalité. Elle ne met un terme à aucune inégalité puisqu'il ne pouvait y avoir une inégalité entre

<sup>1827</sup> Sur une présentation concise de la teneur des débats v. DESCHAMPS (V.), *Le fondement de la filiation...*, th. préc., n° 586 s., ainsi que les références citées. Pour une perspective de droit comparé du traitement de la gestation pour autrui en Europe, v. WILLIAMS (S.), ET AL., « Le statut légal de la gestation pour autrui en Europe », *AJ fam.* 2022, p. 329 ; PARIZER-KRIEF (K.), « À propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne) », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 217.

<sup>1828</sup> V. LABRUSSE-RIOU (C.), « Les procréations artificielles : un défi pour le droit », in *Catherine Labrusse-Riou : Écrits de bioéthique*, op. cit., p. 112 s., spéc., p. 121 : « Le respect des structures anthropologiques de la parenté (...) fondées sur l'alliance de l'homme et de la femme, sur la bilinéarité paternelle et maternelle, et sur la différenciation sans discrimination de la paternité et de la maternité quant aux critères déterminant la filiation (...) nécessite que la procréation ne soit pas délibérément dissociée du couple de l'homme et de la femme, ni de la vie de l'un ou de l'autre, et que la maternité demeure fondée sur la gestation ».

<sup>1829</sup> V. FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, p. 100.

<sup>1830</sup> CHÉNÉDE (Fr.), « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 27, spéc., n° 1.

<sup>1831</sup> CCNE, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision des lois de bioéthiques*, avis n° 129, 25 sept. 2018, spéc., p. 120 s.

les couples d'homme et femmes et les couples de femmes en raison du critère de l'infécondité pathologique qui fondait l'accès à la procréation assistée. L'orientation sexuelle ne pouvant être considérée comme une pathologie, le raisonnement à partir d'une inégalité de traitement ne peut relever que du sophisme. À l'inverse, il existe une réelle identité entre les couples de femmes et les couples d'hommes qui, tous deux, ne peuvent naturellement procréer. Cette égalité de situations devrait obéir à une identité de traitement, au nom du principe de non-discrimination<sup>1832</sup>. Or, l'ouverture de la procréation assistée aux couples de femmes, qui la transforme en « un mode alternatif de procréation »<sup>1833</sup>, permet aux uns (les couples de femmes) et non aux autres (les couples d'hommes) de satisfaire un désir d'enfant.

**376. — Vers un nouvel arrangement social.** Certes, le problème de la gestation pour autrui soulève bien d'autres difficultés que la procréation assistée. Comme le note le Conseil consultatif national d'éthique, au-delà du désir de l'enfant, la prohibition se justifie par « respect de la personne humaine, refus de l'exploitation de la femme, refus de la réification de l'enfant, indisponibilité du corps humain et de la personne humaine »<sup>1834</sup>. Mais, ces considérations ne seront pas suffisantes à étouffer le sentiment d'injustice des formes de couples exclues de « [l'] arrangement social nouveau »<sup>1835</sup> qu'est l'extension de la procréation médicalement assistée. D'autant que l'évolution des techniques de procréation assistées tend à inclure la gestation pour autrui dans les pratiques relevant de l'assistance médicale à la procréation<sup>1836</sup>. Comme le souligne le rapport Théry-Leroyer, « si la GPA est interdite, elle participe cependant à l'évidence des pratiques cliniques et biologiques caractéristiques de l'AMP, définies par le Code de la santé publique »<sup>1837</sup>. La complaisance du législateur pour l'idée d'égalité devant le progrès technique a justifié l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes. En faisant mine d'ignorer la passerelle entre la gestation pour autrui et l'assistance médicale à la procréation, il a par la même occulté le changement de mœurs qui pourrait en résulter. Or, c'est une réalité incontestable que « l'évolution des mœurs finit par rendre insupportable aux hommes le maintien des règles anciennes et à leur en faire désirer d'autres plus convenables à leur vie »<sup>1838</sup>. En d'autres termes, en ouvrant la procréation

<sup>1832</sup> Sur les rapports entre l'argument d'identité et le principe de non-discrimination, v. MATHIEU (M.-L.), *Logique et raisonnement juridique*, 2<sup>e</sup> éd., 2015, PUF, p. 406.

<sup>1833</sup> MURAT (P.), « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », préc., p. 780.

<sup>1834</sup> CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis préc., p. 40.

<sup>1835</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, op. cit., p. 190.

<sup>1836</sup> V. le glossaire qui classe la technique de « gestational surrogacy » parmi les méthodes d'« Assisted reproductive technology » (ART) : THE INTERNATIONAL COMMITTEE FOR MONITORING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (ICMART) and the WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) « Revised Glossary on ART Terminology », *Human Reproduction*, vol. 24, Issue 11, nov. 2009.

<sup>1837</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, op. cit., p. 212.

<sup>1838</sup> RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 16.

médicalement assistée à toutes les femmes, le législateur favorise dans le même temps la contestation de la prohibition de la gestation pour autrui.

## 2. Le renforcement d'un déni de réalité

**377. — Un déni de réalité général.** Plus que jamais, l'évolution de la procréation médicalement assistée révèle le déni de réalité général dans lequel s'inscrit le droit français depuis les principes posés par les lois de bioéthiques de 1994. Un déni de la réalité bioéthique, tout d'abord, puisque si la gestation pour autrui, au sens strict<sup>1839</sup>, entraîne une division de la maternité, nul ne conteste qu'il résulte pareillement de la procréation médicalement assistée qui divise « en deux la maternité physiologique, entre une maternité génétique et une maternité gestationnelle [ce] qui a permis de proposer à des femmes stériles de bénéficier d'un don d'ovocyte. [Or, alors même que l'on] pratique la division de la maternité [on] l'efface [dans un même mouvement] : les lois bioéthiques de 1994, en instituant une *pseudo-filiation charnelle*, ont donné un sens inattendu aux vieux adages : “la mère est celle qui accouche”, “la mère est toujours certaine”. Grâce à eux, on peut faire comme s'il ne s'était rien passé et organiser le don en le dissimulant complètement »<sup>1840</sup>. Cet effacement se révèle fort utile lorsqu'il s'agit de s'opposer à la gestation pour autrui, précisément, au nom des disjonctions qu'elle peut engendrer entre l'origine génétique et gestationnelle<sup>1841</sup>. Avec l'élargissement des bénéficiaires de la procréation médicalement assistée, la division se poursuit sur le plan de la parenté, entre une maternité biologique et une maternité d'intention, également reconnues par le droit.

**378. — Un déni de la réalité pratique.** Le maintien, en l'état, de la prohibition en vient à favoriser la constitution de cas sordides dans l'ordre juridique français. En témoigne la célèbre « histoire de l'enfant vendu deux fois »<sup>1842</sup> à propos d'une femme ayant conclu plusieurs contrats de gestation pour autrui à propos d'un même enfant et qui a par la suite été condamnée pour escroquerie<sup>1843</sup>. Bien qu'exceptionnelle, cette affaire révèle toutefois que le renforcement du désir d'enfant pourrait bien conduire à la multiplication de cas similaire. En effet, nul ne conteste l'existence de pratique de gestation pour autrui purement française. Comme le fait observer Monsieur Fulchiron, « il suffit de consulter certains sites internet de « coparentalité » pour le constater : inutile de passer par les grands sites transfrontières qui, en leur temps, défrayèrent la chronique ; discrétion, couverture

<sup>1839</sup> La gestatrice n'étant pas la mère biologique de l'enfant, elle se contente de porter l'enfant d'autrui.

<sup>1840</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 217-218.

<sup>1841</sup> V. CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis préc., p. 29-30.

<sup>1842</sup> ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), « L'histoire de l'enfant vendu deux fois », *D.* 2019, p. 2112.

<sup>1843</sup> T. corr. Blois, 22 janv. 2016, n° 2016-006174, préc.

altruiste et pratiques artisanales permettent plus sûrement d'atteindre le but recherché »<sup>1844</sup>. Toutefois, à la différence des situations constituées à l'étranger, la maternité réalisée en France repose uniquement sur le principe de la confiance en raison non seulement de la prohibition, mais surtout de la condamnation pénale. De telle sorte qu'une telle menace est susceptible de profiter aux individus uniquement mus par la cupidité, comme en atteste la décision du tribunal correctionnel de Blois. À cet égard, c'est, dans cette espèce, la double action civile et pénale des premiers commanditaires de la gestation pour autrui qui surprend plus puisqu'ils ne pouvaient ignorer le risque pénal qu'ils courraient personnellement. En l'espèce, la légèreté de la sanction pénale est contrebalancée par la sévérité de la sanction civile comme le confirment les suites judiciaires de la décision du tribunal. La Cour d'appel de Rouen<sup>1845</sup> ayant déclaré irrecevable l'action du père d'intention biologique en contestation et en établissement de paternité parce que « reposant » sur un contrat prohibé par la loi. La Cour de cassation est, par la suite, venue confirmer la décision d'appel qui ne méconnaît pas les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1846</sup>.

S'il « n'y a rien d'illogique à dire que l'action tendant à détruire/établir la filiation d'un enfant né grâce à une GPA est irrecevable en ce qu'elle viole un interdit fondamental du droit français »<sup>1847</sup>, on peut ne pas partager pas l'enthousiasme de certains auteurs qui y ont vu une solution « salutaire »<sup>1848</sup> en ce qui concerne la prohibition. En effet, la particularité des faits d'espèces et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ont conduit à valider une situation de maternité pour autrui nettement plus perturbatrice de l'ordre juridique français. La pure parenté d'intention ayant été préférée au principe de vérité biologique, au nom de l'intérêt de l'enfant. S'agissant de la prohibition du contrat de gestation pour autrui, celle-ci était, quoi qu'on dise, vidée de sa substance et rendue ineffective. L'enfant est accueilli par les seconds commanditaires avec lesquels il ne partage, de fait, aucun lien biologique, ceci donnant pleine effectivité au second contrat de gestation pour autrui. On ne saurait se satisfaire d'un tel jugement en forme de victoire à la Pyrrhus rendu au détriment de l'autorité interne de la prohibition des contrats de gestation pour autrui. Nous estimons, à l'instar de Monsieur Chénéde, qu'à « l'interdit absolu de l'article 16-7 c. civ., auquel elle rend ici un

<sup>1844</sup> FULCHIRON (H.), « Fraude à la GPA contre fraude à l'adoption, vente d'enfant contre vente d'enfant. Comment faire respecter les interdictions ? », *Dr. fam.* 2018, comm. 239.

<sup>1845</sup> Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084, *Dr. fam.* 2018, comm. 239, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 2018, 1040, note J.-R. BINET.

<sup>1846</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 sept. 2019, n° 18-20.472, *Dr. fam.* 2019, comm. 216, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 2019, 1010, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2019, p. 838, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ fam.* 2019, p. 531, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *D.* 2020, p. 677, obs. P. HILT.

<sup>1847</sup> FULCHIRON (H.), « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un juste équilibre ? », art. préc.

<sup>1848</sup> BINET (J.-R.), « Gestation pour autrui : l'intérêt de l'enfant avant tout », *JCP G* 2019, 1010.

hommage en trompe-l'œil, la Cour de cassation a ainsi substitué un interdit relatif, à géométrie variable, dont les effets dépendront désormais de l'appréciation au cas par cas de l'intérêt de l'enfant. (...) En acceptant de reconnaître les effets de sa violation, les hauts magistrats ont considérablement réduit son autorité et, indirectement, mais sûrement, favorisé le développement de la pratique des mères porteuses en France comme à l'étranger »<sup>1849</sup>.

**379. — Un déni de la réalité juridique.** En s'arc-boutant sur le maintien en l'état de la prohibition de la gestation pour autrui, le législateur fait le choix d'entériner une solution attentatoire à l'effectivité même du Droit. En effet, s'il est des missions du Droit d'exprimer « une fonction anthropologique »<sup>1850</sup>, l'on ne doit pas négliger qu'il ne vaut « que par son application pratique. Ainsi, à quoi servirait de graver dans le marbre des lois qui demeureraient lettre morte ? »<sup>1851</sup> Aussi complexes que soient les causes de l'ineffectivité d'un système juridique, il appartient au juriste, après les avoir discernées, de les combattre afin de contribuer à la réalisation effective du Droit. À cet égard, l'intensité de l'ineffectivité des règles relatives au contrat de gestation pour autrui pose nécessairement la question de leur légitimité et de leur maintien. La conservation d'une règle réduite à sa seule dimension politique, par le refus de son application pratique, n'est-elle pas une atteinte à l'autorité de la règle de droit ? Plus encore, le maintien de la prohibition des contrats de gestation et la reconnaissance de leurs effets ne sont-ils pas des marqueurs d'une abdication du législateur ? De telle sorte que l'abdication ne serait plus dans la levée de la prohibition, mais dans le refus de traiter, efficacement, un fait social incontestable. Lorsque la *praxis* contredit l'énoncé juridique, le droit perd son essence de vérité ; si l'énoncé juridique ne peut se réaliser, c'est qu'il n'y a plus foi en ce qui a été édicté<sup>1852</sup>.

De la même manière, si la gestation pour autrui soulève des enjeux éthiques, n'est-il pas paradoxal de se référer aux dérives éthiques observées dans certains États qui autorisent la technique, pour soutenir le discours prohibitif en France ? Ainsi, si de nombreux rapports relèvent des risques de violences d'ordre économique, médical et psychique tant pour la mère porteuse que pour l'enfant dans la gestation pour autrui, ce n'est que dans des systèmes de droit dont la condition économique et la capacité à garantir la protection juridique des individus sont incomparables avec

<sup>1849</sup> CHÉNEDÉ (FR.), « La filiation de l'enfant né d'une "GPA française" : cohérence juridique *versus* appréciation morale », *AJ fam.* 2019, p. 531.

<sup>1850</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 944.

<sup>1851</sup> JESTAZ (PH.), *Le droit*, 11<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz, coll. Connaissance du droit, p. 102.

<sup>1852</sup> V. SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020, n° 31 s.

la situation française<sup>1853</sup>. Le refus du débat est d'autant plus étonnant que c'est pleinement conscient de ces risques et de son incapacité à juguler le tourisme procréatif se mettant en place à l'échelle internationale<sup>1854</sup> que le droit français persiste à maintenir, de manière absolue, une prohibition qui contribue à la constitution de situation étrangères perturbatrices de l'ordre interne. Que la gestation pour autrui soit porteuse de questionnements éthiques n'en signifie pas pour autant que sa régulation constitue une gageure<sup>1855</sup>. En témoigne l'exemple des démocraties libérales anglo-saxonnes, souvent observées comme des modèles<sup>1856</sup>. Ces systèmes juridiques étrangers ne sont pas dépourvus de toute éthique, « ils en ont au contraire une idée extrêmement haute. Mais ce n'est pas la même que dans la tradition française. Toute l'attention est placée non dans la défense d'un unique "modèle de famille", mais dans le respect des droits de la personne et la régulation des relations interindividuelles »<sup>1857</sup>. En un mot, le constat objectif du renoncement, implicite, du droit français à l'autorité et à l'effectivité de sa prohibition, appelle un renouvellement de la discussion.

### **B. Les propositions**

**380.** — Du fait des vives réactions qu'elle suscite, la gestation pour autrui semble, du moins en France, rétive à toute analyse qui se voudrait la plus objective possible. Aussi nous semble-t-il préférable de dépasser les termes classiques du débat (1) afin de tenter de cerner les axes d'une réflexion renouvelée (2).

#### **1. L'illusion d'un débat**

**381.** — **L'état du débat en droit français.** Généralement, toute approche prospective en matière de gestation pour autrui court le risque d'une vive réprobation ; réfléchir sur la possible « moralisation » de la pratique reviendrait à militer pour sa légalisation en droit interne. Plus encore, une telle réflexion prospective relèverait sinon de l'angélisme<sup>1858</sup> du moins de la gageure<sup>1859</sup>. Il semble pourtant qu'elle fait partie de l'horizon des possibles du droit de la famille tant, loin d'être

<sup>1853</sup> V. par exemple CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis préc., p. 34 s., qui prend comme exemple la situation des gestatrices issues de pays pauvres et intermédiaires d'Asie, d'Europe et d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud.

<sup>1854</sup> V. en ce sens, BRUNETTI-PONS (Cl.), « Le "tourisme procréatif", porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 249.

<sup>1855</sup> V. FABRE-MAGNAN (M.), « L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » ? », art. préc.

<sup>1856</sup> V. CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation*, avis préc., p. 34, qui s'agissant des conséquences pour les mères porteuses de la gestation pour autrui évoque l'exception du « cas américain qui constitue un modèle en soi » ; comp. PARIZER-KRIEF (K.), « À propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne) », art. préc., qui relativise l'efficacité du système anglais et la construction prétorienne *contra legem* nécessaire à faire face aux « angles morts » du système légal.

<sup>1857</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>1858</sup> V. LEQUETTE (Y.), « De la "proximité" au "fait accompli" », préc., n° 27.

<sup>1859</sup> V. not. FABRE-MAGNAN (M.), « L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » ? », art. préc.

une mode passagère, « le système des mères porteuses pose [plus que jamais avec acuité] au droit des problèmes complexes qu'il est pratiquement impossible de résoudre d'une manière satisfaisante dans le contexte des règles du droit positif actuel »<sup>1860</sup>. Il est vrai que l'on pourrait invoquer la relative rareté du contentieux relatif à la gestation pour autrui. À cette objection, nous répondons, à la suite de Madame Leroyer, que « les affaires portées en justice, très médiatisées dessinent un tableau alarmant des situations susceptibles de voir le jour »<sup>1861</sup>. Par ailleurs, cette critique est démentie par la réalité statistique dès lors que sur la seule question particulière de l'*exequatur* d'une décision étrangère après une gestation pour autrui réalisée à l'étranger par un couple d'hommes, l'on atteste d'une cinquantaine de décisions de justice pour la plupart rendues par des juridictions de première instance<sup>1862</sup>. Du reste, le caractère limité d'un contentieux n'empêche pas, nécessairement, l'intervention du législateur familial. Les évolutions contemporaines, tant à propos du mariage que de l'adoption ou encore de la procréation médicalement assistée, le prouvent. Ces questions ne faisaient pas l'objet d'un contentieux plus nourri que celui qui concerne la gestation pour autrui.

Au surplus, c'est se bercer d'illusions que de croire « qu'en interdisant, en sanctionnant, en fulminant des excommunications ou en se drapant dans la dignité de ses principes, on éliminera des pratiques appelées à se développer dans le monde entier »<sup>1863</sup>. Si la nécessité d'un maintien de la prohibition peut être objectée, cette objection ne se fera pas sans verser dans un faux-semblant au regard des dernières évolutions juridiques en matière de gestation pour autrui et de filiation de l'enfant né de cette méthode. En définitive, c'est en raison de l'incapacité du système actuel à faire pièce au phénomène de la gestation pour autrui qu'il importe d'envisager les modalités d'une régulation de la gestation pour autrui qui n'implique pas, nécessairement, un sacrifice des principes que garantit la prohibition actuelle.

Pour être tout à fait exact, le raisonnement prospectif en matière de gestation pour autrui n'est pas inexistant dans la doctrine française. Toutefois, l'on peut regretter l'orientation systématique, par réflexe, des réflexions dans le sens d'un maintien en l'état de la prohibition malgré le constat de son échec en pratique. L'influence du discours doctrinal sur le maintien, en l'état, de la prohibition témoigne du « magistère » de la doctrine en droit privé français ; la convergence des réflexions prospectives en ce qui concerne la gestation pour autrui vers le discours prohibitionniste est, quant

---

<sup>1860</sup> BAUDOUIN (J.-L.), LABRUSSE-RIOU (A.), *Produire l'homme : quel droit ?*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>1861</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 1011.

<sup>1862</sup> BRUNET (L.), MESNIL (M.), « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », art. préc.

<sup>1863</sup> FULCHIRON (H.), « La lutte contre le tourisme procréatif ... », art. préc, *in fine*.

à elle, un témoin éloquent du « pouvoir intellectuel interne » de la doctrine<sup>1864</sup>. À titre d'exemple, Madame Quesne, dans sa thèse de doctorat, après avoir attiré « l'attention sur les risques inhérents [au contrat de gestation pour autrui] », propose une réflexion prospective sur « les règles qui pourraient être mises en place, afin de garantir un minimum de protection, tant de la gestatrice, que de l'enfant né de cette gestation pour autrui »<sup>1865</sup>. Cependant, la réflexion tourne court puisque l'auteur en vient à rejeter un possible encadrement du contrat de gestation pour autrui en raison « de l'ensemble des problématiques que soulève la consécration du contrat de gestation pour autrui »<sup>1866</sup>. Ce rejet se justifierait d'autant plus que selon l'auteur, encadrer le contrat de gestation pour autrui reviendrait à proclamer « un droit à l'enfant »<sup>1867</sup>. Si ce grief se comprend, on peut douter de son potentiel à convaincre dans le cadre de la gestation pour autrui au regard de l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules. Dès l'instant où la procréation médicale n'est plus validée par une finalité médicale, à savoir pallier une stérilité ou un risque sanitaire, l'ordre juridique consacre, inévitablement, un droit à l'enfant<sup>1868</sup>. Ainsi, l'appel au législateur à ne pas « céder devant le fait accompli [à se] redresser, et [à] réaffirmer, avec toute la fermeté qu'il convient, les valeurs qui fondent le socle de notre droit, de notre société »<sup>1869</sup> relève de l'incantation, dès lors qu'en l'état, l'action législative ne pourra que se heurter aux limites d'un renforcement de la logique prohibitionniste. Il n'est bien évidemment pas dans notre intention de nier les difficultés que l'encadrement de la gestation pour autrui poserait au législateur qui l'envisagerait. Le constat de ces difficultés ne doit toutefois pas conduire à rejeter toute réflexion tendant à leur solution. Face à ce qui s'avère inéluctable, il faut, sans doute, modifier l'approche du problème de la gestation pour autrui. Il faut alors rechercher des bases, tant philosophiques que juridiques, d'une approche renouvelée.

**382. — En droit comparé.** À titre de comparaison, la prise en compte de la perturbation engendrée par le phénomène de gestation pour autrui, dans la construction renouvelée du droit de la famille apparaît plus avancée en droit étranger. Aussi plusieurs propositions ont été faites en droit québécois s'agissant de l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui. Ainsi, le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille prend acte de « l'implacable réalité »<sup>1870</sup> du désir de l'enfant dans nos sociétés contemporaines. C'est à un choix de rupture qu'aboutissent les auteurs du rapport qui propose d'abroger l'article 541 du Code civil du Québec,

<sup>1864</sup> V. JESTAZ (Ph.), JAMIN (Ch.), *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 256 s.

<sup>1865</sup> QUESNE (A.), *Le contrat portant sur le corps humain*, th. préc., n° 447.

<sup>1866</sup> QUESNE (A.), *Le contrat portant sur le corps humain*, th. préc., n° 468.

<sup>1867</sup> QUESNE (A.), *Le contrat portant sur le corps humain*, th. préc., *ibid.*

<sup>1868</sup> V. BRUNETTI-PONS (C.), dir., *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018, p. 27.

<sup>1869</sup> QUESNE (A.), *Le contrat portant sur le corps humain*, th. préc., n° 468.

<sup>1870</sup> ROY (A.), dir., *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille*, préc., p. 170.

équivalent de l'article 16-7 de notre Code civil<sup>1871</sup>. Le Comité propose de substituer à ce cadre prohibitif deux principes-cadres qui ordonnent l'ensemble des propositions<sup>1872</sup>. Quoiqu'on en pense, il est regrettable, qu'en droit français, une telle réflexion d'ensemble paraisse confisquée par l'analyse juridique issue de la solution de l'arrêt du 31 mai 1991 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, consacrée à l'article 16-7 du Code civil, pourtant critiquable par bien des aspects<sup>1873</sup>. Les limites inhérentes à une thèse de doctorat rendent impossible un traitement satisfaisant des questions soulevées par une telle réflexion, qui dépassent le seul cadre du droit. Il n'est toutefois pas exclu d'en envisager certains axes, à tout le moins en ce qui concerne la matière juridique<sup>1874</sup>.

## 2. Les axes juridiques d'une réflexion renouvelée

**383. — Préalable philosophique.** Dans son propos sur l'avenir, Alain fait remarquer que « tant que l'on n'a pas bien compris la liaison de toutes choses et l'enchaînement des causes et des effets, on est accablé par l'avenir ». Le philosophe ajoute qu'en pareil cas c'est l'idée de prédestination qui finit par dominer. À l'opposé de cette idée de prédestination se trouve celle de prévoyance qui permet de détruire « ce fantôme d'un avenir inévitable. (...) C'est ainsi que nous vivons ; à chaque instant, nous échappons à un malheur parce que nous le prévoyons ; ainsi ce que nous prévoyons, et très raisonnablement, n'arrive pas »<sup>1875</sup>. C'est cette idée de prévoyance qui peut guider la réflexion en matière d'encadrement de la gestation pour autrui et non celle de prédestination. L'identification des points de difficultés de l'encadrement de la gestation pour autrui doit permettre une réflexion sur les moyens d'anticiper et d'empêcher la survenance des effets néfastes. Ce

<sup>1871</sup> Il est ainsi écrit que si « certains verront peut-être dans ce constat une forme d'abdication devant la "dictature des faits", tel n'est pourtant le cas. Si la réalité existe, il ne sert à rien de la nier. Mieux vaut plutôt en reconnaître l'existence et tenter d'y répondre par la mise en place de mesures susceptibles d'assurer la protection des acteurs en cause. Particulièrement vulnérables dans cette opération, deux acteurs méritent toute l'attention du législateur : l'enfant né des suites d'un tel arrangement et les femmes susceptibles d'offrir leurs services à titre de mère porteuse », ROY (A.), dir., *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille*, préc., *ibid.*

<sup>1872</sup> V. ROY (A.), dir., *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille*, préc., p. 170 s. : « 1) Peu importe les sentiments mitigés que le projet parental impliquant le recours à une mère porteuse peut susciter en nous, l'enfant qui en est issu ne doit d'aucune manière être pénalisé pour les actes posés par les parties en cause ; il en va de son intérêt et du respect de ses droits ; 2) Peu importe leurs motivations profondes, les femmes qui acceptent d'agir à titre de mères porteuses ne peuvent être abandonnées à leur sort ; il en va de leur protection et du respect de leur dignité ». S'ensuivent six orientations découlant de ces deux principes-cadres dont : la mise en place d'un cadre juridique spécifique (deux voies sont envisagées : la voie administrative et la voie judiciaire) suivant lequel la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse pourra être établie avec les parents d'intention, du consentement de toutes les parties, peu importe la provenance des forces génétiques ayant permis la conception de l'enfant ; la reconnaissance du droit absolu de la mère porteuse de mettre fin en tout temps au projet parental ou de ne pas donner suite après la naissance de l'enfant ainsi que son droit de revenir sur sa décision et de récupérer l'enfant à l'intérieur d'un certain délai suivant la naissance ; la consécration de la responsabilité des parents d'intention qui, à la suite de la naissance de l'enfant, refuseront de donner suite au projet parental conformément au cadre juridique établi.

<sup>1873</sup> V. GOBERT (M.), « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

<sup>1874</sup> V. par ex. SÉRIAUX (A.), « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1215 ; *adde* Dossier « Autour de la gestation pour autrui », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 189 s.

<sup>1875</sup> ALAIN, *Propos sur le bonheur*, Gallimard, Folio essais, 1985, p. 63 s.

procédé nécessite toutefois une prudence législative qui ne pourra se réaliser sans un débat de fond au préalable. À cet égard, si l'impossibilité d'un encadrement de la maternité pour autrui est souvent soulignée, ce n'est, toutefois, pas en raison du caractère insoluble des questions qu'elles soulèvent. Sans doute que cette impossibilité s'explique, plus justement, par l'incompatibilité qui existe entre certains de nos principes fondamentaux – ou plus précisément la conception qu'on en a – et les solutions à l'encadrement de la maternité pour autrui. Aussi, le renouvellement, dans leur conception, des principes d'indisponibilité de l'état des personnes (**a**) et du corps humain (**b**), peut constituer un axe majeur d'une réflexion prospective sur l'encadrement de la gestation pour autrui<sup>1876</sup>.

*a. L'indisponibilité de l'état des personnes*

**384. — Un renouvellement forcé.** En l'état, le renouvellement se fait pour l'heure à marche forcée, pour ce qui est du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. L'on rappelle, par exemple, qu'il ne permet plus de s'opposer à la reconnaissance de la filiation, biologique et d'intention, de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. Un auteur a émis l'idée d'une désactivation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes qui « permettrait de construire un régime unique (...) pour toutes les hypothèses de recours au corps d'une femme tierce pour porter un enfant dont elle n'aurait pas vocation à être la mère, que ce recours soit opéré par une femme ou par un homme, qu'il y ait donc gestation pour le compte d'autrui au sens strict ou commande d'enfant par son géniteur »<sup>1877</sup>. La possibilité d'une adoption plénière d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger ayant été confirmée par la Cour de cassation<sup>1878</sup>, il devient, en effet, difficile de ne pas abonder dans le sens de la désactivation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. C'est dire qu'en l'état du droit et s'agissant du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, l'encadrement interne de la gestation pour autrui constituerait une révolution, presque, imperceptible.

*b. L'indisponibilité du corps humain*

**385. — Une incompatibilité à nuancer.** Il en va tout autrement du principe d'indisponibilité du corps humain qui, dans son acception moderne telle que l'a explicité Monsieur Sériaux, s'oppose à ce que la mère porteuse porte l'enfant pour le remettre aux commanditaires de la gestation pour

<sup>1876</sup> V. à ce propos SÉRIAUX (A.), « Maternités de substitution : grandeur et décadence de deux principes d'ordre public », *Dr. fam.* 2019, étude 14, qui constate la fin programmée des principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

<sup>1877</sup> PICHARD (M.), « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes “désactivé” », *LPA* 26 déc. 2017, p. 6.

<sup>1878</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2020, n° 19-15.739 et 19-50.042.

autrui à l'issue de la grossesse<sup>1879</sup>; « la volonté humaine ne [pouvant] avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes »<sup>1880</sup>. La même idée se retrouve dans la conception jusnaturaliste contemporaine qui fonde l'interdiction de la gestation pour autrui non plus sur l'indisponibilité, mais sur la dignité de la personne humaine<sup>1881</sup>. Mais à la vérité, un renouvellement des conceptions serait également bienvenu quant au principe d'indisponibilité du corps humain qui n'a de cesse de se « révéler contraire aux faits »<sup>1882</sup> et dont on a l'impression qu'il ne demeure au rang de principe qu'en raison de la problématique de la gestation pour autrui, la multiplication des exceptions au principe d'indisponibilité du corps humain tendant à en faire une exception au pouvoir de l'individu sur son propre corps<sup>1883</sup>. L'évanescence du principe d'indisponibilité du corps humain ne doit pourtant pas signifier qu'il doive être écarté de tout débat sur la gestation pour autrui. Il se révèle notamment utile par ses fondements jusnaturalistes et la distinction qu'il induit entre l'être et l'avoir à propos du corps humain. Juridiquement, le corps humain exclut toute appréhension sur le plan de la propriété ; il n'est pas une chose distincte de la personne même, ce qui supposerait une compréhension purement abstraite de la personne humaine. La personne n'existe que par son incarnation : « il s'agit de l'être, non de l'avoir »<sup>1884</sup>. C'est au regard de cette opposition que doivent être pensées les questions contemporaines relatives au corps humain. Ainsi, si le droit exprime sa « répugnance instinctive »<sup>1885</sup> à l'égard de tout mercantilisme du corps humain et de ses produits, force est de constater qu'il se fait plus « complaisant »<sup>1886</sup> envers l'exploitation altruiste du corps humain et de ses produits, quand bien même celle-ci n'exclurait pas une indemnisation<sup>1887</sup>. Aussi, exception faite du cas de la gestation pour autrui rémunérée – qui, à l'évidence, fait basculer le corps dans le domaine de l'avoir<sup>1888</sup> – la maternité pour autrui » altruiste »<sup>1889</sup> ne se situe pas à tout autre

<sup>1879</sup> On considère ainsi le plus souvent que le contrat de gestation pour autrui entraîne une réification du corps de la femme ainsi que de l'enfant contraire au principe d'indisponibilité du corps humain.

<sup>1880</sup> SÉRIAUX (A.), « Commentaire sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1989, *Association Alma Mater* », *JCP G* 1990, II, 21526, spéc. n° 8.

<sup>1881</sup> V. MARAIS (A.), « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », in *La procréation pour tous*, MARAIS (A.), dir., Dalloz, 2015, n° 14 s. ; v. pour une approche plus critique ROMAN (D.), « À corps défendant », *D.* 2007, p. 1284.

<sup>1882</sup> JACK (A.), « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. crit.* 1933, p. 362 s., spéc., n° 2. ADDE CORNU (G.), *Droit civil. Les personnes*, 13<sup>e</sup> éd., 2007, Montchrestien, n° 16, p. 33 : « C'est d'ailleurs pourquoi (...) la loi (...) n'énonce plus le principe d'indisponibilité du corps humain qui était démenti – et infirmé – par tous les actes qu'elle permet ».

<sup>1883</sup> Sur cette question v. ANCIAUX (N.), *Essai sur l'être en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ, LexisNexis, 2019, n° 264 s.

<sup>1884</sup> CORNU (G.), *Droit civil. Les personnes, op. cit.*, n° 15.

<sup>1885</sup> SÉRIAUX (A.), « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.* 1985, chron. p. 53 s., spéc., n° 9.

<sup>1886</sup> SÉRIAUX (A.), « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », art. préc., *ibid.*

<sup>1887</sup> C'est ainsi que le droit ne reconnaît un pouvoir d'autodisposition de la personne sur son propre corps que dans la mesure du don ; il rejette fermement tout mercantilisme en consacrant aux articles 16 et suivants du Code civil la non-patrimonialité du corps humain et de ses produits.

<sup>1888</sup> La gestation pour autrui constitue, dans un tel cas, ce que Jean Hauser dénonçait comme « une mise sur le marché des facultés procréatrices de la mère porteuse [à l'origine] d'un fructueux commerce international », HAUSER (J.), « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoptions simples et père incestueux », *RTD civ.* 2004, p. 75.

<sup>1889</sup> Nous visons par cette expression les modèles d'encadrement légaux de la gestation pour autrui ne permettant pas le dédommagement de la gestatrice au-delà des frais médicaux et des frais afférents à la période de grossesse, de la même manière que le droit français permet, par exemple, la prise en charge des frais médicaux et non médicaux afférents dans le

degré de l'être de la personne que le don de sperme, le don d'ovule ou le don d'embryon. Du point de vue du jusnaturalisme, aucune différence ne peut être faite.

**386. — L'inopportunité d'une approche stricte.** Au sens strict, le principe d'indisponibilité du corps humain emporte une condamnation de toute pratique relative à la procréation artificielle. En effet, les dons qu'elle suppose « participe[nt], à un degré infiniment supérieur de l'être de l'homme : [ils sont générateurs] de vie, source de prolongement de la personne à travers sa descendance. [Les permettre] même à des fins louables, revient à “chosifier” partiellement la personne humaine »<sup>1890</sup> et ainsi à dénaturer le principe d'indisponibilité du corps humain au regard du droit naturel. Il en va de même du principe de dignité<sup>1891</sup> qui dans son acception objective « interdit à l'homme de traiter le corps de l'autre comme un simple moyen, comme un instrument »<sup>1892</sup>. Or, ainsi compris, ces principes se révèlent problématiques dans leur portée<sup>1893</sup> puisqu'ils ne s'opposeraient pas uniquement à la maternité pour autrui, mais à toutes les techniques d'aide à la procréation faisant appel à une tierce personne, donneuse<sup>1894</sup>. Le corps de cette dernière étant nécessairement un moyen pour les bénéficiaires du don d'accéder à la procréation. C'est pourquoi, la mobilisation de la dignité de la personne humaine en tant que « principe matriciel »<sup>1895</sup> justifiant le maintien de la prohibition de la gestation pour autrui suscite davantage de questions que de solutions<sup>1896</sup>.

---

cadre du don d'ovule. C'est ainsi le cas de la gestation pour autrui dans certains États nord-américains tels que la Floride, l'Utah ou l'État de Washington : v. MERCHANT (J.), « Une gestation pour autrui “éthique” est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012, n° 28, p. 183 s. *Adde* MERCHANT (J.), « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 231 ; *id.* « Le cadre juridique et politique gouvernant la gestation pour autrui aux États-Unis », *Ethnologie française*, 2017/3, vol. 47, p. 421 s.

<sup>1890</sup> SÉRIAUX (A.), « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », art. préc., n° 9, p. 56.

<sup>1891</sup> Sur la notion de dignité de la personne humaine v. not. GIRARD (Ch.) et HENNETTE-VAUCHEZ (S.), dir., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Droit et justice, 2005 ; PONTIER (J.-M.), dir., *La dignité*, PUAM 2003.

<sup>1892</sup> MARAIS (A.), « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », préc., n° 18.

<sup>1893</sup> V. MATHIEU (B.), « La dignité humaine ou le refus d'assumer une exigence constitutionnelle », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, op. cit., p. 909 s., spéc., p. 917, qui propose un renouvellement du principe de dignité au regard du risque de « moralisme » que pourrait entraîner un usage objectif de la dignité de la personne humaine.

<sup>1894</sup> V. par ex. DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249, selon qui les techniques de procréation médicalement assistée mènent à une « déshumanisation des relations par la technique. Elles institueraient un « rapt de l'identité biologique de l'enfant [ainsi qu'une] institutionnalisation du mensonge ».

<sup>1895</sup> MARAIS (A.), « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », préc., n° 15 s.

<sup>1896</sup> V. CHÉNEDÉ (Fr.), « De la conception du droit à la fonction de juriste », in *La place du juriste face à la norme*, Association Henri Capitant, Journées nationales t. XVI/Rennes, Dalloz, 2012, p. 3 s., spéc., n° 8 qui note que le fait d'invoquer les droits de l'homme à l'image de la dignité de la personne humaine ne permet en réalité pas de trancher telle ou telle question de droit, d'une part, parce que ces « droits » sont susceptibles d'entrer en conflit avec d'autres valeurs fondamentales et, d'autre part, parce qu'ils sont en eux-mêmes versatiles. *Adde* ROMAN (D.), « À corps défendant », art. préc., qui juge que « l'invocation de la dignité de la personne risque (...) de servir de paravent au retour de la morale et de constituer un fondement fort contestable, car équivoque dans des sociétés pluriculturelles, à la protection de la personne contre elle-même. La dignité de la personne doit rester au service de la liberté pour garantir une inviolabilité de la personne contre autrui ».

**387. — La réalité d'une approche souple.** Du point de vue du droit positif, une différence doit être faite au regard du caractère séparable des fruits du corps humain que sont le sperme, les ovules et l'embryon. À l'inverse, le don d'engendrement dans le cas de la gestation pour autrui implique une mise à contribution du corps même de la mère porteuse. Certes une telle mise à contribution n'est pas absente des dons d'ovules ou d'embryon, mais elle se singularise par son étendue dans le cas du don d'engendrement de la gestation pour autrui. Le don est, par ailleurs, caractérisable puisqu'en l'absence de rétribution financière, il est indéniable que la gestation pour autrui est un « acte de générosité lorsqu'une mère est prête à porter un enfant pendant neuf mois pour permettre à un couple d'avoir un enfant : ils ont un projet parental, mais ne peuvent le réaliser »<sup>1897</sup>. Le terme de la grossesse marque, alors, la séparation avec le corps de l'objet du don. Toutefois, cet objet n'est plus un fruit du vivant, mais un « fruit vivant », autrement dit, la personne même de l'enfant<sup>1898</sup>.

<sup>1897</sup> NEUVILLE (S.), *Philosophie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ, n° 555, p. 379.

<sup>1898</sup> Quoique marginale, la pratique du « don d'enfant » n'est pas inconnue du paysage juridique français. Il importe, ici, de signaler la pratique locale polynésienne du *fa'a'amua* que l'on assimile plus généralement au don d'enfant. Forme d'adoption, le *fa'a'amua* est une institution ancienne qui consiste « en un **don d'enfant par ses parents biologiques à un tiers "nourricier"** (*fa'a'amua* signifie "nourrir" en tahitien), qui le fait entrer ainsi dans sa filiation au même titre que ses enfants biologiques, le cas échéant. Dans cette configuration sociale et culturelle, ce transfert de responsabilité ne signifie pas pour autant la rupture du lien aux parents biologiques qui, souvent, maintiennent une relation plus ou moins continue avec l'enfant ainsi confié. Cette pratique s'articule d'ailleurs aujourd'hui au système d'adoption français, auquel certains adoptants ont recours pour "sécuriser", sur le plan juridique, le transfert des droits parentaux », BASTIDE (L.), *Les violences familiales en Polynésie française. Entrer, vivre et sortir de la violence*, Rapport d'étude, INJEP Notes & rapports, 2020, p. 31 (nous soulignons). C'est cette pratique qui fut au cœur d'un arrêt de la Cour de cassation, Civ. 1<sup>re</sup> 21 sept. 2022, n° 21-50.042, *AJ fam.* 2022, p. 305, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE. En l'espèce, les parents d'un nouveau-né avaient saisi un juge aux affaires familiales d'une demande de délégation de l'autorité parentale au profit d'un couple et aux fins, évidentes, d'une adoption de l'enfant par le couple. Une telle délégation est à l'évidence *contra legem* puisque l'article 377 du Code civil, qui s'applique de plein droit en Polynésie française, ne permet la délégation volontaire qu'au profit d'une seule tierce personne. En conséquence, le projet véritable était, sur fond de pratique coutumière, de « donner » l'enfant au couple par le biais d'un premier transfert de l'autorité parentale devant faciliter et permettre l'adoption de l'enfant par la suite. Le parallèle avec la maternité pour autrui est alors évident. D'autant plus qu'en l'espèce les parents biologiques et le couple délégataire ont fait connaissance bien avant la naissance de l'enfant (v. l'avis de l'avocat général, Madame CARON-DÉGLISE, p. 45), renforçant le constat d'un contrat, certes consensuel, de maternité pour autrui. Fort logiquement, le pourvoi en cassation, formé par le procureur, qualifiait le projet d'accueil d'un enfant à naître de convention de gestation pour autrui. Qu'ainsi, la décision de la Cour d'appel de Papeete d'accueillir la demande de délégation dans la perspective d'une adoption violait l'article 16-7 du Code civil ! Elle rejette la qualification de contrat de gestation pour autrui en considérant « que l'enfant **n'a pas été conçu** en vue de satisfaire la demande des candidats à la délégation (...) la mesure sollicitée ne consacrait pas, entre les délégants et les délégataires, une relation fondée sur une convention de gestation pour autrui ». (Nous soulignons). Dans une espèce similaire (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 sept. 2022, n° 21-50.040, *AJ fam.* 2022, p. 305, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. fam.* 2022, comm. 167, note M.-Ch. LE BOURSICOT), les hauts magistrats ont approuvé une cour d'appel d'avoir approuvé, cette fois, l'adoption plénière de l'enfant aux motifs que « **l'adoption sollicitée ne consacrait pas, entre la mère biologique et les candidates à l'adoption, une relation fondée sur une convention de gestation pour autrui** ». (Nous soulignons). Par ailleurs, par une interprétation créatrice de l'article 377, elle affirme que « ces dispositions n'interdisent pas la désignation de plusieurs délégataires lorsque, en conformité avec l'intérêt de l'enfant, les circonstances l'exigent ». Le fait que les circonstances, en l'espèce, avoisinent une gestation pour autrui n'a eu en l'espèce que peu d'effet sur la solution de la Cour de cassation. À ce titre, l'on s'interroge sur le sens de ces décisions. En faisant référence à la *finalité* de la conception de l'enfant, la Cour de cassation rejoint en quelque sorte sa décision du 31 mai 1991 qui condamnait la convention par laquelle une femme s'engage à *concevoir*, à *porter* et à *abandonner* un enfant à sa naissance. Dans les deux espèces rapportées, si convention il y a eu, celle-ci ne concernait à l'évidence que l'abandon de l'enfant à sa naissance par truchement des mécanismes de la délégation de l'autorité parentale et de l'adoption qui n'est – et cela est incontestable – que « l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant ». Le fait, important, que la conception n'ait pas été l'effet d'un contrat – ou le contrat la cause de la conception – suffit à évincer la qualification soutenue par le pourvoi de contrat de gestation pour autrui. Enfin, y a-t-il détournement de l'institution de l'adoption ? Si l'on considère que, sauf exception, l'adoption vise à rattacher un enfant *né* à un adulte ou un couple d'adultes alors l'entente

D'où il ressort que quoi qu'on fasse, un encadrement de la gestation pour autrui conduit inévitablement à inscrire tant la relation de la mère porteuse et de l'enfant que celle de la mère d'intention de l'enfant dans l'ordre de l'avoir. Sans doute que ce point constitue la véritable rupture anthropologique et philosophique que constituerait une légalisation de la gestation pour autrui. Ce constat vaut également dans le cadre d'une gestation pour autrui au sens strict, où la mère porteuse ne fait que « porter l'enfant d'autrui (...) au sens concret du terme [ce qui lui permet de] vivre la GPA comme un don qui ne suppose aucun abandon »<sup>1899</sup>.

Paradoxalement, le « délaissement »<sup>1900</sup> juridique du principe d'indisponibilité ainsi que l'évolution de la conception de la parenté, notamment par la consécration de la division de la maternité, rendent cette rupture moins radicale sur le plan juridique. Aussi, au regard de l'appréhension contemporaine de l'intérêt de l'enfant telle qu'elle ressort des arrêts de la Cour de Strasbourg, la protection de la personne de l'enfant n'en serait pas moins assurée dès lors que le système mis en place lui assure une filiation<sup>1901</sup>. C'est presque sans étonnement que l'on constate que le droit positif français, en ne retenant du principe d'indisponibilité du corps de la personne que l'interdiction de sa marchandisation, s'accommoderait d'un encadrement de la maternité pour autrui altruiste et restreinte à la stricte gestation pour autrui.

**388. — Conclusion de section.** Dans son essai sur les enjeux éthiques de la génétique, Michael Sandel note que « quand la science progresse plus vite que la morale, comme c'est le cas aujourd'hui, les hommes et les femmes ont du mal à formuler leur malaise. Dans les sociétés libérales, ils se tournent en premier lieu vers le vocabulaire de l'autonomie, de la justice, et des

---

en dehors de tout cadre légal visant à donner son consentement à l'adoption d'un enfant à naître constitue un détournement de l'institution. Une telle entente témoigne, pour le moins, de la volonté du parent biologique d'abandonner l'enfant à sa naissance. La lecture de l'avis de l'avocat général permet, néanmoins, de se faire une idée de la motivation profonde de la décision ainsi rendue. Certes, l'arrêt conduit à la condamnation de la pratique polynésienne, mais uniquement en raison de l'insuffisante qualité de proche de ceux qu'il faut bien désigner ici comme les parents d'intention (§ 17 s.). Mais alors qu'il conclut à la cassation de l'arrêt attaqué – en raison de la violation des articles 348-4, 348-5 et 377 du Code civil – l'avocat général soutient néanmoins que la jurisprudence de la CEDH implique que « la réalité sociale de la situation » doit être prise en compte et que « c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer » (v. CEDH 28 juin, 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg*, D. 2008, p. 1507, obs. P. COURBE ; *ibid.* p. 2700, note F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 2008, comm. 5, L. D'AVOUT). L'avis en conclut que « la Cour de cassation [peut] prendre en compte l'atteinte excessive qui serait portée au droit à la vie privée et familiale de l'enfant, et donc à son intérêt supérieur, si la cassation prononcée ne prenait pas en considération la réalité sociale de la situation à la date à laquelle elle va se prononcer ». En définitive, la Cour, en neutralisant l'application de plein droit de sa jurisprudence nouvelle, contribue indirectement à réduire à peau de chagrin l'autorité et la portée de la prohibition de la gestation pour autrui.

<sup>1899</sup> THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>1900</sup> ANCIAUX (N.), *Essai sur l'être en droit privé*, th. préc., n° 265.

<sup>1901</sup> V. MERCHANT (J.), « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », art. préc., qui donne l'exemple du cadre légal en Floride où les contrats de gestation pour autrui imposent aux parents d'intention l'acceptation de l'enfant qui naît « peu importe d'éventuels handicaps ». En outre, en cas de défaillance des parents d'intention, c'est la mère porteuse qui devient parent légal de l'enfant.

droits individuels. Mais cette partie de notre vocabulaire moral ne fournit pas les outils nécessaires pour traiter des questions les plus ardues que posent le clonage, la création d'enfants sur mesure et le génie génétique »<sup>1902</sup>. La question de la gestation pour autrui en fournit une certaine illustration. Le vocabulaire moral précité permet de prendre position tant en faveur de l'encadrement de la gestation pour autrui que de son interdiction. Il en ressort la nécessité d'un renouvellement des termes de la discussion. À cet égard, la réflexion prospective en matière de gestation pour autrui doit prendre pour point de départ les deux arguments principaux des opposants à la gestation pour autrui. Le premier argument est philosophique ; quand bien même le procédé pourrait avoir une finalité louable (répondre à un désir d'enfant), la gestation pour autrui implique, indubitablement, une forme de réification de l'enfant. La première objection invite, implicitement, à une réflexion quant à la place de la gestation pour autrui dans l'éthique du don qui ne peut aboutir qu'à un choix de société. Le second est le risque de voir apparaître des pratiques déshumanisantes et l'instauration d'une marchandisation du corps humain. Cette dernière objection, bien que sérieuse, peut toutefois se voir opposer l'existence de garde-fous légaux visant à limiter au possible les dérives éthiques. Considérons, à titre d'exemple, le cas du don d'ovocytes. Dans un ordre juridique régulateur, comme la France, le don est organisé par les services publics de manière gratuite et anonyme. Sont ainsi évités toute commercialisation et tout procédé de sélection de la donneuse proche de l'eugénisme. À l'inverse dans un système libéral, à l'instar des États-Unis d'Amérique, l'absence de garde-fous permet la constitution de pratiques commerciales et quasi-eugénistes<sup>1903</sup>. Comme le notait déjà le rapport Théry-Leroyer, nos constatations « ne tranchent en rien les dilemmes de la GPA ; elles n'effacent en rien les questions aigües que posent le trafic de ventres, la marchandisation du corps humain, l'instrumentalisation des femmes et l'exploitation de la misère dans les pays pauvres ». Elles contribuent, modestement, à un renouvellement de la position de principe majoritairement répandue dans la doctrine française qui, précisément, au regard des problématiques posées par la gestation pour autrui dans certains États étrangers, en vient à conclure à l'impossibilité d'un encadrement de la gestation pour autrui en droit français, au point d'en accroître la perturbation<sup>1904</sup>.

<sup>1902</sup> SANDEL (M. J.), *Contre la perfection. Les enjeux éthiques de la génétique*, Flammarion, Champs essais, 2022, p. 19.

<sup>1903</sup> V. KOLATA (G.), « \$50,000 Offered to Tall, Smart Egg Donor », *The New York Times*, 3 mars 1999, Section A, p. 10, qui donne l'exemple d'une annonce parue dans les journaux des universités prestigieuses des États-Unis dans laquelle un couple infertile recherchait une donneuse d'ovocyte en détaillant des critères relatifs à la taille, la santé, les résultats universitaires : « L'annonce recherchait une femme sportive d'au moins un mètre soixante-quinze, qui a obtenu un minimum de 1400 points au test d'admission à l'université et qui ne présente pas de graves antécédents médicaux dans sa famille ». (Traduit par nous).

<sup>1904</sup> Paradoxe au regard de la diversité des modèles d'encadrement légaux et, notamment, d'ordres juridiques comparables à la France tant politiquement que culturellement. Comme l'a noté Madame Merchant, le recours au droit comparé « nous montre qu'on peut penser l'encadrement de la GPA autrement que par l'interdiction. Un modèle français d'encadrement de la GPA est envisageable à partir du moment où l'on observe que d'autres pays l'ont pensé et créé au sein de leur propre système juridique, politique et culturel », « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », art. préc., *in fine*. De la même

Deux remarques, enfin. D'abord, sur un plan philosophique, l'état actuel de la prohibition de la gestation pour autrui réactualise le débat entre ordre et justice et en réunit les trois aspects dégagés par Jacques Ellul : « l'ordre maintenu à tout prix qui devient désordre établi [...] ; la stabilité juridique maintenue à tout prix, qui est négation de l'humain ; la célèbre formule de Pascal sur la justice en deçà des Pyrénées et au-delà des Pyrénées : “plaisante justice que celle des hommes quand il suffit de franchir une frontière pour que ce qui était justice devienne injustice” »<sup>1905</sup>. Du point de vue du droit de la famille, ensuite, l'ampleur des bouleversements provoqués par la gestation pour autrui témoigne, d'une certaine manière, de la révolution systémique qu'induit l'intrusion du contrat dans la structuration de la parenté. Pour l'instant, ce rôle se trouve restreint à la satisfaction d'un projet parental que ce soit en matière de procréation assistée ou de gestation pour autrui. Néanmoins, une telle fonction technique de structuration de la parenté rend le projet parental propre à une « éventuelle diffusion hors du champ de l'assistance médicale à la procréation »<sup>1906</sup> ou du champ de la gestation pour autrui. En d'autres termes, en étendant le rôle de la volonté dans l'établissement de la filiation, le législateur ouvre la voie à une diversification des effets structurants du contrat en matière de parenté, comme l'on peut observer en droit comparé.

## ***Section 2. Les perspectives d'extension de l'influence du contrat sur la parenté***

**389. — L'avenir de la parenté.** En consacrant la notion de projet parental, le droit acte définitivement la pénétration dans le droit de la filiation de la « mystique du contrat »<sup>1907</sup>, du droit négocié. Au cœur du projet de devenir parent se trouve un pacte, un engagement parental consacrant des rites de négociations relevant du non-droit et que relève la sociologie dans l'étude de la dynamique parentale<sup>1908</sup>. C'est en cela que la notion de projet parental paraît avant tout sociologique. Or, son importation dans le domaine du droit ne peut être indemne dès lors même que les sociologues reconnaissent qu'elle participe « de la remise en cause des principes sur lesquels [repose la parenté] avec l'émergence de nouvelles formes d'organisation familiale »,<sup>1909</sup> puisque

---

manière, certains débats transdisciplinaires étrangers peuvent servir de modèle à la mise en place d'un véritable débat de fond en France, v. par ex. en droit belge, SCHAMPS (G.) et SOSSON (J.), dir., *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

<sup>1905</sup> ELLUL (J.), *Philosophie du droit*, Éditions de la Table Ronde, 2022, spéc., p. 229.

<sup>1906</sup> ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », préc., n° 37.

<sup>1907</sup> SÉRIAUX (A.), *Le droit : une introduction...*, op. cit., n° 121.

<sup>1908</sup> V. DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-CL.), *Sociologie de la famille*, op. cit., p. 31 : « Dans les sociétés occidentales contemporaines la parentalité commence bien avant la naissance de l'enfant. Il s'agit “d'être prêt” : maîtriser les conditions matérielles et familiales de sa venue au monde, mais aussi se projeter comme parent avant sa naissance. Ainsi l'entrée dans la parentalité se construit-elle de plus en plus comme un “projet parental”, individuel et conjugal, encadré par des attentes sociales qui contribuent à le normer ».

<sup>1909</sup> DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-CL.), *Sociologie de la famille*, op. cit., p. 4.

soutenue « par une rhétorique du désir d'enfant »<sup>1910</sup>. De fait, la consécration juridique du projet parental met (précipite ?) le système juridique français au-devant de problématiques relatives à l'avenir de la parenté : « l'évolution des structures familiales [...] et ses répercussions sur les principes du modèle de parenté occidental, en priorité la bilatéralité et la référence à la biologie, font que la question “qui est parent de qui”, qui est à la base de tout modèle de parenté, n'a plus de réponse évidente. [...]. La pluralité des conceptions met au centre du débat public la question du rapport à la norme de parenté : est-elle ou non indisponible à la volonté humaine ? Les questions de parenté ne sont plus tranchées en référence à un repère objectif et immuable sur lequel la volonté serait sans prise »<sup>1911</sup>. Certaines de ces interrogations futures peuvent d'ores et déjà faire l'objet d'une matérialisation juridique à la lumière des évolutions et réalités des systèmes de droit étrangers. Elles sont, ainsi, au cœur de la réflexion sur l'extension du rôle du contrat dans la structuration de la parenté tant concernant l'hypothèse d'une structuration contractuelle de l'adoption (à la manière des adoptions ouvertes des droits anglo-saxons), que s'agissant d'un rattachement plurilatéral (plurifiliation) de l'enfant (§ I). Il faut ajouter à ces hypothèses purement contractuelles les réflexions sur l'incidence de la volonté dans la parenté qui sont susceptibles d'apparaître à mesure que la filiation se transforme en un lieu d'exercice de droits subjectifs ; entre – tant pour l'enfant que pour ses auteurs – le droit de faire établir et reconnaître sa parenté, sa filiation, et le droit *de ne pas* faire établir voire de détruire une parenté existante : c'est l'hypothèse de la renonciation volontaire à la parenté (§ II).

### § I. Les perspectives d'extension de la structuration contractuelle de la parenté

**390.** — Sans soutenir son caractère exclusif, il n'est pas inconcevable de reconnaître la validité d'une analyse volontariste du fondement de la filiation. Le constat de la structuration contractuelle dans le domaine de la parenté le démontre. De fait, l'extension de cette conception, à travers le projet parental, permet d'anticiper les défis qui se poseront à l'avenir au législateur français en matière de filiation. Au plus proche, c'est la question d'un renouveau du contrat en matière d'adoption qui pourrait se poser à travers la perspective d'une structuration contractuelle adoptée (A). Au plus loin, après la contestation de l'hégémonie du modèle hétérosexué dans notre système de la filiation, une perspective extensive d'une structuration contractuelle de la parenté pourrait faire naître de nouvelles formes de parenté remettant en cause cette fois l'exclusivité du paradigme bilatéral dans le droit français de la filiation (B).

<sup>1910</sup> DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-CL.), *Sociologie de la famille*, op. cit., p. 31.

<sup>1911</sup> DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-CL.), *Sociologie de la famille*, op. cit., p. 79.

### A. La perspective d'une structuration contractuelle adoptée

**391.** — L'éventualité d'une extension de la structuration contractuelle de la parenté à l'adoption trouve dans l'histoire de solides assises qui permettent d'apaiser la crainte légitime d'une rupture fondamentale à la matière (1). Elle s'affirme ensuite comme une possible solution à certaines difficultés contemporaines de l'adoption dues à la politique de l'anonymat (essentiellement concernant l'adoption plénière) à laquelle s'oppose un modèle conventionnel ouvert apparu dans certaines législations étrangères, principalement de *common law* (2). Reste qu'au-delà de l'acculturation progressive du droit français à la structuration volontaire et contractuelle de la parenté, la perspective d'une structuration contractuelle adoptée nécessite la consécration de la liberté contractuelle de choisir son contractant : en ce qui concerne l'adoption, la liberté pour les parents biologiques de choisir les parents adoptifs. Celle-ci est, en effet, l'élément essentiel autour duquel peuvent être esquissés les contours d'une éventuelle structuration contractuelle adoptée (3).

#### 1. Les racines consensuelles de l'adoption

**392.** — **L'adoption : du consensualisme à l'institution, de l'intérêt de l'adoptant à l'intérêt de l'enfant.** Par cette formule, l'on pourrait caractériser l'évolution de l'institution de l'adoption de Rome à notre droit civil contemporain. Bien que contrôlée par la Cité<sup>1912</sup>, l'adoption romaine<sup>1913</sup> est un acte « purement privé »<sup>1914</sup> qui « a principalement pour but de donner à l'adoptant un héritier »<sup>1915</sup> : l'institution est alors consensuelle et repose sur le double consentement des pères (le « mancipant »<sup>1916</sup> et l'adoptant) qui transfère la *patria potestas*<sup>1917</sup> d'un père à l'autre. Cet accent mis sur l'intérêt de l'adoptant en ce qui concerne la filiation adoptive se maintiendra jusqu'au Moyen Âge où l'adoption n'est vue que comme une « “consolation pour ceux qui sont privés de fils” [...]. L'adopté n'est pas un fils, il n'est que l'image, la représentation d'un fils »<sup>1918</sup>. Cette fictivité de l'adoption justifie certainement la largesse avec laquelle elle est traitée puisque se renforce sa nature contractuelle : l'adoption au Moyen Âge se réalise essentiellement par la forme

<sup>1912</sup> Ce contrôle se limitait à la présence d'un magistrat, préteur ou consul devant qui les pères devaient consentir à l'adoption, v. LÉVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 134, p. 178.

<sup>1913</sup> Elle est à distinguer de l'adrogation, forme spéciale d'adoption par laquelle un *sui iuris* : une personne juridiquement capable d'être titulaires de droits (v. LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique..., op. cit.*, n° 72, p. 98), passait de la pleine capacité à l'incapacité (v. LÉVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 133). Le terme « adoption » à Rome ne concernait que l'adoption d'un *alieni iuris* : une personne incapable juridiquement d'être *sui iuris*, parce que soumise à la puissance d'un ascendant direct mâle, le *pater-familias* (LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique..., op. cit.*, n° 72).

<sup>1914</sup> LÉVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 134.

<sup>1915</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique..., op. cit.*, n° 177.

<sup>1916</sup> Celui qui accomplit la *mancipatio* (mancipation), une forme de vente d'enfant (LÉVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 134 et 382 s.)

<sup>1917</sup> La puissance paternelle.

<sup>1918</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique..., op. cit.*, n° 217.

contractuelle, qu'il s'agisse d'une donation, ou encore dans un contrat de mariage (par exemple, l'*unio prolium*)<sup>1919</sup>. À la fin du XIXe siècle, c'est le problème « des enfants orphelins, délaissés ou abandonnés dont le nombre ne cesse de croître qui relance la question [...]. On insiste sur l'importance du cadre de vie familial pour le développement de l'enfant »<sup>1920</sup>. L'intérêt de l'État pour l'adoption se déplace lentement de l'adoptant à celui-ci de l'adopté : tout au long du XXe siècle l'idée fait son chemin que l'adoption permet de donner une famille à l'enfant. C'est à mesure que s'est affirmée cette conception que l'intérêt de l'État, en ce qui concerne l'adoption, a rejoint de celui de l'enfant et a commandé son étatisation. Cette institutionnalisation (et le rejet du contrat qu'entérine la loi de 1966) n'est bien évidemment pas étrangère à la volonté du législateur de parvenir à une pleine et parfaite imitation de la nature, de la famille naturelle – cet objectif constituera la boussole des retouches législatives de l'adoption à partir du décret-loi du 29 juillet 1939 et la loi du 8 août 1941<sup>1921</sup>. Le renforcement de la « vérité » biologique dans le droit de la filiation n'est ainsi pas étranger à l'éloignement du contrat en matière d'adoption : dès lors que l'adoption se pense en imitation à la nature, l'institution ne peut tolérer un fort rôle de la volonté à travers une filiation et une parenté qui se contracteraient par le seul consentement. Une telle idée qui a justifié la disparition de la filiation adoptive sous l'Ancien Régime<sup>1922</sup> a permis sa décontractualisation définitive pendant le XXe siècle. Cependant, preuve que l'histoire ne s'écrit pas en ligne droite, la crise de l'institution adoptive, victime de son « succès » et confrontée à la mythification de l'intérêt de l'enfant, pourrait soutenir un renouveau de la contractualisation de la parenté adoptive. C'est toutefois moins « sous la forme d'un contrat entre adoptant et adopté », comme le prévoyait le Code civil de 1804<sup>1923</sup>, que sous la forme d'un contrat entre deux familles – la famille adoptive et la famille biologique – que s'envisage un renouveau de la structuration contractuelle adoptée.

## 2. La recherche d'une solution à la crise de l'institution de l'adoption

**393. — Une double crise conjoncturelle et structurelle.** Il peut être quelque peu paradoxal d'évoquer l'idée d'une crise de l'adoption alors même que la doctrine en souligne le succès qu'elle impute au « désir d'enfant »<sup>1924</sup> ainsi qu'à la permanence d'une « pression nataliste... exercée par la société sur les ménages sans enfants »<sup>1925</sup>. Mais si l'institution est en progrès, elle n'a cessé d'être

<sup>1919</sup> V. *supra*, n° 4 (et les références citées).

<sup>1920</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, *op. cit.*, n° 303.

<sup>1921</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, *op. cit.*, n° 304.

<sup>1922</sup> LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique...*, *op. cit.*, n° 241.

<sup>1923</sup> TERRÉ (FR.), GOLDIE-GENICON (CH.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 753.

<sup>1924</sup> TERRÉ (FR.), GOLDIE-GENICON (CH.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 756.

<sup>1925</sup> CARBONNIER (J.), *Droit civil. La famille*, 21<sup>e</sup> éd., 2003, PUF, Thémis, p. 380.

accompagnée de difficultés dont certaines ont fait l'objet d'une réponse du législateur, à l'image de l'adoption homoparentale ou encore de l'adoption d'enfants étrangers<sup>1926</sup>. Ces difficultés, s'il n'est pas dans notre intention de les énumérer toutes, l'on peut en énoncer deux qui s'imposent comme les défis majeurs du droit de l'adoption.

Une première difficulté d'ordre conjoncturel qui maintient depuis de nombreuses années : il s'agit du « trop petit nombre d'adoptions. Il y a en effet beaucoup plus de candidats pour être adoptant que d'enfants susceptibles d'être adoptés »<sup>1927</sup>. La doctrine évoque à cet égard une situation de « pénurie » tant sur le plan interne que sur le plan international<sup>1928</sup>. Pourtant, dans le même temps, l'on relève « que, partout, les enfants à la garde des institutions étatiques protectrices de l'enfance se comptent par dizaines de milliers [ce qui donne] l'impression d'un système qui marche sur la tête puisque parents potentiels et enfants sans foyer n'ont aucune chance de se rencontrer »<sup>1929</sup>. Il y a ainsi une discordance évidente entre le nombre d'enfants effectivement adoptables et ceux pour qui l'adoption serait justifiée. C'est la problématique cruciale de la défaillance des parents biologiques à laquelle tente de répondre la procédure de déclaration judiciaire de délaissement parental : sur le fondement de l'article 344 3°, la déclaration judiciaire de délaissement fonde d'office l'adoptabilité de l'enfant. À l'inverse des autres qualités fondant l'adoptabilité de l'enfant, le délaissement permet de passer outre l'absence de consentement des parents biologiques. Or, si la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a substitué la notion de délaissement à celle d'abandon, il n'en ressort pas une objectivation suffisante des conditions de la déclaration de délaissement qui aurait permis une plus grande efficacité de la mesure de protection. En effet, en prévoyant qu'un « enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement [...], sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit », l'article 381-1 du Code civil impose la caractérisation par le juge du caractère volontaire du désintérêt parental<sup>1930</sup>. De telle sorte que l'on peut reconduire sous le nouveau droit le constat qui a été fait à propos de l'ancienne déclaration judiciaire d'abandon : « lorsque les parents manquent à leurs devoirs, les juges, s'abritant derrière l'intérêt de l'enfant, prononcent rarement le retrait et

---

<sup>1926</sup> Sur quoi v. TERRÉ (FR.), GOLDIE-GENICON (CH.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 754 et 755, ainsi que les références citées.

<sup>1927</sup> LÉVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 141, p. 185.

<sup>1928</sup> KESSLER (G.), « Les mérites de l'open adoption », *Dr. fam.* 2019, n° 3, étude 4, spéc., n° 1 ; *adde* MIGNOT (J.-FR.), « L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin », *Population & Sociétés*, 2015/2, p. 1 s.

<sup>1929</sup> LAROCHE-GISSEROT (F.), « De la recherche des origines à l'adoption ouverte en Europe », *D.* 2004, p. 2443.

<sup>1930</sup> Dans le même sens, v. TERRÉ (FR.), GOLDIE-GENICON (CH.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 775 ; GOUTTENOIRE (A.), EUDIER (F.), « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant – Une réforme impressionniste », *JCP G* 2016, doct. 479 ; NEIRINCK (C.), « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. fam.* 2012, repère 4 ; BOSSE-PLATIÈRE (H.), « Chronique de droit de la famille », *JCP G* 2016, doct. 992, spéc. n° 21.

s'abstiennent de déclarer l'abandon. Maniant l'art du compromis, ils préfèrent des mesures de placement temporaires, obstacles à l'adoption »<sup>1931</sup>. Pourtant, on peut comprendre la réticence des juges lorsqu'il s'agit de prononcer une déclaration de délaissement dont on sait qu'elle pourra aboutir à un effacement définitif des origines biologiques de l'enfant. D'autant plus qu'en déplaçant les textes relatifs au délaissement (anciennement, l'abandon) des articles relatifs à la filiation aux dispositions relatives à l'autorité parentale, l'accent est mis sur la finalité protectrice du mécanisme qui certes peut conduire à l'adoption de l'enfant. Ces circonstances, non exclusives au droit français, ont, semble-t-il, motivé l'évolution du droit dans certaines législations étrangères qui ont tenté de parvenir à un équilibre entre deux objectifs en apparence contradictoires : offrir une nouvelle structure familiale stable à l'enfant et ne pas rompre définitivement ses origines en l'absence de consentement des parents biologiques ; répondant ainsi à une difficulté structurelle de l'adoption.

**394. — Une difficulté structurelle : la confrontation au droit à l'accès aux origines.** La seconde difficulté est d'ordre structurel puisqu'elle touche aux conceptions fondamentales de l'adoption dans le système français dans lequel cette institution est essentiellement pensée comme une imitation de la filiation biologique. Cela explique le régime de l'adoption plénière qui cherchant à reproduire « l'idéal biologique », rompt définitivement tous les liens de l'enfant avec sa famille biologique ; « l'adoption plénière est ainsi organisée en absolue conformité au principe de la bilatéralité exclusive [...] du modèle de parenté dominant »<sup>1932</sup>. Ainsi, le système juridique français privilégie un modèle fermé de l'adoption, garantissant l'anonymat des parents biologiques et l'identité secrète de l'enfant adopté au nom d'une protection de la vie privée et la préservation de la stabilité familiale. Les évolutions juridiques contemporaines bousculent une telle vision qui paraît, sous certains aspects, obsolète. En effet, nos sociétés occidentales valorisent de plus en plus la transparence et la reconnaissance des droits individuels. De même, les avancées technologiques ont facilité la recherche des origines biologiques. Ces évolutions conduisent à une contestation du modèle fermé. Cette dernière se traduit juridiquement par la revendication du droit fondamental du sujet de connaître ses origines<sup>1933</sup>. Un tel droit prend sa source dans l'article 7 de la CIDE et dans

<sup>1931</sup> SIFFREIN-BLANC (C.), *La parenté en droit civil français : étude critique*, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2009, n° 365.

<sup>1932</sup> DÉCHAUX (J.-H.), LE PAPE (M.-CL.), *Sociologie de la famille*, op. cit., p. 66.

<sup>1933</sup> Sur quoi, v. VIDAL (J.), « Un droit à la connaissance de ses origines », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PU des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 733 s. ; RASSAT (M.-L.), « Du droit des pupilles de l'État à la connaissance de leurs origines », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 683 s. ; LAURENT-MERLE (I.), « La connaissance de ses origines familiales depuis la loi du 5 juillet 1996 », *D.* 1998, p. 373 ; LE BOURSICOT (M.-C.) : « Du secret absolu au secret relatif », *AJfam.* 2003, p. 86, « Le droit de connaître son ascendance – et celui de la faire connaître – et le dispositif français l'accès aux origines », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Lextenso, 2012, p. 175 s. ; RUBELLIN-DEVICHI (J.) : « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ.* 1991, p. 695, « Droit de la famille – Secret de l'accouchement et revendications », *JCP G*, 1999, n° 1, I, 101, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 – À la mémoire de Brigitte Trillat », *Dr. fam.* 2002, chron. 11 ; MALAURIE (PH.), « Le secret et le droit : une

l'interprétation extensive de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1934</sup>. En France, la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées a introduit la possibilité pour les personnes adoptées d'accéder à des informations non identifiantes sur leurs parents biologiques levant ainsi un coin du voile. Cette mesure est néanmoins souvent jugée insuffisante par les partisans du droit d'accès aux origines, qui réclament une plus grande ouverture. Le droit de l'adoption est de fait mis au défi d'évoluer. La contestation du modèle confidentiel de l'adoption soulève plusieurs enjeux. D'un côté, l'on ne saurait nier que l'anonymat imposé par l'adoption plénière non seulement se concilie difficilement avec le droit d'accès aux origines, mais participe également d'une crise de ce modèle d'adoption qui voit le modèle d'exception (l'adoption simple qui n'efface pas l'origine de l'adopté) prendre largement le pas sur le modèle principal (l'adoption plénière)<sup>1935</sup>. Dans le même temps, l'on ne peut ignorer les risques pour la stabilité des familles adoptives – reconnue par la Cour de Strasbourg<sup>1936</sup> – et pour la protection de la vie privée des parents biologiques<sup>1937</sup> qu'entraînerait une levée générale de l'anonymat.

Face à cette contestation, plusieurs solutions sont envisageables. Soit opter pour une ouverture totale des dossiers d'adoption, permettant un accès complet aux informations d'identification ; soit permettre une forme de médiation entre les parties, assurant un équilibre entre les droits des adoptés et la protection des familles adoptives. C'est la raison de l'essor du modèle de l'adoption ouverte ou *open adoption* reposant sur une logique contractuelle en permettant aux parents d'origine de choisir les parents adoptifs de l'enfant. Si une telle évolution se remarque principalement dans les droits de *common law*, elle fait également l'objet d'une reconnaissance dans des systèmes de droit

---

petite anthologie littéraire », in *Mélanges Christian Mouly*, tome 1, Litec, 1998, p. 103 s. ; DELAISI DE PERCEVAL (G.), « Origines ou histoire ? Plutôt tenter de se construire une identité narrative », *AJ fam.* 2003, p. 94.

<sup>1934</sup> V. CEDH, 13 février 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, *JCP G* 2003, I, 120 note PH. MALAURIE ; *ibid.* II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET BRICOUT ; *Dr fam.* 2003 comm. 58, obs P. MURAT ; *RTD civ.* 2003, p. 277, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 375 obs. J.-P. MARGUÉNAUD, spéc., § 44 : « [...] le droit à la connaissance de ses origines trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée ».

<sup>1935</sup> Selon une enquête du ministère de la Justice de 2018 (*L'adoption de l'enfant du conjoint en 2018*), 73% des adoptions prononcées en 2018 sont des adoptions simples, l'adoption plénière ne constituant que 27%. Du reste, les adoptions plénières sont majoritairement limitées au cadre intrafamilial puisque dans six cas sur dix, l'adoption concerne l'enfant du conjoint.

<sup>1936</sup> V. CEDH, 5 juin 2014, n° 31021/08, *I.S. c/ Allemagne*, *AJ fam.* 2014, p. 426, obs. E. VIGANOTTI ; *RTD civ.* 2014, p. 869, obs. J. HAUSER, dans lequel la Cour reconnaît que « l'impossibilité, en droit allemand, pour une mère biologique d'obtenir un droit d'information au sujet de ses enfants ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée de la génitrice, dès lors que cette ingérence se justifie dans une société démocratique par l'intérêt des enfants de s'épanouir au sein de leur famille adoptive et de construire une vie familiale à l'abri des tentatives de contacts de la part des parents biologiques », v. Égée (V.), *op. cit.*, n° 1079.

<sup>1937</sup> V. CEDH 13 février 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France*, préc., selon lequel la protection de l'article 8 s'applique tout autant à l'enfant qu'à la mère puisque l'on « ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées » (spéc., § 44).

voisins du nôtre<sup>1938</sup> ; par exemple, sans l'encadrer légalement, le droit allemand tolère les accords entre parents dans une perspective d'une adoption semi-ouverte<sup>1939</sup>.

**395. — La solution contractuelle : l'adoption ouverte ou l'*open adoption*.** Apparue aux États-Unis, l'adoption ouverte est « le résultat d'une étude approfondie des multiples problèmes psychologiques générés par les adoptions d'enfant »<sup>1940</sup>. Étaient ainsi au centre des préoccupations le traumatisme que constitue pour l'enfant l'invisibilisation de ses origines et la crainte des parents adoptifs d'une réclamation de l'enfant par les parents biologiques<sup>1941</sup>. Il est apparu qu'un modèle de l'adoption, fondée sur une logique conventionnelle, apportait une solution satisfaisante à ces difficultés. Dans cette perspective, l'adoption ouverte est un mode d'établissement de la filiation transparent « la mère de naissance (voire les parents biologiques si la filiation paternelle est également établie) et les parents adoptifs connaissent leur identité respective, et un accord peut même être conclu afin de permettre à la première d'être informée sur l'évolution de l'enfant voire bénéficier d'un droit de contact, physique ou épistolaire »<sup>1942</sup>. À l'aune du système de droit continental français, une telle structuration contractuelle de l'adoption présente deux intérêts manifestes : d'abord, elle préserve quoi qu'il arrive le droit à une vie familiale des parents biologiques puisque ceux-ci pourront s'ils le souhaitent maintenir des liens avec l'enfant – ensuite, elle s'inscrit dans la tendance qui a vu consacrer le droit fondamental d'un individu d'accéder à la connaissance de ses origines. Par ailleurs, elle prend acte de la métamorphose du droit français quant au paradigme biologique longtemps dominant dans la filiation. Les évolutions contemporaines – la consécration et l'élargissement de l'homoparenté tant en matière d'adoption que de procréation assistée de même que la reconnaissance de l'efficacité indirecte de la convention de gestation pour autrui – achèvent progressivement la dissociation de la parenté entre le géniteur et le parent<sup>1943</sup>. Comme on l'a relevé, la structuration contractuelle adoptée « constitue le parfait exemple de cette dissociation : si le parent biologique est identifié et peut même se voir accorder un droit de contact, il ne bénéficie pour autant d'aucune des prérogatives légales qui sont réservées

<sup>1938</sup> KESSLER (G.), « Les mérites de l'*open adoption* », art. préc., n° 3.

<sup>1939</sup> Sur quoi, v. CEDH, 5 juin 2014, n° 31021/08, *I. S. c/ Allemagne* ; DUCROCQ-PAUWELS (K.), « CEDH : les limites de l'adoption semi-ouverte en Allemagne », *RLDC* 2014, p. 48.

<sup>1940</sup> LAROCHE-GISSEROT (F.), « L'adoption ouverte (*open adoption*) aux États-Unis : Règles, pratiques, avenir en Europe » *Revue internationale de droit comparé* 1998, n° 4, p. 1095 s., spéc., p. 1099.

<sup>1941</sup> Cette dernière difficulté n'est par ailleurs pas inconnue du droit français : il est ainsi arrivé que l'enfant adopté soit disputé entre sa famille naturelle et sa famille adoptive, la Cour de cassation ayant été amenée à se prononcer sur un tel litige (Ass. plén., 10 juin 1966, *D.* 1966, p. 604) : v. LÉVY (J.-PH.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 141, p. 184.

<sup>1942</sup> KESSLER (G.), « Les mérites de l'*open adoption* », art. préc., n° 3.

<sup>1943</sup> KESSLER (G.), « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », art. préc.

aux parents adoptifs. La parenté est liée à l'exercice concret de la fonction par ceux qui ont voulu l'assumer et non à l'existence d'un lien par le sang »<sup>1944</sup>.

**396. — Les interrogations autour d'une structuration contractuelle adoptée.** Toutefois, le seul constat d'une acculturation du droit français à une possible structuration contractuelle adoptée ne peut suffire. En effet, l'intégration d'un modèle contractuel dans le système général de l'adoption peut soulever des doutes quant à son articulation avec les formes d'adoption actuelles du droit positif. Doit-il s'agir d'un modèle à part entière ou d'une pratique autorisée pouvant s'adjoindre aux formes classiques d'adoption ? En outre, le recours à une logique contractuelle en matière d'adoption ne présente cependant pas que des avantages. La transparence qui la caractérise peut faire craindre un risque de mercantilisme ; sa nature contractuelle en fait un foyer de contestations et pose la question de sa remise en cause. Tenter d'apporter une réponse à ces questionnements revient à envisager les contours d'une structuration contractuelle adoptée en droit français.

### 3. Les contours d'une structuration contractuelle adoptée

**397. — La signification du choix de l'adoptant par le parent d'origine.** En droit comparé, l'adoption conventionnelle est souvent présentée comme la combinaison de trois piliers : le choix de l'adoptant par le parent biologique ; l'identification mutuelle des parties prenantes ; la faculté de maintenir des contacts entre l'enfant et son parent biologique<sup>1945</sup>. En réalité, ces trois composantes ne sont pas d'égale importance ; seule la liberté de choisir l'adoptant est indispensable et caractéristique d'un modèle conventionnel. Un tel choix n'est du reste pas inconnu du droit français. Il est implicite dans l'adoption de l'enfant du conjoint, et ressort du consentement du conjoint-parent<sup>1946</sup>. En dehors du cadre familial et pour la majorité des cas, le choix de l'adoptant n'appartient pas au parent biologique, mais à un tiers conformément aux dispositions des articles 348-4 et 348-6<sup>1947</sup>. La structuration contractuelle adoptée justifierait la consécration d'une possible implication du parent biologique dans le processus de désignation de l'adoptant<sup>1948</sup>, comme

<sup>1944</sup> KESSLER (G.), « Les mérites de l'open adoption », art. préc., n° 14.

<sup>1945</sup> V. KESSLER (G.), « Les mérites de l'open adoption », art. préc.

<sup>1946</sup> V. par ex. C. civ., art. 348-1 ;

<sup>1947</sup> V. C. civ., art. 348-6 ; « Lorsque les parents, l'un d'eux ou le conseil de famille consentent à l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État en le remettant au service de l'aide sociale à l'enfance, le choix de l'adoptant est laissé au tuteur, avec l'accord du conseil de famille des pupilles de l'État » ; *adde* C. civ., art. 348-4 : « Le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance, sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté ou dans les cas d'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin ».

<sup>1948</sup> La doctrine souligne par ailleurs qu'une telle « ouverture apporterait au système de parenté, une certaine éthique de responsabilité, puisque tout en refusant l'insertion de l'enfant dans sa propre parenté, le parent par le sang s'impliquerait dans la désignation de ces remplaçants. En donnant la possibilité aux parents de se sentir concernés par le choix des adoptants, l'intérêt de l'enfant serait également renforcé. En effet, en accomplissant cette démarche, l'enfant pourra savoir

semblait le permettre l'article 348-4 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 11 juillet 1966<sup>1949</sup> ! De la sorte, l'implication du parent biologique ne paraît pas incompatible avec la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance. Cette dernière pourrait être chargée de mettre en relation le parent naturel avec le potentiel adoptant dans le cadre d'une adoption ouverte. Cet encadrement public suffirait par ailleurs à limiter les risques mercantiles de démarchage ou d'arrangements financiers<sup>1950</sup>. Ainsi, il ne s'agirait pas de reconnaître au parent biologique un consentement spécial quant à la personne de l'adoptant, mais une participation au choix définitif qui doit appartenir à un organisme étatique sauf à favoriser risques de pressions psychologiques ou financières. Il suffit pour s'en convaincre de songer à la situation dans laquelle la mère biologique est le seul parent de l'enfant en l'absence de toute filiation paternelle. Aussi, la participation du parent biologique pourrait autoriser sa mise en relation avec le candidat.

**398. — Une entente sur les conditions d'information et de contact entre deux familles.** De cette participation découlerait par la suite la possibilité d'établir un cadre des relations postérieures à l'adoption permettant de satisfaire au droit à l'accès aux origines et au droit à la construction de l'identité de l'enfant. C'est là l'objet essentiel d'un éventuel contrat de structuration de l'adoption. Celui-ci prendrait la forme d'un pacte entre deux familles permettant de préciser les éléments d'identification des parties auxquels pourra avoir accès l'enfant ainsi que les conditions et les modalités des liens qui seront maintenus entre ce dernier et sa famille biologique. Afin toutefois que l'effectivité d'un tel accord soit garantie, il importe qu'il fasse l'objet d'un véritable encadrement légal. L'exemple de l'adoption semi-ouverte allemande abandonnée à la sagacité des parties prenantes le démontre : confrontée à un accord entre deux familles et qui n'a pas été exécuté par les parents adoptifs, la Cour de Strasbourg affirme que l'accord ne pouvait être compris que « comme une déclaration d'intention dans le contexte d'une éventuelle levée volontaire de l'anonymat par les parents adoptifs. Cela ressort également des circonstances particulières de la conclusion de l'accord, qui n'a été conclu qu'oralement et ne contenait aucun détail sur le droit à l'information et le droit de contact ». Constatant par la suite la régularité de la procédure d'adoption dans son ensemble, la Cour européenne écarte toute violation de l'article 8 de la Convention dès

---

que ses parents s'étaient souciés de son bien-être futur, ce qui pourrait soulager quelque peu la douleur de l'abandon », SIFFREIN-BLANC (C.), th. préc., n° 371.

<sup>1949</sup> C. civ., art. 348-4, anc., : « Les père et mère ou le conseil de famille peuvent consentir à l'adoption de l'enfant en laissant le choix de l'adoptant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à l'œuvre d'adoption autorisée qui recueillerait provisoirement l'enfant. »

<sup>1950</sup> C'est une des raisons de l'anonymat du système actuel, v. MURAT (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », préc., p. 145 ; sur ces risques en droit comparé, v. LAROCHE-GISSEROT (F.), « L'adoption ouverte (*open adoption*) aux États-Unis : Règles, pratiques, avenir en Europe », art. préc., p. 1101 s. Dans le même sens, KESSLER (G.), « Les mérites de l'*open adoption* », art. préc., n° 7.

lors que « les droits légaux de la requérante à l'égard de ses enfants biologiques ont été rompus à la suite d'actes qu'elle a accomplis en pleine connaissance de leurs conséquences juridiques et factuelles »<sup>1951</sup>. Comme l'a relevé l'opinion dissidente de l'arrêt, « compte tenu de la gravité de la question, il ne devrait pas y avoir de place pour le type d'incertitude qui a prévalu dans cette affaire. Il existe une obligation positive pour un État qui autorise de telles adoptions “semi-ouvertes” de veiller à ce que la clarté juridique soit sans équivoque pour un [parent] biologique [...] qui conclut un tel accord de préadoption »<sup>1952</sup>.

**399. — Une convention homologuée sur les droits d'information et de contacts post-adoption.** Nous ne pouvons, à cet égard, que souscrire à la proposition d'un auteur d'une « convention conclue par les parents adoptifs et les parents biologiques assistés de leurs avocats respectifs » et qui ferait l'objet d'une homologation « par le juge chargé de prononcer l'adoption après vérification d'un minimum de critères : conformité à l'intérêt de l'enfant, réalité des consentements, limitation de l'éventuel droit de contact à une périodicité raisonnable... Le JAF pourrait par la suite être saisi afin que chacun respecte les termes de l'accord, les parents adoptifs en respectant le droit à l'information ou le droit de contact dont bénéficient les parents biologiques et les parents biologiques en évitant par leur comportement de perturber l'enfant »<sup>1953</sup>. À l'inverse de l'auteur, toutefois, il ne nous semble pas qu'une telle convention suffise à fonder un modèle à part entière d'adoption sur le modèle des adoptions ouvertes des droits anglo-saxons. Si elle participe à la structuration de la filiation adoptée, une telle convention se limite, à notre sens, à un aménagement des droits d'information et de contacts pour une période post-adoption. Elle ne saurait s'ajouter aux formes d'adoption classiques de manière à consacrer une forme d'adoption par consentement mutuel à la manière du divorce par consentement mutuel judiciaire ou de l'ancienne forme d'adoption qui résultait d'un contrat entre l'adoptant et l'adopté homologué par un juge. Il s'agirait plutôt de permettre le maintien de relations entre les deux familles de l'adopté. Une telle ouverture présente un intérêt social certain pour les cas où l'adoption ne résulterait pas nécessairement d'une défaillance parentale, source d'un danger pour l'enfant, mais d'un constat de l'incapacité du parent biologique à satisfaire aux besoins moraux et financiers d'un enfant ; l'adoption pouvant dans ces hypothèses être à l'origine d'une « douleur de l'abandon » tant du point de l'enfant que de ses parents. Le modèle français doit, à notre sens, conserver son principe de confidentialité tout autant que le principe de l'intervention d'une autorité publique dans le but de

<sup>1951</sup> CEDH, 5 juin 2014, n° 31021/08, *I. S. c/ Allemagne*, § 85 – 87. (Traduit par nous)

<sup>1952</sup> CEDH, 5 juin 2014, *I. S. c/ Allemagne*, préc., dissenting opinion of judge Power-Forde joined by judge Zupančič. (Traduit par nous)

<sup>1953</sup> KESSLER (G.), « Les mérites de l'open adoption », art. préc., n° 14.

veiller à la protection de l'intérêt de l'enfant. L'ouverture ne doit pas faire l'objet d'une généralisation, mais être restreinte à une possibilité librement appréciable tant par les organismes sociaux concernés que par le juge qui prononce l'adoption. Une telle voie concorde, selon nous, avec l'objectif politique visant à amoindrir la rigueur du principe de confidentialité dans l'adoption en raison de l'intérêt de l'enfant et de son droit à l'accès à ses origines. En intégrant une solution conventionnelle dans la procédure habituelle d'adoption, on laisserait au juge toute latitude dans le choix d'autoriser les parents à conclure une convention concernant les droits d'information et de contacts post-adoption dans les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie. Le droit de l'adoption prendrait ainsi la mesure de l'essor de la volonté dans l'établissement de la filiation tout en évitant les risques nombreux inhérents à une véritable privatisation de l'adoption sur le modèle des droits de *common law*.

En conclusion, l'opposition croissante au paradigme fermé de l'adoption, impulsée par la revendication du droit d'accès aux origines, se profile comme une manifestation significative des mutations sociétales en cours. Malgré la persistance d'enjeux complexes, la montée en puissance de la reconnaissance des droits individuels et l'évolution des mentalités incitent à une réévaluation profonde de ce modèle. Une forme de structuration contractuelle adoptée offre une solution permettant de maintenir un équilibre subtil entre les droits des individus adoptés et les préoccupations relatives à la protection de la sphère privée et à la stabilité familiale. Dans une perspective similaire, une transition naturelle s'opère vers l'examen attentif de mécanismes alternatifs de structuration de la parenté tels que la plurifiliation conventionnelle qui offrent, pour l'instant en droit comparé, une voie propice à une réflexion approfondie sur la redéfinition de la parenté en droit France.

### ***B. L'hypothèse d'une plurifiliation conventionnelle***

400. — À ce stade de la réflexion, il est acquis que la construction juridique du lien de filiation tend à s'éloigner du modèle naturel, à la faveur du progrès scientifique. Le modèle hétérosexué n'est ainsi plus exclusif en droit français. Néanmoins, même lorsqu'il diverge de la réalité biologique, le rattachement familial de l'enfant demeure double. Le terme « parent » a pour origine le latin « *parens* » qui lui-même dérive de « *pario* » qui signifie « enfanter, faire naître, engendrer »<sup>1954</sup>. Sur ce point, c'est en imitation de l'engendrement charnelle et naturel que se construisent tant l'adoption que la procréation médicalement assistée. Qu'elle soit hétérosexuée ou

---

<sup>1954</sup> GAFFIOT (F.), *Le grand Gaffiot. Dictionnaire Latin-Français*, P. FLOBERT, dir., 3<sup>e</sup> éd., 2000, Hachette, v<sup>o</sup> « 1 parens » et « 2 pario ».

monosexuée, l'idée demeure en droit français que la filiation ne peut être que double. Ceci implique qu'en principe, le projet parental ne peut être conclu qu'entre deux parties ayant vocation à devenir parents de l'enfant né ou à naître. Mais comme le subodorent certains auteurs<sup>1955</sup>, l'engendrement par le projet parental porte en lui le triomphe de la volonté sur les contingences de la nature et les pesanteurs sociales. Aussi observera-t-on, à partir des exemples du droit comparé, qu'à verser dans une conception davantage volontariste du lien de filiation, le rattachement familial multiple de l'enfant n'apparaît plus aberrant (1). D'autant que cette réalité n'est, par ailleurs, pas inconnue du droit de la filiation française, bien qu'elle y soit marginale (2).

### 1. Les perspectives de droit comparé

**401. — L'exemple du Canada.** Dans la poursuite d'une reconnaissance sans limites des formes contemporaines de famille, certains droits étrangers aboutissent à la consécration d'une plurifiliation ou pluriparenté. À l'image de la pluriparentalité qui vise, par l'attribution de droits et devoirs parentaux, « à consacrer juridiquement les influences des personnes appelées, dans les faits, à jouer un rôle considérable auprès de l'enfant »<sup>1956</sup>, la pluriparenté ou plurifiliation peut se définir comme le rattachement de l'enfant à plus de deux parents. C'est le cas du droit de trois provinces canadiennes : l'Ontario, la Colombie-Britannique<sup>1957</sup> et la Saskatchewan<sup>1958</sup>.

**402. — Un pacte de famille sur la filiation.** Les règles du droit de l'Ontario relatives à la filiation prévoient ainsi un pacte de famille spécial : la convention de filiation antérieure à la conception. Celle-ci est définie comme la « convention écrite entre deux parties ou plus selon laquelle elles conviennent d'être, ensemble, les parents d'un enfant qui n'est pas encore conçu »<sup>1959</sup>. Aussi, « a la naissance d'un enfant envisagé par une convention de filiation antérieure à la conception [les] parties à la convention sont parents de l'enfant et sont reconnus comme tels en droit »<sup>1960</sup>.

<sup>1955</sup> MALAURIE (Ph.), FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n° 730, p. 487.

<sup>1956</sup> DELFOSSE-CICILE (M.-L.), *Le lien parental*, préf. Fr. TERRÉ, Éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 3, p. 20-21.

<sup>1957</sup> Family Law Act, SBC 2011 c 25, art. 30 "Parentage if other arrangement" : This section applies if there is a written agreement that (a) is made before a child is conceived through assisted reproduction, (b) is made between (i) an intended parent or the intended parents and a potential birth mother who agrees to be a parent together with the intended parent or intended parents. [...] (2) On the birth of a child born [...] the child's parents are the parties to the agreement. (Traduction libre : "La parenté en cas d'accord" : cet article s'applique s'il existe un accord écrit ; conclu avant la naissance d'un enfant par procréation assistée ; entre un parent ou des parents d'intention et une future mère porteuse qui acceptent d'un commun accord d'être le parent ou les parents d'intention de l'enfant à naître. À la naissance de l'enfant, les parties à l'accord parental sont reconnues comme les parents de l'enfant).

<sup>1958</sup> V. Children's Law Act, 2020, SS 2020, c 2, art. 61, qui vise les "Parents under parentage agreement" : In this section, "parentage agreement" means a written agreement between 2 or more parties in which they establish, together, who will be the parents of a child yet to be conceived. (Traduction libre : « "Parents soumis à un accord de parenté" : Au sens de cet article, "l'accord parental" doit s'entendre d'un accord écrit entre deux ou plusieurs parties dans lequel ils décident, d'un commun accord, qu'ils seront les parents d'un enfant à naître »).

<sup>1959</sup> Réforme du droit de l'enfance (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12, art. 9, § 1.

<sup>1960</sup> Réforme du droit de l'enfance (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12, art. 9, § 4.

Comparable à la reconnaissance conjointe anticipée, une telle convention permet à plusieurs personnes d'établir leur lien de parenté à l'égard de l'enfant, outre les parents biologiques de l'enfant ou le conjoint du parent biologique. La loi ontarienne prévoit ainsi que le parent biologique n'est pas un « substitut », mais est bel et bien une partie à la convention<sup>1961</sup>. Du reste, elle multiplie les présomptions de participation à la convention tout autant que les possibilités de renonciation à la parenté avant conception de l'enfant<sup>1962</sup>. De manière plus singulière, les dispositions prévoient qu'un tel pacte de plurifiliation peut être combiné à une convention de gestation pour autrui. Cette combinaison étend les effets du pacte, puisque s'y ajoute une renonciation expresse de la mère porteuse (*le substitut*) à son lien de parenté<sup>1963</sup>. Dans le cas d'un pacte de plurifiliation, le droit de l'Ontario limite le nombre de parents d'intention à quatre<sup>1964</sup>, tout en prévoyant la possibilité d'une plurifiliation au-delà de quatre parents d'intention. La convention est alors régularisée par la saisine du juge afin qu'il prononce une déclaration de filiation, à l'égard d'un enfant envisagé par la convention<sup>1965</sup>.

Outre l'établissement d'une plurifiliation, ces pactes se spécifient par leur caractère prénatal. C'est justement pour cette raison que leur transposition en droit français paraît inenvisageable. Bien qu'il connaisse une hypothèse de plurifiliation, le droit positif français ne s'accommoderait que très difficilement d'un établissement prénatal d'une plurifiliation.

## 2. L'incompatibilité nuancée du droit français

**403.** — Si le droit français n'ignore pas le concept de plurifiliation (a), il demeure, en l'état, incompatible avec l'établissement prénatal d'une plurifiliation (b).

### a. Une plurifiliation marginale

**404.** — **L'adoption simple.** Classiquement, on distingue l'adoption simple de l'adoption plénière au regard de leurs effets propres. Ainsi, tandis que l'adoption plénière substitue la filiation adoptive à la filiation biologique<sup>1966</sup>, l'adoption simple fait cohabiter les liens adoptifs et les liens biologiques

<sup>1961</sup> Réforme du droit de l'enfance (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12, art. 9, § 2, b).

<sup>1962</sup> Sont présumées partie à la convention le parent biologique masculin dans le cadre d'une conception naturelle ou le conjoint du bénéficiaire d'une procréation médicalement assistée (art. 9, 6 2, c) et d)). Ce dernier bénéficie cependant d'une rétractation de son consentement implicite (art. 9, § 3).

<sup>1963</sup> Réforme du droit de l'enfance (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12, art. 10, § 1.

<sup>1964</sup> C'est une des conditions de validité du pacte de plurifiliation accessoire à une convention de gestation pour autrui, v. Réforme du droit de l'enfance (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12, art. 10, § 2, 3 : « Parmi les parties à la convention, on ne compte pas plus de quatre parents d'intention ».

<sup>1965</sup> Réforme du droit de l'enfance (Loi portant), L.R.O. 1990, chap. C.12, art. 11, § 1.

<sup>1966</sup> C. civ., art. 356, « L'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164 ».

de l'enfant<sup>1967</sup>. Aussi l'adoption simple est-elle une hypothèse de plurifiliation marginale en droit français. Traditionnellement présentée comme la manifestation parfaite du fondement volontaire de la filiation, l'adoption n'est pas constitutive d'une contractualisation du lien de filiation, à l'inverse de « l'*open adoption*, que permettent les droits américain et canadien [qui] constitue une forme de contrat entre les deux familles [et] reflète une conception libérale, contractualiste et privatisée, des relations entre les personnes »<sup>1968</sup>. Au surplus, bien qu'elle engendre une plurifiliation de l'adopté, celle-ci ne peut concerner qu'un enfant né<sup>1969</sup>. Le droit français ne reconnaît pas l'adoption prénatale d'un enfant à naître<sup>1970</sup>.

b. *Les limites à la généralisation*

**405. — L'incompatibilité relative du droit français.** À un degré tout à fait général, une plurifiliation conventionnelle ne heurterait pas frontalement les principes du droit français de la filiation. D'abord le droit français admet désormais, par le biais de la reconnaissance conjointe anticipée, un établissement prénatal et contractuel de la filiation. Ensuite, il n'ignore pas la réalité d'une plurifiliation qui est l'effet propre de l'adoption simple. Aussi n'est-il pas saugrenu d'envisager la reconnaissance d'un projet parental entre plusieurs parents d'intention, à propos d'un enfant à naître. Toutefois, l'hypothèse théorique se concilie difficilement avec les règles du droit civil relatives à l'enfant à naître. On pense, tout particulièrement, aux applications de l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur*. Par exemple, en matière successorale, cet adage permet d'avantager l'enfant conçu, mais non encore né. Ainsi, l'enfant conçu au moment de la mort de son auteur, puis né viable sera capable de succéder au *de cujus*<sup>1971</sup>. Or, la multiplication des parents d'intention dans le cadre d'un projet parental multiplie d'autant les cas d'application de l'adage. De la même manière, comme l'a relevé Monsieur Égéa<sup>1972</sup>, on conçoit aisément les difficultés face à l'action d'un enfant conçu en réparation du préjudice que lui a causé la mort de son grand-père avant sa naissance comme l'admet la jurisprudence<sup>1973</sup>. Comment concilier un tel

<sup>1967</sup> V. C. civ., art. 360, « L'adoption simple confère à l'adopté une filiation qui s'ajoute à sa filiation d'origine selon les modalités prévues au présent chapitre. L'adopté continue d'appartenir à sa famille d'origine et y conserve tous ses droits ».

<sup>1968</sup> ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 966, p. 458.

<sup>1969</sup> C. civ., art. 344.

<sup>1970</sup> L'ancien article L. 162-3 du Code de la santé publique prévoyait, dans le cadre d'une interruption de grossesse, la délivrance d'une information relative aux « possibilités offertes par l'adoption d'un enfant à naître ». Il n'était, toutefois, pas permis de procéder à une adoption prénatale. Il s'agissait seulement d'offrir une autre voie que l'avortement à la femme enceinte. Cette disposition a par ailleurs été abrogée par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique, bien qu'un amendement parlementaire ait tenté, sans succès, d'en réintégrer le contenu à l'article L. 2212-3 du code de la santé publique à l'occasion des débats relatifs à la loi sur l'avortement (Assemblée nationale, 5 octobre 2020, amendement n° 86).

<sup>1971</sup> C. civ., art. 725. *Adde* art. 906.

<sup>1972</sup> ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », préc., n° 40.

<sup>1973</sup> La Cour de cassation considère que l'enfant conçu au moment du décès de son grand-père « souffrait nécessairement de son absence définitive, sans avoir à justifier qu'elle aurait entretenu des liens particuliers d'affection avec lui si [il] l'avait

droit avec un enfant qui au moins huit, voire plus, grands-parents ? C'est donc principalement au regard des difficultés pratiques que l'incompatibilité de la plurifiliation avec le droit français se révèle.

Tout compte fait, l'on s'étonne du peu d'obstacles dirimants à la pluriparenté en droit français. En dehors de la vocation successorale de l'enfant à naître, la multiplication des ascendants ne fait qu'amplifier des hypothèses connues du droit français. Par exemple, si des difficultés successorales peuvent se poser avant la naissance de l'enfant, elles se résorbent une fois ce dernier, né. En effet, entre la double vocation successorale d'un enfant adopté en la forme simple et celle d'un enfant qui ferait l'objet d'une plurifiliation, il n'y a qu'un pas. Certes, la plurifiliation multiplie les détenteurs de l'autorité parentale et rend d'autant plus difficile l'organisation pratique de l'éducation de l'enfant. On ajoutera qu'elle multiplie également les créanciers de l'obligation alimentaire à l'égard des ascendants. Mais ce ne sont là encore que des empêchements pratiques et non de principe. Dès lors que l'autorité parentale a pour finalité l'intérêt de l'enfant, qu'importe, en théorie, qu'elle soit exercée par une, deux ou plusieurs personnes. Celles-ci ne devraient veiller qu'à un exercice conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par où l'on observe que l'éventualité d'une plurifiliation est avant tout affaire d'idéologie : quelle conception du lien de filiation s'impose ? Est-ce une institution aux fondements naturels et biologiques ou est-ce, avant tout, un fait de volonté auquel le droit attache des effets propres ? Si la tendance volontaire devait l'emporter, rien ne s'opposerait à imaginer diverses compositions et recompositions volontaires du lien de filiation. Dans cet ordre d'idées, l'éventuelle consécration d'un véritable statut de co-parent dans les familles recomposées, comme une partie de la doctrine le revendique<sup>1974</sup>, ne serait-elle pas un pas nouveau dans le sens d'une véritable pluriparenté ? Dans cette dernière hypothèse, les revendications ne visent évidemment que le partage des droits et obligations relatifs à la parentalité et non la parenté. Cependant, compte tenu des tendances contemporaines du droit de la famille, il est à craindre que la consécration d'un véritable statut de co-parent se fonde sur le projet parental. Partant, il risquerait de déborder de la parentalité vers la parenté en relançant de plus belle des confrontations idéologiques que pourrait soulever la consécration d'une plurifiliation<sup>1975</sup>.

---

connu », Civ. 2<sup>e</sup>, 11 février 2021, n° 19-23.525, *Dr. fam.* 2021, comm. 70, obs. L. DUPIN ; *AJ fam.* 2021, p.191, obs. J. HOUSSEIER.

<sup>1974</sup> V. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (FR.), « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.* 1992, chron. 133 ; FULCHIRON (H.) « Autorité parentale et familles recomposées », in *Mélanges Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 141 ; REBOURG (M.), *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, préf. H. Fulchiron, Defrénois, 2003 ; CICILE-DELFOSE (M.-L.), « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, *op. cit.*, p. 187 s. ; THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *Filiation, origines, parentalités...*, *op. cit.*, p. 275 s.

<sup>1975</sup> Dans le même sens, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 1515, p. 692.

**406. — Conclusion de paragraphe.** Pour l'heure, l'attachement du droit français à une origine biologique de la filiation et donc à la biparenté tend à éloigner de telles considérations. Pourtant, les cassures se multiplient. Dernièrement, par exemple, l'ouverture de la procréation médicalement assistée à une femme seule et au couple de femmes renforce le phénomène de privatisation de la filiation et affaiblit sa nature institutionnelle<sup>1976</sup>. À mesure que s'affaiblit la conception naturelle de la filiation, sa conception volontariste s'affirme et ouvre de nouveaux horizons. Le renfort des droits fondamentaux dans une telle évolution est, alors, non négligeable. C'est le cas en matière d'adoption, où le modèle confidentiel français est mis au défi d'évoluer sous l'impulsion du droit d'accès aux origines. Si l'extension du contrat dans une perspective d'une structuration contractuelle adoptée n'est à ce titre pas inenvisageable, nous avons observé que le droit français saurait s'accommoder des principes contemporains en instituant une part de conventionnalité par la reconnaissance d'une convention homologuée sur les droits d'information et de contacts à l'issue d'une procédure d'adoption. Quoi qu'il en soit, les pressions les plus indomptables proviennent en particulier du droit à une vie privée et familiale normale qui tend à transformer l'analyse de la filiation « en termes de droits subjectifs, droit de l'enfant à faire établir sa filiation, droit de l'auteur à faire établir (ou à ne pas faire établir) sa parenté, à avoir un enfant... »<sup>1977</sup>. La filiation, en tant qu'ensemble de droits subjectifs, serait-elle alors susceptible de renonciation ? Aussi, après l'hypothèse de la plurifiliation conventionnelle, nous faut-il envisager la possibilité d'une renonciation volontaire au lien de parenté.

## § II. La perspective d'une renonciation volontaire à la parenté

**407. — La tentation d'une destruction volontaire du lien de filiation.** Le projet parental permet de créer un lien de parenté, de le structurer. À l'image de ce qui a été observé à propos du lien conjugal<sup>1978</sup>, pourrait-on imaginer l'apparition d'un effet extinctif du même projet parental ? Si le droit autorise la privation du lien parental (le retrait de l'autorité parentale), pourrait-il aller jusqu'à permettre la destruction du lien de parenté originaire ? Plus encore, pourrait-il l'autoriser par voie consensuelle ? Un parent au fait du désintérêt filial réel de l'autre parent, pourrait-il accepter, par un pacte spécial, la renonciation du parent défaillant à son lien de parenté ? Au-delà des parents, c'est au bénéfice des enfants qu'une telle réflexion pourrait exister. On le voit, très vite, ces interrogations confinent aux limites des potentialités du projet parental. Elles rejoignent celle plus fondamentale de savoir si l'on peut être parent malgré soi. Le droit français y répond par la positive, notamment à l'égard du père, puisqu'il permet l'établissement judiciaire de la paternité à l'article

<sup>1976</sup> V. TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 398 s.

<sup>1977</sup> TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, n° 399.

<sup>1978</sup> V. *supra*, n° 297.

327 du Code civil. Toutefois, les multiples contestations, jusqu'à présent sans résultat, de cette règle<sup>1979</sup> témoignent d'une crispation du droit de la filiation que provoque l'essor d'une approche volontaire de la filiation : « il faut comprendre que la prise en compte de la volonté de ne pas être parent en cette hypothèse conduirait en réalité à repenser l'intégralité du droit de la filiation pour le construire sur un fondement volontaire »<sup>1980</sup>.

Quoi qu'il en soit, si le droit français ne paraît « *a priori* pas prêt à explorer »<sup>1981</sup> de telles perspectives s'agissant du projet parental, il n'en ignore pas moins des cas d'influence de la volonté sur l'existence d'un lien de parenté, reflets d'une conception volontariste de la filiation. Ainsi, avant la naissance et de manière implicite, le droit français organise des possibilités de renonciation à un lien de parenté futur et certain (A). Après la naissance, malgré une opposition de principe, le droit positif connaît des hypothèses marginales de renonciation volontaire postnatale au lien de parenté (B).

#### A. De la renonciation anticipée au lien de parenté

**408.** — Tantôt, la loi organise, elle-même, la possibilité d'une renonciation anticipée au lien de parenté (1), tantôt en subit-elle simplement les effets (2).

##### 1. La renonciation anticipée au lien de parenté organisée

**409.** — **L'accouchement anonyme et la procréation assistée.** Il est des situations en droit français dans lesquelles la construction du lien de parenté est directement influencée par la volonté

<sup>1979</sup> La constitutionnalité de l'article 327 du Code civil a été plusieurs fois contestée : d'abord au regard du principe d'égalité, puis de liberté. L'argument est écarté dans les deux hypothèses par la Cour de cassation qui, par deux fois, refusa de transmettre la QPC qui lui fut posée considérant que « la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, dès lors que la maternité hors mariage est susceptible d'être judiciairement déclarée, comme la paternité hors mariage et dans les mêmes conditions procédurales, y compris en cas d'accouchement dans le secret, lequel ne constitue plus une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité » (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2013, n° 13-40.001, *D.* 2013, p. 1436, obs. FR. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2013, p. 361, obs. J. HAUSER) ; et qu'elle « ne présente pas non plus un caractère sérieux au regard du principe de liberté dès lors que l'homme, qui a la possibilité de prendre des mesures de nature à éviter une procréation, ne peut se voir, de ce fait, imposer une paternité dont il n'aurait pas accepté l'éventualité » (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2019, n° 19-16.634, *AJ fam.* 2020, p. 73, obs. M. SAULIER ; *Dr. fam.* 2020, comm. 25, note H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2020, p. 80, obs. A.-M. LEROYER). Pareillement, la non-conventionnalité de l'article 327 a peu de chance d'aboutir au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui tend à privilégier le droit à la connaissance de son ascendance sur le droit au respect de la vie privée : v. not. CEDH, 20 déc. 2007, n° 23890/02, *Phinikaridou c/ Chypre* ; CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08, *D.* 2012, p. 1432, obs. FR. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2011, p. 429, obs. FR. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2011, obs. J. HAUSER ; CEDH, 29 janv. 2019, n° 62257/15, *Mifsud c/ Malte*, *D.* 2019, p. 725, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2019, p. 155, obs. M. SAULIER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 78, note H. FULCHIRON.

<sup>1980</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 843.

<sup>1981</sup> ÉGÉA (V.), « L'enfant à naître », *préc.*, n° 39.

individuelle anténatale. Deux types de situations sont ainsi concernées : l'accouchement sous le secret et la procréation médicalement assistée.

**410. — La volonté abdicative de l'accouchée.** D'abord, un enfant peut naître sans qu'il ne fasse l'objet d'aucun rattachement familial, en raison d'une manifestation de volonté abdicative préalable à sa naissance. C'est l'accouchement anonyme ou sous le secret<sup>1982</sup>. Comme le permet l'article 326 du Code civil, « lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». Cette manifestation de volonté s'oppose à l'établissement juridique de la filiation. Ce faisant, la femme qui accouche abdique, par anticipation, au lien de parenté qui a vocation à la rattacher à l'enfant à naître. Avant la loi du 16 janvier 2009<sup>1983</sup>, une telle volition aboutissait à ériger une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité<sup>1984</sup>. La pleine efficacité de la renonciation au lien de parenté était garantie par la loi elle-même. Une telle mesure s'opposait évidemment au droit de l'enfant à faire établir sa filiation, « élément du droit à l'identité »<sup>1985</sup>. C'est en considération de cette dernière cause que la nature de fin de non-recevoir de l'accouchement sous le secret a été supprimée par la loi de ratification de 2009. Désormais, la volonté abdicative de la génitrice peut être contrecarrée par l'action de l'enfant en recherche de maternité. Pour celle qui accouche dans l'anonymat, la certitude d'une renonciation efficace ne passe plus par une protection légale, mais par sa propre volonté. En effet, en permettant la recherche de la maternité, le législateur décourage l'accouchée à laisser des informations sur son identité et sur les origines de l'enfant<sup>1986</sup>, ces dernières constituant, pour l'enfant, des indices dans une recherche de maternité. Puis, quand bien même l'enfant pourrait bénéficier des dispositions relatives à l'accès aux origines, celles-ci sont « sans effet sur l'état civil et la filiation. [L'accès aux origines] ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit »<sup>1987</sup>. En définitive, bien que le droit ne considère pas la décision de la femme qui accouche comme un acte juridique, mais comme un fait<sup>1988</sup>, c'est d'un fait juridique particulier qu'il s'agit. Les effets de droit que la loi lui attache conduisent à déterminer par anticipation l'état civil de l'enfant à naître. D'un côté, la volition de la femme qui accouche fait d'elle une simple génitrice et non pas une mère ; de l'autre, elle prive l'enfant à naître de tout rattachement filial maternel.

<sup>1982</sup> Sur lequel, v. ÉGÉA (V.), *op. cit.*, n° 766 s.

<sup>1983</sup> Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

<sup>1984</sup> L'ancien article 341 du Code civil n'admettait l'action en recherche de maternité qu'en l'absence d'un accouchement anonyme.

<sup>1985</sup> TEYSSIÉ (B.), *Droit des personnes*, 24<sup>e</sup> éd., 2022, LexisNexis, n° 198.

<sup>1986</sup> Comme l'y invite l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles (CASF).

<sup>1987</sup> CASF, art. L. 147-7.

<sup>1988</sup> V. LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 807.

**411. — La volonté abdicative du donneur.** La même volonté abdicative anticipée est au cœur de la technique de la procréation médicalement assistée. La renonciation anticipée du tiers donneur à son lien de parenté avec l'enfant qui naîtra du processus est la conséquence du principe fondamental de l'anonymat en matière de procréation artificielle<sup>1989</sup>. Il y a, dans le don du tiers, une forme de prestation totale<sup>1990</sup>. C'est à la fois un don biologique explicite, le matériel génétique, et un don juridique, le lien de parenté auquel il renonce au profit des bénéficiaires de la mesure médicale. Ainsi, qu'il s'agisse d'un don de gamètes ou d'embryons, le tiers donneur ne pourra jamais voir sa filiation à l'égard de l'enfant établie. Enfin, si le dispositif de l'accès aux origines peut permettre de révéler l'identité du donneur, il ne peut porter atteinte à la renonciation initiale au lien de parenté.

Lorsqu'elle n'est pas organisée par la loi, la renonciation anténatale au lien de parenté est subie par l'ordre juridique français.

## 2. La renonciation anticipée au lien de parenté subie

**412. — La gestation pour autrui.** Dans certaines situations, l'ordre juridique français subit les effets d'une renonciation conventionnelle anticipée au lien de parenté. L'hypothèse renvoie à la renonciation expresse au lien de parenté, à l'égard de l'enfant à naître, qui figure habituellement dans les contrats de gestation pour autrui dans les droits outre-Atlantique<sup>1991</sup>. Dans une telle opération, la renonciation se situe à un degré supérieur de celle qui a lieu dans le cadre du don de sperme, du don d'ovule ou du don d'embryon. Il ne s'agit pas simplement de renoncer à une parenté potentielle. La mère porteuse renonce par avance à une parenté future, mais certaine. À se limiter au seul domaine de la renonciation à un lien de parenté, le contexte de la gestation pour autrui se rapproche fortement de celui de l'adoption plénière. En outre, il n'est pas exagéré de constater dans un contrat de gestation pour autrui une forme de cession du lien de parenté entre la mère porteuse, le cas échéant, son compagnon et les parents d'intention. En admettant les effets en France d'un

<sup>1989</sup> LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, n° 941.

<sup>1990</sup> Sur cette idée dans le cadre du don en général, v. MAUSS (M.), *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, préf. J.-F. BERT, Flammarion, Champ Classiques, 2021, p. 61 s., spéc., p. 66, qui désigne *potlach* la prestation totale au sein d'un clan qui « contracte pour tous, pour tout ce qu'il possède et pour tout ce qu'il fait, par l'intermédiaire de son chef ». Il y a, dans cette idée, une forme de mise en commun des forces et des biens du clan pour le profit de tous. La pensée se retrouve, dans une certaine mesure, dans la procréation assistée. Le concept de projet parental qui la supporte n'est pas étranger à une « conception contractualiste entre l'individu et la société » (PARIZER-KRIEF (K.), « La notion de "projet parental" dans le droit de l'assistance médicale à la procréation (AMP) », *La revue Tocqueville*, vol. XXXIV, n° 2, 2013, p. 18). À travers le projet parental, c'est la mise en commun, au nom de la société tout entière, des forces et biens de tous au profit de tous.

<sup>1991</sup> V. *supra*, n° 369.

contrat de gestation pour autrui conclu à l'étranger, l'ordre juridique français avalise une telle renonciation anticipée.

### ***B. De la renonciation postnatale au lien de parenté***

**413.** — Bien qu'il soit, en ses principes, rétif à l'hypothèse d'une renonciation conventionnelle postnatale (1), le droit de la famille connaît des cas de manifestations de volonté abdicative<sup>1992</sup> quant au lien de parenté (2).

#### **1. Une opposition de principe**

**414.** — **L'indisponibilité de l'état des personnes contrariée par la subjectivisation de la filiation.** Classiquement soustraite au gouvernement de la volonté, la parenté se subjective par la multiplication des droits subjectifs concernant le statut familial. La généralisation de l'action en contestation de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005<sup>1993</sup> s'inscrit dans cette tendance. Il est ainsi possible, tant pour les père et mère que pour l'enfant, de s'opposer à une parenté établie en contestant la filiation existante. Pour autant, ces hypothèses demeurent hors de la sphère contractuelle. Si le contrat est, désormais, à même de structurer la parenté, rien ne permet, *a priori*, de dire qu'il puisse la défaire, par exemple, par une renonciation conventionnelle à la filiation établie. L'indisponibilité du lien de parenté, que l'on rattache à l'indisponibilité de l'état des personnes, s'y oppose. On ne peut, pourtant, pas contester qu'un « "droit à" la disposition des éléments du statut personnel émerge, bouleversant lentement la logique des règles en apparence bien structurées qui composent la matière »<sup>1994</sup>. Aussi l'indisponibilité de l'état des personnes est-elle fortement éprouvée par la reconnaissance du droit à l'autonomie personnelle et à l'épanouissement personnel par la Cour de Strasbourg<sup>1995</sup>. La reconnaissance d'un droit à renoncer à une filiation établie serait-elle si inenvisageable dans un tel contexte ? À concevoir la filiation comme un agrégat de droits subjectifs, le risque se fait plus aigu. En effet, en droit commun des contrats, il est admis que l'on puisse renoncer à un droit, fût-il d'ordre public. Il suffit, pour ce faire, que la renonciation soit exempte de tout vice et porte sur un droit acquis « car, acquis, [il] devient disponible »<sup>1996</sup>. Si la filiation est un droit, alors les parents ont tant un droit à voir établir leur

<sup>1992</sup> Sur ce thème v., DREIFUSS-NETTER (Fr.), *Les manifestations de volontés abdicatives*, préf. A. RIEG, LGDJ, 1985.

<sup>1993</sup> Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

<sup>1994</sup> MUSSO (A.), th. préc., n° 275, p. 259.

<sup>1995</sup> V. not. FABRE-MAGNAN (M.), « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31 ; FABRE-MAGNAN (M.), LEVINET (M.), MARGUÉNAUD (J.-P.), TULKENS (F.), « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, n° 48, p. 3 s. ; LEVINET (M.), « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n°49).

<sup>1996</sup> MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *op. cit.*, n° 395.

parenté à l'égard de l'enfant qu'un droit à ne pas le voir établir. Qu'importe, alors, la nature d'ordre public du lien de filiation. Une fois celui-ci établi, l'analyse subjective du droit pourrait autoriser la renonciation au lien de parenté. L'on imagine, avant tout, la renonciation provenant du parent. Pourtant, au-delà du projet parental, la question s'envisage également à propos d'un enfant majeur, à l'égard du parent, par exemple, coupable d'actes graves.

**415. — Le cas du nom patronymique.** L'on sait que le nom est un signe extérieur de la filiation. En effet, « la transmission du nom coïncide avec l'établissement du lien de filiation »<sup>1997</sup>. Or, le rapport de la personne à sa filiation n'a eu de cesse d'évoluer dans ce domaine particulier qu'est le nom. Tant l'attribution du nom que l'usage du nom font désormais une place forte à la volonté<sup>1998</sup>. La tendance est à une identité choisie, en contestation de toute identité imposée. Cette préoccupation du choix a justifié la contestation de la prééminence de la filiation paternelle dans la transmission du nom ; elle justifie, de nos jours, la contestation du choix des parents. Par la multitude des options que lui confère l'article 311-24-2, l'individu peut désormais revendiquer, par une marque extérieure, une filiation qui a pu être occultée par l'effet de la loi ou par le choix de ses parents. Plus qu'à un usage, c'est à une modification de l'état civil que peut aboutir une telle revendication identitaire<sup>1999</sup>. Le changement de nom n'est plus exclusivement justifié par l'intérêt légitime, il peut être le fruit d'un désir d'identité choisie. À l'évidence, une telle faculté permet de faire ressortir une filiation dissimulée par les mécanismes classiques de transmission du nom. Mais la symbolique peut s'inverser. Le nom exprime un rattachement, une affiliation. Aussi le changement de nom peut-il servir à se détacher, symboliquement, d'une filiation à l'égard de laquelle une personne se désaffectionne. En fin de compte, c'est la disponibilité de l'état civil et du lien de filiation, ainsi que de ses effets, qui est en cause, qu'il s'agisse de permettre la modification expresse de l'état civil ou l'usage d'un nom qui n'y figure pas. Dans une telle conception, si l'on permet désormais de préférer telle ou telle filiation, dans ses signes extérieurs, au nom du droit à l'identité, ne pourrait-on pas permettre, sur le même fondement, la renonciation à la filiation dont on se désaffectionne ? La question est loin d'être absurde compte tenu du recentrage de l'identité sur les désirs de la personne et sa volonté.

<sup>1997</sup> TERRÉ (Fr.), FENOUILLET (D.), *Droit civil. Les personnes*, 8<sup>e</sup> éd., 2012, Dalloz, n° 158.

<sup>1998</sup> C'est une réalité que l'égalité des sexes a mis fin à l'absolutisme de l'automatisme dans la transmission du nom patronymique ; automatisme que l'on peut rattacher, sans difficulté, à la conception traditionnelle de la filiation. À la liberté conférée aux parents dans l'attribution du nom (C. civ., art. 311-21) s'ajoute une nouvelle liberté dans l'usage de celui-ci par la personne physique. La loi du 2 mars 2022 (Loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation) permet désormais de publiquement revendiquer une filiation par l'usage d'un nom de famille autre que celui dévolu à l'enfant par ses parents à la naissance.

<sup>1999</sup> V. C. civ., art. 61-3-1 : « Toute personne majeure peut demander à l'officier de l'état civil de son lieu de résidence ou dépositaire de son acte de naissance son changement de nom en vue de porter l'un des noms prévus aux premier et dernier alinéas de l'article 311-21. Sans préjudice de l'article 61, ce choix ne peut être fait qu'une seule fois. »

**416. — La relativisation des obstacles.** Du point de vue de la famille, toutefois, l'hypothèse se heurte à des obstacles de taille. Les principes classiques du droit de la famille sont susceptibles d'y opposer une réaction. On imagine par exemple une confrontation entre, d'un côté, le droit à l'autonomie personnelle de celui qui ne désire plus être parent et, de l'autre, l'intérêt de l'enfant. En effet, consacrer un droit à la perte du lien de parenté reviendrait à contrecarrer un principe essentiel du droit civil français : qui fait l'enfant, doit le nourrir<sup>2000</sup>. Par ailleurs, outre l'obligation alimentaire du parent à l'égard de l'enfant, la perte du lien de parenté entraînerait pour ce dernier la perte d'une vocation successorale. Mais ce dernier argument perd en force lorsqu'il est mis en regard avec l'évolution du droit successoral et la conception de la réserve héréditaire<sup>2001</sup>. Du reste, une autre difficulté technique se pose : il serait difficile de concilier une telle renonciation avec les règles relatives aux incapacités et interdictions qui existent au sein de la famille<sup>2002</sup>. Mais encore, l'on pourrait nuancer en invoquant l'exemple de l'adoption plénière qui, tout en effaçant la filiation d'origine de l'enfant, laisse persister ces prohibitions à l'égard de sa famille d'origine.

Quoi qu'il en soit, ces quelques obstacles suffisent à éloigner, pour l'instant, toute généralisation d'une renonciation volontaire postnatale au lien de parenté. Les cas admis par le droit positif étant strictement limités.

## 2. Des cas marginaux de renonciation postnatale au lien de parenté

**417. —** Aussi baroque que puisse paraître l'hypothèse de la renonciation volontaire postnatale à un lien de parenté, elle n'en est pas pour autant ignorée du droit français. Deux exemples permettent de l'étayer ; l'adoption plénière (a) et le délaissement parental (b).

### a. L'adoption plénière

**418. — Une renonciation volontaire à la parenté.** Concernant l'adoption, la loi requiert soit le consentement des deux parents, soit celui d'un parent, selon les cas<sup>2003</sup>. Quant à l'adoption plénière, en particulier, l'article 356 du Code civil dispose qu'elle « confère à l'enfant une filiation qui se

<sup>2000</sup> Selon une formule ancienne de LOYSEL. De même que l'enfant doit des aliments à ses parents, v. C. civ., art. 205.

<sup>2001</sup> Si l'article 912 du Code civil maintient la tradition d'une réserve *pars hereditatis*, la multiplication des facultés de renonciation à cette dernière confirme qu'elle est, dorénavant, plus proche d'une *pars bonorum*, un droit de créance des réservataires contre la succession auquel ils peuvent librement renoncer. Ce que confirme aussi, par exemple, la généralisation de la réduction en valeur par les articles 924 et s. du Code civil. Les réservataires ne reçoivent en finalité qu'une indemnité, donc un droit de créance.

<sup>2002</sup> L'on pense à la prohibition de l'inceste et aux empêchements à mariage.

<sup>2003</sup> C. civ., art. 348 s.

substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164 ». L'article 359 du Code civil ajoute que l'adoption plénière est irrévocable. En d'autres termes, c'est bien à une renonciation à leur lien de parenté que consentent, valablement et définitivement, les parents d'origine d'un enfant faisant l'objet d'une adoption plénière. Cependant, le fait que l'adoption soit prononcée par une décision de justice empêche de l'assimiler à une cession conventionnelle du lien parental. Il n'en demeure pas moins qu'il y a au cœur de l'institution adoptive une renonciation volontaire et expresse à un lien de parenté établi.

*b. Le délaissement parental*

**419. — La sanction d'une renonciation factuelle à la parenté.** À un moindre degré, la même renonciation volontaire est à l'œuvre dans la déclaration judiciaire de délaissement parental, ancienne déclaration judiciaire d'abandon, prévue aux articles 381-1 et 381-2 du Code civil<sup>2004</sup>. De l'absence d'exercice de la fonction parentale par les parents, la loi présume une volonté tacite de renonciation au lien de parenté au point de passer outre le refus des parents dans une procédure d'adoption<sup>2005</sup>. La Cour de cassation a eu l'occasion de juger qu'une telle mesure n'était pas, en principe, contraire aux normes internationales dès lors qu'elle était prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>2006</sup>. À l'inverse de l'adoption plénière, toutefois, la déclaration de délaissement parental ne prive pas les parents de leur parenté à l'égard de l'enfant délaissé, mais simplement du lien parental<sup>2007</sup>. On notera, cependant, qu'il ne s'agit que d'une étape préalable à l'extinction du lien de parenté par l'adoption plénière. En effet, l'article 348-2 du Code civil substitue le consentement du conseil de famille après l'avis de la personne responsable de l'enfant au consentement des parents, qui ont perdu leurs droits d'autorité parentale.

<sup>2004</sup> C. civ., art. 381-1 : « Un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit ». Sur cette procédure, v. ROGUE (F.), « Les perspectives de la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale », *D.* 2019, p. 1876 ; GLEBER (L.), « Nouvelle procédure de délaissement parental », *AJfam.* 2017, p. 167 ; MONTILLET – DE SAINT-PERN (L.), *La notion de filiation en droit comparé. Droit français et droit anglais*, Thèse, Paris II, 2013, n° 260 s.

<sup>2005</sup> C. civ., art. 348-7.

<sup>2006</sup> L'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que norme supranationale, peut ainsi justifier le rejet de la demande de déclaration de délaissement parental (v. Civ. 1<sup>re</sup>, avis du 19 juin 2019, n° 19-70.007, *RTD civ.* 2019, p. 568, obs. A.-M. LEROYER ; *D.* 2020, p. 677, obs. P. HILT ; *ibid.* 2010, p. 506, obs. M. DOUCHY-LOUDOT) ; ou son prononcé (v. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 nov. 2022, n° 20-22.903, *D.* 2023, p. 523, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJfam.* 2023, p. 48, obs. B. MALLEVAEY ET L. GEBLER).

<sup>2007</sup> C. civ., art. 381-2, al. 5 : « Lorsqu'il déclare l'enfant délaissé, le tribunal délègue par la même décision l'autorité parentale sur l'enfant à la personne, à l'établissement ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié ».

## CONCLUSION DE CHAPITRE

**420.** — Un constat général du Comité consultatif national d'éthique permet de résumer et de conforter tout ce que l'on vient d'analyser au titre des perspectives d'évolution des relations entre le contrat et le lien de parenté. Ainsi s'exprimait-il à propos de la recherche sur l'embryon : « ce n'est plus le développement biologique qui détermine alors, à lui seul, son devenir, mais le lien humain dans lequel est inscrit l'embryon. L'inscription dans la lignée humaine ne se résume pas seulement à une donnée biologique, elle procède d'une inscription dans une relation humaine »<sup>2008</sup>. C'est cette relation humaine que porte la notion de projet parental. Le risque d'une telle conception est de « faire du “projet parental” le fondement exclusif de l'identité de l'enfant et [de] considérer l'être biologique de ce dernier comme un simple support matériel de la réalisation de la volonté des parents »<sup>2009</sup>. L'ouverture de l'assistance à la procréation aux couples de femmes et aux femmes seules réalise, en partie, un tel risque. La parenté est désormais versée dans l'ordre du vouloir. On peut, surtout, craindre une expansion du projet parental au-delà de la sphère de la procréation médicalement assistée. Au-delà de la question immédiate d'une structuration contractuelle adoptée – que le droit français saurait au demeurant intégrer par la consécration d'une convention homologuée sur les droits d'information et de contacts post-adoption, en réponse aux revendications en lien avec un renversement du principe de confidentialité dominant en matière d'adoption en raison du droit à l'accès aux origines – ce n'est alors plus la simple construction du lien de parenté qui devient possible, mais la pluralité de sa construction voire sa déconstruction. Si le bouleversement des concepts qui pourrait en résulter est encore hypothétique s'agissant des potentialités du projet parental, il semble imminent pour ce qui est de la gestation pour autrui.

Deux considérations de politique juridique guideront nos observations conclusives sur les perspectives d'évolution quant à la prohibition de la gestation pour autrui. D'abord, on a pu dire de la solution fondatrice rendue le 31 mars 1991 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qu'elle avait des allures de « test quant à la force de conviction du couple de recourir »<sup>2010</sup> à la méthode de la gestation pour autrui. Or, l'effet dissuasif recherché, loin d'être garanti à l'époque, est désormais presque réduit à néant. Reste à savoir pendant encore combien de temps seront ignorées les pratiques existantes tant en France qu'à l'étranger. Sur un second plan de politique juridique, ensuite, le jusnaturalisme moderne, qui, comme hier, vise à « défendre au nom de la

<sup>2008</sup> CCNE, *Avis n° 112, Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, 1<sup>er</sup> déc. 2010, spéc., p. 6.

<sup>2009</sup> SUPLOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 220.

<sup>2010</sup> GOBERT (M.), « Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », art. préc., *in fine*.

science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère essentiellement subjectif »<sup>2011</sup>, a largement démontré ses limites dans le domaine de la gestation pour autrui. Ce n'est point surprenant puisque'une telle école du droit naturel<sup>2012</sup> conduit à exprimer, à travers la loi, le « devoir-être » plutôt que « l'être »<sup>2013</sup>. Or, la loi étant inséparable des faits, son autorité s'en trouve indéniablement menacée lorsque les faits renouvellent leur contestation. En fin de compte, en matière de gestation pour autrui, un certain pragmatisme laisse penser qu'il serait préférable, mais également utile, de délaisser la « doctrine de la prédestination »<sup>2014</sup> pour celle de la prévoyance. Si une telle mutation peut aboutir à l'encadrement de la gestation pour autrui, il n'en résulterait pas pour autant une négation de tout idéalisme de la règle de droit. Simplement, à l'idéalisme d'un droit naturel immuable, universel et éternel<sup>2015</sup>, se substitue l'idéal d'un droit naturel, plus humain, orienté vers « la manière dont les êtres *doivent* réaliser leur nature, leur fonction, leur fin »<sup>2016</sup>. Ce droit naturel exclut par conséquent tout immobilisme dans le devenir de l'humain puisque' « à la différence des autres vivants dont l'orientation est rigoureusement déterminée (...) l'homme détermine lui-même *en partie* ses propres fins »<sup>2017</sup>. Aussi, à la conception traditionnelle, longtemps immuable, de l'engendrement charnel d'un enfant (qui n'est plus dominant en droit de la famille) se substituerait une nouvelle conception mobile, facteur d'un droit naturel pouvant « varier selon les époques et les régions »<sup>2018</sup>. Ainsi que l'écrivait Aristote, « il y a des choses qui, tout en étant naturelles, sont sujettes néanmoins

<sup>2011</sup> Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. IX.

<sup>2012</sup> Qui soutient l'existence d'un ordre naturel des choses immuable et non évolutif. Il existerait des « règles universelles et immuables » (TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale du droit*, 14<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, n° 81) qui transcendent la personne humaine et s'impose à elle.

<sup>2013</sup> V. BÉCANE (J.-CL.), COUDEREC (M.), HÉRIN (J.-L.), *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Dalloz, coll. Méthodes du droit, p. 51 s.

<sup>2014</sup> ALAIN, *Éléments de philosophie*, Gallimard, Folio essais, 1991, Livre quatrième, chapitre IV, spéc., p. 236.

<sup>2015</sup> Le caractère immuable de la loi naturelle ne surprend pas lorsque l'on considère les origines de la conception du droit naturel qui la fonde. Comme l'a exposé Roubier, c'est en effet à partir de la doctrine de Grotius et l'École du droit de la nature et des gens que s'est forgée l'idée d'un droit naturel qui préexistait à la formation des États et qui fournit à ces derniers leurs règles positives (droit positif) qui ne doivent pas s'écarter de ce droit naturel préexistant. Bien qu'il distingue le droit naturel de la théologie, Grotius n'en conteste pas moins le matelas religieux ou divin de son droit de la nature, Dieu ayant fait la nature elle-même. De là se produit une mutation du concept même de droit naturel, il « émigre sur le terrain juridique, et il va servir de directive, en droit idéal, pour les institutions juridiques. Dès lors on ne lui demande plus de seulement définir les « premiers principes » mais de donner les modèles parfaits de diverses institutions », v. ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 1951, préf. D. DEROUSSIN, rééd., Dalloz, 2005, n° 16 s.

<sup>2016</sup> MONGOIN (D.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022, n° 145, spéc., p. 143.

<sup>2017</sup> MONGOIN (D.), *Philosophie du droit*, op. cit., *ibid.*

<sup>2018</sup> TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale du droit*, op. cit., n° 81, p. 113. Adde ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Librairie Générale Française, 1992, Livre V, chapitre VII, spéc., p. 21§ s., qui distingue, dans la justice civile, ce qui est naturel et ce qui est purement légal. « Ce qui est naturel, c'est ce qui a partout la même force et ne dépend point des décrets que les hommes peuvent rendre dans un sens ou dans l'autre. Ce qui est purement légal, c'est tout ce qui, dans le principe, peut indifféremment être d'une telle façon ou de la façon contraire ». Le droit en tant que production de l'activité humaine ne peut ainsi appartenir à cette catégorie de choses immuables (domaine des Dieux) ; les « lois humaines et les droits qu'elles fixent sont [par nature] dans un changement perpétuel ». Selon cette conception, le droit naturel est un droit par essence mobile, mutable.

à changer »<sup>2019</sup>. La procréation est de ces choses. Elle est naturelle à l'humain. Mais sa conception est variable en raison de l'influence du progrès scientifique. Tout cela n'étant que l'ordre naturel des choses humaines. C'est, d'ailleurs, la logique profonde qui innerve l'ouverture de la procréation médicalement assistée au couple de femmes et aux femmes seules. Il devient « naturel que toutes personnes en désir de parenté puissent également bénéficier des progrès de la biologie »<sup>2020</sup>. Comme l'a exprimé Monsieur Chénéde, une telle conception du droit naturel conduit à réduire « la marge de manœuvre du juriste »<sup>2021</sup> s'agissant des questions purement extrapatrimoniales. Il ne s'agirait plus que d'envisager les problématiques de « “technique juridique (les moyens) à l'exclusion des choix de “politique juridique (les fins)” »<sup>2022</sup>. En d'autres termes, cela reviendrait à rechercher, à travers la règle de droit, les conditions d'un accès libre, égal et éclairé des individus aux techniques de procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui comprise.

---

<sup>2019</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, Livre V, chapitre VII, spéc., p. 217.

<sup>2020</sup> LAGARDE (X.), *Le métier de juriste. Une introduction générale au droit*, IRJS Éditions, coll. Les humanités du droit, 2020, p. 79.

<sup>2021</sup> CHÉNEDÉ (Fr.), « De la conception du droit à la fonction de juriste », *préc.*, p. 20-21.

<sup>2022</sup> CHÉNEDÉ (Fr.), « De la conception du droit à la fonction de juriste », *préc.*, p. 21.



## CONCLUSION DE TITRE

**421.** — La présence de l'opération de structuration du contrat en droit de la filiation ne laisse plus place au doute. Du point de vue du strict droit de la famille, le contrat structure la parenté dès lors qu'il est admis en tant que source du rattachement familial de l'enfant. La promotion du projet parental dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation le démontre, tout autant que la reconnaissance des effets du contrat de gestation pour autrui. Cette percée de la structuration contractuelle s'avère doublement perturbatrice. D'abord, elle est perturbatrice du droit de la famille, parce qu'elle augure une reconstruction du modèle français de la parenté et par extension une reconstruction de la filiation autour d'une modélisation contractuelle. L'extension de la conception volontariste de la filiation, sous-tendue par le projet parental, permet d'envisager deux hypothèses de variétés des effets du contrat quant au lien de parenté. C'est le cas de la plurifiliation conventionnelle et, dans une hypothèse voisine, l'extinction volontaire du lien de parenté.

Ensuite, elle l'est à l'égard du droit dès lors qu'elle heurte et vide de toute substance une prohibition axiologique du droit français. C'est l'effectivité de la prohibition des contrats de gestation pour autrui au sein même de l'ordre juridique français qui en ressort menacée. En faisant de l'intérêt supérieur de l'enfant la boussole des orientations politiques et juridiques en la matière<sup>2023</sup>, la jurisprudence européenne suivie par la jurisprudence française en vient à neutraliser, en partie, la prophylaxie des dispositions pénales relatives à la gestation pour autrui. La double condamnation jurisprudentielle et légale de cette pratique avait permis de « réaffirmer une hiérarchie des normes en faveur de l'institution familiale et au détriment de l'ordre contractuel »<sup>2024</sup>. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et du respect dû à la vie privée des parents provoque un net rééquilibrage en faveur du contrat. Pas même l'incontestable caractère commercial d'une gestation pour autrui, ne suffit à infléchir la position de la Cour de Strasbourg. Cette dernière fait peu de cas d'une telle circonstance dès lors que le droit étatique en cause place l'enfant dans une situation d'insécurité juridique quant à son identité au sein de la société en ne permettant pas

---

<sup>2023</sup> V. la critique de DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », art. préc., qui dénonce le mythe de l'enfant-roi en droit contemporain de la famille dans lequel l'attention portée aux droits et à l'intérêt de l'enfant est en réalité dépendante de l'intérêt des parents et des adultes. L'auteur soutient, ainsi, l'idée selon laquelle les droits de l'enfant « n'ont été reconnus que dans la mesure où ils coïncidaient avec ceux des parents et des adultes en général, et que les cas de conflit ont été systématiquement résolus au bénéfice des adultes, à l'inverse de ce que l'expression d' "intérêt supérieur de l'enfant" laisserait penser ». Le grief a été formulé contre la jurisprudence européenne en matière de gestation pour autrui qui, selon certains auteurs, aboutit à « transformer en alliée la principale victime de l'opération. (...) Retourné comme un gant, l'enfant devient argument, et c'est au nom de l'enfant que l'on affirme qu'il a un « droit à » avoir un parent » : FRISON-ROCHE (M.-A.) « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p. 85, spéc. n° 2.

<sup>2024</sup> MURAT (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », préc., spéc., p. 147.

une reconnaissance de la filiation d'intention fondée sur le contrat<sup>2025</sup>. Mais la situation paraît intenable, en l'état. Concrètement, d'un côté, le juriste partisan d'une vision libérale de la famille pourra, dans un premier temps, se réjouir de la position française adoptée à l'issue de la condamnation européenne. Mais très vite, il se désolera de l'opposition du législateur quant à la transcription intégrale de l'acte d'état civil étranger. Si une telle position témoigne d'un refus d'égaliser la parenté d'intention et la parenté biologique, elle se révèle pourtant paradoxale au regard de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes. De l'autre, celui qui s'oppose à la gestation pour autrui n'aura de cesse de dénoncer la violation de la prohibition de la gestation pour autrui. S'il se console par son maintien textuel, on a pu voir combien, dans les faits, une telle prohibition est, en pratique, désactivée. Plus encore, on a pu constater combien l'influence des droits fondamentaux et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg conduisent à relativiser l'efficacité des propositions qui visent à renforcer le principe prohibitionniste tant sur le plan interne que sur le plan international. Ces constats nous ont conduit inévitablement à envisager un renouvellement de la position française sur la question de la gestation. En effet, en maintenant la prohibition de la gestation pour autrui, l'ordre juridique français fait le choix de maintenir la réalité des faits à bonne distance. Pourtant, c'est illusoire de croire qu'il pourra continuer à se construire en marge de ces faits : certes, « le droit ordonne les faits, mais dans une beaucoup plus large mesure, il est ordonné par eux »<sup>2026</sup>. L'extension de la structuration contractuelle du lien familial dans le domaine de la parenté en atteste.

Toutefois, si le contrat de gestation pour autrui s'avère perturbateur de l'ordre juridique interne, la perturbation doit être nuancée du point de vue strict de l'opération juridique du contrat en droit familial. En effet, la structuration de la parenté qu'entraîne le contrat de gestation pour autrui s'inscrit dans un mouvement de renouvellement progressif de la parenté en droit français de la famille. Celui-ci culmine avec l'ouverture de la procréation médicalement assistée qui consacre, dans un même temps, la parenté d'intention et la division de la maternité par le truchement de la notion de projet parental. Enfin, les potentialités de ce concept s'étendent bien au-delà du seul domaine de la procréation assistée. C'est la représentation classique de la filiation qui en ressort contestée. Sans disparaître, la conception traditionnelle de la filiation comme une réalité objective qui s'impose à l'individu fait place à une vision subjective reposant sur la volonté individuelle ; tant

---

<sup>2025</sup> V. CEDH, 6 déc. 2022, n° 25212/21, *K.K. c/ Danemark*, *AJ fam.* 2023, p. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse. spéc., § 72, qui fait une application orthodoxe de l'avis consultatif de la même Cour du 10 avr. 2019, (CEDH, avis consultatif 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc).

<sup>2026</sup> SÉRIAUX (A.), *Le droit comme langage*, op. cit., n° 35.

du point de vue de sa construction que de sa déconstruction. En un mot, dans la quête de « vérité » du fondement de la filiation, la volonté serait la clé et l'avenir, en lieu et place de la Nature<sup>2027</sup>.

---

<sup>2027</sup> Dans une telle appréhension renouvelée de la filiation et d'après une lecture philosophique, l'individu serait à la fois objet et sujet. Objet, parce que dépendant d'une représentation objective, biologique, de la filiation. Sujet, parce qu'il tend à se libérer des implications de cette vérité biologique. L'argument fait écho à la pensée de Schopenhauer selon laquelle « notre *volonté* nous fournit l'unique occasion que nous ayons d'arriver à l'intelligence intime d'un processus qui se présente à nous d'une manière objective ; c'est elle qui nous fournit quelque chose d'*immédiatement connu*, et qui n'est pas, comme tout le reste, uniquement donné dans la représentation. C'est donc dans la Volonté qu'il faut chercher l'unique donnée susceptible de devenir la clé de toute autre connaissance vraie ; c'est de la Volonté que part la route unique et étroite qui peut nous mener à la vérité. Par conséquent, c'est en partant de nous-mêmes qu'il faut chercher à comprendre la Nature, et non pas inversement chercher la connaissance de nous-mêmes dans celle de la nature » (v. SCHOPENHAUER (A.), *Le monde comme volonté et comme représentation*, trad. A. BURDEAU, préf. Cl. ROSSET, 3<sup>e</sup> éd., 2014, PUF, Suppléments, spéc., p. 891).



## CONCLUSION DE PARTIE

422. — Nous voici au terme de cette seconde partie consacrée à la structuration du lien familial. À bien considérer les choses, l'étude que nous venons de mener de la relation pouvant exister entre le contrat et la structure familiale et, plus spécifiquement, du rôle du contrat dans la constitution et la décomposition des liens familiaux conduit à affirmer le contrat au rang des forces créatrices du droit de la famille. La rencontre de la structure familiale et du contrat révèle, en filigrane, un renouvellement de l'incidence du contrat en droit de la famille : la participation du contrat à la structuration du lien familial. À ce titre, l'avènement de la structuration par le contrat d'un lien familial constitue une clé de lecture du droit contemporain de la famille en ce qu'elle révèle la singularité du contenu du contrat au sens de son opération juridique lorsqu'il influence la structure familiale.

La fonction du contrat est dite de structuration du fait de l'objet du contrat en rapport direct avec les structures familiales que sont le couple et la parenté. La modification directe de l'état des personnes constitue la finalité de ces contrats. Le contrat se colore d'un rôle de régulation des rapports sociaux, en ayant pour finalité la construction ou la déconstruction d'un lien personnel de nature familiale. En un mot, *la structuration contractuelle, en droit de la famille, désigne l'aptitude du contrat à faire ou à défaire une structure familiale*. Pour le dire autrement, le contrat est structurant en droit de la famille dès lors que son opération juridique correspond à la création ou à l'extinction d'une structure familiale. La singularité de cette opération juridique est la modification du statut personnel des parties contractuelles. Aussi, la manifestation formelle de cette fonction du contrat en droit de la famille est la modification de l'état civil des parties. Celle-ci confère une unité conceptuelle à la structuration contractuelle du lien en droit de la famille et à la catégorie des contrats de structuration du droit de la famille, tandis que la dualité des modalités de réalisation de la fonction contractuelle de structuration de la famille – l'établissement ou l'extinction d'une structure familiale – fonde une dualité de leur contenu. Nous pouvons, désormais, en proposer une typologie – s'agissant, tout d'abord, de la structure familiale du couple : le mariage (selon la doctrine du mariage-contrat) et le contrat de PACS participent de son établissement tandis que le « contrat de divorce » contribue à la défaire. S'agissant, ensuite, de la structure familiale de parenté : la reconnaissance conjointe anticipée et le contrat de gestation pour autrui contribuent, tous deux, à sa construction. Aussi, bien que perçue comme facteur de perturbation, l'établissement ou la destruction d'une structure familiale par le contrat en droit de la famille semble s'affirmer, par son ampleur, comme une voie de reconstruction du droit de la famille.

L'essor de la structuration contractuelle du lien familial dans le droit de la famille conduit à renforcer l'inscription de la famille et du fait familial dans l'ordre du privé. Par une relation de cause à effet, cette privatisation de la famille mène, d'une part, à la contestation de la réglementation étatique au profit d'une réglementation privée et, d'autre part, à voir dans le contrat l'instrument de l'affranchissement des individus. L'agitation qui frappe la prohibition du contrat de gestation pour autrui en droit français et la contestation des fondements naturels de la filiation en constituent des exemples majeurs.

Le phénomène ne se limite pas au seul cadre du droit de la famille, ce qui lui conférerait une certaine singularité dans son évolution. En réalité, la privatisation du fait familial n'est que la résultante d'un changement dont les origines sont bien plus lointaines que celles qui touchent au cadre familial en lui-même. Aussi faut-il avoir à l'esprit qu'une parfaite compréhension de la privatisation du fait familial ne peut se faire qu'en resituant la famille dans l'évolution plus globale de la société caractérisée par une montée de l'individualisme. Ce triomphe de l'individualisme, visant principalement à se libérer le plus possible de l'autorité étatique, constitue le ferment des bouleversements du droit de la famille. L'exaltation de la liberté individuelle est, ainsi, progressivement devenue un marqueur de la spécificité du droit de la famille. Ainsi, du Pontavice pressentait-il, au milieu du siècle dernier, que « l'individualisme et la liberté, de plus en plus refoulés du droit des obligations, triomphent chaque jour davantage dans le droit de la famille (...). Alors que le droit des obligations lie les hommes et cela de plus en plus, le droit de la famille libère (...). Plus exactement, pour assurer la cohésion indispensable à la famille, on fait confiance davantage à la libre volonté des participants, moins à des mécanismes d'autorité »<sup>2028</sup>. L'opposition qui transparaît de cette pensée, entre un droit de la famille qui se libéralise et un droit des obligations qui s'institutionnalise, peut être nuancée. L'institutionnalisation du droit des obligations, autrement dit la préférence pour un droit de plus en plus construit et non plus abandonné au règne de la volonté, est, précisément, la matrice de son acculturation au droit de la famille. En témoignent, dans le contexte contemporain familial, l'avènement et l'inflation de l'opération de structuration du contrat, en tant que réalisation technique du paradigme moderne.

---

<sup>2028</sup> PONTAVICE (E. DU), « Droit au bonheur et droit de la famille », in *Mélanges Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, spéc., p. 687 et 705.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**423.** — La conclusion d'une thèse est tout autant l'aboutissement d'une pensée mûrie par le temps que l'épilogue de l'ouvrage qui en est le produit. Aussi est-ce par un retour naturel à la source de la recherche qui a été la nôtre que s'ouvrent ces propos conclusifs.

Le point de départ de notre étude est le constat d'un paradoxe. Le phénomène de contractualisation constante de la famille tend à conférer une place centrale au contrat dans le droit de la famille. Pourtant, d'un point de vue théorique, si la consécration d'espaces de manifestation de la volonté dans la matière familiale est souvent mise en avant, la figure du contrat demeure relativement délaissée par la doctrine : le contrat se développe, pas à pas, en droit de la famille, sans, pour autant, que l'on s'interroge sur une potentielle spécificité de ce contenu contractuel familial. À notre sens, un tel constat légitime la nécessité d'une étude visant, par la reconstitution des diverses phases de la contractualisation de la famille, à en cerner le mécanisme d'ensemble à l'œuvre et à faire ressortir, si possible, les tendances principales de l'influence du contrat en droit de la famille. Partant, l'enjeu principal de l'étude fut d'apporter un éclairage sur la réalité d'un contenu contractuel propre à la matière familiale, qui trouverait son origine dans des accords de volonté que l'on peut sommairement nommer contrats de la famille. En somme, il s'agissait de tenter une synthèse du rôle du contrat en droit de la famille. À leur égard, plusieurs interrogations prosaïques se sont posées. Qu'est-ce qui fonde la spécificité des contrats de famille ? Quel est leur degré de singularité au regard du droit commun des contrats ? En un mot, il s'est agi de mettre ainsi en lumière la résonance de la spécificité familiale sur les contrats que l'on rencontre entre les membres d'une famille. C'est la raison pour laquelle l'étude du contenu de ces contrats a été privilégiée. En se réinscrivant dans le contexte général de contractualisation des relations familiales, l'étude du contrat en droit de la famille, à partir de son contenu, a permis de révéler les tendances contemporaines qui caractérisent les rapports entre la famille et le contrat.

**424.** — À partir des données doctrinales, la définition de la notion de contenu du contrat a laissé paraître les deux acceptions. Entendu strictement, le contenu du contrat renvoie à l'ensemble des clauses qui composent l'acte et qui ont pour utilité l'organisation de la relation contractuelle. Selon une acception plus large, abstraite, le contenu du contrat renvoie à la finalité de l'acte, à l'opération juridique réalisée par le contrat dans un domaine donné. Dans ces deux sens, la notion de contenu du contrat a révélé un renouvellement des interactions du contrat et de la famille. Celles-ci se

réalisent dans deux dimensions. D'abord, s'agissant des rapports entre le contrat et la relation familiale. Ensuite, en ce qui concerne les rapports du contrat et la structure familiale.

**425.** — S'agissant de l'organisation contractuelle de la relation familiale, c'est l'appréhension étroite de la notion de contenu du contrat qui est directement concernée. À la différence de l'influence du contrat dans la structuration du lien familial, l'organisation contractuelle de la relation familiale est naturelle. Aussi certains domaines du droit de la famille, relatifs à la relation familiale, sont-ils ouverts au libre jeu des volontés (l'exemple classique étant les relations patrimoniales dans le couple. On peut également ajouter les modalités d'exercice de l'autorité parentale). De fait, c'est moins à l'essor d'un contenu particulier du contrat que l'on assiste qu'à l'extension de son influence traditionnelle sur l'organisation de la relation familiale. En outre, cette influence se diversifie puisqu'elle permet désormais aux membres de la famille d'organiser la relation familiale tant d'un point de vue substantiel (il s'agit pour les parties d'aménager les règles légales qui définissent les obligations familiales, autrement dit le comportement familial) que d'un point de vue procédural (par la maîtrise des modalités de la résolution des litiges familiaux). À ce propos, a été constatée une extension du contenu du contrat pour diverses raisons :

Soit en raison du caractère impératif indéterminé du cadre légal : c'est le cas des possibilités d'aménagement du contenu de l'indivision entre partenaires qui nécessiteraient cependant d'être encadrées – **propositions n° 1, 2 et 3** ; c'est aussi le cas de la faculté de stipuler une clause compromissoire dans un contexte familial, qui mériterait d'être pleinement consacrée.

Soit en raison des métamorphoses de l'ordre public familial : l'on renvoie, par exemple, aux clauses d'aménagement des obligations patrimoniales entre époux (soit qu'elles instituent une présomption ou une fin de non-recevoir) ; aux aménagements conventionnels de l'autorité parentale entre les parents (une amélioration est sur ce point envisageable en ce qui concerne le partage conventionnel de l'autorité parentale dans le cadre des recompositions familiales – **proposition n° 5**) ou, encore, aux clauses attributives de juridiction en droit international privé.

L'extension se révèle soit, encore, en raison d'une faveur et d'une adaptation du cadre légal à la résolution amiable des litiges : par exemple, la stipulation des clauses de médiation préalable obligatoire.

En somme, que l'extension soit certaine (par exemple, l'aménagement des obligations légales ou d'aménagement de la compétence) ou prévisible (par exemple, l'aménagement de la sanction des obligations légales), l'on observe une multiplication des hypothèses de transposition des mécanismes contractuels en droit de la famille. Celle-ci révèle alors une préoccupation contemporaine pour l'anticipation contractuelle que permet la métamorphose de l'ordre public familial en un ordre privé impératif, vecteur d'une plus ample disponibilité des droits et du statut familial – quand bien même il demeure certains obstacles regrettables (comme à propos des clauses de garantie-divorce dont la fonction principale est de garantir, sur un plan économique, l'un ou l'autre des époux du risque de séparation, **propositions n° 4, 4-1 et 6**).

**426.** — L'étude du contenu du contrat au sens de son opération juridique a permis de dévoiler l'évolution des rapports du contrat et de la structure familiale. Les hypothèses, longtemps limitées, d'influence du contrat sur une structure familiale se multiplient et favorisent l'apparition d'une opération contractuelle véritablement singulière. Aussi avons-nous démontré l'émergence d'une opération spécifique du contrat dans la sphère familiale : *la structuration contractuelle du lien familial*. Il s'agit d'une opération de structuration dès lors que le contrat a pour objet direct une structure familiale, que ce soit une structure conjugale ou une structure de parenté. Sur un plan technique, *la structuration contractuelle du lien familial désigne l'aptitude du contrat, en droit de la famille, à faire ou à défaire une structure familiale. La transformation du statut personnel des parties au contrat et, formellement, de leur état civil constitue, alors, la finalité technique du contrat*. Du reste, ce dernier critère permet de fonder l'unité de la catégorie des contrats de structuration de la famille, tandis que les modalités de réalisation de l'opération contractuelle de structuration, en droit de la famille, confirment la dualité de leur contenu : le contrat contribue tant à la *création* de la structure familiale (par exemple, le PACS, ou la reconnaissance conjointe anticipée) qu'à son *extinction* (par exemple, le divorce par contrat). À l'occasion de ces réflexions, il a été formulé des propositions visant à améliorer (sur l'affirmation de la dimension sexuelle du PACS et la création d'un pacte d'intérêt commun, **propositions n° 7 et 8**) ou garantir l'efficacité (sur la protection du principe du divorce dans le « contrat de divorce », **proposition n° 9**) de ces contrats de structuration de la famille. En un mot, si la primauté de la loi dans l'établissement des structures familiales n'en ressort pas contestée, l'on ne saurait mettre en doute l'avènement d'un modèle alternatif, voire d'un contre-modèle (par exemple, en droit de la filiation), fondé sur le contrat. Une contestation apparaît, toutefois, dans le retour au droit de ce qui, classiquement, relèverait du non-droit : le désir d'enfant. Ces constats nous ont conduit inévitablement à envisager un renouvellement de la position française sur la question de la gestation pour autrui. En effet, en maintenant la prohibition de la gestation pour autrui, l'ordre juridique français fait le choix de

maintenir la réalité des faits à bonne distance. Pourtant, en la matière, il nous semble que l'amélioration du droit doit être moins une affaire de croyance que de raison : il s'agit de rechercher à travers la règle de droit – de s'y attacher, à tout le moins – les conditions d'un accès libre, égal et éclairé des individus aux techniques de procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui comprise.

427. — Finalement, la métamorphose avancée du droit de la famille est celle de son affranchissement du *jus naturale*, perdant une certaine légitimité classique à imposer « ce qui doit être » à l'aune de « ce qui est », tout en se reconstruisant, non sans tensions, autour de la volonté individuelle. Les conjectures des auteurs de la *French Theory* sont, à cet égard, en train d'avoir lieu : en droit de la famille comme ailleurs, il se passe « une remise en cause de la structure, donc sa déconstruction. Il ne s'agit pas tant de détruire [...], que de montrer comment [la structure] s'est bâtie [...]. La déconstruction vise à remettre en cause les opposés sensible/intelligible, culture/nature, mais aussi masculin/féminin, signifié/signifiant, quantité/qualité, etc. »<sup>2029</sup>. En droit de la famille, en particulier, le couple nature/culture s'inverse : Savigny, par exemple, dans sa définition des espèces de rapports de droit, ne contestait pas le libre arbitre de l'homme, sa volonté, fait culturel qui fonde tout rapport de droit<sup>2030</sup>. Mais, pour lui, le libre arbitre ne montre pas l'homme dans sa complétude, ce dernier étant un « être défectueux ayant besoin de se compléter » à l'humanité. Il n'y parvient qu'à travers les rapports de famille, à l'exclusion des rapports d'obligation de biens, que sont, principalement, le mariage et la reproduction<sup>2031</sup>. Or, la matière de ces rapports est un « rapport naturel qui, comme tel, plane au-dessus de l'humanité »<sup>2032</sup> et, partant, de l'homme et sa volonté. C'est précisément cette recherche de la vérité et de l'origine des rapports familiaux qui fait l'objet d'une déconstruction.

La structure familiale, classique, est déconstruite dès lors même que la volonté, le libre arbitre, le contrat dicte sa construction, son extinction, sa composition ou sa reconstitution, jusqu'à avoir un pouvoir sur des faits, traditionnellement, de nature : l'engendrement et la mort. Si la famille affecte encore « l'homme tout entier dans les profondeurs de son être »<sup>2033</sup>, ce n'est plus uniquement un fait de nature (le mariage en vue de la reproduction) qui fonde le lien familial, mais la volonté de l'individu (par exemple, dans le mariage ou la procréation assistée entre personnes de

<sup>2029</sup> JEULAND (E.), *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016, spéc. p. 47.

<sup>2030</sup> SAVIGNY (F. C. VON), *Traité de droit romain*, t. 1, trad. Ch. GENOUX, BnF Gallica, § LII, p. 321 s.

<sup>2031</sup> SAVIGNY (F. C. VON), *op. cit.*, § LIII, p. 331.

<sup>2032</sup> SAVIGNY (F. C. VON), *op. cit.*, § LIV, p. 335.

<sup>2033</sup> SAVIGNY (F. C. VON), *op. cit.*, § LVIII, p. 377.

même sexe). De même, si le droit des successions n'est toujours mis en œuvre que par un fait naturel (la mort d'une personne), force est de constater la nette tendance à la prédominance de la volonté dans le règlement des successions.

**428.** — Nous voici parvenu à l'issue naturelle de notre étude. Il ne reste plus qu'à en récapituler succinctement, en guise d'ultime épilogue, ainsi que d'ouverture, l'opinion. Par l'ampleur du sujet traité, notre essai n'a eu pour prétention que de contribuer, modestement, à la compréhension du phénomène de renouvellement des méthodes de production du droit en matière familiale.

Il en ressort que l'analyse du contenu du contrat à partir du droit de la famille confirme le constat plus général d'une mutation de la régulation sociale du fait de « l'existence d'un déplacement d'un mode de régulation fondé sur le principe de l'hétéronomie vers un mode de régulation fondé sur le principe de l'autonomie, le passage d'une soumission aux liens prescrits vers une exigence de liens consentis »<sup>2034</sup>. Elle permet d'appréhender le paradigme normatif émergent en droit de la famille autour d'un « pluralisme normatif (...) conceptualisé comme un ensemble de normes complexes, issues de diverses sources et s'imposant avec une force variable, dont les substances peuvent se faire face, voire se heurter »<sup>2035</sup>.

Malgré toutes les récriminations qu'il soulève, l'intérêt du droit de la famille pour le contrat ne fait que s'accroître. Aussi, à la marge des oppositions idéologiques et, parfois, dogmatiques, mais sans occulter les points de tension qui existent, nous ne pouvons qu'espérer une plus grande considération pour les interactions du contrat et du droit de la famille. Pour l'heure, cette matière demeure, à bien des égards, au milieu du gué de la modernisation, entamée, qu'imposent la transformation et la diversification des situations familiales.

---

<sup>2034</sup> COMMAILLE (J.), « La fonction de justice et le changement de régime de régulation des sociétés », in *Sources et instruments de justice en droit privé*, KASIRER (N.), NOREAU (P.), dir., Les Éditions Thémis, Montréal, 2002, p. 87 s., spéc. p. 94.

<sup>2035</sup> BERNHEIM (E.), « Le “pluralisme normatif” : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques (R.I.E.J.)*, 2011/2, vol. 67, p. 1 s.



## PROPOSITIONS DE THÈSE<sup>2036</sup>

- 1.- **Proposition n° 1 : consacrer la faculté de restreindre ponctuellement l'effet participatif du PACS (§ 49).** Compléter l'article 515-5-1 par un deuxième alinéa : « Lors d'une acquisition, la présomption d'indivision par moitié pour les biens acquis à compter de l'enregistrement de ces conventions ne peut être écartée que par l'accord des partenaires dans l'acte d'acquisition ou postérieurement à l'acte. L'accord ne produit effets qu'entre les partenaires à moins qu'il n'ait été satisfait aux formalités de publicité des articles 515-3 et 515-1-3. ».
  
- 2.- **Proposition n° 2 : consacrer la faculté de restreindre dans la convention de PACS l'effet participatif du PACS (§ 56).** Compléter l'article 515-5-1 par un troisième alinéa : « Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, écarter la présomption d'indivision à propos de certains biens particuliers qu'ils acquièrent séparément à compter de l'enregistrement de ces conventions. La clause doit veiller à respecter la cohérence de l'acte tout entier et ne doit pas entraver l'économie générale du régime de l'indivision prévue au premier alinéa de cette disposition. »
  
- 3.- **Proposition n° 3 : consacrer et restreindre la faculté d'étendre l'effet participatif du PACS (§ 69).** Compléter l'article 515-7 par deux alinéas : « Les avantages que l'un ou l'autre des partenaires peut retirer des clauses de l'indivision conventionnelle ne sont point regardés comme des donations. » – « Néanmoins, au cas où il y aurait des héritiers réservataires, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des partenaires au-delà de la propriété de ce dont il peut être librement disposé en faveur d'un étranger, sera sans effet pour tout l'excédent ».
  
- 4.- **Proposition n° 4 : restaurer la validité des clauses de non-divorce (§ 115).** Réécrire l'article 265, al. 1<sup>er</sup>, de la manière suivante : « Le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage. Il est également sans incidence sur les donations de biens présents, quelle que soit leur forme, sauf convention contraire expresse et sous réserve des articles 953 à 958 ».

---

<sup>2036</sup> Sont répertoriées ici l'ensemble des propositions de reformulation d'articles du Code civil énoncées tout au long de l'ouvrage. Le numéro renvoie au paragraphe où est détaillée chaque proposition.

**5.- Proposition n° 5 : consacrer le partage conventionnel de l'autorité parentale (§ 140).**

Ajouter une Section 3-1 « Du partage de l'autorité parentale » au premier chapitre du Titre IX sur l'autorité parentale et y inclure les dispositions suivantes :

**Article 1<sup>er</sup>** « Le parent qui exerce l'autorité parentale et a une communauté de vie avec un tiers, peut saisir le juge aux affaires familiales, afin de faire homologuer la convention par laquelle il organise le partage de tout ou partie de l'exercice de cette autorité parentale avec ce tiers. L'accord de l'autre parent doit être recueilli en tant qu'il exerce également l'autorité parentale ; à défaut, seul son avis est requis. »

**Article 2<sup>e</sup>** « Le juge homologue la convention si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ; si le consentement du parent a été donné librement et s'il existe une communauté de vie entre le parent et le tiers partageants. »

**Article 3<sup>e</sup>** « Le partage prend fin par une convention homologuée par le juge ou, en cas de désaccord, par un jugement à la demande du tiers ou de l'un des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. Si elle émane du parent partageant, le juge fait droit à la demande sauf circonstances exceptionnelles. »

**6.- Proposition n° 6 : consacrer la faculté de prévoir par anticipation les modalités de calcul de la prestation compensatoire (§ 262).**

Ajouter un alinéa à l'article 271 du Code civil : « Toutefois, si le contrat de mariage le prévoit, la prestation compensatoire est fixée d'après les modalités de calcul déterminées par les époux. »

**7.- Proposition n° 7 : affirmer la dimension sexuelle du PACS (§ 281).**

Modifier l'article 515-1 du Code : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple, pour organiser leur vie commune. »

**8.- Proposition n° 8 : consacrer un pacte d'intérêt commun sur le modèle du projet du pacte d'intérêt commun conduit sous la direction de Jean Hauser<sup>2037</sup> (§ 282).**

---

<sup>2037</sup> Ces propositions et l'exposé des motifs sont disponibles au lien suivant : <https://www.vie-publique.fr/rapport/24397-le-projet-de-pacte-dinteret-commun>.

**9.- Proposition n° 9 : affirmer l'indivisibilité entre l'enregistrement de la convention et le principe du divorce (§ 319).** Compléter l'article 229-1 du Code civil : « Après l'enregistrement de la convention par un notaire, le consentement des époux au principe du divorce acquiert un caractère définitif et ne peut plus être remis en cause ».



## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

#### A. *Dictionnaires et encyclopédies*

ALLAND (D.) et RIALS (S.) dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2019.

ARNAUD (A.-J.), dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., 1993, LGDJ.

AUROUX (S.), dir., *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*, tome 1, 2<sup>e</sup> éd., 1998, PUF.

BARAQUIN (N.) et AL., *Dictionnaire de la philosophie*, 4<sup>e</sup> éd., 2018, Armand Colin.

BLAY (M.), dir., *Grand Dictionnaire de la philosophie*, Larousse – CNRS Éditions, 2012.

BONNET (V.), BOSSE-PLATIÈRE (V.), MULLOT-THIÉBAUD (A.), v<sup>o</sup> « Obligation alimentaire », *Rép. civ.* Dalloz.

BONNET (V.), GOUTTENOIRE (A.), v<sup>o</sup> « Divorce : procédure », *Rép. pr. civ.* Dalloz.

BRÉMOND (V.), v<sup>o</sup> « Donations entre époux », *Rép. civ.*, Dalloz.

BRENNER (Cl.), « Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCl. Civil code*, art. 912 à 930-5, Fasc. 50, LexisNexis.

BRENNER (Cl.), LEQUETTE (S.), v<sup>o</sup> « Acte juridique », *Rép. civ.* Dalloz.

CADIET (L.), « Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », *JCl. Contrats – Distribution*, fasc. 190, LexisNexis.

CATALA (P.), COMBRET (J.), « Partage. – Attribution préférentielle. – Bénéficiaires. Indivisions », *JCl. Civil code*, art. 831 à 834, Fasc. 20, LexisNexis.

COMTE-SPONVILLE (A.), *Dictionnaire philosophique*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, PUF.

CORNU (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, 14<sup>e</sup> éd., 2022, PUF.

DEHARO (G.), v<sup>o</sup> « Contrat judiciaire » *Rép. pr. civ.* Dalloz.

DOUCHY-LOUDOT (M.), JOLY-HURARD (J.), v<sup>o</sup> « Médiation et conciliation », *Rép. pr. civ.* Dalloz.

DROSS (W.), *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis.

GAFFIOT (F.), *Le grand Gaffiot. Dictionnaire Latin-Français*, P. FLOBERT, dir., 3<sup>e</sup> éd., 2000, Hachette.

**GOUTTENOIRE (A.)**, v° « Autorité parentale », *Rép. civ.* Dalloz.

**HAUSER (J.), DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)**, « Effets du divorce. – Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Sort des avantages matrimoniaux. – Sort des libéralités entre époux », *JCl. Civil code*, art. 263 à 265-2, Fasc. 20, LexisNexis.

**KARM (A.)**, « Mariage. – Organisation de la communauté conjugale et familiale. – Communauté de résidence (art. 215, al. 2 et 3) », *JCl. Civil code*, art. 212 à 215, Fasc. 30, LexisNexis.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.)**, v° « Autorité parentale », *Rép. pr. civ.* Dalloz.

**LEMOULAND (J.-J.), PIETTE (G.), HAUSER (J.)**, v° « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.* Dalloz.

**LEMOULAND (J.-J.)**, v° « Famille », *Rép. civ.* Dalloz.

**MARTIN (R.)**, « Communauté légale. – Liquidation et partage. – Créances entre époux », in *JCl. Civil code*, art. 1478 à 1481, Fasc. unique, LexisNexis.

**MATHIEU (M.)**, « Indivision. – Durée. – Transmission de droits indivis », *JCl. Notarial Formulaire*, Fasc. 110, LexisNexis.

**MAZEAUD (D.), BOFFA (R.) et BLANC (N.)**, dir., *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

**REVEL (J.)**, v° « Régimes matrimoniaux », *Rép. civ.* Dalloz.

**SERLOOTEN (P.)**, v° « Société de famille », in *Rép. soc.*

**WEILLER (L.)**, v° « Action d'état », *Rép. pr. civ.* Dalloz.

### **B. Traités, Manuels, méthodes**

**AUDIT (B.), D'AVOUT (L.)**, *Droit international privé*, LGDJ, 2022.

**BÉCANE (J.-Cl.), COUDEREC (M.), HÉRIN (J.-L.)**, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Dalloz, coll. Méthodes du droit.

**BEIGNIER (B.), TORRICELLI-CHRIFI (S.)**, *Droit des régimes matrimoniaux, du Pacs et du concubinage*, 7<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ.

**BÉNABENT (A.)**, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., 2020, LGDJ.

**BERGEL (J.-L.)**, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, 3<sup>e</sup> éd., 2018, PUF.

**BOULOC (B.)**, *Droit pénal général*, 27 éd., 2021, Dalloz.

**BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.)**, *Droit international privé. Tome 1 – Partie générale*, 5<sup>e</sup> éd., 2021, PUF ; *Droit international privé. Tome 2 – Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd., 2021, PUF.

- BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.),** *Droit international privé. Tome 2 – Partie spéciale*, 5<sup>e</sup> éd., 2021, PUF.
- CABRILLAC (R.),** *Droit des régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ.
- CADIET (L.), JEULAND (E.),** *Droit judiciaire privé*, 11<sup>e</sup> éd., 2020.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.),** *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., 2013, PUF.
- CAPITANT (H.),** *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, 5<sup>e</sup> éd., 1929, A. Pedone.
- CARBONNIER (J.),** *Droit civil. Tome 1. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, 2<sup>e</sup> éd., 2017, PUF, coll. Quadrige manuels.
- CARBONNIER (J.),** *Droit civil. Tome 2. La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd., 2002, PUF.
- COLOMER (A.),** *Régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd., 2004, Litec, n° 370, p. 174.
- CORNU (G.),** *Droit civil, La famille*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2006 ; *Droit civil. Les personnes*, 13<sup>e</sup> éd., 2007, Montchrestien ; *Les régimes matrimoniaux*, 1995, 7<sup>e</sup> éd., PUF ; *Régimes matrimoniaux*, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 1997.
- CORNU (G.),** *Les régimes matrimoniaux*, 9<sup>e</sup> éd., 1997, PUF.
- COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.),** *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., 2022, Sirey-Dalloz.
- COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), FARGE (M.),** *Droit de la famille*, 8<sup>e</sup> éd., 2022, Sirey-Dalloz.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.),** *Droit des sociétés*, 33<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2020.
- DAURIAC (I.),** *Droit des régimes matrimoniaux et du Pacs*, 5<sup>e</sup> éd., 2017, LGDJ.
- ÉGÉA (V.),** *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., 2022, LexisNexis.
- EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.),** *Droit de l'arbitrage. Théorie et pratique*, LexisNexis, 2021.
- ELLUL (J.),** *Philosophie du droit*, Éditions de la Table Ronde, 2022.
- FABRE-MAGNAN (M.),** *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 6<sup>e</sup> éd., 2021, PUF.
- FAVOREU (L.), DUFFY-MEUNIER (A.), FASSASSI (I.), GAÏA (P.), LE BOT (O.), PECH (L.), PENA (A.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.),** *Droits et libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz.
- FENOUILLET (D.),** *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., 2019, Dalloz.
- FLOUR (J.) ET SOULEAU (H.),** *Droit civil. Les libéralités*, éd. A. Colin, 1982.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.),** *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 16 éd., 2014, Sirey – Dalloz, 214.
- FLOUR (J.), CHAMPENOIS (G.),** *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., 2001, A. Colin, n° 197.

**GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), ET BILLAU (M.),** *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., 2001, LGDJ.

**GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.),** *Traité de droit civil : La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, LGDJ.

**GRIDEL (J.-P.),** *Le Droit. Présentation*, PUAM, 2012.

**GRIMALDI (M.),** *Droit des successions*, 8<sup>e</sup> éd., 2020, LexisNexis.

**HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.) et MOREL-MAROGER (J.),** *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, 3<sup>e</sup> éd., 2012, LGDJ.

**JESTAZ (Ph.), JAMIN (Ch.),** *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

**JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.),** *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, 9<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, coll. Méthodes du droit.

**JUBAULT (Ch.),** *Droit civil. Les successions, les libéralités*, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, LGDJ.

**LAGARDE (X.),** *Le métier de juriste. Une introduction générale au droit*, IRJS Éditions, coll. Les humanités du droit, 2020.

**LE CANNU (P.), DONDERO (B.),** *Droit des sociétés*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019.

**LEFEBVRE-TEILLARD (A.),** *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

**LEROYER (A.-M.),** *Droit de la famille*, PUF, 2022.

**LÉVY (J.-Ph.), CASTALDO (A.),** *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Dalloz.

**MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), PETERKA (N.),** *Droit des régimes matrimoniaux*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ.

**MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.),** *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., 2022, LGDJ.

**MALAUURIE (Ph.), BRENNER (Cl.),** *Droit des successions et des libéralités*, 10<sup>e</sup> éd., 2022, LGDJ.

**MALAUURIE (Ph.), FULCHIRON (H.),** *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, LGDJ.

**MARGUÉNAUD (J.-P.),** *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7<sup>e</sup> éd., 2016, Dalloz.

**MATHIEU (M.-L.),** *Logique et raisonnement juridique*, 2<sup>e</sup> éd., 2015, PUF.

**MONGOIN (D.),** *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022.

**NEUVILLE (S.),** *Philosophie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., 2021, LGDJ.

**PÉRÈS (C.), VERNIÈRES (Ch.),** *Droit des successions*, PUF, 2018.

**PLANIOL (M.) et RIPERT (G.),** *Traité pratique de droit civil français. Tome VIII. Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., 1957, par BOULANGER (J.), LGDJ.

**RACINE (J.-B.),** *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016.

**ROCHFELD (J.),** *Les grandes notions du droit privé*, 3<sup>e</sup> éd., 2022, PUF.

**ROUBIER (P.)** *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 1951, préf. D. DEROUSSIN, rééd. 2005, Dalloz, 2005.

**SAVIGNY (F. C. VON),** *Traité de droit romain*, t. 1, trad. Ch. GENOUX.

**SÉRIAUX (A.),** *Manuel de droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., 2020, PUF.

**SUDRE (Fr.),** dir., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 10<sup>e</sup> éd., 2022, PUF.

**TERRÉ (Fr.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.),** *Droit civil. Les successions – Les libéralités*, 4<sup>e</sup> éd., 2013, Dalloz.

**TERRÉ (Fr.) et SIMLER (Ph.),** *Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples mariés*, 8<sup>e</sup> éd., 2019, Dalloz, Précis.

**TERRÉ (Fr.), FENOUILLET (D.),** *Droit civil. Les personnes*, 8<sup>e</sup> éd., 2012, Dalloz

**TERRÉ (Fr.), GOLDIE-GENICON (Ch.), FENOUILLET (D.),** *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, Précis.

**TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.),** *Introduction générale du droit*, 14<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz.

**TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (Fr.),** *Droit civil. Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, Précis.

**TEYSSIÉ (B.),** *Droit des personnes*, 24<sup>e</sup> éd., 2022, LexisNexis.

## II. OUVRAGES SPÉCIAUX : MONOGRAPHIES, THÈSES, OUVRAGES COLLECTIFS

**ALAIN,** *Propos sur le bonheur*, Gallimard, Folio essais, 1985 ; *Éléments de philosophie*, Gallimard, Folio essais, 1991.

**AMRANI-MEKKI (S.)** dir., *Guide des modes amiables de résolution des différends 2020-2021*, LexisNexis, 2020.

**ANCIAX (N.),** *Essai sur l'être en droit privé*, préf. B. TEYSSIÉ, LexisNexis, 2019.

**ANTONINI-COCHIN (L.)** dir., *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, 2014.

**ARISTOTE,** *Éthique à Nicomaque*, Librairie Générale Française, 1992.

**ARSAC-RIBEYROLLES (A.)**, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse, Clermont-Ferrand I, 2005.

**AURIOL (A.)**, *L'anticipation successorale à l'épreuve de l'ordre public successoral*, thèse, Bordeaux, 2022.

**BABY (W.)**, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, préf. NICOD (M.), postface BEIGNER (B.), Defrénois, 2013.

**BALBO-IZARN (N.)**, *Conventions entre époux et divorce : Contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*, Thèse, Toulon, 2000.

**BARBAUD (M.-O.)**, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 2014.

**BAUDOIN (J.-L.)**, **LABRUSSE-RIOU (A.)**, *Produire l'homme : quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielle*, PUF, 1987.

**BEN HADJ YAHIA (S.)**, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013.

**BÉNABENT (A.)**, *La réforme du divorce. Article par article*, Defrénois, 2004.

**BLEUCHER (M.-L.)**, *De l'immutabilité du régime matrimonial*, Thèse, Caen, 1938.

**BOLOGNE (J.-C.)**, *Histoire du couple*, Perrin, 2016.

**BONOMI (A.)**, et **WAUTELET (P.) et al.**, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n<sup>os</sup> 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, 2021.

**BORGEAUD (M.)**, *La mutabilité des régimes matrimoniaux*, Thèse, Paris 1866.

**BORRILLO (D.)**, *La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté*, préf. G. KÆNIG, PUF, 2018.

**BRUN (A.-S.)**, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, Th. Grenoble 2, 2003.

**BRUNETTI-PONS (C.)**, dir., *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018.

**BUY (F.)**, **LAMOUREUX (M.)**, **MESTRE (J.)**, **RODA (J.-Ch.)**, dir., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, Lextenso.

**CAMILLE (Ch.)**, *Les changements de régimes matrimoniaux dans la loi du 13 juillet 1965 : de l'immutabilité à la mutabilité contrôlée*, Thèse, Aix-Marseille, 1972.

**CAMAZ (J.-Y.)**, *Le déclin du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Thèse, Lyon, 1981.

**CARBONNIER (J.), CATALA (P.), SAINT-AFFRIQUE (J. DE), MORIN (G.),** *Des libéralités. Une offre de loi*, préf. J. CARBONNIER, Defrénois, 2003.

**CARBONNIER (J.),** *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014 ; *Essais sur les lois*, 2<sup>ème</sup> éd., 1995, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2014 ; *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Th. Bordeaux, 1932.

**CATALA (P.),** *Famille et patrimoine*, PUF, 2000.

**CHANTEPIE (G.) ET LATINA (M.),** *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz, n° 4111 ; *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

**CHÉNEDÉ (Fr.),** *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016 ; *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Economica, 2008.

**CLOUSCARD (M.),** *Le capitalisme de la séduction. Critique de la social-démocratie libertaire*, 1981, rééd., éd. Delga, 2009.

**COOPER (D.),** *Mort de la famille*, Éditions du Seuil, Points essais, 1975.

**CORNU (G.),** *Linguistique juridique*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, droit privé, 2005.

**CRESP (M.),** *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.

**DELEBECQUE (Ph.),** *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1981.

**DELFOSE-CICILE (M.-L.),** *Le lien parental*, préf. Fr. TERRÉ, éd. Panthéon-Assas, 2003.

**DESCHAMPS (V.),** *Le fondement de la filiation. De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préf. D. FENOUILLET, LGDJ, 2019.

**DREIFUSS-NETTER (Fr.),** *Les manifestations de volontés abdicatives*, préf. A. RIEG, LGDJ, 1985.

**DURKHEIM (E.),** *De la division du travail social*, 1893, intr. S. PAUGAM, rééd. 8<sup>e</sup> éd., 2013, PUF ; *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, intr. Fr. DUBET, rééd. 13<sup>e</sup> éd., 2007, PUF.

**ÉGÉA (V.),** *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010.

**FABRE-MAGNAN (M.),** *L'institution de la liberté*, PUF, 2018 ; *La gestation pour autrui. Fictions et réalités*, Fayard, 2013.

**FENET (P.-A.),** *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. V, Videcoq, Paris, 1936.

- FONTAINE (E.)**, *Le gérant de la Société de famille*, Librairie du recueil Sirey, 1952.
- FOREST (G.)**, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012.
- FRANÇOIS (C.)**, *L'acte juridique irrégulier efficace. Contribution à la théorie de l'acte juridique*, préf. Th. REVET, LGDJ, 2020.
- FRANÇOIS (S.)**, *Le consentement de la personne morale*, préf. Fages (B.), LGDJ, 2020.
- FRICERO (N.) et al.**, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 3<sup>e</sup> éd., 2017, Dalloz.
- FULCHIRON (H.)**, *Autorité parentale et parents désunis*, éd. CNRS, 1985.
- FULLI-LEMAIRE (S.)**, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2022.
- GALBOIS-LEHALLE (D.)**, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2020.
- GARAUD (M.)**, **SZRAMKIEWICZ (R.)**, *La Révolution française et la famille*, PUF, 1978.
- GARÉ (T.)**, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, CNRS, 1989.
- GAREIL (L.)**, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2004.
- GARRIGUE (J.)**, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2012.
- GATTI (L.)**, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, préf. R.-N. SCHÜTZ, Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, LGDJ, 2016.
- GAUDEMET (J.)**, *Le mariage en occident*, Les éditions du Cerf, 1987.
- GAUDEMET (S.)**, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006.
- GÉNY (Fr.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, préf. R. SALEILLES, Tome second, 2<sup>e</sup> éd., 1919, rééd. LGDJ, 1995.
- GHESTIN (J.)**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.
- GILI (E.)**, *Le ministère public et le couple conjugal*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2012.
- GIRARD (Ch.) et HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**, dir., *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Droit et justice, 2005.
- GOUËZEL (A.) et BINET (J.-R.)** dir., *La CEDH et le droit de la famille*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2021.
- GOUJON-BETHAN (Th.)**, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. N. FRICERO, LGDJ, 2021.

- GRIMALDI (M.)**, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, Thèse, Paris II, 1977.
- GUIGUET-SCHIELÉ (Q.)**, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux. Essai sur une fiction disqualificative*, préf., M. NICOD, Dalloz, 2015.
- GUTMANN (D.)**, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. Fr. TERRÉ, LGDJ, 2000.
- HAMELIN (J.-Fr.)**, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Economica, 2012.
- HARTMANN (F.)**, *La notion de libéralité*, préf. LEROYER (A.-M.), IRJS Éditions, 2020.
- HAURIOU (M.)**, *Principes de droit public*, 1910, préf. O. BEAUD, rééd. Dalloz, 2010.
- HELLERINGER (G.)**, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, préf. L. AYNÈS, postface Fr. TERRÉ, LGDJ, 2012.
- HENRY (L.)**, *De l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Thèse, Paris, 1904.
- HILAIRE (J.)**, *La vie du droit*, PUF, 1994.
- HOUSSIER (J.)**, *Les dettes familiales*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, 2017.
- HUGOT (A.)**, *Étude critique du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*, Thèse, Paris 1913.
- HYDE (A.-A.)**, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. FABRE-MAGNAN, IRJS Éditions, 2015.
- JEULAND (E.)**, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016.
- JESTAZ (Ph.)**, *Les sources du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 2022, Dalloz, coll. Connaissance du droit ; *Le droit*, 11<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz, coll. Connaissance du droit.
- JULIEN (P.)**, *Les contrats entre époux*, préf. P. KAYSER, LGDJ, 1962.
- KAUFMANN (J.-C.)**, *Sociologie du couple*, 8<sup>e</sup> éd., 2021, PUF, coll. Que sais-je ?.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962.
- KOUMDADJI (A.)**, *La sécularisation de la répudiation. Ou l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français*, préf. X. LABBÉE, Les Éditions du Cerf, 2015.
- LAGARDE (X.)**, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994.
- LANZARA (D.)**, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. STRICKLER, LGDJ, 2017.
- LASCH (Ch.)**, *La culture du narcissisme*, 1979, av.-pr. J.-C. MICHÉA, rééd. Flammarion, Champs essais, 2018.

**LAZARUS (C.)**, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux : une nouvelle catégorie juridique*, préf. D. FENOUILLET, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

**LEGENDRE (R.)**, *Droit fondamentaux et droit international privé : réflexion en matière personnelle et familiale*, préf. L. GANNAGÉ, Dalloz, 2020.

**LEQUETTE (S.)**, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. BRENNER, Economica, 2012.

**LESTIENNE-SAUVÉ (L.)**, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, préf. G. CHAMPENOIS, LGDJ, 2013.

**LETELLIER (H.) dir.**, *Les contrats nuptiaux. Accords financiers pour la vie commune et la séparation. Formules d'avocats*, préf. M. CAHEN, LexisNexis, 2011.

**LEVENEUR (L.)**, *Situations de fait et de droit privé*, préf. M. GOLBERT, LGDJ, 1990.

**LEVENEUR-AZÉMAR (M.)**, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017.

**LIBCHABER (R.)**, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013.

**LOISEAU (G.)**, *Le nom objet d'un contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1997.

**LUCAS (C.)**, *Du contrat de famille à la famille contractuelle : étude de droit extrapatrimonial de la famille*, Thèse, Poitiers, 2000.

**LUCAS-PUGET (A.-S.)**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005.

**MALAUURIE (PH.)**, *Les contrats contraires à l'ordre public, étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S*, thèse, Paris, 1951.

**MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.)**, dir., *Le pacs, 20 ans après*, Dalloz, 2020.

**MAURIN (L.)**, *Contrat et droits fondamentaux*, av.-pr., R. CABRILLAC, préf., E. PUTMAN, LGDJ, 2013.

**MAUSS (M.)**, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, préf. J.-F. BERT, Flammarion, Champ Classiques, 2021.

**MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992.

**MECARY (C.)**, *PMA et GPA*, préf. S. HEFEZ, Que sais-je ? 2019.

**MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

- MEULDERS-KLEIN (M.-Th.),** *La personne, la famille et le droit. 1969-1998 : Trois décennies de mutation en occident*, préf. G. CORNU, Bruylant – LGDJ, 1999.
- MILLARD (E.),** *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. J.-A. MAZÈRES, av. pr. M.-A. COHENDET, LGDJ, 1998.
- MONTILLET – DE SAINT-PERN (L.),** *La notion de filiation en droit comparé. Droit français et droit anglais*, Thèse, Paris II, 2013.
- MURAT (P.),** *L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille*, Thèse, Lyon 1991.
- MUSSO (A.),** *La disponibilité du statut personnel et familial*, préf. A. Leborgne, PUAM, 2020.
- NIBOYET (Fr.),** *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, 2008.
- OPPETIT (B.),** *Droit et modernité*, PUF, 1998.
- OST (Fr.),** *À quoi sert le droit ? Usages, fonction, finalités*, Bruylant, coll. Penser le Droit, 2016.
- OVERSTAKE (J.-F.),** *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. BRETHER DE LA GRESSAYE, LGDJ, 1969.
- PANET (A.), FULCHIRON (F.) et WAUTELET (P.),** dir., *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017.
- PENIN (O.),** *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012.
- PETRONI-MAUDIÈRE (N.),** *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, préf. B. VAREILLE, Pulim, 2004.
- PILLEBOUT (J.-F.),** *La participation aux acquêts. Le contrat de mariage du chef d'entreprise*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2020.
- PIMONT (S.),** *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004.
- PIZARRO (L.),** *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, préf. I. BARRIÈRE-BROUSSE, Defrénois, 2017.
- PONTIER (J.-M.),** dir., *La dignité*, PUAM 2003.
- PORTALIS (J.-E.-M.),** *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988.
- POTHIER (R.-J.),** *Traité du contrat de mariage*, Œuvres complètes de Pothier, Tome X, Éd. Thomine et Fortic, Paris, 1821-1824.
- QUESNE (A.),** *Le contrat portant sur le corps humain*, préf. G. RAOUL-CORMEIL et J.-R. BINET, Mare & Martin, 2021.
- RAMACIOTTI (S.),** *Laïcité et droit privé*, préf. L. GANNAGÉ, Dalloz, 2022.

- RANDEGGER (A.-L.),** *La donation indirecte. Recherche sur l'instrumentalisation de sa qualification*, Thèse, Paris II, 2022
- REBOURG (M.),** *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, préf. H. FULCHIRON, Defrénois, 2003.
- RIPERT (G.),** *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., 1955, réimp., LGDJ, 1994 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, rééd. LGDJ, 2010, coll. Anthologie du Droit.
- ROCHFELD (J.),** *Cause et type de contrat*, préf., J. GHESTIN, LGDJ, 1999.
- ROUHETTE (G.),** *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965.
- ROUSSEAU (E.),** *Mutabilité et cohérence du régime matrimonial*, préf. G. CHAMPENOIS, LGDJ, 2014.
- ROUSSEL (L.), et BOURGUIGNON (O.),** *Génération nouvelles et mariage traditionnel. Enquête auprès de jeunes de 18-30 ans*, préf. A. GIRARD, INED/PUF, Coll. Cahiers, n° 86, 1979.
- RUFFIEUX (G.),** *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014.
- SALAMÉ (G.)** *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2006.
- SALEILLES (R.),** *De la personnalité juridique*, Éditions la Mémoire du Droit, 2003.
- SANDEL (M. J.),** *Contre la perfection. Les enjeux éthiques de la génétique*, Flammarion, Champs essais, 2022.
- SANSONE (G.),** *Les sanctions en procédure civile*, Thèse, Aix-Marseille, 2019.
- SAULIER (M.),** *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions 2017.
- SAVAUX (E.),** *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997.
- SÉRIAUX (A.),** *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020.
- SIFFREIN-BLANC (C.),** *La parenté en droit civil français : étude critique*, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2009.
- SIMLER (Ph.),** *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969.
- SINGLY (F. DE),** *Sociologie de la famille contemporaine*, 6<sup>e</sup> éd., 2017, Armand Colin.
- STORCK (M.), FAGOT (S.), RAVEL D'ESCLAPON (Th. DE),** *Les sociétés civiles immobilières*, 2<sup>e</sup> éd., 2019, LGDJ, coll. les intégrales.
- SUPIOT (A.),** *Critique du droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., 2015, PUF ; *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.

**TANI (A.),** *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille. Contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, préf. B. BEIGNER, Defrénois, 2020.

**TERRÉ (D.),** *Les questions morales du droit*, PUF, 2007.

**TERRÉ (Fr.),** *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987.

**TEYSSIÉ (B.),** *Les groupes de contrats*, préf. J.-M. MOUSSERON, LGDJ, 1975.

**THÉRY (I.), BIET (Ch.),** dir., *La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil*, préf. J. CARBONNIER, Paris, 1989.

**THÉRY (I.),** *Le démariage. Justice et vie privée*. Odile Jacob, 2001.

**THOMAS (G.),** *Les interférences du droit des obligations et du droit matrimonial*, Presses universitaires de Grenoble, 1974.

**THULLIER (B.),** *L'autorisation. Étude de droit privé*, préf. A. Bénabent, LGDJ, 1995.

**TRUCHET (D.),** *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf., J. BOULOIS, LGDJ, 1977.

**VERDIER (J.-M.),** *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse, Paris, 1953.

**VERGARA (O.),** *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. VAREILLE (B.), Defrénois, 2017.

### III. ARTICLES DE DOCTRINE

#### A. Contributions de mélanges et d'ouvrages collectifs

**ABITBOL (E.),** « La contribution aux charges du mariage et son contentieux différé », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz – Sirey, 1985.

**BATIFFOL (H.),** « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 35.

**BATTEUR (A.),** « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, PUIGELIER (C.), dir., préf. Fr. TERRÉ, p. 189.

**BÉNABENT (A.),** « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, REVET (Th.) dir., Dalloz, 1996, p. 27.

**BONNET (G.),** « Logique de la séparation de biens », in *Droit patrimonial de la famille*, GRIMALDI (M.) dir., 7<sup>e</sup> éd., 2021-2022, Dalloz-Action.

**BONOMI (A.),** « Compétence accessoire *versus* proximité et prévisibilité du for : quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des Règlements sur les régimes et les

partenariats », in *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ-Iprolex, 2018.

**BORGA (N.)**, « L'appréhension du lien familial par le droit des affaires », in *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Maria (I.) et Farge (M.), dir., Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 65.

**BOSSE-PLATIÈRE (H.)**, « Indivision et communauté dans le régime actuel des biens du Pacs aujourd'hui », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009.

**BRETON (A.)**, « L'enfant incestueux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Tome I, éd. A. Pedone, 1975, p. 309.

**BUAT-MÉNARD (É.)** « Réflexions sur l'acquisition immobilière au profit du conjoint et l'obscurcissement de la distinction entre les créances entre époux et les créances de l'indivision », in *Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois, 2017.

**BUCHER (C.-E.)**, « La famille pacsale », in *Le PACS, 20 ans après*, MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), dir., Dalloz, 2020, p. 95.

**CABRILLAC (R.)**, « La contractualisation du lien familial, l'exemple des régimes matrimoniaux », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, PUTAMN (E.), AGRESTI (J.-Ph) et SIFFREIN-BLANC (C.), dir., PUAM 2013.

**CADIET (L.)**, « Le spectre de la société contentieuse » in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994 p. 29.

**CARBONNIER (J.)**, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, **PERELMAN (C.) ET VANDER ELST (R.)**, dir., Bruxelles, 1984, p. 99 s. ; « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation*, 1998, La documentation française, p. 16.

**CHÉNEDE (Fr.)**, « La notion de contrat », in *Hommage à Gorge Rouhette*, Association Henri Capitant, dir., Dalloz, 2014, p. 25 ; « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012, p. 139 ; « De la conception du droit à la fonction de juriste », in *La place du juriste face à la norme*, Association Henri Capitant, Journées nationales t. XVI/Rennes, Dalloz, 2012, p. 3.

**CICILE-DELFOSSÉ (M.-L.)**, « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*.

**CORNELOUP (S.)**, « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain de la famille », in *Le Droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ-Iprolex, 2018, p. 461 s. ; « Les règles

de compétence relatives à la responsabilité parentale », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, FULCHIRON (H.), NOURISSAT (C.), dir., Dalloz, 2005, p. 69 s.

**CREFF (G.)**, « Les contrats de la famille », in *Le droit contemporain des contrats*, Cadiet (L.), dir., préf. G. Cornu, Economica, 1987, p. 245 s.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)**, « Il était une fois l'indivision familiale... » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012.

**DIDIER (P.)**, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 635.

**DROSS (W.)**, « L'appréhension du lien familial par le droit des biens », in *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, MARIA (I.) et FARGE (M.), dir., Institut Universitaire Varenne, 2014.

**ÉGÉA (V.)**, « L'enfant à naître », in *Les métamorphoses du droit des personnes*, TEYSSIÉ (B.), dir., LexisNexis, 2023, p. 139 s., n° 38. ; « La déjudiciarisation permet-elle vraiment la pacification ? », in *2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, GOGOS-GINTRAND (A.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.) dir., Dalloz, 2021.

**FARGE (C.)**, « Fonctionnement du régime matrimonial de participation aux acquêts », in *Droit patrimonial de la famille*, GRIMALDI (M.) dir., 7<sup>e</sup> éd., 2021-2022, Dalloz-Action.

**FENOUILLET (D.)**, « Couple hors mariage et mariage », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001.

**FLOUR (J.)**, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, LGDJ, 1950, p. 93.

**FLOUR (Y.)**, « Effets patrimoniaux du Pacs », in *Droit patrimonial de la famille*, GRIMALDI (M.) dir., 7<sup>e</sup> éd., 2021-2022, Dalloz-Action.

**FOYER (J.)**, « Le changement de régime matrimonial en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 274.

**FRICERO (N.)**, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement... », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010 ; « Recourir à un mode alternatif préalablement à la saisine d'une juridiction », in *Droit et pratique de la procédure civile*, GUINCHARD (S.) dir., 7<sup>e</sup> éd., 2021-2022, Dalloz-Action.

**FULCHIRON (H.)** « Autorité parentale et familles recomposées », in *Mélanges Huet-Weiller*, LGDJ, 1994 ; « Disponibilité/indisponibilité : quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, PANET (A.),

FULCHIRON (F.) et WAUTELET (P.), dir., Bruylant, 2017 ; « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Daloz, 2012 ; « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 395.

FULLI-LEMAIRE (S.), « La raison d'être du mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, LAURENT-BONNE (N.), POSE (N.) et SIMON (V.) dir., mare & martin, 2014, p. 61.

GALLANT (E.), JAULT-SESEKE (F.), « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires en droit international privé », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, PANET (A.), FULCHIRON (F.) ET WAUTELET (P.), dir., Bruylant, 2017, p. 223 s.

GANNAGÉ (L.), « À propos de l' "absolutisme" des droits fondamentaux », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265.

GAUDEMET (S.), « Pacs et principe participatif », in *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, DAURIAC (I.), GRARE-DIDIER (C.) et GAUDEMET (S.) dir., Dalloz, 2010.

GAUTIER (P.-Y.), « Les limites de la personnalité morale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 294.

GOUTTENOIRE (A.), « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de la Professeure Dekeuwer-Défossez*, Montchrestion-Lextenso, 2012, p. 147 s.

GRIGNON (PH.), « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, tome 2, p. 120.

GRIMALDI (M.), « Ingénierie du patrimoine et préparation de la succession », in *L'ingénierie patrimoniale*, LACROIX-DE SOUSA (S.), ROBINEAU (M.), PRÉF. MORTIER (R.), LexisNexis, 2020.

GUÉVEL (D.), « Taire les origines : la filiation incestueuse », in *L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité*, BLOCH (P.) et DEPADT-SEBAG (V.), dir., Dalloz, 2007, p. 73.

GUIGUET-SCHIELÉ (Q.), « Les présomptions et fictions (dis)qualificatives », in *Les affres de la qualification juridique*, Nicod (M.) dir., Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole.

GUINCHARD (S.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile ? Propos introductifs », in *40 ans... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, BLÉRY (C.), RASCHEL (L.), dir., 2015, Dalloz, p. 1 s.

HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999 ; « Le temps et la famille : entre donné et construit », in *Familles et*

*temps. Modification des liens conjugaux et parentaux*, Aubourg (V.) et Eid (G.), dir., L'Harmattan, 2016 ; « Rapport de synthèse » in *L'indivision, Journées nationales Henri Capitant, Tome VII*, Bordeaux, Dalloz, 2005 ; « Une république familiale », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 139 ; « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le directionnel*, ANCEL (P.) ET RIVIER (M.-C.), dir., Economica, 2001, p. 114 s. ; « Une république familiale », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 139 s.

**HELLERINGER (G.)**, « Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, LEWKOWICZ (G.), XIFARAS (M.), dir., Dalloz, 2009.

**KARM (A.)**, « Financement du logement de la famille et contribution des époux séparés de biens aux charges du mariage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014 ; « Les mutations des créances entre époux », in *Mélanges Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 453 s.

**LALOU (H.)**, « Les contrats entre époux », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 417 s.

**LARDEUX (G.)**, « Les renoncements du droit international privé », in *PMA et GPA. Comprendre pour agir*, LARDEUX (G.) et BENOIST (O.), dir., L'Harmattan, 2019, p. 76.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, « Le cadre juridique général de la médiation familiale », in *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, ANTONINI-COCHIN (L.) dir., Bruylant, 2014.

**LEBORGNE (A.)**, « Les choix du droit civil », in *PMA et GPA. Comprendre pour agir*, LARDEUX (G.) et BENOIST (O.), dir., L'Harmattan, 2019, p. 76 ; « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, PUIGELIER (C.), dir., préf. Fr. TERRÉ, p. 189.

**LÉCUYER (H.)**, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999 ; « Mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001.

**LEMAIRE (F.)**, « Le bonheur, un principe constitutionnel ? », in *Aux confins du droit. Mélanges Xavier Martin*, Presses universitaires de Poitiers, LGDJ-Lextenso, 2015.

**LEQUETTE (Y.)**, « D'une célébration à l'autre (1904 – 2004) », in *1804 – 2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004 ; « De la “proximité” au “fait accompli” », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015.

**LIBCHABER (R.)**, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012 ; « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

**LOTY (L.)**, « Que signifie l'entrée du bonheur dans la Constitution ? », in *Le bonheur au XVIIIe siècle*, FARRUGIA (G.), DELON (M.), dir., Presses Universitaires de Rennes, 2015, p. 79 s.

**LOUIS-LUCAS (P.)**, « La liberté contractuelle en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome II, Bruylant-Sirey, 1963, p. 743 s., spéc., p. 752

**MALAUURIE (PH.)**, « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804 – 2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.

**MARAIS (A.)**, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », in *La procréation pour tous*, MARAIS (A.), dir., Dalloz, 2015.

**MATHIEU (B.)**, « La dignité humaine ou le refus d'assumer une exigence constitutionnelle », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, PUIGELIER (C.), dir., préf. Fr. TERRÉ, p. 189.

**MAUGER-VIELPEAU (L.)**, « La participation aux acquêts, cette malaimée », in *Quelle association patrimoniale pour le couple*, Dalloz, 2010.

**MEKKI (M.)**, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la procédure normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) dir., Dalloz, 2008.

**MEULDERS-KLEIN (M.-T.)**, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, 1996, p. 179.

**MILLARD (E.)**, « La dimension politique du pluralisme familial », in *Réflexions sur le pluralisme familial*, ROY (O.), dir., Presses universitaires de Paris Ouest, 2010 ; « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », in *Mélanges en l'honneur du Doyen François-Paul Blanc*, Presses Universitaires de Perpignan et Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 721.

**MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)**, « Quelles avancées pour la contractualisation en droit de la famille », in *2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, GOGOS-GINTRAND (A.) et MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.) dir., Dalloz, 2021.

**MURAT (P.)** « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001, p. 133 s.

**MURAT (P.)**, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, LexisNexis, 2014, p. 777 ; « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), dir., Economica, 2001.

**NIBOYET (M.-L.)**, « Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories “alimony” et “matrimonial property” en droit anglais », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014.

**NIERINCK (C.)**, « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012.

**NOURISSAT (C.)**, « Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, PANET (A.), FULCHIRON (F.) ET WAUTELET (P.), dir., Bruylant, 2017.

**PAILLET (E.)**, « Liens personnels, liens de famille », in *Des liens et des droits : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 433.

**PICHARD (M.)**, « Droits fondamentaux et principe de non-discrimination en droit des personnes et de la famille », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) dir., Dalloz, 2014, p. 229 ; « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes “désactivé” », *LPA* 26 décembre 2017, p. 6.

**PIERRON (P.-P.)**, « La famille, entre tradition et modernité : comment les droits fondamentaux font-ils évoluer le droit de la famille ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) dir., Dalloz, 2014.

**PLASSARD (J.)**, « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de la séparation de biens », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939.

**PONTAVICE (E. DU)**, « Droit au bonheur et droit de la famille », in *Mélanges Pierre Voirin*, LGDJ, 1967.

**RAVEL D'ESCLAPON (Th. DE)**, « La société à mission : étude de droit positif à la lumière de la loi PACTE », in *La société à mission. Perspectives critiques sur l'entreprise sous l'angle de la loi PACTE*, Laronze (F.) dir., préf. NEAU-LEDUC (Ch.), Presses universitaires de Strasbourg, 2021

**RÉMY (PH.)**, « Réflexion préliminaires sur le chapitre *Des délits* », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, TERRÉ (Fr.), dir., Dalloz, 2011, p. 15.

**REVEY (TH.)**, « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277 ; « Le “contrat-règles” », in *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 919.

**SÉRIAUX (A.)**, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur, Travaux et recherche de l’Université de droit d’économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, p. 1985, p. 77.

**STORCK (P.)**, « Société de famille et familles de sociétés », in *Mélanges en l’honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz 2021.

**TCHOTOURIAN (I.)**, « Personnes morales et sociétés de personnes : un oxymore en vertu des dispositions du Code civil du Québec ? », in *Personnes et Patrimoines : Variations autour d’une connexion*, MUKA TSHIBENDE (L.-D.) dir., Bruxelles, Bruylant, 2014.

**TISSERAND-MARTIN (A.)**, « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso, 2012 ; « Réflexions autour de la notion d’avantage matrimonial », in *Études offertes à Jacques Béguin. Droit et actualité*, LexisNexis-Litec, 2005.

**VAREILLE (B.)**, « L’indivision et les couples », in *L’indivision, Journées nationales Henri Capitant, Tome VII, Bordeaux*, Dalloz, 2005 ; « L’ouverture de la donation-partage à des bénéficiaires autres que les descendants », in *Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois, 2017, p. 167.

**VINEY (G.)**, « Exposé des motifs », in *Rapport sur l’avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, CATALA (P.) dir., septembre 2005, p. 161.

**ZENATI-CASTAING (F.)**, « La propriété collective existe-elle ? », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009.

### **B. Articles et chroniques**

**AMRANI-MEKKI (S.)** « Les nouveaux marchés de l’arbitrage : vers une privatisation de la justice ? », *JCP G* 2020, suppl. au n° 7-8 ; « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007 ; « La liberté contractuelle en droit processuel de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, hors-série n° 2, p. 4.

**ANCEL (B.)**, « L’intérêt supérieur de l’enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 27 mars 2014, p. 6.

**ANCEL (P.) et COTTIN (M.)**, « L’efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, p. 1386.

**ANCEL (P.)**, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999, p. 771.

- ANTONINI-COCHIN (L.)**, « Le paradoxe de la fidélité », *D.* 2005, p. 23.
- AUTEM (D.)**, « La fonction duale de la clause usuelle relative à la contribution aux charges du mariage des époux séparés de biens », *Defrénois* 2020, n° 12, p. 1336.
- D'AVOUT (L.)**, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », *JCP G* 2008, II, 10187 ; « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Travaux du comité français de droit international privé, Années 2014-2016*, éd. Pedone, 2017, p. 215.
- D'AVOUT (L.)**, **LEGENDRE (R.)**, « Mobilité européenne et filiation : l'état civil à la carte ? », *D.* 2022, p. 331.
- AZAR (C.)**, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2020, p. 2190.
- BAILLON-WIRTZ (N.)** et **COMBERT (J.)**, « Liquidation et partage après divorce : l'appel à une clarification a-t-il été entendu ? », *Dr. fam.* 2016, dossier 2.
- BAILLON-WIRTZ (N.)**, « Loi du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption : Avant-propos », *JCP N* 2022, 1132 ; « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP G* 2016, 643.
- BALENSI (I.)**, « L'homologation des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42.
- BARBE (G.)**, « Comment intégrer un arbitrage dans une instance judiciaire en droit de la famille », *Dr. fam.* 2021, étude 15.
- BARBE (G.)**, **DUGAUD (N.)**, **FONTMICHEL (M.)**, « Comment mettre en œuvre un arbitrage familial », 23 mars *Gaz. Pal.* 2021, p. 13.
- BARBE (G.)**, et **BOICHÉ (A.)**, « L'arbitrage familial et les mesures conservatoires et de sauvegarde », *Dr. fam.* 2022, étude 4.
- BARBE (G.)**, et **FONTMICHEL (M.)**, « La pratique de l'arbitrage en matière de divorce, de séparation et de successions », *JCP G* 2018 ; « Les clauses compromissaires en droit de la famille », *Dr. fam.* 2020, étude 12.
- BARBEROT (Ch.)**, « L'attribution préférentielle dans les indivisions de nature familiale », *D.* 2002, p. 1592.
- BARBIER (H.)**, « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018, p. 379 ; « Les clauses re non-recours ne privent pas nécessairement l'obligation essentielle de la substance », obs. sous Com. 26 avril 2017, n° 15-23.239, *RTD civ.* 2017, p. 851.
- BARDET-BLANVILLAIN (A.)**, « Les conventions homologuées en droit de la famille : unité ou diversité ? », *Gaz. Pal.* 9 septembre 2003, p. 4.

- BATTEUR (A.)** « L'interdit de l'inceste », *RTD civ.* 2000, p. 759.
- BÉGUIN (J.)**, « Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP G* 2011, 2.
- BEIGNER (B.)**, « La réserve héréditaire : évolution ou révolution », *JCP N*, 2021, 1136.
- BEIGNIER (B.)**, « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : critiquons le Code civil, pas la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2021, n° 2, étude 5 ; « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : *bis repetita* », *Dr. fam.* 2021, comm. 92 ; « Avantages matrimoniaux et participation aux acquêts : nouveaux enseignements, nouvelles pratiques », *JCP N* 2020, n° 24, 1129 ; « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir », *Dr. fam.* 1997, chron. 5 ; « Pour un nouveau Code civil », *D.* 2019, p. 713 ; « Illusions et espoirs du pacte civil de solidarité », *Dr. fam.* 2010, repère 4.
- BEIGNIER (B.)**, ET **NICOD (M.)**, « Donations entre époux : d'un droit à l'autre... », *Deffrénois* 2005, n° 4, p. 265.
- BÉNABENT (A.)**, « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.* 1973, p. 440.
- BÉNABENT (A.)**, **GRIMALDI (M.)**, « L'embarras du choix ? », *Gaz. Pal.* 11 avril 2014, in Dossier : 10<sup>e</sup> États généraux du droit de la famille.
- BERNARD-MENORET (R.)**, « Les mandats conventionnels entre époux », *LPA* 15 oct. 2004, p. 3.
- BERNARD-XÉMARD (CL.)**, « Le nom entre volontés individuelles et affections personnelles... », *Dr. fam.* 2014, étude 10.
- BIDAUD (Ch.)**, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française" ... », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 35.
- BINET (J.-R.)**, « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts. Un avantage matrimonial révoqué de plein droit en cas de divorce », *JCP G* 2020, n° 9, 225 ; « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. fam.* 2017, étude 13 ; « PMA et filiation : la quadrature (bioéthique) du cercle (de la filiation) », *Dr. fam.* repère 3 ; « Gestation pour autrui : l'intérêt de l'enfant avant tout », *JCP G* 2019, 1010.
- BLANCHARD (C.)**, « La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé », *JCP N* 2017, 1002 ; « L'assistance médicale à la procréation et le droit pénal », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 364.
- BLANQUET (A.)**, « Le nom d'usage au regard de l'identité de la personne », *RTD civ.* 2022, p. 59.
- BOLLÉE (S.)**, « La gestation pour autrui en droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé, Années 2012-2014*, éd. Pedone, 2015, p. 215.
- BONFILS (Ph.)**, ET **GOUTTENOIRE (A.)**, « Chronique de droit des mineurs », *D.* 2021, p. 1602.

- BORRICAND (J.)**, « L'adultère cause péremptoire de divorce », *JCP G* 1955, I, 1237.
- BOUCHARD (V.)**, « Pas plus de créance pour le partenaire d'un Pacs ou le concubin que pour l'époux séparé de biens », *Dr. fam.* 2021, comm. 52.
- BOULANGER (Fr.)**, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G* 1993, doct. 3665.
- BOUQUEMONT (A.) ET TATER (E.)**, « Vive le capitalisme familial », *Defrénois* 2014, hors-série, p. 30.
- BRÉMOND (V.)**, « Chronique de droit patrimonial de la famille », *D.* 2012, p. 2476 ; « Remarques sur l'article 214 du Code civil entre époux séparés de biens », *JCP N*, 1998, I, p. 435.
- BRENNER (Cl.)**, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Defrénois* 2005, n° 2, p. 93 ; « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G* 2017, 195.
- BRODERICK (J. A.)**, « La notion d' "institution" de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. phil. dr.* 1968, p. 143.
- BRUN (A.)**, « La famille comme unité d'analyse du secteur agricole », *Économie rurale* 1989, n° 194, pp. 3-8.
- BRUNET (L.)**, « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus », *AJ fam.* 2021, p. 522.
- BRUNET (L.), MESNIL (M.)**, « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », *AJ fam.* 2022, p. 190 ; « Étude jurisprudentielle sur l'*exequatur* après GPA à l'étranger », *AJ fam.* 2023, p. 374.
- BRUNETTI-PONS (Cl.)**, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, p. 4405 ; « Le "tourisme procréatif", porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère ? », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 249.
- BURGUIÈRE (A.)**, « De Malthus à Max Weber : le mariage tardif et l'esprit d'entreprise », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 1972, n° 4-5, p. 1138.
- CABRILLAC (R.)**, « Libres propos sur le PACS », *D.* 1999, p. 71 ; « Un nouveau Code civil ? », *D.* 2019, p. 2149.
- CALAIS-AULOY (M.-T.)**, « Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255.
- CARBONNIER (J.)**, note sous Besançon, 19 avril 1951, *D.* 1951.
- CASEY (J.)**, « Encore et toujours le logement indivis et la contribution aux charges du mariage », *AJ fam.* 2015, p. 61 ; « Le nouveau divorce par consentement mutuel : Une réforme en clair-

obscur », *AJ fam.* 2017, p. 14 ; « Les acquisitions immobilières, la contribution aux charges du mariage et les régimes matrimoniaux », *AJ fam.* 2015, p. 324 ; « Logement et contribution aux charges du mariage : les apports personnels sont toujours remboursables », *AJ fam.* 2019, p. 604 ; « Recevabilité de l'action en CCC ante divorce : gare aux confusions... », *AJ fam.*, 2020, p. 362.

**CATALA (P.)**, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.* 1994, p. 279 ; « Critique de la raison médiatique », *Dr. fam.* 1999, hors-série, p. 63 ; « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étude 43.

**CHAIGNEAU (A.)**, « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.* 2016, p. 263.

**CHALAS (Ch.)**, « Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? », *JDI* 2016, doct. 7.

**CHAMPENOIS (G.)**, « Chronique de jurisprudence », *Deffrénois* 1994, n° 23, p. 1543.

**CHAUVET (D.)**, « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ fam.* 2016, p. 148.

**CHÉNEDÉ (Fr.)**, « ... Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 27 ; « Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille », *Revue de droit d'Assas* 2015, p. 41 ; « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJ fam.* 2017, p. 375 ; « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJ fam.* 2017, p. 26 ; « Petite leçon de "réalisme juridique" », *D.* 2017, p. 663 ; « Difficultés d'interprétation des clauses aménageant la contribution aux charges du mariage », *AJ fam.* 2010, p. 188 ; « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1172 ; « La filiation de l'enfant né d'une "GPA française" : cohérence juridique *versus* appréciation morale », *AJ fam.* 2019, p. 531 ; « Délégation d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *AJ. Fam.* 2004, p. 361 ; « Délégation d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : contrôle de l'existence des circonstances exceptionnelles et de la conformité à l'intérêt de l'enfant », *AJ fam.* 2008, p. 249 ; « Rappel des conditions de la délégation-partage d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *AJ fam.* 2010, p. 394.

**CHESNÉ (G.)**, « Le divorce par consentement mutuel », *D.* 1963, chr. p. 95.

**CLAY (Th.)**, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « justice du XXIe siècle » Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G* 2016, doct. 1295.

**COLOMER (A.)**, « La réforme de la réforme des régimes matrimoniaux ou vingt ans après (premières réflexions sur la loi du 23 décembre 1995) », *D.* 1986, p. 57.

**CORNELOUP (S.), KRUGER (T.),** « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain », *Rev. cirt. DIP* 2020, p. 215.

**CORNU (G.),** « La filiation », *Arch. phil. dr.* 1975, spéc., p. 29 ; « Le contrat entre époux : recherche d'un critère général de validité », *RTD civ.* 1953, p. 461.

**CORPART (I.),** « Le nom d'usage des époux dans tous ses états », *Dr. fam.* 2013, étude 13.

**DAMAS (N.),** « La loi ELAN et les baux d'habitation », *AJDI* 2019, p. 126.

**DAUPTAIN (P.),** « Libres propos sur la réforme de l'adoption : le mariage ébranlé, le PACS aussi », *JCP N* 2022, 1136.

**DAURIAC (I.),** « L'action en contribution aux charges du mariage : quid d'une fin de non-recevoir conventionnelle », *Defrénois* 2020, n° 49, p. 34.

**DAVID (J.),** « Observations sur le phénomène GAEC père-fils », *Dr. rur.* 1985, p. 368.

**DAVID (S.) et PRUNET (P.),** « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ fam.* 2017, p. 31.

**DAVID (S.),** « Une donation entre époux de biens présents prenant effet au cours du mariage ne peut contenir une clause de non-divorce », *AJ fam.* 2012, p. 223.

**DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.),** « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », *D*, 1982, p. 83 ; « Le lien parental », *LPA* 1<sup>er</sup> juill. 2004, p. 70 ; « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, p. 529 ; « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249.

**DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), et HAUSER (J.),** « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, n° 5, p. 357.

**DEPADT-SEBAG (V.),** « L'obligation de respect dans l'article 212 du Code civil », *RJPF* 2014, n° 1.

**DEPONDY (A.)** « Le Pacs : aspects patrimoniaux », *Dr. & patr.* 2008, n° 173, p. 74 ; « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP G* 2015, 429 ; « Pour un renouveau des contrats de mariage », *Gaz. Pal.* 17 mars 2012, p. 15.

**DERRUPPÉ (J.),** *RTD com.* 1983, comm. 210.

**DEUMIER (P.),** « Un arrêt non-publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.* 2011, p. 87.

**DEVERS (A.),** « Concubinage – Le concubin n'est pas un conjoint au sens de l'article 832 du Code civil », *JCP G* 2004. II. 10035 ; « L'arbitrage en droit de la famille », *Dr. fam.* 2019, dossier 7.

**DEVILLE (S.),** « Ordre public matrimonial et clauses relatives aux charges du mariage : la cohérence enfin retrouvée ? », *Gaz. Pal.* 28 juillet 2020, p. 65.

**DONNIER (M.)**, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, p. 179 ; Renchon (J.-L.) « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? » *LPA* 7 oct. 2010, p. 29.

**DONZEL-TABOUCOU (C.)**, « Donation entre époux et clause de non-divorce », *Defrénois* 2012, n° 18, p. 893.

**DRAGO (G.)**, « La constitution "en réservez" », *Dr. fam.* 1999, hors-série, spéc. n° 15.

**DROSS (W.)**, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, p. 25 ; « L'évolution du droit de l'indivision », *Droit et Ville* 2014, n° 1 (vol. n° 77), p. 3 s.

**DUMAS-LAVENAC (S.)**, « Pacs : institution du couple ou contrat opportuniste », *Dr. fam.* 2017, comm. 91.

**ÉGÉA (V.)**, « Chronique de droit procédural de la famille », *Dr. fam.* 2020, n° 10, chron. 4 ; « Chronique de droit procédural de la famille (juillet 2016 – janvier 2017) », *Dr. fam.* 2017, chron. 1 ; « L'articulation entre l'arbitrage interne et certaines procédures en matière familiale », *Dr. & patr.* 2017, n° 275 ; « L'économie générale de la participation aux acquêts, limite à la liberté conventionnelle », *D.* 2009, p. 1201 ; « Chronique de droit procédural de la famille (juill. 2016 – janv. 2017) », *Dr. fam.* 2017, chron. 1 ; « Chronique Espace judiciaire européen en matière civile - Les prorogations de compétences dans le règlement Bruxelles II bis : d'utiles précisions », *RTD eur.* 2015, p. 383 ; « Exequatur d'un jugement prénatal californien instituant la parenté légale de deux hommes français », *Dr. fam.* 2023, comm. 58.

**ÉLOFIR (M.)**, « Libre circulation d'un enfant d'un couple de parents de même sexe au sein de l'Union européenne », *Dr. fam.* 2022, comm. 64.

**ESCUDEY (G.)**, « Faut-il permettre l'insertion de clauses relatives à la désunion dans les contrats de mariage ? », *Dr. fam.* 2019, étude 17.

**ESKENAZI (D.)**, « Contrat de mariage et *prenuptial agreements* : une protection efficace ? », *Defrénois* 2015, n° 23, p. 1237.

**ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.)**, « L'histoire de l'enfant vendu deux fois », *D.* 2019, p. 2112.

**FABRE-MAGNAN (M.)**, « L'impossibilité d'une gestation pour autrui « éthique » ? », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 465 ; « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, p. 224 ; « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

**FABRE-MAGNAN (M.)**, **LEVINET (M.)**, **MARGUÉNAUD (J.-P.)**, **TULKENS (F.)**, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2009, n° 48, p. 3 s.

**FENOUILLET (D.)**, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 37.

**FERRÉ-ANDRÉ (S.)**, « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016. Le divorce sans juge entre évolution et régression » », *Defrénois* 2017, n° 2, p. 125.

**FLOUR (Y.), ET PANSIER (J.)**, « Questions pratiques », *Defrénois* 1998, n° 3, art. 36883.

**FOUCHARD (PH.)**, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.* 2001.

**FOYER (J.)**, « Petite introduction historique à l'étude du GAEC », *Dr. rur.* 2012, n° 405, dossier 16.

**FRANK (R.)**, « Individualisme et droit de la famille », *Annales de Droit de Louvain*, vol. 59, 1999/1-2, p. 175.

**FRÉMAUX (S.)**, « Les notions indéterminées du droit de la famille », *RRJ* 1998/3, p. 865 s.

**FREYRIA (C.)**, « La notion de relation de travail entre époux », *Rev. dr. social*, 1952.

**FRICERO (N.)**, « Les modes alternatifs e règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Dr. fam.* 2017, dossier 10 ; « Contentieux familial et chantiers de la justice : quels bouleversements ? », *Dr. fam.* 2018, étude 11.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)** « Sophistique juridique et GPA », *D.* 2016, p. 85 ; « Une famille à sa main », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 249.

**FULCHIRON (H.) et DEVERS (A.)**, « Dossier : Arbitrage et famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275.

**FULCHIRON (H.)**, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Statut des tiers et/ou statut des “familles” homosexuelles ? », *LPA* 24 févr. 2010, p. 17 ; « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defrénois* 2006, n° 21, p. 1621 ; « “L'après-divorce sans juge” : remise en cause et modification de la convention passée par les époux », *Dr. fam.* 2016, dossier 32 ; « Divorcer sans juge. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21<sup>e</sup> siècle » *JCP G* 2016, 1267 ; « Égalité, vérité, stabilité, dans le nouveau droit français de la filiation », *Dr. & patr.* 2006, n° 146 ; « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, p. 271 ; « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », *JDI* 2014, var. 2 ; « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, p. 100 ; « Le PACS et le droit de séjour des étrangers », *Dr. fam.* 1999, hors-série, p. 44 ; « Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.* 2009, p. 1703 ; « Quel avenir pour le PACS ? », *Defrénois* 2005, n° 17, p. 1286 ; « Vers la “reconnaissance” de la filiation des enfants nés dans un couple homoparental par assistance médicale à la procréation ? », *D.* 2022, p. 1342 ; « Fraude à la GPA contre fraude à l'adoption, vente d'enfant contre vente d'enfant. Comment faire respecter les interdits ? », *Dr. fam.* 2018, comm. 239 ; « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un juste équilibre ? », *Dr. fam.* 2019, comm. 216.

**FULCHIRON (H.), et BIDAUD-GARON (C.),** « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA. À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli- Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1.

**FULLI-LEMAIRE (S.),** « Mise en œuvre de l'accord procédural et détermination de la loi applicable au régime matrimonial », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 837.

**GALHAUD (E.),** « L'article 924-4 et la vente », *JCP N* 2016, n° 48 1326.

**GALLANT (E.),** « Le nouveau Règlement "Bruxelles II ter" », *AJ fam.* 2019, p. 401.

**GANNAGÉ (L.),** « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Arch. phil. dr.* 2014.

**GARRIGUE (J.),** « La réforme projetée du divorce pour altération définitive du lien conjugal : ultime étape avant la rupture purement discrétionnaire ? », *LPA* 10 octobre 2018, p. 6.

**GASTÉ (J.), RICARD (X.),** « Le nouveau règlement successoral : pourquoi une *professio juris* ? », *Defrénois* 2014, hors-série, p. 38.

**GAUDEMET (S.),** « La renonciation anticipée définitive à l'action en retranchement », *Defrénois* 2019, n° 18-20, p. 32.

**GAUTIER (P.-Y.),** « Contre "la balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

**GERMAIN (M.),** « Préface », in *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Michoud (L.), Éditions Panthéon-Assas, 2019, p. XI.

**GHESTIN (J.),** « L'utile et le juste dans les contrats », *Arch. phil. dr.* 1981, p. 35 ; « L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et à l'imprévision », *JCP G* 2014, 1116 ; « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239 ; « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147.

**GIRAY (M.),** « L'imbroglio des libéralités entre époux depuis la réforme du divorce », *Dr. & patr.* 2005, n° 135, p. 30.

**GLEBER (L.),** « Nouvelle procédure de délaissement parental », *AJ fam.* 2017, p. 167.

**GOBERT (M.),** « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

**GODECHOT-PARIS (S.),** « De quelques enseignements concernant le nouveau règlement Bruxelles II ter... », *D.* 2019, p. 1824 ; « Table ronde : le tourisme procréatif », *RJPF* 2022, n° 1, p. 35 s.

**GOLDIE-GENICON (Ch.)**, « Clause de non-divorce et donations de biens présents entre époux ne font pas bon ménage », *RDC* 2012, p. 891 ; « Le financement du logement de la famille ou les prémisses d'un droit commun du couple », *D.* 2021, p. 668 ; « Les renonciations à la réserve », *Defrénois* 2019, n° 46, p. 33.

**GONGORA (A.)** « Droit de l'arbitrage et nouveaux marchés du droit de la famille », *JCP G* 2020, suppl. au n° 7-8, p. 33.

**GORÉ (M.)**, « La *professio juris* », *Defrénois* 2012, n° 15-16, p. 762.

**GOUËZEL (A.)**, « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. fam.* 2021, dossier 23 ; « Réflexions sur la liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.* 2017, étude 19.

**GOUTTENOIRE (A.)**, « Chronique de droit de la famille », *JCP G* 2022, doct. 1245.

**GRIMALDI (M.)**, « L'attribution préférentielle ne peut être demandée que par un conjoint ou un héritier et non par des proches parents », *D.* 1995, p. 47 ; « L'exit du juge dans le nouveau divorce », *Defrénois* 2017, n° 2, p. 105 ; « La clause de non-divorce mise hors la loi dans les donations de biens présents entre époux », *RTD civ.* 2012, p. 357 ; « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, hors-série n° 2, p. 11 ; « Que sont les partages d'ascendants devenus ? », *Defrénois* 2014, n° 7, p. 343.

**GUÉDÉ (X.)**, **LETELLIER (F.)**, « Les créances conjugales : qualification, disqualification et compensation », *JCP N* 2015, n° 19-20, étude 1150 ; « L'absence d'uniformité du régime des créances conjugales, source d'insécurité juridique », *JCP N* 2015, n° 18, étude 1144.

**GUENZOUI (Y.)**, « Conflits de doctrines. Doctrine universitaire *versus* Doctrine de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2014, p. 275.

**GUIGET-SCHIELÉ (Q.)**, « Contribution aux charges du mariage : l'apport en capital toujours exclu », *Dalloz actualité* 31 mars 2021 ; « Clause de non-recours et contribution aux charges du mariage ? », *Dalloz actualité* 18 juin 2020 ; « L'irréfragable présomption conventionnelle de contribution aux charges du mariage », *Dalloz actualité* 17 décembre 2020.

**HAUSER (J.)**, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006, étude 1 ; « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 460 ; « À quoi engage le Pacs : conventions et ordre public ? », *RTD civ.* 2015, p. 855 ; « Le concubinage est et n'est pas une famille : dommages-intérêts et attribution préférentielle », *RTD civ.* 1994, p. 570 ; « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité », *Dr. fam.* 2005, étude 3 ; « Les clauses de non-divorce », *RTD civ.* 2006, p. 543 ; « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse,

adoptions simples et père incestueux », *RTD civ.* 2004, p. 75 ; « Pas d'attribution préférentielle du logement pour les concubins », *RTD civ.* 2014, p. 92 ; « Le PACS, objet juridique non identifié, entre au purgatoire », *RTD civ.* 2003, p. 684 ; « Le couple en concurrence », *Dr. fam.* 2016, dossier 51 ; « Nom-prénom – Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'État a du cœur ! », *RTD civ.* 2014, p. 332.

**HÉMARD (J.)**, « Les contrats à titre onéreux entre époux », *RTD civ.* 1938, p. 671.

**HENRY (X.)**, « La jurisprudence accessible. Mégacode civil : Théorie d'une pratique », *RRJ* 1999, p. 631.

**HILT (P.)**, « Deux personnes qui sont unies par des relations qu'entretient habituellement un père avec son fils peuvent conclure un pacte civil de solidarité », *AJ fam.* 2017, p. 363 ; « De la prétendue simplicité du régime juridique applicable aux créances entre époux », *JCP G* 2016, étude 669 ; « Les créances au sein du couple : de créances ordinaires ? », *AJ fam.* 2006, p. 231 ;

**HOUSIER (J.)**, « Le contentieux de la filiation », *AJ fam.* 2021, p. 414 ; « Procréation pour autrui : l'intérêt de l'enfant au-dessus de tout (là encore) – Cour européenne des droits de l'homme 7 avril 2022 », *AJ fam.* 2022, p. 287.

**HUET (A.)**, « Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques », *RTD civ.* 1967, p. 45.

**JACK (A.)**, « Les conventions relatives à la personne physique », *Rev. crit.* 1933, p. 362.

**JANUEL (P.)**, « L'échec relatif de la tentative de médiation familiale obligatoire », *Dalloz actualité* 8 février 2021.

**JARROSON (Ch.)**, et **RACINE (J.-B.)**, « Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Rev. arb.* 2016, p. 1007.

**JESTAZ (Ph.)**, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, élément de Métajuridique amusante », *RTD civ.* 1979, p. 480.

**JOUBERT (N.)**, « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1.

**KARM (A.)**, « Clause d'exclusion des biens professionnels en régime de participation aux acquêts : coup d'arrêt ou maladresse ? », *JCP N* 2020, n° 1-2, act. 116 ; « Financement d'un bien immobilier par des époux séparés de biens : à quand le rétablissement de la logique séparatiste ? », *JCP N* 2019, n° 17-18, 1174.

**KELSEN (H.)**, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, p. 33.

**KESSLER (G.)**, « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTD civ.* 2019, p. 519 ; « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2005, étude 16.

**KOLATA (G.)**, « \$50,000 Offered to Tall, Smart Egg Donor », *The New York Times*, 3 mars 1999, Section A, p. 10.

**KULLMANN (J.)**, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59.

**LA TAILLE (S. DE), PEZAR (S.)**, « La menace de l'article 924-4 du Code civil », *JCP N* 2009, n° 48, 1321.

**LABATUT (T.)**, « L'arbitrage pour tous : est-ce possible ? », *LPA* 31 décembre 2021, p. 8.

**LABRUSSE-RIOU (C.)**, « Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontations du réel et de l'imaginaire », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 485.

**LACABARATS (A.)**, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

**LAGARDE (X.)**, « L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 382 ; « Observation critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170.

**LAGARDE (X.)**, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217.

**LAMARCHE (M.)** « Mariage, communauté de vie et nationalité : pas de révolution constitutionnelle », *Dr. fam.* 2012, 25 ; « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : la sévérité de la loi contractuelle face aux attraits de la conventionnalisation du droit de la famille Exemple relatif au changement de régime matrimonial », *Dr. fam.* 2013, alerte 39.

**LAMBERTYE-AUTRAND (M.-Ch. DE)**, « Le prononcé de la décision épuise la prorogation de for », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 174, spéc.

**LARDEUX (G.)**, « Coup d'arrêt à l'extension par les juges du fond du droit de reprise des bailleurs personnes morales », *RDC* 2005, n° 4, p. 1078.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)** « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1 ; « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Dr. fam.* 2009, comm. 66 ; « Le temps, la loi et l'irrévocabilité des donations entre époux : laissez passer l'ambulance législative », *Dr. fam.* 2006, n° 10, repère 9 ; « Limites à la liberté de fixer la contribution à l'entretien des enfants dans une convention de concubinage », *Dr. fam.* 2006, comm. 155 ; « Le temps, la loi et l'irrévocabilité des donations entre époux : laissez passer l'ambulance législative », *Dr. fam.* 2006, n° 10, repère 9.

**LATINA (M.),** « Le mystère de la publication des arrêts de la Cour de cassation », *Dalloz actu Étudiants*, 30 janvier 2012.

**LE BRIS (R.-F.),** « L'effet du divorce sur le nom des époux », *D.* 1965, p. 141.

**LEBEAU (M.),** « Brèves remarques sur la nature de l'indivision d'acquêts des partenaires liés par un Pacs », *Defrénois* 2010, n° 20, p. 2189.

**LÉCUYER (H.),** « Entreprise et famille », *Gaz. Pal.* 2011, n° 139, p. 51.

**LEGRAS (C.),** « Le projet parental suffit-il ? », *Laennec* 2012/1, p. 24 s.

**LEQUETTE (S.),** « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.* 2018, p. 541.

**LEROYER (A.-M.),** « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA », *RTD civ.* 2019, p. 838 ; « Réforme de la filiation », *RTD civ.* 2005, p. 836 ; « La filiation maternelle de l'ex-compagne de la mère », *RTD civ.* 2022, p. 371.

**LESBATS (Ch.),** « L'intensité du contrôle formel », *JCP N* 2020, 1223.

**LETELLIER (H.),** « Accord sur la contribution aux charges du mariage (article 214 du Code civil) », *Dr. fam.* 2012, form. 2.

**LEVENEUR (L.),** « Attention à la rédaction : il faut instituer une procédure préalable et obligatoire... », *CCC* 2019, comm. 192.

**LEVINET (M.),** « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n°49

**LIBCHABER (R.),** « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875 ; « Les forces créatrice du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », *RTD civ.*, 1998, p. 224 ; « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000, p. 197 ; « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.* 2002.

**LISANTI (C.),** « La *professio juris* dans le règlement Successions du 4 juillet 2012 », *Gaz. Pal.* 15 juin 2013.

**LOUVEL (B.),** « La Cour de cassation face aux défis du XXI<sup>e</sup> siècle », *Les Cahiers Portalis* 2016, n° 3, p. 11 s. ; « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

**MAILHÉ (Fr.),** « Bruxelles II, troisième génération », *JCP G* 2019, 1109.

**MALAUURIE (Ph.),** « Conclusion sur la réforme du divorce », *Defrénois* 2004, n° 23, p. 1601 ; « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Arch. phil. dr.* 1975, p. 17.

- MALLET-BRICOUT (B.)**, « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. & patr.* 2002, n° 104 ; « Les modes alternatifs de règlements des différends dans la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle » : un nouveau souffle », *RTD civ.* 2017, p. 221.
- MARGUÉNAUD (J.-P.)**, « La femme et l'enfant de son ex-compagne ou conjointe », *RTD civ.* 2022, p. 349.
- MARTIN (D.)**, « La coopération conjugale dans l'entreprise familiale », *D.* 1982. Chron. 293.
- MASSIP (J.)**, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2004, n° 8, p. 585.
- MASSON (F.)**, « La transparence et l'obstacle », *LPA* 9 février 2015, p. 7.
- MAZEAUD (D.)**, « Clause pénale », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 24 septembre 2008, n° 07-13.989, *RDC* 2009, p. 60 ; « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2015, p. 187.
- MAZEAUD (H.)**, « Le divorce par consentement forcé », *D.* 1963, chr. p. 141.
- MÉCARY (C.)**, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.* 2011, p. 604.
- MEKKI (M.)**, « Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ? », *JCP N* 2016, act. 160.
- MERCHANT (J.)**, « Le cadre juridique et politique gouvernant la gestation pour autrui aux États-Unis », *Ethnologie française*, 2017/3, vol. 47, p. 421 s ; « Réglementer les corps : la gestation pour autrui en Ukraine et aux États-Unis », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 231 ; « Une gestation pour autrui "éthique" est possible », *Travail, genre et sociétés* 2012, n° 28, p. 183.
- MIRABAIL (S.)**, « Le mariage : entre modernité et traditions », *Dr. fam.* 2018, étude 7.
- MIRKOVIC (A.)**, « À propos de la maternité pour autrui », *Dr. fam.* 2008, étude 15.
- MOLFESSIS (N.)**, « La réécriture de la loi relative au PACS par le conseil constitutionnel », *JCP G* 2000, I, 210 ; « La loi de la course », *RTD civ.* 1998, p. 778.
- MONGIN (M.)**, « Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 701.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)**, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773.
- MORIN (G.)**, « Les ventes entre époux », *Defrénois* 1991, n° 20, p. 1089.
- MOURY (J.)**, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, p. 382.
- MOUSSERON (J.-M.)**, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.

**MUIR WATT (H.)**, « Conflicts of laws unbounded: the case for a legal-pluralist revival », *Transnational Legal Theory*, 2016 7 (3), pp. 313 – 353.

**MULON (E.)**, « Contribution aux charges du mariage et ordre public : tantôt oui, tantôt non », *Gaz. Pal.* 6 octobre 2020, p. 68.

**MURAT (P.)**, « Arbitrage et évolution du droit français de la famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275 ; « La participation aux acquêts : un régime d'avenir ? », *JCP N* 2015, n° 7, 1076 ; « Les régimes matrimoniaux et les régimes "pacsimoniaux" à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N* 2011, n° 25-26, 1206.

**MURAT (P.)**, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2006, comm. 89.

**NAUDIN (E.) ET COLLARD (F.)**, « Chronique de droit patrimonial des sociétés », *Droit des sociétés* 2020, n° 12, chron. 5

**NAUDIN (E.)**, « La participation aux acquêts », *JCP N* 2015, n° 28, 1125, spéc. n° 3.

**NICOD (M.)**, « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil – à propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude 45 ; « Vingt ans d'évolution de la législation applicable aux successions et aux libéralités », *Dr. fam.* 2016, étude 53.

**NOURISSAT (C.)**, « L'apport du droit de l'Union européenne à l'arbitrage », *JCP N* 2016, 1347 ; « L'arbitre et le droit de la famille », *Procédures* 2020, dossier 3.

**OPPETIT (B.)**, « Droit et économie », *Arch. phil. dr.* 1992, p. 19.

**PAILLER (L.)**, « Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat* 2019, p. 378.

**PARIZER-KRIEF (K.)**, « À propos des régimes juridiques de gestation pour autrui (France, Allemagne et Grande-Bretagne) », *Les cahiers de la justice* 2016, p. 217.

**PARIZER-KRIEF (K.)**, « La notion de "projet parental" dans le droit de l'assistance médicale à la procréation (AMP) », *La revue Tocqueville*, vol. XXXIV, n° 2, 2013, p. 18.

**PATARIN (J.)**, « Attribution préférentielle d'un bien indivis entre époux séparés de biens pendant la durée du mariage, indivision de nature familiale », *RTD civ.* 1991, p. 380 ; « L'attribution préférentielle dans les indivisions de nature familiale d'origine conventionnelle (art. 832 c. civ.) », *RTD civ.* 1994, p. 653 ; note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1988, n° 86-15.090, *RTD civ.* 1989, p. 121 ; « L'attribution préférentielle dans les indivisions de nature familiale d'origine conventionnelle (art. 832 c. civ.) », *RTD civ.* 1994, p. 653.

**PELLET (S.)**, « De l'avantage conjugal », *D.* 2019, p. 265.

**PERDRIAU (A.)**, « Les publications de la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 4 janvier 2003, p. 2.

- PERREAU-SAUSSINE (L.),** « Les *prenuptial agreement* et les contrats de mariage : perceptive franco-anglaise. Propos introductifs », *Dr. fam.* 2015, dossier 29.
- PERRIN (S.),** « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? » *Dr. fam.* 2010, étude 16.
- PLANIOL (M.),** « Classification synthétique des contrats », *Rev. crit. lég. jur.* 1904, p. 484.
- PORACCHIA (D.),** « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* 2019, n° 6, p. 40.
- POURRE (V.),** « La convention de divorce par consentement mutuel : un contrat à part, mais un contrat tout de même », *Dr. fam.* 2018, étude 5.
- PUYO (Y.),** « Étude comparative des conventions de divorce », *Dr. fam.* 2015, étude 19 ; « Le nouvel article 267 du Code civil : un compromis entre tradition et innovation », *Dr. fam.* 2016, dossier 3.
- RACINE (J.-B.),** « L'arbitrabilité des litiges de droit de la famille », *Dr. & patr.* 2017, n° 275.
- RANDOUX (D.),** « Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé ? » *JCP G* 1983. I. 3103.
- RAYNAUD (P.),** « L'enfant peut-il être objet de droits ? », *D.* 1988, p. 109.
- REBOURG (M.),** « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. fam.* 2004, n° 7-8, étude 17.
- REVEL (J.),** « Droit des sociétés et régime matrimonial : préséance et discrétion », *D.* 1993, p. 33 ; « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », *JCP G* 1982, I, 3055.
- REVEL (Th.),** « La loi du La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000, p. 173 ; « À propos de l'article de Bernard Beignier "Pour un nouveau Code civil" », *D.* 2019, p. 1011.
- RICHEZ-PONS (A.),** « Pacs et droit de séjour des étrangers en France », *AJ fam.* 2007, p. 22.
- RIEUBERNET (Ch.),** « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *LPA* 27 juill. 2004, p. 10.
- ROCHFELD (J.),** « Réforme du PACS », *RTD civ.* 2006, p. 624.
- ROGUE (F.),** « Les perspectives de la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale », *D.* 2019, p. 1876.
- ROMAN (D.),** « À corps défendant », *D.* 2007, p. 1284.
- ROUJOU DE BOUDÉE (I.),** « L'accord parental », *RRJ* 1999, p. 319.
- ROUZET (G.),** « Le concours des réservataires à la vente d'un bien donné », *Dr. & patr.* 1994, p. 20.

**RUBELLIN-DEVICHI (J.)**, « Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 6 juillet 1996 », *JCP G* 1996, I, 3979.

**SABARD (O.)**, « La hiérarchisation de la jurisprudence », *RLDC* 2009, n° 65.

**SAINTOURENS (B.)**, « La réforme du statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale », *RTD Com.* 2005, p. 701.

**SALVAGE (Ph.)**, « Séparation de biens - Partage. Attribution préférentielle. Champ d'application. Indivision de nature familiale (oui). Indivision partage pendant le mariage. Demande recevable (oui). C. civ., art. 832. Obstacle (non). C. civ., art. 1542. Obstacle (non) », *JCP N* 1991, n° 6, 100122.

**SAULIER (M.)**, « À quoi sert le PACS ? », *D.* 2017, p. 1292.

**SAUVAGE (F.)**, « Conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Defrénois* 2004, n° 21, p. 1425.

**SAUVAGE (F.)**, « Conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Defrénois* 2004, n° 21, p. 1425 ; « Une donation-partage régulièrement formée par acceptation d'un seul lot ? », *JCP N* 2019, 1291.

**SCHULZ (M.)**, « La loi du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption : une copie à revoir ! » *Dr. fam.* 2022, étude 11.

**SÉRIAUX (A.)**, « Commentaire sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1989, *Association Alma Mater* », *JCP G* 1990, II, 21526 ; « Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ? », *D.* 1985, chron. p. 53 ; « Maternités de substitution : grandeur et décadence de deux principes d'ordre public », *Dr. fam.* 2019, étude 14 ; « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009, p. 1215.

**SIMLER (Ph.) et HILT (P.)**, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006, I, p. 161.

**SIMLER (Ph.)**, « La validité de la donation sous la condition de non-divorce à l'épreuve de l'article 265 du Code civil », *JCP* 2006, II, 10136.

**TANI (A.)**, « La nouvelle procédure de mutation de régime matrimonial », *JCP N* 2019, 1159.

**THOURET (S.)**, « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge », *AJ fam.* 2016, p. 569.

**TORRICELLI-CHRIFI (S.)**, « Apport en capital et contribution aux charges du mariage : une visée pratique (II) », *Dr. fam.* 2019, comm. 242, « Clause contribution aux charges du mariage dans le régime de séparation de biens », *Dr. fam.* 2018, comm. 279 ; « Halte à la clause de style », *Dr. fam.* 2021, comm. 6 ; « Réforme de la procédure de changement de régime matrimonial », *Dr. fam.* 2019, dossier 13.

**VAREILLE (B.)**, « Chronique du patrimoine n° 12 », *LPA* 6 août 2019, p. 3 ; « L'apport à l'indivision d'un capital personnel en séparation de biens : adieu, charges du mariage ! », *RTD civ.* 2019, p. 913 ; « Régime de séparation de biens, indivision, compte joint : les sommes portées sur un compte joint sont présumées indivises et affectées aux dépenses ménagères, à défaut de preuve contraire », *RTD civ.* 2006, p. 361 ; « La loi du 23 juin 2006 et les régimes matrimoniaux », *JCP N* 2007, 1200, n° 26 ; « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565.

**VASSAUX (J.)**, « Contribution aux charges du mariage et financement d'un bien à usage familial : enfin une solution claire et novatrice ! », *JCP N* 2019, n° 51, 1343.

**VERBIST (H.)**, **ERAUW (J.)**, « Enquête concernant l'arbitrage et le monde des affaires », *RD aff. Int.* 2000, spéc. p. 692.

**VIAL-PEDROLETTI (B.)**, « La loi Élan et le bail d'habitation », *Loyers et copropriété* 2019, n° 1, dossier n° 2.

**VIGNEAU (D.)**, « Donation entre époux : quel droit ? », *D.* 2005, p. 280 ; « Exclusion de l'attribution préférentielle d'un bien indivis entre concubins », *RTD civ.* 2004, p. 2967.

**WEBER (J.-F.)**, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 702, 15 mai 2009.

**WILLIAMS (S.)**, *et al.*, « Le statut légal de la gestation pour autrui en Europe », *AJfam.* 2022, p. 329.

**ZALEWSKI (V.)**, « Reprise pour habiter et notion de « société familiale », *AJDI* 2008, p. 126.

**ZATTARA-GROS (A.-F.)**, « Un nouvel avatar jurisprudentiel en matière de révocation du gérant pour non-reddition de sa gestion », *Gaz. Pal.* 2020, n° 12, p. 68.

#### **IV. ÉTUDES, RAPPORTS ET DOCUMENTS PARLEMENTAIRES**

**106<sup>e</sup> Congrès des notaires de France**, *Couples, patrimoine : les défis de la vie à 2*, Bordeaux, 2010.

**110<sup>e</sup> Congrès des notaires de France**, *Vie professionnelle et famille : place au contrat*, Marseille, 2014.

**113<sup>e</sup> Congrès des notaires de France**, *Famille-Solidarités-Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, Lille, 2017.

**118<sup>e</sup> Congrès des notaires de France**, *L'ingénierie notariale. Anticiper, conseiller, pacifier pour une société harmonieuse*, Marseille 2022.

**BASTIDE (L.)**, *Les violences familiales en Polynésie française. Entrer, vivre et sortir de la violence*, Rapport d'étude, INJEP Notes & rapports, 2020.

**BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE**, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, 20 mars 2012.

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

**CCNE**, *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision des lois de bioéthiques*, avis n° 129, 25 septembre 2018 ; *Avis n° 112, Une réflexion éthique sur la recherche sur les cellules d'origine embryonnaire humaine, et la recherche sur l'embryon humain in vitro*, 1<sup>er</sup> déc. 2010.

**CONSEIL D'ÉTAT**, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?* 28 juin 2018.

**COUR DE CASSATION**, *Rapport annuel 2013. L'ordre public*, édition numérique ; *Rapport annuel 2019*, La documentation française, édition numérique ; *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, Juillet 2021, édition numérique ; *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation. Synthèse introductive*, avril 2017.

**DELNATTE (P.)**, *Rapport n° 1513 sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1338), relatif au divorce.*, Assemblée nationale, 6 avril 2004.

**DÉTRAIGNE (Y.)**, *Rapport n° 121 sur le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Sénat, 28 octobre 2015.

**GUINCHARD (S.)**, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée. Rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 2008.

**HAUSER (J.)**, dir., *Rapport public : Le projet de pacte d'intérêt commun*, 1<sup>er</sup> avril 1998.

**HUYGHE (S.)**, *Rapport n° 28250 sur le projet de loi (n° 2427), portant réforme des successions et des libéralités*, Assemblée nationale, 8 février 2006,

**LÉONETTI (J.)**, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, Rapport au Premier ministre, 7 oct. 2009

**NOUGEIN (C.)**, **VASPART (M.)**, *Moderniser la transmission d'entreprise en France : une urgence pour l'emploi dans nos territoires*, rapp. Sénat, n° 440 (2016-2017), 23 février 2017.

**PÉRÈS (C.)**, **PONTENTIER (Ph.)** dir., *Rapport de travail : La réserve héréditaire*, 13 déc. 2019.

**ROY (A.)**, dir., *Rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Juin 2015 (Québec).

**THÉRY (I.)**, **LEROYER (A.-M.)**, *Filiation, origines, parentalités. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014.





## INDEX THÉMATIQUE DE JURISPRUDENCE<sup>2038</sup>

### PREMIÈRE PARTIE – L'ORGANISATION DE LA RELATION FAMILIALE

#### **Titre premier : L'organisation contractuelle de la vie familiale** *Premier chapitre. L'extension de l'aménagement conventionnel du comportement familial*

##### Aide matérielle :

- Aix-en-Provence, 13 décembre 2017, n° 15/11673, *Dr. fam.* 2018, comm. 55, note J.-R. BINET ; *D.* 2018, p. 1104, obs., J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 2021, n° 19-26.140, *Gaz. Pal.* 2021, n° 12, p. 45, obs., Q. GUIGUET-SCHIELÉ ; *D.* 2021, p. 819, obs., J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *JCP G* 2021, n° 11, 288, note M. MIGNOT.

##### Assurance vie :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1992, n° 90-16.343, *RTD civ.* 1992, p. 632, obs. F. LUCET ET B. VAREILLE.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2019, n° 18-21.383, *RTD civ.* 2019, p. 636, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2019. 475, obs. P. HILT.

##### Charges du mariage (clauses) :

- Req., 19 mai 1920, *DP* 1921. I. 153, note H. LALOU.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 1987, n° 84-14.612.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, n° 02-20.398.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janvier 2005, n° 97-20.308, *RTD civ.* 2006, p. 361, obs. B. VAREILLE.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mars 2010, n° 09-11.005, *AJ fam.* 2010, p. 188, obs. F. CHÉNEDÉ.
- Versailles, 18 avril 2013, n° 12/03579.
- Aix-en-Provence, 25 novembre 2015, n° 15/06786.
- Riom, 4 octobre 2016, n° 15/00399.
- Versailles, 20 octobre 2016, n° 15/02445.

- Bastia, 23 novembre 2016, n° 15/00407.
- Dijon, 15 décembre 2016, n° 15/02229.
- Aix-en-Provence, 5 avril 2017, n° 15/12886,
- Amiens, 8 juin 2017, n° 16/00419.
- Versailles, 19 janvier 2017, n° 16/01173. Lyon, 20 juin 2017, n° 14-08013.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 février 2018, n° 17-13.276.
- Versailles, 14 janvier 2020, n° 18/03975.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 2020, n° 19-15.353, *AJ fam.* 2021, p. 193, obs. J. CASEY ; *D.* 2021, p. 825, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2021, comm. 6, note S. TORRICELLI-CHRIFI.
- Montpellier, 14 janvier 2022, n° 20/00029.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin. 2023, n° 21.25-326, *Dr. fam.* 2023, comm. 128, note S. TORRICELLI-CHRIFI.

##### Charges du mariage (contribution) :

- Civ. 1<sup>re</sup> 20 mai 1981, n° 79-17.171.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 6 novembre 1996, n°s 93-21.391 et 94-10.285, *JCP G*, 1997. I. 4047, n° 38, obs. M. STORCK.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2013, n° 11-26.933, *RTD civ.* 2013, p. 582, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 698, obs. B. VAREILLE ; *D.* 2013, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2013, comm. 110, note B. BEIGNIER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2013, n° 11-26.748, *D.* 2013, p. 2242, obs. V. BRÉMOND, *AJ fam.* 2013, p. 448, obs. B. DE BOYSSON, *RTD civ.* 2014, p. 698, obs. B. VAREILLE.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2014, n° 13-21.005, *RTD civ.* 2015, p. 106, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup> 5 novembre 2014, n° 13-25.557, *AJ fam.* 2015, p. 61, obs. J. CASEY.

<sup>2038</sup> Cette liste est non exhaustive ; seules sont répertoriées les principales décisions ayant servi à la démonstration.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2019, n° 18-20.828, *Dr. fam.* 2019, comm. 241 et 242, S. TORRICELLI-CHRIFI ; *JCP N* 2019, n° 51, 1343, obs. J. VASSAUX ; *JCP G* 2019, n° 46, 1151, obs. V. BOUCHARD ; *AJ fam.* 2019, p. 604, obs. J. CASEY ; *D.* 2020, p. 60, note B. CHAFFOIS ; *RTD civ.* 2019, p. 913.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 2021, n° 19-21.463.

#### Clause de non-divorce :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 2005, n° 02-14.135, *JCP* 2006, II, 10136, note Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2006, p. 543, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2012, n° 11-13.791, *JCP* 2012, comm. 83, note Cl. BRENNER ; *JCP N* 2012, n° 12, act. 350, H. BOSSE-PLATIÈRE ; *RLDC* 2012, p. 4674, note M. NICOD ; *D.* 2012, p. 812, obs. J. MARROCHELLA, p. 1386, obs. A. POSEZ et p. 2476, obs. V. BRÉMOND ; *RDC* 2012, p. 891, obs. C. GOLDIE-GENICON ; *RTD civ.* 2012, p. 300, obs. J. HAUSER et p. 357, obs. M. GRIMALDI ; *AJ fam.* 2012, p. 223, obs. S. DAVID.

#### Clauses d'exclusion des biens professionnels :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 2019, n° 18-26.337, *JCP N* 2020, n° 1-2, act., 116, note A. KARM – n° 24, 1129, note B. BEIGNIER et n° 43, 1226, note CH. LESBATS ; *JCP G* 2020, 225, note J.-R. BINET ; *Dr. fam.* 2020, comm. 44, note S. TORRICELLI-CHRIFI ; *AJ fam.* 2020, p. 126, obs. N. DUCHANGE ; *RTD civ.* 2020, p. 175 et p. 178, obs. B. VAREILLE ; *D.* 2020, p. 635, obs. Th. LE BARS et L. MAUGER-VIELPEAU et p. 2206, obs. S. GADECHOT-PATRIS ; *D.* 2021, p. 499, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 14, p. 66, obs. A. DEPRET ; *LPA* 2021, n° 8, p. 6, obs. D. FILOSA ; *Defrénois* 2020, n° 9, p. 23, obs. F. LETELLIER ; *Defrénois* 2020, n° 22-23, p. 44, obs. I. DAURIAC ; *RJPF* 2020-2/14, obs. J. DUBARRY et E. FRAGU ; *Dalloz actualité* 23 janvier 2020, note Q. GUIGUET-SCHIELÉ.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 2021, n° 19-25.903, *Dr. fam.* 2021, n° 6, comm. 92, note B. BEIGNIER ; *JCP G* 2021, n° 50, doct. 1340, obs. M. STORCK ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 24, p. 46, obs. J. LEPAPE et n° 28, p. 78, obs. Q. GUIGUET-SCHIELÉ.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 décembre 2021, n° 20-15.623.

#### Contribution parentale :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 29 octobre 1980, n° 79-15.301, *JCP* 1981. II. 19665, note R. JAMBU-MERLIN ; *Gaz. Pal.* 1981. I. 125, note J. VIATTE. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1985, n° 84-11.626.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 2 mai 2001, n° 99-15.714, *RTD civ.* 2001, p. 860, obs. J. HAUSER.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mars 2003, n° 01-14.664, *AJ fam* 2003, p. 182, obs. F. B. ; *LPA* 2003, n° 206, p. 18, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *RTD civ.* 2006, p. 740, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2006, p. 324, note F. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2006, comm. 155, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2009, n° 07-15.243, *RTD civ.* 2009, p. 307, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 décembre 2012, n° 11-19.779, *RTD civ.* 2013, p. 108, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2016, n° 15-21.783, *D.* 2016, p. 1881, obs. I. GUYON-RENARD ; *ibid.* p. 729, obs. Fr. FRANET-LAMBRECHTS.

#### Délégation-partage (autorité parentale) :

- TGI Paris, 2 avril 2004, n° 03/41602, *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. Fr. CHÉNEDÉ.
- TGI Nice : 08 juillet 2003, n° 03/00318 ; 7 avril 2004, n° 03/06009.
- TGI Nice 30 juin 2004, n° 03/06007, *AJ fam.* 2004, p. 453, obs. Fr. CHÉNEDÉ.
- TGI Paris, 2 juillet 2004, n° 04/33358, *AJ fam.* 2004, p. 361, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2005, p. 116, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 2006, n° 04-17.090 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT ; *D.* 2006, p. 897, obs. D.

- VIGNEAU ; *AJ fam.* 2006, p. 159, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2006, 1139, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.*, p. 876, obs. H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER.
- TGI Lille, 11 décembre 2007, n° 06/05918, *D.* 2008, 292, *AJ fam.* 2008, p. 119, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2008, p. 290, obs. J. HAUSER.
  - TGI Grenoble, 28 janvier 2008, n° 07/04889, *D.* 2009, p. 773, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2009, p. 476, obs. Fr. CHÉNÉDÉ.
  - TGI Paris, 18 septembre 2009, n° 09-34715, *AJ fam.* 2009, p. 490, obs. Fr. CHÉNÉDÉ. TGI Paris, 28 mars 2008, n° 07-43787, *AJ fam.* 2008, p. 249, obs. Fr. CHÉNÉDÉ.
  - Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, *D.* 2011, p. 1585, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2010, p. 394, obs. Fr. CHÉNÉDÉ.
  - TGI Bayonne, 26 octobre 2011, n° 11/00950, *D.* 2012, p. 2267, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2011, p. 604 ; *ibid.*, p. 605, obs. A. MIRKOVIC ; *RTD civ.* 2012, p. 111, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2011, comm. 179, obs. C. NEIRINCK.
  - Paris, 1<sup>er</sup> décembre 2011, n° 11/06495, *D.* 2012, p. 1432, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2012, p. 146, obs. C. SIFFREIN-BLANC.
  - TGI Paris, 21 septembre 2012, n° 11/44249, *D.* 2013, p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2012, p. 550, obs. C. SIFFREIN-BLANC.
  - CEDH, 5<sup>e</sup> sect., 6 février 2018, n° 6190/11, *Bonnaud et Lecoq c/ France*, *Dr. fam.* 2018, comm. 132, H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2018, p. 228, obs. J. HOUSSIER.
- PACS (testament conjonctif) :
- Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2018, n° 17-22.934, *D.* 2019, p. 910, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS ; *Dr. fam.* 2018, comm. 244, note M. NICOD.
- Pactes sur succession future :
- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juin 1970, *D.* 1980, p. 553, note I. NAJJAR ; *Defrénois* 1980, art. 32267, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1981, p. 658, obs. J. PATARIN.
- Régimes matrimoniaux – changement (conditions de nullité) :
- Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2013, n° 12-10.027, *D.* 2013, p. 2088, obs. J. SOUHAMI ; *ibid.* p. 2242, obs. V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2013, p. 590, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2013, alerte 39, obs. M. LAMARCHE.
- Régimes matrimoniaux (économie) :
- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 2009, n° 07-15.945, *D.* 2009, p. 2508, obs. V. BRÉMOND ; *RTD civ.* 2005, p. 516, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 769 et 771, obs. B. VAREILLE.
- Second chapitre. La perspective d'un aménagement conventionnel de la sanction du comportement familial*
- Bonnes mœurs :
- Ass. plén., 29 octobre 2004, n° 03-11.238, *D.* 2004, p. 3175, note D. VIGNEAU et 2005, p. 809, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, comm. 230, obs. BEIGNIER ; *AJ fam.* 2005, p. 23, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2005, p. 104, obs. J. HAUSER.
- Clause pénale :
- Com. 16 juillet 1991, n° 89-19.080, *D.* 1992, p. 365, note D. MAZEAUD .
  - Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janvier 1994, n° 91-19.540, *RTD civ.* 1994, p. 605, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1994, I, 3809, n° 16, obs. G. VINEY ; 20 décembre 2006, n° 05-20.065, *JCP G* 2007, II, 10024, note D. BAKOUCHE.
  - Civ. 3<sup>e</sup>, 24 septembre 2008, n° 07-13.989, *RDC* 2009, p. 60, obs. D. Mazeaud.
  - Com. 8 avril 2015, n° 13-26.734, *D.* 2016, p. 566, obs. M. MEKKI.
- Devoir de fidélité (pacte de liberté) :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 4 juillet 1973, n° 72-12.110.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 29 avril 1994, n° 92-16.814, *RTD civ.*, 1994, p. 571, obs. J. HAUSER.
- TGI Lille, 26 novembre 1999, *D.* 2000, p. 254, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2000.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 12 octobre 2000, n° 98-17.217.
- Pau, 19 novembre 2012, n° 12/4573, *JurisData* n° 2012-032115, *Dr. fam.* 2013, n° 3, comm. 36, V. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 11 septembre 2013, n° 12-16.862, *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> avril 2013, obs. A.-M. LEROYER.
- Chambéry, 4 février 2014, n° 13/00870, *JurisData* n° 2014-002683, *JCP G* 2014, obs. G. KESSLER ; *Dr. fam.* 2014, comm. 57, obs. J.-R. BINET.

#### Divorce (préjudice) :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juin 1996, n° 94-18.103, *RTD civ.* 1996, op. 886, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 1996, comm. 22, note H. LÉCUYER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, n° 02-19.016, *RTD civ.* 2005, p.375, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 avril 2015, n° 14-11.575, *D.* 2016, p.674, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2015, p. 594, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2016, n° 15-27.900, *RTD civ.* 2017, p. 110, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2020, n° 19-19.387, *D.* 2021, p. 819, obs. J.-J. LEMOULAND ET D. VIGNEAU ; *ibid.*, p. 453, note Ch. BIGOT ; *RTD civ.* 2021, p. 107, obs. A.-M. LEROYER ; *AJfam.* 2021, p. 61, obs. J. HOUSIER ; *Dr. fam.* 2021, comm. 14, note. J.-R. BINET.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 2022, n° 20-22.746, *RTD civ.* 2022, p. 596, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2022, comm. 119, note C. BERTHIER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 08-17.825, *AJfam.* 2009, p. 347, obs. S. DAVID ; *D.* 2009, p. 1897, obs. C. LE DOUARON ; *RTD civ.* 2009, p. 705,

obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2009, comm. 103, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

#### Fidélité (honneur) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2015, n° 14-29.549, *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *ibid.*, p. 724, obs. E. RASCHEL ; *RTD civ.* 2016, p. 81, obs. J. HAUSER.

#### Fidélité (pacs) :

- Rennes, 5 mai 2015, n° 14/01737, *Dr. fam.* 2015, comm. 140, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2015, p. 855, obs. J. HAUSER.
- TGI Lille, 5 juin 2020, *D.* 2003, p. 515, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2003, p. 270, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2003, comm. 57, note B. BEIGNER.

#### Pension alimentaire (fixation conventionnelle) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *D.* 2006, p. 2430, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2006, p. 740, obs. J. HAUSER ; *AJfam.* 2006, p. 324, obs. F. CHÉNEDÉ.

#### Responsabilité délictuelle – exonération (nullité) :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 17 février 1955, n° 55-02.810, *D.* 1956, p. 17, note P. ESMEIN ; *JCP G* 1955, II, 8951, note R. RODIÈRE.

#### Rupture conjugale (conditions) :

- Civ., 1<sup>re</sup>, 15 mai 1990, n° 88-15.254, *Deffrénois* 1990, n° 17, p. 943, obs. J. MASSIP.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avril 1998, n° 96-10.581, *Dr. fam.* 1998, comm. 81, note H. LÉCUYER ; *LPA* 17 février 1999, note J. MASSIP.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 2006, n° 04-11.016, *AJfam.* 2006, p. 110, obs. F. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2006, n° 4, comm. 85, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *JCP G* 2006, n° 50, doct. 199, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2008, n° 07-14.628, *D.* 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et

- D. VIGNEAU ; *Defrénois* 2008, n° 21, p. 2420, obs. J. MASSIP.
- TI Lille, 7 septembre 2009, n° 09/002107, *D.* 2010, p. 69, note A. KOUMDAJI et X. LABBÉE.
- Montpellier, 4 janvier 2011, n° 10/00781, *D.* 2012, p. 971, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.*, 2011, comm. 89, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

#### Rupture (droit fondamental) :

- Cons. const. 29 juillet 2016, n° 2016-557 QPC, *JCP* 2017, 328, obs. A. GOUTTENOIRE ; *Dr. fam.* 2016, comm. 194, obs. J.-R. BINET ; *AJ fam.* 2016, 542, obs. S. DAVID ; *RTD civ.* 2016, p. 826, obs. J. HAUSER.

### **Titre second : L'anticipation contractuelle de la crise familiale**

#### *Premier chapitre. L'avènement de l'aménagement conventionnel du droit à agir*

#### Charges du mariage (non-recours) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2020, n° 19-11.444, *Dr. fam.* 2020, n° 9, comm. 120, note S. TORRICELLI-CHRIFI ; *Dr. fam.* 2020, n° 10, chron. 4, obs. V. ÉGÉA ; *RTD civ.* 2021, p. 189, note B. VAREILLE ; *D.* 2021, p. 819, obs. J.-J. LEMOULAND ; *D.* 2021, p. 499, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Defrénois* 2020, n° 49, p. 34, note I. DAURIAC ; *Gaz. Pal.* 6 octobre 2020, note E. MULON ; *ibid.* 28 juillet 2020, note S. DEVILLE.

#### Clauses de médiation préalable :

- Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423, 00-19.424, *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; *ibid.* p. 2480, obs. T. CLAY ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* p. 349, obs. R. PERROT ; *LPA* 2003, n° 51, p. 13, obs. L. BERNHEIM ; *JCP G* 2003 I, 128, obs. L. CADIET ; *ibid.* 2003, I, 142, obs. G. VIRASSAMY ; *ibid.* 2003, I, 164, obs. C. SERAGLINI.
- Com., 24 avril 2014, n° 12-27.004, *D.* 2015, p. 287, obs. N. FRICERO ; *ibid.*, p. 2541, obs. TH. CLAY ; *RTD civ.* 2014, p. 655, obs. H. BARBIER ; *JCP G*

- 2014, 607, obs. H. CROZE ; *ibid.*, 711, note O. SABARD ; *JCP E* 2014, 1290 ; obs. N. DISSAUX ; *RDC* 2014, p. 704, note N. Cayrol ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 252, p. 15, obs. S. AMRANI-MEKKI.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 14 avril 2022, n° 20-22.886, *JCP G* 2022, act. 508, obs. X. VUITTON ; *Procédures* 2022, comm. 144, obs. Y. STRICKLER ; *Gaz. Pal.* 26 juillet 2022, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.* 2022, p. 703, obs. N. CAYROL.

#### Divorce (non-recours) :

- Limoges, 7 mars 2016, n° 15/00665.

#### Obligation alimentaire (renonciation-transaction) :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 2 mai 2001, n° 99-15.714, *RTD civ.* 2001, p. 860, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 décembre 2012, n° 11-19.779, *RTD civ.* 2013, p. 108, obs. J. HAUSER.

#### *Second chapitre. La promotion de l'aménagement conventionnel de la compétence juridictionnelle*

#### Arbitrage :

- Req. 5 février 1900, *D.* 1900, I, p. 176.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janvier 1963, *JCP G* 1964, II, 13472, obs. P. L.
- Paris, 11 février 1971, *Rev. arb.* 1973, p. 29, note E. LOQUIN.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juin 1973, n° 72-10.870, *Rev. arb.* 1974, p. 11, note E. LOQUIN.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2015, n° 14-22.630, *Vasarely, Procédures* 2016, comm. 19, obs. L. WELLER.

#### Prorogation de compétence :

- CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 12 novembre 2014, aff. C-656/13, *D.* 2015, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2015, p. 49, obs. E. VIGANOTTI ; *Procédures* 2015, comm. 13, obs. C. NOURISSAT ; *RTD eur.* 2015, p. 383 ; obs. V. ÉGÉA.

**SECONDE PARTIE – LA STRUCTURATION DU  
LIEN FAMILIAL**

**Titre premier : La structuration  
contractuelle du couple**

*Premier chapitre. Le renouveau de la  
structuration contractuelle du lien conjugal*

Mariage (respect de la vie privée et familiale) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 avril 2015, n° 13-27.898, *Dr. fam.* 2015, comm. 114, note J.-R. BINET ; *ibid.* 2015, chron. 3, obs. V. ÉGÉA ; *RTD civ.* 2015, p. 591, note J. HAUSER.
- CEDH, 5 mars 2021, n° 13805/21, *W c/ France*, *AJ fam.* 2022, p. 174, obs. J. MATTIUSI.

Nom – changement (intérêt légitime) :

- CE, 31 janvier 2014, n° 362444, *Dr. fam.* 2014, alerte 10, note M. LAMARCHE ; *AJ fam.* 2014, p. 196, obs. C. DOUBLEIN.
- TA Paris, 2 octobre 2014, n° 1307070/7-3, *Dr. fam.* 2015, alerte 8, note M. LAMARCHE ; *RTD civ.* 2015, p. 100, obs. J. HAUSER.
- CE 16 mai 2018, n°<sup>os</sup> 409656 et 408064, *AJ fam.* 2018, p. 479, obs. A. SANNIER.

Nom (conventions) :

- Civ. 20 février 1924, *D.P.* 1924, p. 19 ; *S.* 1924, p. 35.
- Com., 12 mars 1985, n° 84-17.63, *D.* 1985, p. 471, note J. GHESTIN.

PACS (Loi du 15 novembre 1999) :

- Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC

PACS (conditions de validité) :

- Civ., 1<sup>re</sup>, 8 mars 2017, n° 16-18.685, *D.* 2017, p. 1094, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* 2017, p. 1292, note M. SAULIER ; *AJ fam.* 2017, p. 363, obs. P. HILT ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91, note S. DUMAS-LAVENAC ; *ibid.* 2017, comm. 109, note I. MARIA.

PACS (attribution du titre de séjour « vie privée et familiale) :

- Cons. const. 29 novembre 2013, n° 2013-358 QPC, *AJ fam.* 2014, p. 60, obs. P. HILT ; *RTD civ.* 2014, p. 625, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2014, comm. 94, note C. PETIT.

PACS (lien d'alliance) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 février 2018, n° 17-10.876, *D.* 2018, p. 991, note D. SADI ; *ibid.*, p. 1104, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2018, p. 238, obs. N. LEVILLAIN ; *JCP N* 2018, 1188, note B. BEIGNER ; *Dr. fam.* 2018, comm. 120, note J.-R. BINET.

PACS (nature familiale) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2004, n° 04-60.134, *D.* 2004, p. 1125 ; *RTD civ.* 2004, p. 489, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2004, p. 243, obs. F. BICHERON.

PACS – pension de réversion :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 23 janvier 2014, n° 13-11.362, *D.* 2015, p. 649, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* 2014, p. 968, obs. L. ANDREU ; *RTD civ.* 2014, p. 342, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2014, comm. 63, obs. S. TORRICELLI-CHRIFI.

PACS – projet parental (attribution du droit de visite d'hébergement entre partenaires) :

- Poitiers, 29 mai 2019, n° 18/03193, *JurisData* n° 2019,-009829, *Dr. fam.* 2019, comm. 177, note Y. BERNAND.
- CEDH, 12 novembre 2020, n° 19511/16, *Honner c/ France*, *AJ fam.* 2020, p. 616, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2021, p. 1602, obs. Ph. BONFILS ET A. GOUTTENOIRE.
- Civ. 1<sup>re</sup> 7 juillet 2021, n° 19-25.515, *AJ fam.* 2021, p. 489, obs. F. BERDEAUX ; *RTD civ.* 2021, p. 870, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2021, comm. 142, note V. ÉGÉA.
- CEDH 24 mars 2022, n°<sup>os</sup> 29775/18 et 29693/19, *C. E. et autres c/ France*, *AJ fam.* 2022, p. 240, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 336, obs. M. SAULIER.

- CEDH 7 avril 2022, n° 2338/20, *Callamand c/ France*, *AJ fam.* 2022, p. 338, obs. M. SAULIER ; *ibid.* p. 240, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

#### PACS et publicité (nature contractuelle) :

- CE, 29 avril 2014, avis n° 388614, *Assemblée de la Polynésie française*.
- Cons. const. 21 octobre 2015, n° 2015-9 LOM, *Dr. fam.* 2015, comm. 213, note J.-R. BINET.

#### *Second chapitre. La consécration de l'extinction contractuelle du lien matrimonial*

#### Convention de divorce par consentement mutuel judiciaire (intangibilité) :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 19 février 1986, n° 82-16.601, *D.* 1987, p. 441, obs. Ph. THÉRY.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 6 mai 1987, n° 86-10.107, *D.* 1987, p. 358, obs. J.-C. GROSLIÈRE ; *Defrénois* 1987, p. 1496 et *Gaz. Pal.* 1987, p. 3, obs. J. MASSIP.

Civ. 1<sup>re</sup>, 25 octobre 2005, n° 03-11.564.

#### Convention de liquidation anticipée (nullité) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1982, n° 80-17.149, *D.* 1982. 257, note LAFOND.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 2009, n° 07-15.945 ; *D.* 2009, p. 1201, obs. V. ÉGÉA ; *ibid.* p. 2508, obs. J. REVEL ; *RTD civ.* 2009, p. 516, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 769 et 771, obs. B. VAREILLE ; *Dr. fam.* 2009, comm. 59 ; *JCP N* 2010, 1368, obs. Ch. LESBATS.
- Civ., 1<sup>re</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-23.531, *AJ fam.* 2017, p. 592, obs. J. HOUSSIER ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.* 2018, p. 84, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2017, comm. 220, note J.-R. BINET ; *ibid.* comm. 245, note S. TORRICELLI-CHRIFI.

#### Divorce par contrat (contestation) :

- Nîmes 14 avril 2020, *JurisData* n° 2020-016433, *Dr. fam.* 2020, comm.157, note J.-R. BINET ; *JCP N* 2020, note Ch. LESBATS ; *D.* 2020, p. 499, obs. M. DOUCHY-LOUDOT.

#### Négociations (rupture brutale) :

- Com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, *JCP* 1973, II, 17543, obs. J. SCHMIDT ; *RTD civ.* 1972, p. 779, obs. G. DURRY.
- Com. 26 novembre 2003, n°s 00-10.243, 00-10.949 *Manoukian*, *D.* 2004, p. 869, obs. A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE ; *RTD civ.* 2004, p. 80 et 85, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD.

#### Prestation compensatoire (conventions) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 2004, n° 01-17.094, *RTD civ.* 2004, p. 272, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2004, p. 101, obs. S. DAVID.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, 08-18.486, *D.* 2010, p. 1243, obs. G. SERRA ; *AJ fam.* 2009, p. 400, obs. S. DAVID ; *Dr. fam.* 2009, comm. 125, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2015, n° 14-17.880, *D.* 2016, p. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2015, p. 492, obs. A. BOICHÉ ; *Rev. crit. DIP.* 2016, p. 126, obs. U. GRUBER.

### **Titre second : La structuration de la parenté**

#### Adoption (Consentement à l'adoption à l'issue d'un projet parental et rétractation abusive) :

- TGI Lille, 14 octobre 2019, n° 19/1037, *AJ fam.* 2020. 248, obs. F. BERDEAUX.
- TJ Pontoise, 24 novembre 2020, n° 19/01979, *AJ fam.* 2020, p. 397, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *ibid.* 2021, p. 182, obs. L. BRUNET.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 2021, n° 20-16.745, *AJ fam.* 2022, p. 43, obs. F. BERDEAUX, *Dr. fam.* 2022, comm. 2, note V. ÉGÉA ; *RTD civ.* 2022, p. 107, obs. A.-M. LEROYER.

#### Adoption (Polynésie française, *fa'a'amu*) :

- Civ. 1<sup>re</sup> 21 septembre 2022, n° 21-50.042, *AJ fam.* 2022, p. 305, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

## Adoption (procréation médicalement assistée réalisée à l'étranger) :

- Cass., 22 septembre 2014, avis n<sup>os</sup> 14-70.006 et 14-70.007, *D.* 2014, p. 2031, note A.-M. LEROYER ; *RTD civ.* 2014, p. 872, note J. HAUSER ; *D.* 2015, p. 21, note H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* 2014, comm. 160, note C. NEIRINCK.

## Adoption (vie privée – accès aux origines – identité)

- CEDH, 13 février 2003, n<sup>o</sup> 42326/98, *Odièvre c/ France*, *JCP G* 2003, I, 120, note PH. MALAURIE ; *ibid.* II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *D.* 2003, p. 1240, note B. MALLET BRICOUT ; *Dr. fam.* 2003 comm. 58, obs P. MURAT ; *RTD civ.* 2003, p. 277, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 375 obs. J.-P. MARGUÉNAUD
- CEDH, 5 juin 2014, n<sup>o</sup> 31021/08, *I.S. c/ Allemagne*, *AJ fam.* 2014, p. 426, obs. E. VIGANOTTI ; *RTD civ.* 2014, p. 869, obs. J. HAUSER.

## Établissement judiciaire de la paternité (constitutionnalité) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2013, n<sup>o</sup> 13-40.001, *D.* 2013, p. 1436, obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2013, p. 361, obs. J. HAUSER
- Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2019, n<sup>o</sup> 19-16.634, *AJ fam.* 2020, p. 73, obs. M. SAULIER ; *Dr. fam.* 2020, comm. 25, note H. FULCHIRON ; *RTD civ.* 2020, p. 80, obs. A.-M. LEROYER

## Exequatur (conditions) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *Cornelisen*, *D.* 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT ET S. BOLLÉE ; *Rev. cit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCELET H. MUIR WATT ; *JDI* 2007, p. 1185, note F.-X. TRAIN.

## Gestation pour autrui (adoption) :

- CEDH, 27 janvier 2015, n<sup>o</sup> 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *D.* 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2015, p. 165,

obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, p. 77, obs. D. DIONISI-PEYRUSSE ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1, note, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2015, p. 325, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

- CEDH, 24 janvier 2017, n<sup>o</sup> 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *D.* 2017, p. 215, obs. P. LE MAIGAT ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. fam.* 2017, chron. 3, obs. A. GOUTTENOIRE et F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2017, p. 367, obs. J. HAUSER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2017, n<sup>o</sup> 16-16.455, *D.* 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 641, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.*, p. 1737, note H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2017, étude 13, note J.-R. BINET.
- CEDH, avis consultatif, 10 avril 2019, n<sup>o</sup> P16-2018-001, *Dr. fam.* 2019, comm. 139, note J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2019, p. 307, obs. A.-M. LEROYER ; *D.* 2019, p. 1084, note H. FULCHIRON.
- CEDH 16 juillet 2020, n<sup>o</sup> 11288/18, *D. c/ France*, *AJ fam.* 2020, p. 588, obs. M. SAULIER ; *ibid.* p. 373, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2021, p. 657, obs. P. HILT ; *RTD civ.* 2020, p. 865, obs. A.-M. LEROYER.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2020, n<sup>o</sup> 19-15.739 et 19-50.042, *AJ fam.* 2020, p. 664, obs. J. HOUSSEIER.
- CEDH, 6 décembre 2022, n<sup>o</sup> 25212/21, *K.K. c/ Danemark*, *AJ fam.* 2023, p. 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

## Gestation pour autrui (exequatur d'un jugement prénatal) :

- Paris, 17 janvier 2023, n<sup>o</sup> 21/17455, *JurisData* n<sup>o</sup> 2023-002945, *Dr. fam.* 2023, comm. 58, obs. V. ÉGÉA.
- Paris, 31 janvier 2023, n<sup>o</sup> 21/15747, *JurisData* n<sup>o</sup> 2023-000871, *Dr. fam.* 2023, comm. 75, obs. V. ÉGÉA.

## Gestation pour autrui (irrecevabilité de l'action en contestation et établissement de la paternité par le père d'intention) :

- Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084, *Dr. fam.* 2018, comm. 239, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 2018, 1010, note J.-R. BINET.
- Civ. 1<sup>re</sup> 12 septembre 2019, 18-20.472, *AJ fam.* 2019, p. 497, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 531, obs. SALVAGE-GREST (P.) ; *RTD civ.* 2019, p. 838, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 216, note H. FULCHIRON ; *JCP G* 2019, 1010, note J.-R. BINET.
- CEDH, 7 avril 2022, n° 13344/20, *A.L. c/ France*, *Dr. fam.* 2022, chron. 3, obs. A. GOUTTENOIRE ET F. MARCHADIER ; *AJ fam.* 2022, p. 240, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* p. 287, obs. J. HOUSSIER.

#### Gestation pour autrui (nullité) :

- Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991, p. 417 rapp. Y. CHARLIER et obs. D. THOUVENIN ; *ibid.* 1992, p. 59 obs. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; *JCP G* 1991, II, n° 21752, obs. F. TERRÉ ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, note C. LABRUSSE-RIOU ; CAPITANT (H.), TERRÉ (Fr.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 13<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz, n° 51.
- TGI Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° 14322000193, *Lexbase Hebdo éd. privée* n° 621, 16 juillet 2015, obs. A. GOUTTENOIRE.
- T. corr. Blois, 22 janvier 2016, n° 2016-006174, *Dr. fam.* 2016, étude 18, note M.-C. GUÉRIN.
- p. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. HAUSER, *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. CHÉNÉDÉ.
- CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, req. n° 65192/11 et *Labassee c/ France*, req. n° 65941/11, *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. HAFTEL ; *AJ fam.* 2015, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2014, p. 1773, chron. H. FULCHIRON & C. BIDAUD-GARON ; *D.* 2014, p. 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2014, p. 1806, note L. D'AVOUT ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G* 2014, 877, obs. A. GOUTTENOIRE.
- Ass. plén., 3 juillet 2015, n°s 15-50.002 et 14-21.323, *D.* 2015, p. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, p. 1173, obs. D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015, p. 496, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2015, p. 581, obs. J. HAUSER.
- Ass. Plén. 4 octobre 2019, n° 10-19.053, *D.* 2019, p. 1985, obs. G. LOISEAU ; *ibid.*, p. 2228, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2019, p. 841, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ fam.* 2019, p. 592, obs. G. KESSLER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 261, note J.-R. BINET.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 2019, n°s 18-12.327 et 18-11.815, *D.* 2020, note S. PARICARD ; *RTD civ.* 2020, p. 81, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ fam.* 2020, p. 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. fam.* 2020, comm. 39, note J.-R. BINET.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 2021, n°s 19-17.929 et 19-50.046, *Dr. fam.* 2021, comm. 53, note V. ÉGÉA.

#### Gestation pour autrui (transcription de l'acte d'état civil étranger) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, n° 07-20.468, *D.* 2009, p. 166, obs. V. ÉGÉA ; *ibid.*, p. 340, note L. BRUNET ; *ibid.*, p. 332, avis D. SARCELET ; *RTD civ.* 2009, p. 106, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2009, p. 81, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2009, comm. 15, note P. MURAT.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n°s 10-19.053, 09-66.486 et 09-17.130, *D.* 2011,

#### *Infans conceptus...* (préjudice moral en cas de précédès d'un parent) :

- Civ. 2<sup>e</sup>, 11 février 2021, n° 19-23.525, *Dr. fam.* 2021, comm. 70, obs. L. DUPIN ; *AJ fam.* 2021, p.191, obs. J. HOUSSIER.

## Intérêt supérieur de l'enfant (délaissement parental) :

- Civ. 1<sup>re</sup>, avis du 19 juin 2019, n° 19-70.007, *RTD civ.* 2019, p. 568, obs. A.-M. LEROYER ; *D.* 2020, p. 677, obs. P. HILT ; *ibid.* 2010, p. 506, obs. M. DOUCHY-OUDOT.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 30 novembre 2022, n° 20-22.903, *D.* 2023, p. 523, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2023, p. 48, obs. B. MALLEVAEY ET L. GEBLER

## Intérêt supérieur de l'enfant (primauté) :

- CEDH 28 juin, 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg*, *D.* 2008, p. 1507, obs. P. COURBE ; *ibid.* p. 2700, note F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 2008, comm. 5, L. D'AVOUT.

## Principe de libre circulation des personnes (TFUE) :

- CJUE, 21 décembre 2021, *Pancharevo*, aff. C. 490/20, *Dr. fam.* 2922, comm. 64, note M. ÉLOFIR.

Vie familiale *de facto* :

- CEDH, 18 mai 2021, n° 71552/17, *Valdis Fjölfnisdottir et a. c/ Islande*, *Dr. fam.* 2021, comm. 128, note A. PANET-MARRE ; *ibid.*, chr. 5 obs. A. GOUTTENOIRE, F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2021, p. 628, obs. A.-M. LEROYER.

Vie privée *c/* connaissance de son ascendance :

- CEDH, 20 déc. 2007, n° 23890/02, *Phinikaridou c/ Chypre*.
- CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08, *D.* 2012, p. 1432, obs. Fr. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011, p. 429, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2011, obs. J. HAUSER.
- CEDH, 29 janv. 2019, n° 62257/15, *Mifsud c/ Malte*, *D.* 2019, p. 725, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2019, p. 155, obs. M. SAULIER ; *Dr. fam.* 2019, comm. 78, note H. FULCHIRON.

## INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

*Les numéros renvoient aux paragraphes.*

– A –

### **Abandon**

- d'enfant (*v. délaissement parental*)

### **Acte d'avocat**

- divorce (*v. contrat de divorce*)
- autorité parentale : 125, 196.

**Accès aux origines personnelles** : 303 s., 410, 411.

**Accouchement sous le secret (sous X)** : 409, 410.

**Acte d'état civil** (*v. état civil*)

### **Acte de naissance**

- transcription (*v. gestation pour autrui*)

### **Action en justice**

- préalable amiable (*v. MARD*)
- renonciation (*v. clause de non-recours*)

### **Adoption**

- adoption ouverte (*open adoption*) : 394, **395**,
- consentement (*v. ce mot*)
- convention sur les droits d'information et de contacts post-adoption (accès aux origines) : 398 – 399.
- détournement (*v. ce mot*)
- histoire du droit : 392.
- internationale (Conv. de La Haye) : 370.
- Pacs : 291 s.
- parent d'intention (*v. gestation pour autrui*)

- structuration contractuelle adoptée : 397 s.

### **Adoption plénière**

- effets : 418.

### **Adoption simple**

- effets : 404.

### **Aide matérielle (v. Pacte civil de solidarité)**

### **Aliments**

- obligations : 96, 104, 416.
- Règlement européen : 218.

### **Altération définitive du lien conjugal**

- Communauté de vie (cessation) : 267.
- Divorce pour... : 267.

### **Analyse économique du droit (v. Divorce)**

**Anticipation successorale** : 34, 233.

### **Arbitrage**

- Arbitrabilité : 227 s.
- clause compromissoire : 231.
- Compromis : 229.
- ordre public (*v. ce mot*)

### **Assistance médicale à la procréation**

- contractualisation (*v. reconnaissance conjointe anticipée*)
- don : 385 s., 411 – 412.
- finalité : 343.
- parenté (*v. ce mot*)
- projet parental (*v. ce mot*)

**Autonomie de la volonté (droit international privé)** : 34.

### **Autorité parentale**

- aménagement conventionnel : 125, 127 s.

- homologation : 125, 243 s.
- intérêt de l'enfant : 126 (v. *cette entrée*)
- délégation-partage (v. *cette entrée*)

#### **Assistance d'un avocat**

- acte d'avocat (v. *cette entrée*)
- divorce par contrat : 226, 307 s, 311.
- autorité parentale : 125
- convention d'adoption : 399.

#### **Avantage**

- matrimonial : 77, 105, 106, 117, 118, 120, 142, 181.
- pacsimonial : 58, 63, 66.
- liquidation alternative (v. *clause d'exclusion des biens professionnels*)

### – B –

#### **Bail (v. *Sociétés civile immobilière*)**

**Beau-parent** : 131, 133, 134, 135, 140.

**Bonne foi** : 46, 165, 307, 308.

**But (du contrat)** : 8, 20, 165, 191, 277.

### – C –

**Changement de régime matrimonial (convention)** : 73, 204.

#### **Clauses (d' – de)**

- attributive de juridiction : 215, 217 s.
- compromissoire : 231 s.
- contribution à l'entretien et l'éducation des enfants : 125 s., 128, 194.
- contribution aux charges du mariage (modalités de contribution) : 74 s.
- emploi et remplacement : 45 s.

- exclusion des biens professionnels : 116 s.
- garantie : (v. *cette entrée*)
- indivision conventionnelle du pacs : 38, 42 s.
- liquidation alternative : 38, 71, 105, 116, 204.
- loi applicable (v. *cette entrée*)
- médiation et conciliation (v. *MARD*)
- nom (sur le nom) : 293.
- non-divorce : 103, 104, 106 s., 115.
- non-recours : 84, 183 s.
- pénale : 157 s.
- présomption (v. *Présomption*)
- résolutoire (v. *Résolution*)

#### **Conciliation (v. *MARD*)**

**Concubinage** : 18, 96, 134, 163, 165, 173, 200, 233, 236, 277, 291.

**Conférence de La Haye** : 216, 370.

#### **Consentement**

- adoption : 292, 392, 395, 397 s., 418, 419.
- Arbitrage : 228.
- autorité parentale : 131, 139 s.
- Divorce : 305, 310 s.
- Mariage : 254, 257.
- reconnaissance conjointe anticipée : 352.

#### **Contenu du contrat (définition)**

- généralités : 7 s.
- sens strict : 8.
- sens abstrait : 10.

**Contractualisation** : 2, 3, 6, 8, 11, 16, 21, 22, 28, 31, 109, 114, 123, 128, 146 s., 168 s. 180, 231, 241, 252, 296, 307, 350, 392.

**Contribution aux charges du mariage** : 74 s., 185 s.

**Contribution aux charges du mariage (clauses de)**

- typologie : 77, 79.
- clauses ordinaires (analyse critique) : 78.
- clauses de présomption (analyse critique) 80.
- clauses de présomption (logiques d'interprétation) : 81 s.
- clauses de non-recours (*v. clause de non-recours*)

**Contrat**

- analyse fonctionnelle : 20.
- dualisme des effets : 298
- source du droit : 7, 21.

**Contrat de divorce (divorce par acte sous seing privé)**

- analyse théorique : 298 s.
- classification : 300 s.
- consentement (vices du) : 311 s.
- état de dépendance (*v. Dépendance*)
- dualisme des effets : 304.
- opération de structuration : 303.
- négociation : 306 s.
- réputé non écrit : 323.
- sanction : 310 s., 320 s.
- violence (*v. ce mot*)

**Contrat entre époux** : 34 (notes).

**Contrôle de proportionnalité** : 264, 354.

**Convention de procédure participative** : 12(, 181, 212, 179.

**Corps humain** : 332, 385 s.

**Créances entre époux** : 78, 89, 187, 190.

– D –

**Déjudiciarisation** : 139, 148, 180, 229, 237, 244, 247, 296.

**Délaissement parental** : 393, 417, 419.

**Délégation-partage**

- critères : 133 s.
- modalité consensuelle : 131.
- proposition de réforme 139 s.

**Dépendance (état de)**

- économique : 317.
- psychologique : 317.

**Détournement**

- adoption : 387 (notes).
- PACS : 276 (notes), 278 s.

**Divorce**

- analyse économique du droit : 322.
- contractualisation des causes : 191.
- contrat de divorce (*v. cette entrée*)
- conventions (typologie) : 302, 304.
- dissociation des instances : 205.
- généralités : 151, 265 s.
- libéralisation : 265 s.
- ordre public du... : 113.

**Dol** : 314 s.

**Donations**

- donation-partage : 181, 233.
- entre époux : 108 s., 118.
- graduelle : 181 (notes).

- par contrat de mariage (v. *institution contractuelle*)
- transgénérationnelle : 34 (notes), 181.

### **Droit comparé**

- droit allemand : 17 (définition du contrat), 280 (PACS), 394, 398 (adoption semi-ouverte).
- droit américain : 261 (*prenups*), 332, 369, 388 (*gestation pour autrui*), 395 (*open adoption*).
- droit anglais : 17 (définition du contrat), 131 (*Children act*), 261 (*prenups*).
- droit canadien : 401 s. (*plurifiliation conventionnelle*).
- droit espagnol : 282 (obligation alimentaire dans la fratrie).
- droit italien : 17 (définition du contrat), 282 (obligation alimentaire dans la fratrie).
- droit québécois : 260 (*réforme du droit de la famille*), 382 (*gestation pour autrui*).

**Droit naturel** : 386, 420.

### **Droits fondamentaux**

- droit à l'identité (CEDH) : 252, 363, 394, 415.
- droit au respect de la vie privée et familiale (CEDH) : 128, 162, 252, 264, 336, 339 s., 363, 371, 394, 406, 421.
- liberté de circulation (UE) : 216, 368.

### **Droit international privé**

- compétence (v. *clause attributive*)
- *exequatur* : 244, 336, 369.

- ordre public international : 34, 110, 369.
- règlement « Bruxelles II » *bis/ter* : 218, 220.
- règlement filiation (proposition) : 371.
- règlement « Régimes/Partenariats » : 34, 219, 223, 224.
- règlement « Successions » : 34, 223.

– E –

**Économie du régime matrimonial et pacsimonial** : 52, 53, 54.

**Équité** : 76, 77, 159, 235.

**Erreur** : 313.

**État civil (modification par contrat)** : 27, 251, **252**, **254**, **286**, 294, **295**, 296, **303-304**, 318, **326**, 334, 335, 340, 351, 353, **354**, 364, 410, 415, 421, **422**, **426**.

– F –

### **Famille**

- évolution : 2 s.
- Recomposées : 131, 135, 405.
- situation familiale *de facto* : 340.

**Fidélité (infidélité)** : 153, 155, 156, 159, 162, 163, 165, 173, 191, 235, 315, 316.

### **Filiation**

- approche volontariste : 327, 355 s.
- lien de parenté (v. *Parenté*)
- lien parental (v. *Parentalité*)

**Fin de non-recevoir** (v. *clauses de non-recours*)

**Formalisme** : 129, 170, 237, 240, 243, 266, 286, 311.

**Formule exécutoire (greffe) :** 125, 196.

– G –

**Garantie**

- clause de garantie divorce (définition et typologie), 103 s.

**Gestation pour autrui**

- contrat (nature) : 332 s.
- droit pénal : 361, 365.
- *exequatur* : 369.
- indisponibilité de l'état des personnes (v. *cette entrée*)
- indisponibilité du corps humain (v. *cette entrée*)
- libre circulation des actes de naissance : 368.
- parent d'intention (adoption) : 335.
- prohibition : 356 s.
- principe de causalité (Aristote) : 330, 336, 346.
- transcription de l'acte de naissance : 335, 345.

**Organisation (contractuelle de la relation familiale) :** 26, 31, 250, 425.

– H –

**Homologation judiciaire :** 34, 125, 129, 140, 202, 218, 220, 240, 243, 244, 266, 306, 302, 319, 322, 399.

– I –

**Immutabilité**

- du régime matrimonial : 34, 105.
- du régime pacsimonial : 51.

**Impérativité :** 9, 36, 42, 51, 54, 59 s., 66, 72 s., 93, 106, 108, 111 s., 156, 189, 191, 142.

**Inceste :** 277, 360, 364.

**Indisponibilité de l'état des personnes :** 384, 405, 414.

**Indisponibilité du corps humain :** 385.

**Individualisme :** 2, 252, 253, 422.

**Indivision d'acquêts :** 39 s.

**Indivision du pacs (convention d')**

- avantage « pacsimonial » (v. *cette entrée*).
- clause de style : 51.
- clauses d'emploi et remplacement (v. *cette entrée*)
- cohérence du régime d'indivision du PACS : 52 s.
- donation indirecte : 66, 68.
- extension de l'effet participatif : 58 s.
- force obligatoire : 45 s.
- impérativité : 42 s., 59 s.
- nature : 41.
- origines : 40.
- partage inégal : 64.
- restriction de l'effet participatif : 43 s.
- vocation universelle : 58 s.

**Indivision familiale :** 40 – 41.

**Institution contractuelle entre époux :** 106.

**Intérêt de l'enfant :** 23, 125, 126, 128, 129, 131 s., 140, 244, 264, 292, 327, 335, 341, 364, 365, 378, 392 s., 399, 405, 416.

**Intérêt général :** 32, 272 s., 327, 339, 341.

– L –

**Libéralités substitutives :** 34 (notes).

**Liberté contractuelle** : 9, 26, 31, 33, 34, 36 s., 72 s., 80, 93, 99, 122, 142, 179, 189, 190, 214, 232, 237 s., 246, 249, 262, 266, 274, 278, 307, 391.

**Lien familial** (*v. structure familiale*)

**Loi applicable (choix de)** : 34.

– M –

**Mandat** : 127, 143, 260, 285, 307.

**Mariage**

- doctrine du mariage-contrat : 263 s.
- structuration contractuelle du couple : 259.

**Maternité pour autrui** (*v. gestation pour autrui*)

**Modes amiables de résolution des différends (MARD)** : 179, 196 s.

– N –

**Négociations** : 306 s.

**Nom** : 293, 415.

**Nullité** : 169 – 170.

– O –

**Obligation alimentaire** (*v. Aliments*)

**Obligation d'information** : 78, 170.

**Ordre public**

- interne : 2, 8, 9, 26, 32, 35, 52, 65 s., 78, 80, 88, 93, 96, 113 s., 118, 143, 149, 151, 154 s., 156, 158, 172, 174, 179, 183 s., 191, 197, 205, 213 s., 226 s., 235, 237, 249 s., 274, 293, 423.
- international : 34, 368 – 369.

– P –

**Pacte civil de solidarité (PACS)**

- aide matérielle : 65, 91 s., 164, 173, 193.
- dissolution : 170 s.
- emploi et remploi (*v. clause d'*)
- structuration contractuelle : 269 s.
- indivision (*v. Indivision du pacs*).

**Pacte de liberté** : 155 s., 191.

**Pacte sur succession future**

- pactes de famille : 64 s., 181, 232.
- prohibition : 64 s., 142, 178.

**Parenté**

- établissement par contrat : 333, 349.
- notion : 327.
- renonciation anticipée : 408 s.
- renonciation postnatale : 413 s.

**Parentalité**

- notion : 327.
- convention (*v. autorité parentale*)

**Participation aux acquêts** : 52, 105, 116 s.

**Plurifiliation** : 400 s.

**Présomption de paternité** : 264, 268 (notes), 349.

**Présomption conventionnelle** : 79 s.

**Présomption d'indivision (PACS)** : 41.

**Prestation compensatoire** : 237 (notes), 260, 262, 301, 304, 307, 317, 322.

**Procédure participative** : 181.

**Procréation médicalement assistée** : 291, 345, 351, 375 s., 411, 420.

**Professio juris** : 223.

**Projet parental** : 348 s.

**Prenuptial agreements** : 261 – 262.

## – R –

**Reconnaissance conjointe anticipée** : 351 s.

**Régime matrimonial**

- changement : 34.
- convention de changement (v. *cette entrée*)
- contribution aux charges (v. *cette entrée*)

**Relation familiale (définition)** : 26, 31.

**Renonciation anticipée à l'action en réduction** : 143, 181.

**Renonciation temporaire à l'action en retranchement** : 66, 69, 181.

**Répudiation** : 170, 267.

**Réputé non-écrit** : 323.

**Réserve héréditaire** : 34, 66, 68, 178, 182, 233, 416.

**Résolution (clauses de)** :

- mariage : 174 s.
- PACS : 171 s.

## – S –

**Sanction (des obligations familiales)**

- renonciation : 155 s.
- renforcement (v. *clause pénale*)

**Société civile immobilière** : 52 s.

**Société entre époux** : 27 s.

**Société familiale** : 50 s.

**Structuration (opération de)** : 27, 295, 421, 422, 426.

**Structure familiale (définition)** : 27, 259.

**Successions**

- action en réduction : 181, 233.

- pactes sur succession future (v. *cette entrée*)

- renonciation anticipée à l'action en réduction (v. *cette entrée*)

- renonciation temporaire à l'action en retranchement (v. *cette entrée*)

- réserve héréditaire (v. *cette entrée*)

## – T –

**Tourisme procréatif** : (v. *gestation pour autrui*), 366 s.

**Transaction** : 98 s., 194 (note).

## – U –

**Urgence** : 212, 243.

**Utilitarisme** : 100, 145, 153.

## – V –

**Vie privée (droit à la)** (v. *Droits fondamentaux*)

**Violence**

- intrafamiliale : 212, 151.

- vice : 317 s. (v. *Dépendance*)



## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<i>Le contexte</i> .....	2
<i>Le point de vue historique</i> .....	4
<i>L'explication du « contenu » du contrat</i> .....	7
I.    Un mot du code : les prestations et stipulations contractuelles.....	9
II.   Un mot de la théorie du contrat : l'opération juridique contractuelle.....	12
<i>Une étude des contrats de la famille</i> .....	15
<i>Le champ de l'étude</i> .....	19
<i>La démarche de l'analyse : une explication fonctionnelle</i> .....	21
<i>Les enjeux de l'étude</i> .....	23
<i>La problématique de l'étude</i> .....	25
<i>La substance de la thèse</i> .....	26
<b>PREMIÈRE PARTIE L'ORGANISATION DE LA RELATION FAMILIALE</b> .....	<b>33</b>
<b>TITRE PREMIER – L'ORGANISATION CONTRACTUELLE DE LA VIE FAMILIALE</b> .....	<b>39</b>
<i>Chapitre premier – L'extension de l'aménagement conventionnel du comportement familial</i> .....	<b>45</b>
Section 1. Les tendances de l'aménagement conventionnel dans les relations conjugales.....	46
§ I. La recherche d'un équilibre : l'extension du périmètre d'aménagement des partenaires.....	47
A. De la singularité de l'indivision conventionnelle du PACS.....	48
1. Les origines familiales.....	48
2. Le particularisme.....	51
B. De l'efficacité des clauses de la convention d'indivision du PACS.....	54
1. L'efficacité des clauses de restriction de l'effet participatif du PACS.....	55
a. La restriction ponctuelle.....	55
a. L'unilatéralité.....	56
b. La bilatéralité.....	59
b. La restriction générale.....	60
a. La voie de la clause de style.....	60
b. La limite de la cohérence du régime.....	62
2. L'efficacité des clauses d'extension de l'effet participatif du PACS.....	67
a. La tentation de l'universalité du régime de l'indivision.....	67
b. La tentation de l'« avantage matrimonial » entre partenaires.....	70
a. L'éviction de la prohibition des pactes sur succession future.....	71
b. L'institution de l'avantage entre partenaires.....	72
§ II. La perturbation de l'équilibre : l'extension du périmètre d'aménagement des époux.....	79
A. L'aménagement pendant le mariage, l'extension favorisée.....	80
1. L'extension du périmètre des clauses de contribution aux charges du mariage.....	81
a. L'exposé analytique.....	81
a. Les clauses ordinaires de contribution.....	82
b. Les clauses spéciales de présomption.....	91
b. L'analyse critique.....	101
2. La tentation d'une diffusion.....	104
a. L'aide matérielle.....	105
a. La transposition évidente.....	105
b. Les incidences de la liberté contractuelle des partenaires.....	106
b. La contribution parentale.....	109

a.	La liberté de principe des parents.....	109
b.	Les modalités d'exercice de la liberté.....	110
B.	L'aménagement en vue du divorce, l'extension contrariée.....	112
1.	L'anticipation contractuelle du risque de divorce.....	113
a.	De la définition des clauses de garantie-divorce.....	113
b.	Du mode opératoire des clauses de garantie-divorce.....	114
2.	Une extension contrariée.....	117
a.	La clause de non-divorce.....	117
a.	L'analyse de la validité des clauses de non-divorce entre époux.....	118
b.	La critique de l'impérativité des dispositions de l'article 265 du Code civil.....	122
b.	La clause d'exclusion des biens professionnels.....	125
a.	L'efficacité menacée.....	125
b.	La solution contractuelle.....	127
Section 2.	Les degrés de l'aménagement conventionnel dans les relations parentales.....	132
§ I.	L'influence ordinaire du contrat sur le lien parental.....	134
§ II.	L'influence exceptionnelle du contrat sur le lien parental.....	140
A.	La délégation-partage de l'autorité parentale.....	140
B.	L'évolution du régime de la délégation-partage.....	142
1.	La construction d'une jurisprudence autonomiste.....	142
2.	Le coup d'arrêt à l'autonomie de la délégation-partage.....	146
	<i>Conclusion de chapitre</i> .....	151
	<i>Chapitre second – La perspective d'un aménagement conventionnel de la sanction du comportement familial</i> .....	155
Section 1.	La contractualisation de la sanction des obligations conjugales.....	158
§ I.	Les justifications.....	158
A.	L'évolution de la politique familiale.....	158
B.	Le changement de circonstance favorable.....	160
1.	Le recul de la sanction publique des obligations conjugales.....	160
2.	L'intérêt de la sanction privée.....	162
§ II.	Les modalités.....	163
A.	L'inexécution excusée.....	164
B.	L'inexécution dissuadée, la clause pénale.....	166
1.	La validité.....	167
2.	L'efficacité.....	170
a.	Le contrôle de l'excès.....	170
b.	La limite du détournement.....	174
Section 2.	La contractualisation des conditions de rupture de la relation familiale.....	177
§ I.	La naturelle contractualisation des conditions de rupture du PACS.....	178
A.	La clause de résiliation dans le PACS.....	178
B.	La clause résolutoire dans le PACS.....	180
1.	La comptabilité avec l'ordre public du PACS.....	181
2.	L'effet comminatoire.....	182
§ II.	L'impossible contractualisation de la rupture dans le mariage.....	184
	<i>Conclusion de chapitre</i> .....	185
	<i>Conclusion de titre</i> .....	187
TITRE SECOND – L'ANTICIPATION CONTRACTUELLE DE LA CRISE FAMILIALE.....		189
	<i>Chapitre premier – L'avènement de l'aménagement conventionnel du droit à agir</i> .....	193
Section 1.	L'éviction définitive du droit à agir.....	195
§ I.	La percée.....	196

A.	Les clauses de non-recours entre époux.....	196
1.	L'irrecevabilité du recours rétroactif à titre principal .....	196
2.	L'irrecevabilité du recours rétroactif à titre incident.....	200
B.	Les incidences.....	201
1.	Une impérativité fragilisée.....	201
2.	Des cas de divorce neutralisés .....	205
§ II.	La diffusion.....	208
A.	La clause de non-recours entre partenaires.....	208
B.	La clause de non-recours entre parents .....	210
Section 2.	L'éviction temporaire du droit à agir.....	211
§ I.	La validité des clauses de médiation obligatoire en droit de la famille .....	213
A.	Les certitudes .....	214
1.	Les relations conjugales hors mariage .....	214
2.	La convention parentale .....	215
3.	Le « contrat de divorce ».....	216
B.	L'incertitude, le contrat de mariage .....	216
§ II.	L'efficacité des clauses de médiation obligatoire en droit de la famille .....	221
A.	Le droit commun .....	221
B.	Le droit de la famille .....	222
	<i>Conclusion de chapitre</i> .....	224
	<i>Chapitre second – La promotion de l'aménagement conventionnel de la compétence juridictionnelle</i> 227	
Section 1.	La promotion de la volonté en droit international privé .....	227
§ I.	L'essor des clauses d'élection de for.....	228
A.	Les aliments .....	228
B.	Les couples.....	231
C.	Les relations parentales .....	233
§ II.	Le <i>forum legis</i> volontaire.....	235
A.	La matière successorale .....	236
B.	La matière conjugale .....	238
Section 2.	La perspective d'un recours étendu à l'arbitrage .....	239
§ I.	Les justifications de la validité de la clause compromissoire en matière familiale .....	242
A.	La consécration de la clause compromissoire entre particuliers .....	242
B.	L'incohérence de l'exception maintenue de la matière familiale.....	244
§ II.	Le domaine de la validité de la clause compromissoire en matière familiale.....	247
A.	L'absence d'entraves à la liberté contractuelle .....	247
1.	Les contrats purement patrimoniaux.....	248
2.	Les contrats mixtes .....	250
a.	Les relations conjugales hors mariage.....	251
b.	Le « contrat de divorce ».....	252
B.	La présence d'entraves à la liberté contractuelle.....	254
1.	L'identification des situations d'entraves.....	254
a.	L'entrave explicite, le formalisme.....	254
b.	L'entrave implicite .....	254
2.	L'adaptation.....	256
a.	L'hypothèse de la convention parentale .....	256
b.	Le contrat de mariage .....	259
	<i>Conclusion de chapitre</i> .....	263
	<i>Conclusion de titre</i> .....	265
	CONCLUSION DE PARTIE .....	267

<b>SECONDE PARTIE LA STRUCTURATION DU LIEN FAMILIAL .....</b>	<b>271</b>
TITRE PREMIER – LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DU COUPLE .....	277
<i>Chapitre premier – Le renouveau de la structuration contractuelle du lien conjugal</i> .....	279
Section 1. La structuration implicite du lien matrimonial .....	279
§ I. Le contrat, fondement dissimulé du lien matrimonial .....	280
A. Les aspects historiques .....	280
B. Les perspectives d'évolution .....	282
§ II. Le contrat, fondement dévoilé du lien matrimonial .....	288
A. Le recul de la conception publique du mariage .....	288
B. Le renouveau du mariage-contrat dans le divorce .....	290
Section 2. La structuration explicite du lien « partenarial » .....	295
§ I. L'analyse critique de la thèse institutionnaliste du PACS .....	296
A. L'argument de fond .....	297
1. La synthèse de l'argument .....	297
2. L'appréciation critique .....	298
a. La critique de l'opposition de l'intérêt général et du contrat .....	298
b. La relativisation du fondement matrimonial du PACS .....	301
B. Les arguments circonstanciés .....	312
1. La critique de l'argument systémique .....	312
2. La lecture contractuelle de la mention du PACS à l'état civil .....	314
§ II. L'affirmation de la finalité familiale du PACS .....	317
A. Le constat .....	318
1. Une reconnaissance opportuniste .....	318
2. Une reconnaissance idéologique .....	319
B. Les incidences sur le contenu du contrat de PACS .....	320
<i>Conclusion de chapitre</i> .....	326
<i>Chapitre second – La consécration de l'extinction contractuelle du lien matrimonial</i> .....	329
Section 1. De la spécificité du « contrat de divorce » .....	330
§ I. Le cadre théorique, le dualisme des effets du contrat .....	330
§ II. La transposition au « contrat de divorce » .....	332
Section 2. Des incidences de la spécificité du « contrat de divorce » .....	336
§ I. La spécificité du « contrat de divorce » quant à sa négociation .....	338
§ II. La spécificité du « contrat de divorce » quant à sa sanction .....	343
A. La sanction du vice affectant le consentement au principe du divorce .....	343
1. La fragilité du consentement au principe du divorce .....	346
a. De l'hypothèse de l'erreur .....	346
b. De l'hypothèse du dol .....	347
a. Le droit spécial des vices du consentement dans le mariage .....	348
b. Le droit commun des vices du consentement .....	349
c. De l'hypothèse de la violence .....	350
2. La protection du consentement au principe du divorce .....	352
B. La sanction des effets obligationnels du « contrat de divorce » .....	354
1. L'étendue de la sanction .....	355
2. La nature de la sanction : discussion sur le réputé non écrit .....	357
<i>Conclusion de chapitre</i> .....	360
<i>Conclusion de titre</i> .....	361
TITRE SECOND – LA STRUCTURATION CONTRACTUELLE DE LA PARENTÉ .....	363
<i>Chapitre premier – La promotion d'une structuration contractuelle de la parenté</i> .....	367
Section 1. La promotion jurisprudentielle, la gestation pour autrui .....	367

§ I. La percée de la structuration contractuelle du lien familial dans la parenté.....	368
A. La nature indéterminée du contrat de gestation pour autrui .....	368
B. L'opération juridique du contrat de gestation pour autrui.....	370
§ II. Les réactions contrastées.....	378
A. La tentative de résistance des juges.....	378
1. Le refus d'une double parenté conventionnelle .....	378
2. Une limite fragile .....	379
B. L'ambiguïté de la résistance du législateur.....	381
1. Une réforme aux principes contradictoires.....	382
2. Une réforme à l'efficacité incertaine.....	383
Section 2. La promotion légale, la consécration du projet parental.....	386
§ I. La notion de projet parental.....	386
§ II. La matérialisation juridique du projet parental.....	389
<i>Conclusion de chapitre</i> .....	392
<i>Chapitre second – Les implications d'une structuration contractuelle de la parenté</i> .....	395
Section 1. L'avenir incertain de la prohibition de la gestation pour autrui.....	395
§ I. Les limites tangibles de la logique prohibitionniste.....	395
A. En droit interne .....	396
1. L'exposé des solutions proposées.....	396
a. En droit civil .....	396
b. En droit pénal .....	397
2. La discussion.....	397
a. La neutralisation de la révolte de la loi contre les faits.....	398
b. La dissuasion pénale face au fait accompli .....	400
B. En droit international.....	402
1. Les difficultés du droit international privé.....	402
a. Le refus des entraves à la libre circulation des personnes et des actes.....	403
b. L'écran du jugement prénatal dans la procédure d'exequatur .....	404
2. La coopération internationale ou européenne.....	407
§ II. La tentation d'une clarification.....	411
A. Les raisons.....	411
1. Le renforcement de l'argument égalitaire.....	412
2. Le renforcement d'un déni de réalité .....	414
B. Les propositions.....	417
1. L'illusion d'un débat.....	417
2. Les axes juridiques d'une réflexion renouvelée .....	420
a. L'indisponibilité de l'état des personnes.....	421
b. L'indisponibilité du corps humain .....	421
Section 2. Les perspectives d'extension de l'influence du contrat sur la parenté.....	427
§ I. Les perspectives d'extension de la structuration contractuelle de la parenté.....	428
A. La perspective d'une structuration contractuelle adoptée.....	429
1. Les racines consensuelles de l'adoption .....	429
2. La recherche d'une solution à la crise de l'institution de l'adoption .....	430
3. Les contours d'une structuration contractuelle adoptée.....	435
B. L'hypothèse d'une plurifiliation conventionnelle .....	438
1. Les perspectives de droit comparé .....	439
2. L'incompatibilité nuancée du droit français.....	440
a. Une plurifiliation marginale .....	440
b. Les limites à la généralisation .....	441

§ II. La perspective d'une renonciation volontaire à la parenté.....	443
A. De la renonciation anticipée au lien de parenté .....	444
1. La renonciation anticipée au lien de parenté organisée .....	444
2. La renonciation anticipée au lien de parenté subie .....	446
B. De la renonciation postnatale au lien de parenté.....	447
1. Une opposition de principe.....	447
2. Des cas marginaux de renonciation postnatale au lien de parenté.....	449
a. L'adoption plénière .....	449
b. Le délaissement parental.....	450
<i>Conclusion de chapitre</i> .....	451
<i>Conclusion de titre</i> .....	455
CONCLUSION DE PARTIE .....	459
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>461</b>
<b>PROPOSITIONS DE THÈSE.....</b>	<b>467</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>471</b>
<b>INDEX THÉMATIQUE DE JURISPRUDENCE .....</b>	<b>511</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.....</b>	<b>521</b>





**RÉSUMÉ :** Si les principes du phénomène de contractualisation de la famille et de son droit sont désormais bien établis, la question de ses conséquences techniques et des débats qu'elles engendrent reste ouverte. L'enjeu principal de cette thèse est donc d'apporter un éclairage sur l'existence d'une norme contractuelle qui trouverait son origine dans des contrats de la famille et d'en révéler la spécificité. Ces questions sont au cœur de l'étude du contenu du contrat en droit de la famille.

La définition de la notion de contenu du contrat a laissé paraître deux acceptions. Strictement compris, le contenu du contrat renvoie à l'ensemble des stipulations qui composent l'acte. Largement entendu, le contenu du contrat renvoie à la finalité de l'acte, à l'opération juridique réalisée par le contrat dans un domaine donné. À partir de ces données, la thèse élabore une étude synthétique du contrat dans le droit de la famille.

Appliquée à l'étude du contenu du contrat, l'analyse fonctionnelle révèle le double rôle du contrat dans le droit de la famille : par ses stipulations le contrat concourt à l'organisation de la relation familiale ; par son opération juridique, il contribue à la structuration du lien familial.

L'organisation contractuelle de la relation familiale se caractérise par la pluralité de ses modalités et du contenu contractuel que ce soit à travers l'organisation de la vie familiale (la définition des incidences personnelles et patrimoniales du lien familial) ou l'organisation de ses conséquences procédurales (l'aménagement anticipé des modalités de la résolution de la crise familiale).

La structuration contractuelle en droit de la famille désigne l'aptitude du contrat à faire ou à défaire une structure familiale. La modification de l'état civil des personnes concernées par l'acte constitue la réalisation technique du contrat. Cette opération juridique contractuelle se déploie dans l'ensemble des relations familiales, aussi bien horizontales que verticales.

L'étude constitue en définitive une exploration du renouveau contemporain d'une source historique du droit de la famille, le contrat.

Mots clefs : droit de la famille, droit patrimonial, contractualisation, contenu du contrat, analyse fonctionnelle, structure familiale, relation familiale.

---

**ABSTRACT – THE CONTENT OF A CONTRACT IN FAMILY LAW** – Although the principles of the phenomenon of the contractualisation of the family and its law are well established, this thesis aims to explore the technical consequences and debates that arise from it. Specifically, it seeks to shed light on the existence of a contractual norm that originates in family contracts and to reveal its specific nature. This is crucial to the study of contractual content in family law.

The concept of the content of the contract has two meanings. Strictly speaking, it refers to all the stipulations that make up the contract. Broadly speaking, it refers to the purpose of the act and the legal operation carried out by the contract in a given field. This thesis presents a synthetic study of contracts in family law.

Functional analysis reveals the dual role of contracts in family law: they help to organize the family relationship through their stipulations, and they contribute to the structuring of the family bond through their legal operation.

The family relationship is characterised by a plurality of contractual modalities and content. These modalities include the management of family life, which involves defining the personal and property implications of the family relationship, as well as the management of procedural consequences, such as organising the modalities for resolving and anticipating family crises.

Contractual structuring in family law refers to the ability of a contract to affect a family structure. The change in civil status of the individuals involved is the technical realization of the contract. This legal operation is used in all family relationships, both horizontal and vertical.

This study explores the contemporary revival of a historical source of family law: the contract.

Keywords : family law, family patrimonial law, contractualisation, contract content, functional analysis, family structure. family relationships.