

## Droit Patrimonial de la famille

### CAS PRATIQUE

Madame X et Monsieur Z vivent ensemble depuis quelques années. Tous deux étaient mariés auparavant. Madame X a eu deux enfants et Monsieur Z un. Ils élèvent les deux enfants de Madame, celui de Monsieur ainsi que leur enfant commun.

Madame X est encore mariée avec Monsieur Y.

Elle apprend qu'elle est atteinte d'une grave maladie la conduisant à perdre conscience progressivement, l'issue étant fatale.

Ils vous consultent

- Comment Z peut s'occuper de tous les enfants ?
- Comment gérer les biens : sur le plan patrimonial
- Comment assurer la protection de Madame pendant la maladie ?

\*       \*

\*

#### 1) Divorce de Madame X et Monsieur Y

- cas de divorces
- remariage / PACS / Concubinage
- Protection de Madame

#### 2) Enfants

- enfant commun = reconnaissance par le père de l'enfant né hors mariage, conséquences du décès, exercice de l'AP
- enfants de Madame : droits de Monsieur Y par le jeu normal de l'exercice de l'autorité parentale, prise en charge par délégation d'AP, biens si décès de Madame au regard des relations X/Z

#### 3) Gestion et propriété des biens

- biens avec Monsieur Y
- biens communs et propres avec Monsieur Z

\*       \*

\*

#### I – Avant le décès

- A. Divorce et remariage : les liens personnels
- B. Protection de Madame et biens personnels
- C. Prise en charge des enfants

#### II – Après le décès

- A. Transmission des biens
- B. Prise en charge des enfants par Z

#### Remarques

- Envisager toutes les solutions et à chaque fois s'il ne se passe rien (rôle de conseil)
- Etat du droit positif et selon la ou les réformes (tutelles des majeurs notamment.

# DROIT CIVIL APPROFONDI

## INTRODUCTION GENERALE : CAS PRATIQUE

Enoncé : Madame X et Monsieur Z vivent ensemble depuis quelques années. Tous deux étaient auparavant mariés. Madame X a eu deux enfants et Monsieur Z un enfant. Ils élèvent les deux enfants de Madame, celui de Monsieur et un enfant commun. Madame est encore mariée avec Monsieur Y. Elle apprend qu'elle est atteinte d'une grave maladie la conduisant à une perte de conscience progressive, dont l'issue semble fatale.

Ils nous consultent :

- comment Z peut s'occuper de tous les enfants ?
- comment gérer les biens

comment assurer la protection de Madame pendant sa maladie ?

### I – AVANT LE DECES

A – DIVORCE	B- REMARIAGE
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Lancer une procédure de divorce avant de regarder les cas de divorce</b> CAR risque AFM de Madame (gain de temps)</li> <li>• <b>DCM :</b> divorce sur requête conjoint avant 2005</li> <li>• <b>Divorce par APR :</b> consentement des époux = cause acquise MAIS régime de protection empêche DCM (art. 249-4) MAIS Divorce F/ADLC ☺ → choix d'un divorce gracieux / contentieux.</li> <li>• <b>Divorce pour ADLC</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- intention + absence de vie commune → 2005 → absence de cohabitation suffisante depuis 2005.</li> <li>- Pas d'opposition du mari, pas de demande reconventionnelle : droit au divorce reconnu</li> <li>- Recours contentieux mais préparation de conventions par les époux</li> </ul> </li> <li>• <b>Divorce pour faute :</b> divorce sanction</li> </ul> <p><b>Conclusion :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- DCM ☺ mais rapidement car risque de régime de protection</li> <li>- Divorce contentieux en cas de doute % mari ou % AFM de Madame.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Remariage</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Suppression du délai de viduité</li> <li>- Curateur / CDF si régime de protection</li> </ul> </li> <li>• <b>PACS</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- impossible si tutelle (art. 506-1)</li> <li>- possible si curatelle (art. 462*)</li> </ul> </li> <li>• <b>Régime matrimonial</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Controverse des art. 217 et 219</u> <ul style="list-style-type: none"> <li>o 217 : agir seul en cas de gestion concurrente, responsabilité personnelle</li> <li>o 219 : représentation, seul le représenté va être engagé avec responsabilité du représentant éventuelle</li> </ul> </li> <li>- <u>Art. 218 :</u> mandat général dont le champ est plus vaste que le mandat de droit commun, ASSP ou notarié Principe de co gestion ROP, mandat général = acte de co-gestion ? ☺ mandat spécial pour certains auteurs</li> <li>- art. 477 : Mandat de protection future</li> <li>- art. 219 : gestion d'affaires</li> <li>- art. 220-1 : bloquer les pouvoirs d'un époux (malade / conjoint)</li> </ul> </li> </ul>

## C – PROTECTION COMBINÉE PAR UN RÉGIME CIVIL DE PROTECTION ET LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

- **Mandat de protection future** : \*Loi 5 mars 2007, art. 477 nouv. s. C. Civ.
  - Absence de publicité actuellement (MAEC, Rép. Civ.) M<sup>^</sup>SI mandant conserve pleine capacité
  - Effets :
    - \*414-1 nouv. C. Civ. : nullité de droit commun
    - \*488 nouveau C. Civ. : rescision pour lésion + réduction pour excès, ASJF en vertu de l'utilité de l'acte, de la bonne ou mauvaise foi du cocontractant (c/ action en nullité de droit)
  - Acte authentique ou ASSP : Notaire conserve un inventaire joue le rôle du greffier « privatisation de la justice » et ↗ responsabilité CAR devoir d'alerte \*art. 489 nouveau C. Civ.
  - Instrument efficace garantissant une protection sans régime de protection : organisation par le personne pour quelques actes (parfois suffisants) évitant aux personnes concernées bien que consentante de se sentir diminuées.
  - Expertise médicale : déficience constatée nécessairement
- **Sauvegarde de justice**
  - complétée par mandat classique ( \*art. 1998) OU mandat de \*l'art. 218 C. Civ.
  - maximum 1 an renouvelable, mesure temporaire ou transitoire (art. 439 C. Civ.)
  - combinaison avec les RM :
    - mandataire = simple représentant de la personne
    - SI conflit → recours au juge
    - Blocage par/du mandataire de/par l'époux dans l'intérêt de l'époux : \*Art. 217, art. 219, art. 220-1 C. Civ invoqués
      - ↳ par mari : OUI
      - ↳ par mandataire: NON sauf mandat spécial ?
        - époux protégé avec assistance du curateur : OUI
        - tuteur (sans époux protégé !) : OUI
- **Curatelle** :
  - Régime d'assistance, conjoint est curateur sauf cessation de la communauté de vie, +/- selon l'état de la personne selon le principe de nécessité
  - Disparition de la curatelle pour oisiveté \*Loi 5 mars 2007 CAR peu usitée, XVIII<sup>°</sup>s., conflit des surendettements → MASP (social) / MAJ (judiciaire)
  - Nullité de droit DONC pas d'ASJF CAR sécurité juridique des tiers
  - Responsabilité du curateur
  - « curatelle sur mesure »
  - combinaison avec RM
    - biens propres : époux assisté du curateur
    - biens communs : gestion concurrente (époux + curateur) / cogestion (époux assisté du curateur + mari)
- **Tutelle** :
  - Mandat de protection future : désigne le concubin comme tuteur avec Loi 5 mars 2007, avant saisine du MP par le concubin
  - A défaut de concubin, JDT désigne parent / allié
  - Avec Loi 2007 : tutelle = tuteur + juge avec concubin tuteur (simplification) + nomination d'un subrogé tuteur + CDF si nécessaire (art. 456 futur), pluralité tuteurs©
  - Actes du tuteur interdits : art. 450 al. 3 → art. 508 nouv. : acquisition d'un bien du mineur SAUF à titre exceptionnel
  - Combinaison Tutelle / RM : biens propres / biens communs (SI gestion concurrente :

ordre chronologique) / Art. 217 et 219 : utilisés par tuteur SINON blocage sur biens communs Idem art. 220-1

○ Tuteur = représentant du conjoint

- *Prior tempore, prior iure*

## D – ENFANTS

### • **Enfant commun**

- Filiation :
  - o Reconnaissance de l'enfant sans l'année de sa naissance ( \*art. 372 C. Civ.)
  - o Présomption de paternité du mari de la mère MAIS acte de reco / P.E.
- Perte de l'exercice de l'AP :
  - o Automaticité non évidente CAR curatelle renforcée de la mère ne conduit pas à perte de l'AP ( \*CA Caen 2. fév. 2006). Art. 373 ambigu.  
Exercice ≠ détention de l'AP
  - o A quand fixer la perte de l'AP ? le parent peut exercer seul % tiers prouvant que l'autre parent est hors d'état d'agir lui-même = certificat médical / constat par le JAF ??
  - o Exercice de l'AP = conjoint sauf actes usuels (présomption d'accord) CAD acte qui ne rompt pas avec le passé et n'engage par l'avenir (collège, acte médical). Présomption d'accord et non de pouvoir.  
SI parent ne donne pas son consentement → JAF tranche MAIS \*Loi 2002 ☹  
car recours au JAF déplacé de l'AP au divorce.

### • **Enfant de Mme et Monsieur 1**

- Exercice commun en principe (unilatéral par exception) : MAIS Si Mme (qui exerce seule l'AP) perd ses facultés mentales, Monsieur 1 (père) récupère l'exercice de l'AP
- Art. 373-3 al. 2 C. Civ : résidence et exercice de l'AP confiées à titre exceptionnel à un tiers (+ art. 373-2-8 et -11)
  - o Actes usuels accomplis par le tiers : (art. 373-4) : peu d'actes ☹
  - o 0 retrait de l'exercice de l'AP aux parents
  - o conflit père/concubin SI père se désintéresse de l'enfant → JAF au k/k.
- Délégation d'AP ( \*art. 376)
  - o Volontaire (initiative des parents) / Forcée (désintérêt de l'enfant) mais toujours judiciaire
    - ☹ désintérêt = définition difficile, père passif (art. 377)
    - ☹ recueilli = quel sens ?Texte non respecté en pratique
  - o Délégation d'AP consentie par un seul parent pour sa part d'autorité ou consentement de l'autre nécessaire ?
    - Exercice par ♀ ♀ → consentement ♀ ♀
    - Exercice par ♀ → consentement ♀
    - Exercice ♀ → délégation de sa part = consentement ♀ ou avec accord des ♀ ♀OR non acte usuel MAIS « ensemble ou séparément » : appréciation en opportunité par le JAF  
\*Statut du beau parent
- Retrait de l'AP : désintérêt met en danger l'enfant, art. 378-1 ; texte bricolé en 1996
- Assistance éducative : art. 375
- Adoption :
  - o Plénière = impossible
  - o Simple = accord des parents même si art. 348-6

### • **Les biens du mineur**

- Gestion conjointe ( \*art. 383) MAIS présomption de pouvoir de l'autre parent pour les actes conservatoires et d'administration ( \*art. 389-4) → Conversion de l'AL sous contrôle judiciaire en tutelle « à tout moment » ; « pour cause grave » pour l'AL pure et simple

- Jouissance légale ⇔ administration légale par les père et mère DONC perte de l'exercice de l'AP = perte de la jouissance (du surplus des revenus)
  - o *Suppression du droit de jouissance légale* ? survivance de la puissance paternelle (pater familias) MAIS ☺ car aucun compte à faire
  - o Jouissance → 16 ans MAIS Administration → 18 ans + exclusion revenus W + dons et legs
- Enfant confié à un tiers Si séparation des parents SI circonstances exceptionnelles (art. 373-3 in fine)
  - o Tutelle aux biens uniquement
  - o Tutelle à la personne : quotidienne (oui) MAIS délégation d'AP / retrait d'AP
  - o Décès d'un parent : enfin confié à un tiers « à titre exceptionnel » + « intérêt de l'enfant »
- Administration légale sous contrôle judiciaire → Tutelle aux biens : art. 387 + 389-3
  - o Hors réserve ? / dont réserve ? = totalité selon la Doctrine majoritaire, sens large aujourd'hui  
*Affaire de la Veuve du skieur*

#### E – ADOPTION

- **Adoption simple / adoption plénière**
- **Adoption plénière de l'enfant du conjoint :**
  - pendant longtemps : aucune condition d'absence de lien de filiation déjà établi DONC grands-parents privés de leurs petits enfants au décès du parent
  - Loi 1993 : trop rigoureuse
  - Loi de 1996 : assouplissement. En l'absence d'AP MAIS désintérêt de l'enfant par les ascendants, conditions alternatives de l'art. 345-1
- **Adoption simple**
  - de l'enfant du conjoint : dispositions de l'art. 345-1 non applicables
  - \*art. 348-6 : désintérêt de l'enfant compromettant la santé ou la moralité. Adoption prononcée par le tribunal, Jp stricte.

➔ Solution de l'adoption non toujours opportune. Pour autant la volonté n'est pas de faire du beau-père un père. Enjeu du statut du beau-parent en tant que tel et non en tant que parent.



## CHAPITRE 1 : LE DIVORCE SANS JUGE

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Méthode curieuse au fond avant débat</b> : on part de la solution technique</li> </ul>	
<b>I – PLAN TECHNIQUE</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Qu'est-ce qui est déjudiciarisé ?</b> Question de l'AP / rupture du lien du couple : Convention d'AP (Droits indisponibles) confiée au notaire MAIS pourquoi par les autres domaines ? Aucun pouvoir de contrôle de l'intérêt de l'enfant ?</li> <li>• <b>DCM uniquement</b> : Extension aux autres divorces au nom du « droit au divorce » ?</li> <li>• <b>Rôle du notaire</b> : prononce t-il le divorce ? Indissociabilité de l'homologation + prononcé SAUF si le consentement des époux fait le divorce (non le cas aujourd'hui !) « <i>les époux se divorcent</i> »</li> <li>• <b>Parallélisme des formes sauvé</b> : actes transmis à l'OEC / Autorité publique (intervention de la Sté illusoire)</li> </ul>	
<b>II – OPPORTUNITE</b>	<b>III – PRINCIPES</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• ☺ <b>Arguments favorables</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Simplicité</u> : discutable car DCM déjà simple, c'est l'avoir complexifié ! <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Risque de le rallonger</li> <li>○ Homologation purge la convention de ses vices OR ce n'est plus ici le cas DONC Avocats récupèrent le contentieux post-D</li> </ul> </li> <li>- <u>Economie</u> : <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Avocat toujours en amont (ou en aval !)</li> <li>○ Notaire = frais (barème)</li> <li>○ Aide juridictionnelle → Aide notariée ?</li> <li>○ Juges désengorgés et utilisés autrement (modèle *Loi Badinter 5 juill. 1985)</li> </ul> </li> <li>- <u>Efficacité</u> : rôle formel du juge</li> <li>- <u>Respect des personnes</u> : respect de la vie privée</li> </ul> </li> <li>• ☹ <b>Arguments défavorables</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Protection des personnes</u> : époux, pression  e  époux avec marchandage « Pack divorce » OR Juge = effet protecteur pour la partie faible</li> <li>- <u>Protection des tiers</u> : manœuvres des époux facilitées, contentieux post-divorce resurgit, réforme échouée !</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Contractualisation du mariage, désinstitutionnalisation</b> : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Toute liberté des époux : <i>de se marier et de se divorcer</i></li> <li>- Divorce sans juge, poursuit logique du droit de la famille contemporain</li> <li>- Mariage de + en + un contrat au gré des époux dont l'aspect institutionnel s'estompe.</li> </ul> </li> <li>• <b>Mariage aux frontières du partenariat</b> : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mariage = volonté des époux (lié / délié) = Pacs</li> <li>- Pacs se matrimonialise et le M se partenarise (idem avec le droit du crédit de la famille)</li> <li>- Utilité de la coexistence Pacs / Mariage ? uniquement au décès.</li> </ul> </li> </ul>

### Plan personnel (pour info)

#### I / DOMAINE RESERVE, CONFISQUE

##### A – DCM SANS ENFANT UNIQUEMENT VISE

- couple d'accord sur tout ☺

- sans enfants car quid des enfants. Divorce de riches, pauvres délaissés

##### B – HIER AUX AVOCATS AUJOURD'HUI AUX NOTAIRES



- avocat, défenseur des époux : (en amont) / en aval
- notaires, garant de l'équilibre : homologation de la convention + AP ?

## II/ DEJUDICIARISATION OU PRIVATISATION DU DIVORCE

### A – DESENGORGEMENT DES TRIBUNAUX INJUSTIFIE

- Coût de la justice réduit
- Juges occupés sur d'autres contentieux (le contentieux est-il si vaste ? ne reviendrait-il par

après ?)

### B – REFORME CONFORME A LIBERALISATION DU MARIAGE ET DU COUPLE CRITICABLE

- Mariage = contrat, aux frontières du Pacs / concubinage
- Fondement juridique bancal / Chambre des notaires n'a rien demandé, les avocats crient

## CHAPITRE 2 : LE STATUT DES TIERS

- **Statut du tiers ou du beau-parent controversé :**

- Vers le beau parent : réponse à un vrai problème (enjeu politique + chic), résolution discrète de l'homoparentalité
- Statut du tiers : plus ambitieux mais moins problématique d'un point de vue juridique

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Mandat d'éducation ponctuel au profit d'un tiers</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- souplesse sans enregistrement au greffe</li> <li>- actes usuels + actes graves (occasionnels)</li> <li>- résolution en matière de soins médicaux</li> <li>- consenti par un seul des deux parents pour sa quote-part</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Convention de partage de l'exercice de l'AP</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- plus souple, hors judiciaire SAUF contrôle judiciaire par homologation</li> <li>- Coparentalité = fondement depuis 1985, risque d'éviction des parents (4 parents)</li> </ul> </li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Elargir les pouvoirs du tiers à qui l'enfant est confié</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- art. 373-4 étendu aux actes graves en plus des actes usuels</li> <li>- autorisation par le JAF</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Prise en charge par les tiers directe</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Eviter le recours au Parquet ( *art. 373-3 et 402)</li> </ul> </li> </ul>

- ➔ Réponse à toutes les questions d'homoparentalité
- ➔ Statut parental des tiers sans ôter le statut des parents
- ➔ Quid de la Parentalité et non Parenté

## CHAPITRE 3 : AFFAIRE EB C/ France, 22 JANVIER 2008

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Absence de référent paternel :</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Discrimination car personne seule ☹ OR c'est une exception légale. Appréciation de l'intérêt de l'enfant jugé ici par les services sociaux</li> <li>- Homosexualité : raison essentielle du refus et de par ses conséquences (§93). Amalgame par le Cour (homosexualité pour circonstances / homosexualité même du demandeur)</li> </ul> </li> <li>• <b>But légitime : non discuté</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Différence de traitement ⇔ orientation sexuelle : + de marge d'appréciation des Etats SAUF motifs graves (§90-91)</li> <li>- Innovation : seule une raison particulière admet une différence de traitement.</li> </ul> </li> <li>• <b>Confusion homosexualité :</b> in concreto (conséquences) / in abstracto (homo. Même)</li> <li>• <b>Théorie de la contamination :</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- retrouvée en droit du travail</li> <li>- Droit admin. : 1 critère suffit à rendre valable la décision</li> </ul> </li> <li>• <b>Influence des droits de l'individu sur système juridique :</b> ouverture adoption, individualisme, protection de l'individu plus que de ses droits</li> <li>• <b>De + en + d'Etats admettent l'adoption homosexuelle :</b></li> <li>• <b>Influence de CEDH sur les droits internes :</b> lecture large de l'art. 8 Conv. EDH</li> <li>• ☹ : défauts sur la logique</li> </ul>
---

## Master 2 Droit de la Famille

### DROIT CIVIL APPROFONDI Cas Pratique

Madame X souhaite se séparer de Monsieur Y et se remarier avec un autre homme (Monsieur Z) afin qu'il assure la protection de ses biens pendant et après sa maladie ainsi que l'éducation de son fils issu de Monsieur Y.

#### I – La dissolution du mariage

La dissolution du mariage peut prendre trois formes : la déclaration d'absence, le décès d'un des époux ou le prononcé du divorce dont les quatre cas sont énoncés à l'article 229 C. Civ. Après avoir envisagé les cas de divorces (A), d'autres alternatives, plus passives, seront proposées (B)

##### A. Les cas et effets de divorces

##### 1) Quatre cas de divorce

##### a) *Le divorce par consentement mutuel*

- **Les conditions :** Prévu à l'article 230 s. C. Civ., le divorce par consentement mutuel est celui par lequel les deux époux s'accordent à la fois sur le principe du divorce mais aussi sur les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales. Le juge va contrôler et homologuer la convention proposée par les époux en veillant à leur équilibre et à l'absence de vice du consentement (erreur, dol, violence) et prononcer le divorce. Le JAF peut refuser l'homologation de la convention : les voies de recours sont le pourvoi en cassation, la révision, la tierce opposition mais en aucun cas l'appel (par manque d'intérêt à agir). De plus, la modification de la convention a posteriori est admise dans la limite des seuls actes dissociables.

Dans le cas du couple X/Y, il s'agit d'une première solution dans la mesure où Monsieur Y accepte le principe du divorce ainsi que ses conséquences, ce qui peut notamment poser problème au regard des volontés de Madame s'agissant de son fils.

- **La procédure :** Depuis la loi du 26 mai 2004, une seule comparution des époux suffit, au cours de laquelle le JAF vérifie l'équilibre de la convention proposée, homologue celle-ci et prononce le divorce. En cas de refus de l'homologation, les mesures provisoires peuvent cependant être homologuées et un délai de comparution fixé à l'issue de laquelle le divorce sera définitivement prononcé. (art. 250-2 C. Civ.)

Madame X et Monsieur Y devront alors dans le cas présent se présenter devant le JAF en proposant une convention de divorce réglant notamment la question de la garde de leur enfant commun.

*b) Le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage*

- **Les conditions :** Ancien divorce sur demande acceptée ou sur double aveu, l'article 233 du code civil prévoit, lorsque les deux époux sont d'accord sur le principe du divorce, que le JAF en règle les conséquences.
- **La procédure :** elle est identique au divorce par consentement mutuel, exception faite que les effets sont proposés par le juge aux affaires familiales aux parties.

*c) Le divorce pour faute*

- **Les conditions :** Prévu à l'article 242 C. Civ., forme de divorces contentieux, le divorce pour faute est constitué d'un fait commis sciemment et librement imputable à l'autre époux, constitutif d'une violation grave ou renouvelée des devoirs du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune. La preuve de la faute est libre.

En l'espèce, Madame X va difficilement rapporter la preuve d'une faute de son mari dans la mesure où c'est, au regard des faits, c'est elle-même qui semble avoir été fautive, de par son infidélité.

Néanmoins, dans l'hypothèse où Madame X forme une demande en divorce pour faute – à condition qu'elle rapporte la preuve d'une faute de son mari – , plusieurs issues sont alors envisageables, notamment au regard des moyens de défense de Monsieur

Soit la voie de la réconciliation est choisie : prévue à l'art. 244 C. Civ., il faut une véritable intention et une nouvelle faute appuie la première faute. Cette hypothèse semble marginale d'autant que Madame X a quitté le domicile depuis quelques années pour vivre avec un autre homme et est aujourd'hui malade et bientôt en fin de vie, ne souhaitant qu'organiser au mieux sa protection pour les mois à venir, et après son décès.

Soit la voie de la faute du demandeur : plus probable, Monsieur Y pourra, non sans mal, invoquer la faute de Madame X pour éviter tout divorce ; ou former plus simplement une demande reconventionnelle en vue de la demande d'un divorce aux torts partagés.

- **La procédure :** Elle se déroule en trois étapes. Tout d'abord, l'un des époux va former une requête initiale sans que soit mentionnée la cause de divorce (art. 251 C. Civ.). Ensuite, une audience de conciliation au cours de laquelle le juge va s'entretenir avec chacune des parties et leurs avocats aura lieu : en cas d'échec le JAF dresse une ordonnance de non conciliation en fixant le cas échéant les mesures provisoires. Enfin, l'une des parties introduit l'instance par assignation en joignant une proposition de règlement et de liquidation du régime matrimonial. Le prononcé du divorce peut avoir lieu : en cas de refus, le juge organise la séparation de fait.

*d) le divorce pour altération définitive du lien conjugal*

- **Les conditions :** Selon l'art. 237 et 238 C. Civ., lorsque les époux sont séparés de fait depuis deux ans, l'un d'eux peut demander le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

En l'espèce, Madame X, si elle est séparée de fait depuis vraisemblablement quelques années (au moins deux à la date de l'assignation), obtiendra sans difficulté un divorce pour altération définitive du lien conjugal.

## 2) Effets du divorce

### a) *les effets pécuniaires*

Les effets du divorce concernent la liquidation des conséquences financières du divorce (le passé) et l'intérêt à l'avenir (prestation compensatoire) car le mariage est synonyme de solidarité *ad vitam aeternam* entre époux. Dominés par trois dénominateurs communs : la dissociation des effets et de la cause, le règlement des effets au jour du divorce, l'encouragement des convention entre époux

- **La liquidation du passé** : Il s'agit ici de procéder à la liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire la liquidation des biens accumulés au cours du mariage en vue de leur répartition dans le patrimoine de chaque époux.  
C'est également le règlement du sort des donations et avantages matrimoniaux : depuis 2004, l'art. 265 al. 1<sup>er</sup> prévoit que lorsqu'il s'agit de donation de biens présents, celle-ci est irrévocable, néanmoins lorsqu'il s'agit de biens à venir la donation est révocable entre époux..  
Enfin, l'article 266 C. Civ. prévoit l'attribution de dommages-intérêts.
- **L'aménagement de l'avenir : la prestation compensatoire**  
La solidarité des époux qui joue à travers le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage pendant le mariage, se poursuit lors de sa dissolution par le biais de la prestation compensatoire. Art. 270 C. Civ.

### b) *Effets personnels*

- La rupture du lien conjugal vaut pour l'avenir, les effets antérieurs demeurent et le remariage est possible.
- S'agissant du nom des époux, en principe, chacun reprend son nom d'origine sauf accord de l'autre conjoint ou autorisation du juge. Si l'enfant de Madame X est mineur notamment, celle-ci peut conserver le nom de son mari (Y).
- Le divorce des époux X/Y n'a aucune incidence sur l'exercice de l'autorité parentale de leur enfant.

### c) *Dates des effets*

- Le principe est que les effets du divorce prennent effet au moment où de la décision définitive. (art. 260)
  - o Entre époux : ordonnance de non-conciliation (pour le divorce pour faute)  
Homologation de la convention pour le divorce pour consentement mutuel)
  - o A l'égard des tiers : date de publicité (art. 262 C. Civ.)

## B. Alternatives passives

- **La déclaration d'absence** met fin au mariage. (art. 122 C. Civ.) Cette hypothèse est exclue en l'espèce (20 ans).
- **Le décès** : Dans le cas où Madame ne choisit pas de divorcer, son décès mettra fin au mariage avec Monsieur Y. Autrement dit, Monsieur Y sera le conjoint survivant et pourra alors se remarier. Cela ne présente aucun intérêt pour le couple (ou futur couple) X/Z qui nous consulte mais cette hypothèse doit leur être présentée si jamais aucune initiative n'est prise. En effet, Monsieur Z ne se verrait juridiquement alors reconnaître aucun statut.
- **La séparation de corps** : après deux ans, le divorce est automatique (art. 296 s. C. Civ.)

En conclusion, Madame X semble avoir intérêt à demander un divorce pour ADLC, que Monsieur Y n'aura vraisemblablement peu de mal à contester, son épouse ayant quitté le domicile depuis déjà quelques années.

## II – Le remariage

Dans l'hypothèse où le divorce du couple X/Y est prononcé, deux types de solution s'offrent au couple X/Z : mariage (A) ou concubinage et PACS (B)

### A. Le mariage

- **Les conditions** : Trois séries de conditions doivent être respectées :
  - o **Conditions physiologiques** : art. 144 C. Civ. de sexe (un homme et une femme), d'âge, et de santé.  
Ces conditions semblent remplies. Si toutefois, Madame X, gravement malade, venait à décéder, seule le mariage posthume pourrait être alors envisagé par Monsieur Z (art. 171 C. Civ.) prononcé par le seul Président de la République et ne conférant aucun droit successoral. Cependant, si celle-ci est hospitalisée, le mariage in extremis demeure possible et emporte de plein droit tous les effets du mariage.
  - o **Conditions sociologiques** : Art. 147 C. Civ., pour qu'une même personne puisse être mariée deux fois il faut que le premier mariage soit dissout. Autrement dit, le prononcé du divorce doit avoir lieu entre le couple X/Y pour que X/Z se marient. Le délai de viduité de la femme mariée a été supprimé par la loi du 26 mai 2004.
  - o **Conditions psychologiques** : le consentement des époux doit exister et être intègre. Le consentement de tiers est parfois nécessaire, vraisemblablement pas en l'espèce si Madame est encore douée de discernement.
- **Les sanctions** :
  - o Selon les art. 171 à 179 C. Civ., peut notamment faire opposition à la célébration du mariage le conjoint non divorcé. Il s'agit de motifs légaux. Ainsi pendant une durée d'un an à partir de la célébration du mariage, Monsieur Y pourrait s'il advenait que le divorce n'ait pas été prononcé, faire obstacle à la célébration du mariage X/Z. une mainlevée maintenue pendant maximum un an est possible.
  - o La nullité relative pour vice du consentement ou absolue pour non respect des conditions de fond et de forme peut être prononcée (art. 181 C. Civ.)

- **Les effets :**

- Rapports personnels : devoirs réciproques (communauté de vie, fidélité, assistance), missions communes (direction de la famille, choix de la résidence familiale, autorité parentale)
- Rapports pécuniaires : alimentaires et gestion ménagère.

## B. Concubinage et PACS

### 1) Concubinage

Prévu à l'art. 515-8 C. Civ., c'est une situation factuelle de communauté de vie entre deux personnes caractérisée par une certaine stabilité et continuité.

#### - **Droits patrimoniaux :**

Pendant le concubinage, dans leurs rapports pécuniaires, ils n'ont pas d'obligation, l'art. 220 C. Civ. n'est pas applicable sauf théorie de l'apparence.

Il n'y a pas de communauté de biens sauf indivision.

Les libéralités sont possibles mais irrévocables car les concubins sont ici des tiers.

#### - **Droits extrapatrimoniaux**

Pas de devoirs du mariage (art. 212), le concubin peut décider de la sépulture et des cendres. Il a un droit de visite et des droits à la sécurité sociale. Preuve par tout moyen.

### 2) PACS : art. 525-1 s.

- **Conditions de fond :** art. 515-1 C. Civ. : Deux personnes majeures consentantes ne faisant pas l'objet d'un empêchement de PACS (mariage, autre PACS ou liens familiaux).

- **Conditions de forme :** rédaction par écrit en double original par ASSP ou acte notarié suivie d'une déclaration conjointe au greffe du TI. Enregistrement sur un registre



### III – La protection de Madame X par Monsieur Z

Plusieurs solutions, là encore, doivent être envisagées : En mariage (A) puis hors mariage (B)

#### A. La protection de Madame par son nouveau mari : une hypothèse envisageable après le remariage

C'est la question ici du choix du régime matrimonial et de la gestion des biens propres et communs hors régime de protection.

##### 1) *Le choix d'un régime matrimonial*

Le droit des régimes matrimoniaux est l'étude du régime des biens entre époux et du règlement des effets pécuniaires du mariage entre époux et à l'égard des tiers.

Le statut des régimes matrimoniaux est librement choisi par les époux avant la célébration du mariage. Le code civil propose cinq modèles :

- le régime de communauté légale ou communauté réduite aux acquêts : seuls les biens acquis pendant le mariage et les revenus des biens propres sont pris en compte.
- le régime de communauté de meubles et acquêts : seuls les biens acquis pendant le mariage et les biens meubles propres.
- Le régime de communauté universelle : composés des biens acquis pendant le mariage, des biens meubles et immeubles propres.
- Le régime séparatiste : séparation de tous les biens entre époux
- Le régime de participation aux acquêts : régime identique à la séparation de biens pendant le mariage, mais à la dissolution, chacun a le droit de participer à la moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre.

Dans le cas du couple X/Z, on ne saurait trop leur conseiller d'opter en faveur d'un régime de communauté universelle.

##### 2) *Le régime primaire*

Il s'agit d'un statut impératif de base applicable à tous les couples quelque soit le régime secondaire choisi, c'est une règle d'ordre public. (art. 212 à 226 C. Civ.). Ce statut se compose d'obligations et de pouvoirs qui dans le cas du couple X/Z prend une importance considérable, notamment, si Madame venait à ne plus être consciente ou était hospitalisée.

#### - **Les obligations :**

- o Devoir de secours : art. 212 C. Civ. Monsieur Z devra en cas de besoin porter secours à son épouse.
- o Contributions aux charges du mariage : art. 214 C. Civ. Il s'agit là pour Monsieur de prendre en charge les frais d'entretien du ménage, les dépenses éducatives, de nourriture, de logement, d'agrément ainsi que les frais de santé ou de justice. En principe les époux sont libres de fixer cette contribution. Monsieur et Madame pourront ainsi décider qu'il contribuera seul à 100% des charges, Madame ne pouvant percevoir de revenus par exemple.

- **Les pouvoirs :**

- Chaque époux a pouvoir d'engager solidairement l'autre époux, c'est une solidarité passive des dettes ménagères (art. 220 C. Civ.) de nature contractuelle ou extracontractuelle ayant pour objet l'éducation des enfants ou l'entretien du ménage dans la limite des dépenses manifestement excessives, achats à tempéraments et emprunts. La encore, Monsieur Z pourra passer seul des actes qui engageront néanmoins son épouse, avec un garde-fou : les dépenses manifestement excessives...

L'autonomie bancaire est une présomption simple, de plus par le jeu de l'ouverture d'un compte joint, toute opération bancaire pourra être effectuée aussi bien par Monsieur que par Madame.

- S'agissant des salaires, de Madame notamment : le principe est qu'il s'agit de biens communs dans la communauté réduite aux acquêts. Cela étant existe une contradiction sur la libre disposition qui pourrait tendre en faveur de Monsieur s'il s'agit des gains de Madame

- **La protection du logement de famille**

- L'accord des deux époux est nécessaire pour les seuls actes de disposition (emportant transfert de droit d'un patrimoine à un autre). Ainsi, les actes de gestion peuvent être effectués par Monsieur au sens de l'art. 215 al. 3 C. Civ.
- Une protection est assurée par l'art. 1751 C. Civ. s'agissant du droit au bail : existe pendant la communauté, une cotitularité du bail. Là encore si Mr et Mme louent un appartement, Monsieur sera co-titulaire.

3) *La gestion des biens*

Dans le régime légal, de communauté réduite aux acquêts, et dont a fortiori dans le régime de communauté universelle, la gestion est en principe assurée par le propriétaire dès lors qu'il est capable.

- **En principe, s'opère une gestion concurrente** des biens de la communauté, autrement dit, chaque époux disposera du même pouvoir d'accomplir seuls les actes juridiques sur les biens communs. Il existe deux exceptions : gestion exclusive et co-gestion
- **La co-gestion :** elle concerne les actes de disposition à titre gratuit entre vifs sauf donations mobilières, les sûretés réelles et les actes à titre onéreux de disposition.
- **La gestion exclusive** concerne quant à elle : legs, partage de l'indivision successorale et actes portant sur les biens nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle séparée.

L'article 1426 C. Civ. permet lorsque l'un des époux est de manière durable hors d'état de manifester sa volonté, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs. C'est ici le cas que pourrait envisager Monsieur Z si Madame Y advenait à être malade et inconsciente pendant une certaine durée.

L'article 1429 C. Civ. prévoit que lorsque l'un des époux met en péril les intérêts de la famille, celui-ci peut être dessaisi de ses droits d'administration et de jouissance à la demande de son conjoint. L'alinéa 2 prévoit notamment que les droits du conjoint incapables sont alors conférés en principe au conjoint demandeur.

Ainsi, Monsieur Z pourra aisément administrer les biens de Madame Y si celle-ci devenait incapable.

De plus, Monsieur Z va pouvoir invoquer l'article 217 C. Civ. dans l'intérêt de la famille et pourra alors passer seul après autorisation du JAF certains actes (vente de l'immeuble dont le mari est propriétaire qui vaut logement familial autorisé (CA Paris, 29 sept. 1972).

L'article 218 C. Civ prévoit que l'un des époux demander mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice de ses pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. Ce peut alors être une hypothèse proposée à Madame Y avant qu'elle ne succombe.

Dans les mêmes conditions que l'article 1429, l'article 219 C. civ permet la représentation d'un époux hors d'état de manifester sa volonté. Ce sera alors le cas si Madame Y n'a rien fait et que Monsieur Z souhaite gérer les biens de la famille.

B. La protection de Madame par son concubin ou partenaire : le cas dans lequel le couple ne s'est pas marié

1) Le concubinage

Le concubinage ne fait l'objet de la conclusion d'aucun contrat. Le régime légal s'impose alors : solidarité des dettes pour les besoins de la vie courante et du logement commun et une présomption d'indivision sur les biens des concubins.

2) Le PACS

Jusque là calqué sur le modèle du concubinage, le PACS connaît depuis la loi du 23 juin 2006 un modèle équivalent à celui du régime de séparation.

Il semble alors inopportun pour le couple X/Z d'envisager un Pacte civile de solidarité.

C. L'hypothèse finale : pas de divorce, pas de remariage, pas de protection par le Monsieur Z

Dans l'hypothèse dans laquelle Madame X ne divorce pas de Monsieur Y, elle ne peut alors ni se remarier, ni se pacser (sous peine de nullité). Monsieur va alors difficilement pouvoir assurer la gestion de ses biens, puisque ne sera qu'un tiers.

## AUTORITE PARENTALE

I) L'article 203 du code civil prévoit des droits et devoirs des époux notamment à l'égard des enfants « *les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* »

II) L'autorité parentale est l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur non émancipé afin d'accomplir leurs devoirs de protection, d'entretien et d'assurer le développement de l'enfant dans le respect dû à sa personne.

L'autorité parentale, une fonction (art. 371-1)

- appartient aux père et mère : égalité des parents, vocation quasi « exclusive »
- sécurité
  - o droit de fixer la résidence de l'enfant (ancien droit de garde) mais aussi un devoir SINON retrait de l'AP encouru
  - o Droit et devoir de surveillance, veiller sur l'enfant dans le respect des droits de l'enfant (droit à la liberté d'expression CIDE, art. 13 Ch Nice art. 24)
  - o Relations avec ses ascendants ou tiers : art. 371-4 al. 2 « intérêt de l'enfant »
- Santé :
  - o Choix de traitement = pouvoir parental mais devoir médical et prise en compte de l'accord de l'enfant
- Education, développement, moralité
  - o Droit à l'éducation : art. 26 DUDH
  - o Education religieuse : choix appartient aux père et mère

III) Exercice de l'autorité parentale

A- Modalités d'exercice

- Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale : art. 372 al. 1<sup>er</sup>
- Exercice en commun :
  - o Egalité des droits et devoirs des père et mère qui disposent des mêmes pouvoirs. Exercice conjoint et non concurrent. Régime calqué sur la cogestion mais responsabilité du parent qui prend seul une décision en cas de graves perturbations causées à l'enfant uniquement
    - Présomptions d'accord pour les actes usuels : art. 372-2  
« *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* »  
Pas de définition légale des actes usuels Donc n'est pas un acte usuel celui qui rompt avec la pratique courante antérieure (réinscription de l'enfant dans le même établissement scolaire ☺ / scolaire religieux privé nouveau ☹)
    - Désaccord entre parents : saisine JAF
- Exercice unilatéral :
  - o Droits et devoirs rattachés à cette fonction doivent être respectés, notamment ceux de l'autre parent (droit de visite)

- Droit à entretenir des relations personnelles avec l'enfant s'il ne vit pas avec lui. (l'exercice de l'AP peut se poursuivre même si l'enfant ne réside pas avec le parent)

## B. Dévolution de l'exercice de l'AP

- Dévolution initiale
  - Père et mère exercent en commun l'AP : art. 372 al. 1<sup>er</sup> sans distinction entre enfant légitime ou naturel
  - Enfants adoptifs : plénière (0 pb) / simple (AP = appartient aux parents adoptifs même si l'enfant conserve des liens avec sa famille d'origine)
- Séparation des parents : art. 373-2 « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* »
  - Principe = Maintien de l'exercice en commun de l'AP
    - Résidence habituelle : solution retenue habituellement, fixée chez l'un des deux parents avec le respect d'un droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant pour l'autre que doit d'ailleurs respecter l'époux chez qui réside l'enfant, sauf motifs graves.
    - Résidence alternée :
      - 2 résidences en alternance : l'enfant devient une « chose » que l'on se partage équitablement ou également ! intérêt de l'enfant est où ? ☹
      - 3<sup>o</sup> résidence proposée par F. Dolto !
      - exercice unilatéral ?
  - Exception : exercice unilatéral : 373-2-1 « *si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents* »
    - En cas de défaillance d'un des parents à qui pour autant l'on ne retire pas l'exercice de l'AP. parent alcoolique, violent, troubles du comportement...
    - 1 des parents reste parent, l'autre n'ayant qu'un droit d'entretenir des relations avec l'enfant. Le juge veille à l'aptitude du parent à assumer devoirs et respect des droits de l'enfant (373-2-11 3<sup>o</sup>)
      - droit de visite et d'hébergement : 373-2-1, refusé à l'autre parent uniquement pour motifs graves (violence, irresponsabilité, risques d'abus sexuels MAIS jamais homosexualité, ou séropositivité)  
Pouvoirs du juge : appréciation du juge au regard d'expertises, rapports, enquêtes sociales
      - participation à l'éducation des enfants : le parent qui n'exerce pas l'AP conserve le droit et devoir d'entretenir des relations avec l'enfant. Le parent exerçant l'AP doit d'ailleurs informer le parent non titulaire du droit de surveillance des choix relatifs à l'enfant (art. 373-2-1 al. 3)
      - devoir du parent qui n'exerce pas l'AP de manière quotidienne MAIS sanction du défaut de relation factuelle avec l'enfant est difficilement envisageable : révision à la hausse du montant de la contribution de l'enfant ? mais non lié à la pension alimentaire (Cass. 29 avr 1998)

- Respect des liens de l'enfant avec l'autre parent (373-2)  
Changement de domicile : information préalable de l'autre parent

- Enfant confié à un tiers :
  - o A titre exceptionnel, sur décision du JAF en vertu de l'art. 373-3 al. 2
  - o Hors mort d'un des parents : Rennes 5janv 2005 : Note 67 page 628
- Intervention du juge
  - o Veille spécialement à la sauvegarde des intérêts de l'enfant 373-2-6
  - o Homologation de la convention
    - Depuis loi 4 mars 2002 les parents peuvent soumettre au juge une convention dans laquelle ils organisent leur séparation et le sort des enfants. (art. 373-2-7)
    - Intervention JAF pour fixer les modalités d'exercice de l'AP dans le cadre d'une séparation.
    - Art. 373-2-10 : accord des parties facilité par le juge

#### D. Décès d'un parent

- Avant le décès : En cas de privation d'un parent de l'exercice de l'AP, l'autre exerce seul l'AP
  - o Hors d'état de manifester sa volonté (art. 373)
  - o ☹ que se passe-t-il si l'enfant était intégré dans un milieu où il vivait ? et si le parent qui récupère l'exercice total de l'AP risque d'abuser sexuellement de l'enfant... ?
- Après le décès :
  - o Principe = dévolution automatique au parent survivant : 373-3 al. 1
  - o Enfant peut être confié à un tiers de préférence dans sa parenté (al. 2)
    - Circonstances exceptionnelles à établir
    - Pouvoirs limités du tiers : actes usuels relatifs à la surveillance (373-4)
    - Décès des deux parents : ouverture d'une tutelle (373-5).

#### IV) Etat et autorité parentale

- Assistance éducative : (art. 375 s.)
- Délégation d'AP
  - o Art. 376 et 377-3 : transfert de l'exercice de l'AP à un tiers auquel les parents ont confié leur enfant ou qui a recueilli ce dernier. Provisoire, abandonnée ou modifiée en cas de circonstances nouvelles (art. 377-2). Toujours judiciaire (JAF), flexible ou partielle CAR partage entre parent et tiers délégataire
- Retrait / Déchéance de l'AP : manquement des parents % des enfants .Vers TPS E

#### V) Obligations alimentaire et pécuniaire

- Obligation alimentaire : affectation de certains biens aux besoins de la vie
  - o Personnes : époux, alliés, parents (uniquement en ligne directe, / obligation d'élever les enfants infra 1780)
  - o Objet : besoins du créancier / ressources du débiteur. Dépenses indispensables à la vie, pension alimentaire fixée amiablement par les parties sinon par le JAF ; exécutée en argent ou en nature
- Obligation d'entretien : 203 et 213. L'obligation d'entretien a pour but de faire vivre l'enfant, elle a pour objet l'éducation (c/ obl° alimentaire). Unilatérale et non réciproque, charge naturelle qui découle de la filiation, exécution en nature  
Donner un K nécessaire à l'enfant, obl° patrimoniale art. 373-2- al. 2  
Droit de jouissance légale

**I – FAITS :**

Melle B forme une requête auprès de la CEDH contre la France qui lui a refusé l’agrément en vue d’une adoption internationale.

**II - PROCEDURE**

Une demande d’agrément en vue d’une adoption internationale est formée par la requérante auprès des Services Sociaux lui opposant un refus d’agrément suite à différents avis défavorables aux motifs que Melles R/B n’est pas un couple, réparation du passé de la requérante, rôle du père pas net, place de la compagne trop floue)

Annulation par le TA considérant que les motifs invoqués ne peuvent justifier un refus.

La CAA estime que les défauts de repères identificatoires due à l’absence d’image paternelle + place floue de R = justifient le refus d’agrément

Le CE confirme.

**III - DEBATS**

A) RECEVABILITE DE L’ACTION

Requérante	La Cour
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Fondement de la demande : art. 8 et 14</b></li> <li>• <b>L’adoption homosexuelle prend 3 formes</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- célibataire dans un pays qui l’admet ☺</li> <li>- Adoption de l’enfant de l’autre membre</li> <li>- Adoption d’un enfant étranger conjointement ou individuellement (c’est son cas, dc plus facile)</li> </ul> </li> <li>• <b>Agrément primordial pour adoption</b>, sorte de condition préalable</li> <li>• <b>Pas de revendication de droit à adopter MAIS contestation d’un refus d’agrément</b> jugé discriminatoire parce que attentatoire à sa vie privée (ne peut créer une relation nouvelle avec une personne ; orientation sexuelle élément de la vie privée) et sa vie familiale (tentative de créer une famille avortée !)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>S’agissant de l’art. 8 Cedh d’abord</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- droit de fonder une famille jamais reconnu MAIS droit à une famille supposée préexistente.<sup>1</sup></li> <li>- Droit d’adopter non reconnu ni par l’art. 8 ni par quelconque conventions (CEDH <sup>2</sup>CIDE, La Haye)</li> <li>- Vie privée : concept très large</li> </ul> </li> <li>• <b>Demande d’agrément # adoption :</b> le problème touche davantage la procédure même si la finalité demeure l’adoption !</li> <li>• <b>S’agissant de l’art. 14 Cedh</b> (discrimination) <ul style="list-style-type: none"> <li>- droit d’adopter contenu dans l’art. 8 n’est pas la question :</li> <li>- art. 14 s’applique à tous les droits de la convention et ceux les Etats ont entendu élargir. La France a étendu l’art. 8 en reconnaissant l’adoption célibataire DONC ce droit est régité par l’art. 14 (mutatis mutandis)</li> </ul> </li> <li>• <b>Rappel de l’Affaire Fretté :</b> application combinée des art. 8 +14 d’un requérant victime de discrimination sur la seule</li> </ul>

<sup>1</sup> Art. 343-1 C. civ. Note 1

<sup>2</sup> Art. 343-1 C. civ. Note 1 CEDH 26 fév. 2002



	orientation sexuelle.
--	-----------------------

B) VIOLATION DES ART. 8 + 14 COMBINES

Requérante	La Cour
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Le refus fondé sur les « conditions de vie » équivaut à l'homosexualité DONC discrimination</b></li> <li>• <b>Absence de référent paternel contesté</b> CAR contre-exemples, aucune exclusion des femmes célibataires hétérosexuelles</li> <li>• <b>Place de la compagne = faux motif,</b> (illégal) CAR adoption par une personne seule admise en droit Fr (art. 343)</li> <li>• <b>Motifs du Gouvernement injustifiés</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- aucune demande de rencontre de sa compagne</li> <li>- aucun motif grave justifiant une discrimination</li> <li>- pas de # de traitement % homo reconnue</li> <li>- but légitime ahurissant :               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ enfant peut devenir homo : non repréhensible + la plus part des homo ont des parents hétéro !</li> <li>○ risques psycho : jms démontrés</li> <li>○ préjudices de préjugés homophobes : inexistant !</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>• <b>Pratiques judiciaires</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- en France : non homogène CAR certains départements admettent « adoption homo » / agrément</li> <li>- € : 10 Etats + consensus € + outre €</li> <li>- insuffisance d'enfants à adopter ! enfants à adopter &gt; adoptants ! + adoption internationale</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Rappel commenté Affaire Fretté</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- refus d'agrément pourvu de but légitime CAR protection de la santé et des droits de l'enfant</li> <li>- approche non discriminatoire du Gouv, proportionnée</li> <li>- différences et similitudes avec B/Fce               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ similitudes = Dm d'agrément par une personne seule en vue d'une adoption par une personne célibataire homo</li> <li>○ différences</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>→ Abs de référent paternel sans référence au « choix de vie »</li> <li>→ capacités éducatives et affectives de B (c/ Fretté où bouleversements notoires)</li> <li>→ attitude de la compagne regardée (c/ Fretté)</li> <li>• <b>Deux motifs successifs</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>Absence de référent paternel</u> : <i>a priori</i> non problématique MAIS la garantie dans l'entourage d'un référent de l'autre sexe exigé OR attentatoire à l'adoption célibataire DONC refus arbitraire et discriminatoire à raison de l'homosexualité de la part du Gouv.</li> <li>- <u>Comportement de la compagne</u> :               <ul style="list-style-type: none"> <li>→ mauvaise traduction ou interprétation non fidèle : « compagne ne se sent pas engagée » devient « requérante n'offre pas les garanties d'accueil »</li> <li>→ Nuance avec ce qu'invoque Melle B : compagne n'est pas sans intérêt + légitimité des Services Sociaux à s'intéresser à elle, « couple de fait » DONC Statut juridique n'est pas un frein à la situation réelle (art. 4 décret)</li> <li>→ pas de discrimination sexuelle pour le comportement de Melle R, compagne mais sur la situation de fait et ses csqcs ⇔ accueil de l'enfant</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>

La Cour (suite)

- **Deux motifs conjugués** : absence de référent paternel + comportement de la compagne
    - Théorie de la contamination : caractère illégitime d'un motif contamine l'ensemble
    - Homosexualité de la requérante (invoquée par les autorités internes + CE) est significatif : statut de célibataire opposé alors que la loi admet l'adoption célibataire
      - Termes révélateurs : attitude particulière vis-à-vis de l'homme dans le sens où il y a un refus de l'homme »
      - Utilisation excessif du motif (référent parternel) au-delà de sa légitimité
      - Orientation sexuelle de la requérante anime le cœur des débats : référence explicite ou implicite influençant la décision de refus d'agrément.
    - Discrimination :
      - Possible SSI existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé SAUF motifs graves
      - OR aucun motif grave ici (manque de justification objective et raisonnable) source de discrimination
- DONC adoption célibataire acceptée en France + aucun motif grave = discrimination sexuelle non tolérée par la Cedh.

C) DOMMAGES-INTERETS

Requérante	La Cour
<ul style="list-style-type: none"><li>• Préjudice moral : 50 000 €</li><li>• Frais et dépens : 14 528 €</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Préjudice moral : 10 000 €</li><li>• Frais et dépens : 14 528 €</li></ul>

#### IV – OPINIONS DISSIDENTES

Arguments en faveur du Gouv.	Arguments en faveur de la Cour
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Comportement de la compagne :</b> personne non favorable au projet rend douteux (qqsoit son sexe) le fait que l'intérêt de l'enfant soit rempli</li> <li>• <b>Homosexualité ne saurait fonder un tel refus</b> aurait du être l'attendu de la Cour</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Absence de référent paternel :</b> illégal en droit français CAR compatibilité du célibat avec l'adoption</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Intérêt supérieur de l'enfant &gt; tous les droits et privilèges</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Discrimination du privilège d'adopter un enfant :</b> discrimination concerne les droits et non les privilèges (comme celui d'adopter un enfant) <ul style="list-style-type: none"> <li>- discrimination non systématique : manque de statistiques</li> <li>- certains privilèges peuvent devenir des droits (dont adopter un enfant)</li> </ul> </li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Attitude de la partenaire :</b> légitime le refus du gouvernement FR</li> <li>• <b>Orientation sexuelle de la requérante peut justifier le refus :</b> non invoqué par les autorités MAIS repris par la majorité Et compatible avec les art. 8 et 14 Cedh</li> <li>• <b>Théorie de la contamination :</b> ☹ <ul style="list-style-type: none"> <li>- motifs non évoqués conjointement par les autorités internes</li> <li>- SI orientation sexuelle = motif pourquoi mentionner comportement de la compagne</li> </ul> </li> </ul> <p>1 motif suffit à rendre la décision valide en droit admin. (rappel)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Défaut de repères identificatoires, absence de repères parternels :</b> incompatible avec le droit français</li> </ul>

#### IV – AUX FRONTIÈRES DE L'ADOPTION

##### A) Europe et France

- **CEDH 26 fév. 2002** = La CEDH ne garantit pas en tant que tel un droit d'adopter
- **CEDH 13 juin 1979, Marckx** = Le droit au respect de la vie familiale (art. 8) présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille
- **CE 9 oct. 1996** = Si les choix de vie de l'adoptant doivent être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant peuvent en l'espèce présenter des risques importants pour l'épanouissement de celui-ci (célibataire homosexuel)

Dans le même sens art. 347 note 3 *in fine* (CAA Lyon 7 juill 1999 etc...)

- **CEDH, Fretté c/ France** (voir fiche)

##### B) Législations étrangères

	Couple homo	Célibataire homo
• <b>Allemagne,</b> Déc. 2000 (entrée en vigueur 1 <sup>er</sup> août 2001)	Non	Oui
• <b>Pays Bas</b> (1 <sup>er</sup> avr. 2001)	Oui uniquement nationaux	Oui
• <b>Danemark</b> (1999)	Non mais uniquement adoption nationale et uniquement de l'enfant du conjoint admise	Oui
• <b>Suède</b> (déc. 2000)	Oui depuis 1 <sup>er</sup> fév. 2003 ; mêmes droits que les couples mariés	
• <b>Islande</b>	Oui	Oui
• <b>Espagne</b> (30 juin 2005)	Oui	Oui
• <b>Norvège</b> (1 <sup>er</sup> janv. 2002)	Oui	oui
• <b>Belgique</b> (22 avr. 2006)	Oui	
• <b>Royaume Uni</b> (Nov. 2002)	Oui depuis nov. 2002, mariage possible depuis 21 déc. 2005 « partenariat enregistré ! »	
• <b>Canada</b>		
• <b>Afrique du Sud</b>	Oui avant le mariage homo	

## C) REMARQUES / CRITIQUES

- **Différence de traitement et Discrimination :**

La Cour considère que la différence de traitement n'est possible qu'entre personnes relevant de situations différentes. Une différence de traitement, autrement dit une discrimination doit être cantonnée à un rapport raisonnable et proportionnel entre les moyens employés et le but visé ; exception faites de motifs graves.

Dans le cas de Melle B, aucun motif grave n'est relevé (comme l'invoque la requérante dans sa requête) et le traitement infligé à la requérante fut-il légitime est utilisé de manière excessive. De plus, les motivations manquent de justification objective et raisonnable s'agissant de l'absence de référent paternel et du comportement de la compagne)

- **Cohérence du raisonnement :**

La Cour dans un premier temps procède à un certain nombre de rappels qu'elle explique (recevabilité). Affaires Fretté, articles 8 qui ne donne aucun droit de fonder une famille, ni plus d'adopter, ou encore l'art. 14 qui a vocation à s'appliquer à tous les domaines prévus par la convention, et ceux que chaque Etat a souhaité étendre.

Après ces rapides rappels, la Cour entend souligner la différence de cette affaire B c/ France avec son homologue Fretté c/ France (choix de vie, capacités de la requérante, attitude de la compagne) et distingue dans un premier temps chacun des fondements.

L'article 8 Cedh d'abord : avec l'absence de référent paternel jugé discriminatoire et non-conforme au droit français qui accorde l'adoption par une personne seule.

Ensuite, le comportement de la compagne est évoqué en soulignant d'une part que la gouvernement a interprété des faits (en déduisant de la conception du couple de la compagne, le manque d'intérêt de l'enfant à être accueilli), certes, mais aussi en condamnant la requérante (à qui elle donnera raison finalement) en lui expliquant que contrairement à ce qu'elle laissait entendre, sa compagne joue un rôle dont les autorités ont droit de connaître dans une telle optique. C'est ainsi qu'elle jugera qu'il y a discrimination non pas sexuelle (face à l'absence de référent paternel invoqué par le Gouv) mais face à une situation factuelle.

Dans un second temps, la Cour de cassation va s'adonner à un raisonnement en conjuguant les deux fondements (art. 8 et 14 CEDH) avec la théorie de la contamination (largement critiquée par les opinions dissidentes).

La cour s'attache donc dans cette appréciation harmonieuse d'abord à l'homosexualité invoquée de manière récurrente et significative pour influencer le refus de la demande de la requérante. La Cour estimera qu'il y a ici une utilisation excessive d'un motif implicitement ou explicitement relatif à l'orientation sexuelle.

Enfin, elle conclura en rappelant que la discrimination (ici pratiquée) n'est possible qu'en cas de différence de traitement sur motifs objectifs et raisonnables ou en cas de motifs graves, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Sans motif grave et avec une adoption célibataire reconnue en France, l'adoption par une célibataire est possible, ou tout du moins la demande d'agrément en vue d'une adoption doit être reçue favorablement.

Critique = fin d'arrêt en queue de poisson où la compagne disparaît et où la Cour estime une discrimination contraire aux art. 8 et 14 CEDH.