

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 25 juin 2014

Droit de la famille – étude comparative des droits chinois et français

Thèse de Doctorat / Juin 2014



Université Panthéon-Assas

Auteur Yueren QIN

Sous la direction de Madame Marie GORÉ

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (PARIS II)

Membres du jury :

Monsieur Michel GRIMALDI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (PARIS II)

Monsieur Frédéric BICHERON (Rapporteur)

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne

Monsieur Christophe VERNIÈRES (Rapporteur)

Professeur à l'Universités Vincennes-Saint-Denis (PARIS VIII)

Avertissement

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

La thèse est un travail qui nécessite du courage, de la détermination et de la patience. Au cours de ces années de recherche et de rédaction, j'ai expérimenté des joies mais aussi des peines. À certains moments, je pensais abandonner et retourner définitivement en Chine. À d'autres, je doutais même de la décision que j'avais prise pour cette thèse. Aujourd'hui, je suis fière d'être arrivée à la fin.

Il est indéniable que cette étude n'est pas une simple mission basée sur le travail de soi. Effectivement, je n'aurais jamais pu la terminer sans l'aide d'un grand nombre de personnes.

Tout d'abord, je tiens à remercier ma directrice de thèse, Madame Marie GORÉ, d'avoir accepté de la diriger. Tout au long de ces années, elle m'a donné de nombreux et précieux conseils. Ses encouragements m'ont procuré la force de réaliser ce travail.

Je tiens également à remercier Monsieur Michel GRIMALDI qui accepte de participer au jury. Mes vifs remerciements s'adressent également à Monsieur Frédéric BICHERON et Monsieur Christophe VERNIÈRES qui acceptent d'être rapporteur de thèse.

Un grand merci aussi à mes parents, même s'ils ne sont pas près de moi. Leur soutien, leurs encouragements, leurs amours ont toujours été présents.

Pour terminer, j'exprime toute ma gratitude à mes amis qui ont été les premiers lecteurs de cette thèse et qui m'ont donné des conseils importants tant en droit que pour la langue française.

Résumé :

La famille constitue la cellule d'une société, elle évolue selon plusieurs facteurs. Cette physionomie complexe de la famille conduit directement la loi sur ce sujet à devenir importante et changeant tant en Chine qu'en France.

Nous avons réalisé une étude comparative pour analyser les régimes du droit de la famille dans ces deux pays.

Parmi de multiples questions au sein du droit de la famille, nous examinons deux points essentiels pour approfondir et comparer : la vie de couple et la filiation.

S'agissant de la vie de couple, nous nous interrogeons tant sur la formation des différentes modalités de l'union que sur leur dissolution. Nous nous apercevons que les diverses dispositions sur chaque union ont amené un régime plus complet en France qu'en Chine.

Quant à la filiation, nous distinguons notamment la filiation liée par le sang de la filiation adoptive. L'ignorance du mode d'établissement de la filiation devient une grande lacune au sein du droit chinois. Par ailleurs, comment adopter un enfant ? Quelles sont les conditions à respecter et les procédures à achever ? Quels sont les effets issus de l'adoption ? Telles sont des questions à résoudre et à comparer dans cette thèse.

À part certains points principaux sur le droit de la famille, nous nous posons des questions sur des problématiques provoquées en vue de connaître l'aptitude des législateurs dans les deux pays comme la maternité pour autrui, les mariages fictifs, etc.

Enfin, nous tenterons d'expliquer pourquoi les régimes juridiques diffèrent en France et en Chine concernant les questions traitées dans cette thèse.

Descripteurs : Mariage – Concubinage – PACS – divorce – séparation de fait – séparation de corps – filiation – PMA - adoption

Abstract:

The concept of “Family” as an integral unit of the society has evolved over the years due to several reasons. This changing and complex face of “family” has had many implications on the laws both in China and in France.

Hence, we conduct a comparative study to analyze the system of family laws in both these countries.

The various questions we address in order to deepen our understanding of family laws can be broadly classified into: the couple and the filiation.

As for the couple, we address many questions related not only to the formation of the various modalities of the union but also about their dissolution. We find that the diverse articles on each union brought a system which is more complete in France than in China.

With respect to filiation, we distinguish in particular between the filiation bound by blood and that bound by adoption. The ignorance of the mode of establishment of the filiation results in a big gap in the Chinese law. Besides, the basic question of how to adopt a child, the conditions to be respected and the procedures to be finished, the effects stemming from the adoption are also the questions we explore, compare and attempt to solve in this thesis.

Besides the several principal points on the family law, we also try to compare and understand the different views/perspectives of these two countries by looking into some other related issues such as the maternity for others, the fictive marriages, etc., as well as how the two countries deal with such matters.

Finally, we try to explain why the legal system differs in France and in China and discuss the directions for future research.

Keywords : marriage - Cohabitation - PACS - divorce - de facto separation - legal separation - filiation - MAP(MEDICALLY ASSISTED PROCREATION) - adoption

Principales abréviations

| | |
|-----------------|---|
| A. | Arrêté |
| Al. | Alinéa |
| AN | Assemblée nationale |
| Art. | Article |
| Ass. Plén | Assemblée plénière |
| Bull. ass. plén | Bulletin de l'assemblée plénière de la Cour de cassation |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation |
| C.étrangers | Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile |
| C.C.A.A. | Centre of Adoption Affairs |
| C.civ. | Code civil français |
| C. santé publ. | Code de la santé publique française |
| CASF | Code de l'action sociale et des familles |
| Cass. civ. | Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. com. | Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| Ch. | Chambre |
| Chron. | Chronique |
| Circ. | Circulaire |
| Code pén. | Code pénal |
| Consid. | Considérant |
| COTCGM | Règlementation sur les critères et l'organisation des techniques de congélation des gamètes mâles |
| Dr. famille | Revue de droit de la famille |
| Éd. | Édition |
| Fasc. | Fascicule |

| | |
|------------------|--|
| Infra | Ci-dessous |
| JCP | Juris-classeur période (Semaine juridique) |
| JO | Journal officiel |
| <i>JurisData</i> | <i>JurisData (Lexis Nexis)</i> |
| L. | Loi |
| LGDJ | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| N° | Numéro |
| NCPC | Nouveau Code de procédure civile |
| OCGM | Règlementation sur l'organisation de la congélation des gamètes mâles |
| <i>op.cit.</i> | <i>opere citato</i> |
| Ord. | Ordonnance |
| OTPA | Règlementation sur l'organisation des techniques de la procréation assistée |
| P. | Page |
| PACS | Pacte civil de solidarité |
| PGPAECGM | Règlementation sur principes généraux de la procréation assistée et l'éthique sur la congélation des gamètes mâles |
| Prop. | Proposition |
| Rapp. | Rapport |
| RPC | République populaire de Chine |
| RTD <i>civ.</i> | Revue trimestrielle de droit civil |
| S. | Suivant(s) |
| Service de l'ASE | Service de l'aide sociale à l'enfance |
| Sect. | Section |
| Supra. | Ci-dessus |
| T. | Tome |
| TGI | Tribunal de grande instance |

| | |
|------|--|
| TPA | Règlementation sur la technique de la procréation assistée |
| V. | Voir |
| Vol. | Volume |

Sommaire

| | |
|--|-----------|
| <i>Introduction</i> | 20 |
| <i>Première Partie – La vie de couple</i> | 28 |
| Sous-partie I La formation du couple | 29 |
| Chapitre I Le mariage | 29 |
| Section I. La famille établie par le mariage | 34 |
| Sous-section I. Les conditions du mariage | 34 |
| Paragraphe 1. Les conditions de fond | 34 |
| A. Le consentement | 34 |
| a. Les conditions du consentement | 35 |
| b. Les vices du consentement | 37 |
| 1. L’erreur | 38 |
| 2. La violence | 42 |
| B. Les autres conditions de fond | 46 |
| a. Les conditions biologiques | 46 |
| 1. L’âge | 46 |
| 2. L’état de santé | 49 |
| b. La condition de sexe et l’empêchement à mariage | 53 |
| 1. Le sexe du mariage | 53 |
| 2. L’empêchement au mariage | 60 |
| Paragraphe 2. Les conditions de forme | 65 |
| A. La formalité préalable | 65 |
| a. Les fiançailles | 65 |

| | |
|--|----|
| b. La procédure obligatoire | 68 |
| 1. Les formalités préparatoires effectuées par les futurs époux..... | 69 |
| 2. Les formalités préparatoires effectuées par l’autorité publique..... | 69 |
| B. La célébration du mariage | 71 |
| Sous-section II. L’exigence d’une intention conjugale et la remise en cause du mariage | 72 |
| Paragraphe 1 La prohibition du mariage sans intention conjugale | 73 |
| A. Le mariage sans intention conjugale | 73 |
| a. Le mariage fictif | 73 |
| b. Les conséquences tirées du mariage fictif..... | 75 |
| B. Les mesures mises en œuvre contre le mariage fictif | 76 |
| Paragraphe 2. La remise en cause du mariage à célébrer et du mariage validé. | 77 |
| A. La remise en cause du mariage à célébrer – l’opposition | 77 |
| a. Les titulaires de l’opposition..... | 78 |
| 1. De la part de famille | 78 |
| 2. De la part du ministère public..... | 79 |
| b. Les effets de l’opposition | 80 |
| B. La remise en cause du mariage après la célébration : la nullité..... | 81 |
| a. La nullité du mariage dans les deux pays..... | 81 |
| 1. La nullité du mariage en Chine | 81 |
| 2. La nullité du mariage en France..... | 83 |
| b. La comparaison des deux systèmes de l’action en nullité | 84 |
| Section II. Les liens personnels entre les époux issus du mariage..... | 87 |
| Sous-section I. Les devoirs de communauté de vie..... | 87 |

| | |
|---|------------|
| Sous-section II. Le devoir de fidélité et le devoir de respect..... | 89 |
| Paragraphe 1. Le devoir de fidélité..... | 89 |
| A. La prohibition de la complicité d’adultère | 90 |
| B. L’atténuation du devoir de fidélité..... | 90 |
| Paragraphe 2. Le devoir de respect..... | 92 |
| Chapitre II. Le couple hors mariage..... | 95 |
| Section I. Une union sans contrat : le concubinage..... | 95 |
| Sous-section I. Les éléments constitutifs du concubinage | 96 |
| Sous-section II. Les effets juridiques du concubinage et la réflexion sur son avenir..... | 98 |
| Paragraphe 1. Les effets juridiques issus du concubinage..... | 98 |
| Paragraphe 2. Le développement du concubinage | 99 |
| A. Le développement sociologique | 99 |
| B. Le développement juridique..... | 101 |
| Section II. Une union contractuelle : le PACS..... | 103 |
| Sous-section I. La formation du PACS | 103 |
| Paragraphe 1. Les conditions de fond et de forme | 103 |
| A. Les conditions de fond..... | 103 |
| B. Les conditions de forme..... | 105 |
| Paragraphe 2. Les effets du PACS..... | 106 |
| Sous-section II Réflexions sur le PACS..... | 108 |
| Paragraphe 1. L’avenir du PACS en France | 108 |
| Paragraphe 2. La question du PACS en Chine..... | 110 |
| Sous-partie II. La dissolution du couple | 113 |
| Chapitre I. La désunion de la vie matrimoniale | 113 |

| | |
|---|-----|
| Section I. Le divorce | 113 |
| Sous-section I. Les causes variées du divorce dans les deux pays | 117 |
| Paragraphe 1. Le divorce gracieux | 118 |
| A. Le divorce par consentement mutuel | 118 |
| a. Les conditions de la mise en place | 119 |
| b. Diversité de la procédure du divorce consensuel entre la France et la Chine | 120 |
| 1. La nature différente des deux procédures | 120 |
| 2. La comparaison des deux procédures | 122 |
| B. Le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage | 127 |
| a. Le divorce sur acceptation | 127 |
| 1. L'acceptation conjointe | 128 |
| 2. La phase contentieuse | 128 |
| b. Une forme du divorce négligée en Chine | 129 |
| Paragraphe 2. Le divorce contentieux..... | 130 |
| A. Les causes du divorce contentieux..... | 130 |
| a. L'introduction des causes du divorce contentieux dans les deux pays | 130 |
| 1. L'éventail du divorce contentieux en France | 130 |
| 2. Les cas du divorce contentieux en Chine..... | 133 |
| b. La comparaison des modes de classement du divorce contentieux dans les deux pays | 135 |
| B. La procédure de divorce contentieux et les autres dispositions spéciales en Chine | 138 |
| a. La procédure juridique du divorce contentieux dans les deux pays..... | 138 |
| 1. La procédure du divorce contentieux en France..... | 138 |

| | |
|---|-----|
| 2. La procédure du divorce par jugement en Chine | 142 |
| b. Les dispositions spéciales en Chine | 145 |
| 1. La protection du militaire dans le divorce | 145 |
| 2. La protection des femmes enceintes et des femmes en période d'allaitement | 148 |
| Sous-section II. Les conséquences pécuniaires du divorce | 150 |
| Paragraphe 1. La prestation compensatoire | 150 |
| A. Des fondements différents | 151 |
| B. La mise en œuvre de la prestation compensatoire | 151 |
| a. L'évolution de la prestation compensatoire dans les deux pays | 152 |
| b. La mise en œuvre de la prestation compensatoire actuelle | 154 |
| 1. Un changement décisif en France | 154 |
| 2. Un régime à améliorer en Chine | 156 |
| Paragraphe 2. Les dommages-intérêts | 160 |
| A. La réparation au moment du divorce dans les deux pays | 160 |
| a. Les dommages-intérêts en France | 161 |
| b. Une nouveauté issue de l'amendement de 2001 en Chine | 163 |
| B. La comparaison des dommages-intérêts entre la France et la Chine | 164 |
| Section II. Le relâchement du lien matrimonial | 166 |
| Sous-section I. La séparation de fait | 166 |
| Paragraphe 1. Les causes de la séparation de fait | 167 |
| A. Les cas de la séparation de fait en France | 167 |
| a. La séparation de fait par la décision des époux | 167 |
| b. La séparation de fait judiciaire | 168 |

| | |
|---|-----|
| B. Les cas de la séparation de fait en Chine..... | 169 |
| Paragraphe 2. La conversion en divorce | 171 |
| A. En France..... | 171 |
| B. En Chine | 172 |
| Sous-section II. La séparation de corps..... | 173 |
| Paragraphe 1. Le régime de la séparation de corps | 173 |
| A. Les règles générales | 173 |
| B. Les effets et la fin de la séparation de corps..... | 174 |
| a. Les situations maintenues et les situations modifiées | 174 |
| b. La fin de la séparation de corps | 175 |
| Paragraphe 2. La réflexion sur l’avenir de la séparation de corps et son introduction en Chine..... | 176 |
| A. L’intérêt de la séparation de corps en droit français | 177 |
| B. L’intérêt de l’adoption de la séparation de corps en Chine | 178 |
| Chapitre II. La désunion du couple hors mariage..... | 179 |
| Section I. La résiliation spécifique du PACS..... | 179 |
| Sous-section I. La dissolution unilatérale | 180 |
| Sous-section II. La dissolution par le mariage..... | 182 |
| Paragraphe 1. Le mariage des deux partenaires..... | 182 |
| Paragraphe 2. Le mariage d’un partenaire..... | 182 |
| Section II. La rupture du concubinage | 183 |
| Sous-section I. Les conséquences de la rupture en France | 183 |
| Sous-section II. Les règles générales relatives à la rupture en Chine | 186 |
| Paragraphe 1. Les règles applicables avant 1994..... | 186 |

| | |
|---|------------|
| Paragraphe 2. Les règles applicables après 1994 | 188 |
| <i>Seconde partie. La filiation</i> | 191 |
| Sous-partie I. La filiation par le sang | 195 |
| Section I. Les modes d'établissement de la filiation | 195 |
| Sous-section I La diversité des modes d'établissement en France | 196 |
| Paragraphe 1. L'établissement de la filiation par l'effet de la loi | 196 |
| A. L'établissement de la maternité | 196 |
| a. Le rôle important de l'acte de naissance | 196 |
| b. L'accouchement sous X | 197 |
| B. L'établissement de la paternité - La présomption <i><pater is est></i> | 200 |
| Paragraphe 2. L'établissement de la filiation par la reconnaissance et par la possession d'état | 201 |
| A. L'établissement de la filiation par la reconnaissance | 201 |
| B. L'établissement de la filiation par la possession d'état | 204 |
| a. Les discussions sur la possession d'état | 204 |
| b. La constatation de la filiation par la possession d'état | 207 |
| Sous-section II. L'ignorance du mode d'établissement de la filiation en Chine | 208 |
| Paragraphe 1. Les intérêts de la mise en place des modes d'établissement de la filiation | 209 |
| Paragraphe 2. La proposition possible pour le droit chinois | 210 |
| Section II. Le droit commun des actions concernant la filiation | 212 |
| Sous-section I. La diversité des actions en France | 213 |
| Paragraphe 1. L'action aux fins d'établissement de la filiation | 213 |
| A. Les actions fondées sur la vérité biologique | 213 |
| a. L'action en recherche de maternité | 214 |

| | |
|---|-----|
| 1. Les conditions de l'action | 214 |
| 2. L'action en cas d'accouchement sous X | 215 |
| b. L'action en recherche de paternité | 217 |
| 1. De l'interdiction à l'ouverture libre de l'action | 218 |
| 2. L'action en recherche de paternité postérieure à l'Ordonnance de 2005 | 219 |
| B. Les actions fondées sur la réalité sociologique et affective - action en constatation de la possession d'état | 220 |
| Paragraphe 2. Les actions en contestation de la filiation et action à fins de subsides | 221 |
| A. Les actions liées à la mise en cause d'une filiation..... | 221 |
| a. La contestation de la filiation établie par un titre corroboré par la possession d'état | 222 |
| b. La contestation de la filiation établie par non-conjonction d'un titre et d'une possession d'état | 224 |
| B. L'action spécifique en France : l'action à fins de subsides et son absence en Chine | 226 |
| a. Le régime applicable et les effets de l'action à fins de subsides..... | 227 |
| b. L'avenir de ce type d'action en France..... | 228 |
| Sous-section II. Les actions relatives à la filiation en Chine | 230 |
| Paragraphe 1. Une nouveauté issue de l'« Interprétation judiciaire » de 2011..... | 231 |
| Paragraphe 2. La comparaison entre les actions relatives à la filiation dans les deux pays. | 232 |
| A. Les différences sur les règles générales des actions en matière de filiation .. | 232 |
| B. Le régime de l'expertise biologique et la conséquence de son refus | 235 |
| a. Le non-encadrement de l'expertise génétique en Chine | 235 |
| b. La conséquence du refus de l'expertise biologique | 238 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre II La filiation face aux techniques scientifiques et à la politique de l'enfant unique | 241 |
| Section I. La filiation médicalement assistée | 241 |
| Sous-section I. Les techniques reconnues | 244 |
| Paragraphe 1. Les conditions du recours à la procréation assistée | 245 |
| A. Condition de sexe | 245 |
| B. D'autres conditions obligatoires | 247 |
| a. Les conditions concernant le demandeur | 247 |
| b. Le consentement | 248 |
| Paragraphe 2. Les questions issues de la PMA | 253 |
| A. L'établissement de la filiation issue de la PMA | 253 |
| a. L'établissement de la filiation en France | 253 |
| b. L'établissement de la filiation en Chine | 255 |
| B. L'anonymat du tiers donneur | 258 |
| Sous-section II. Les techniques contestées – la maternité pour autrui | 261 |
| Paragraphe 1. Le régime actuel de la mère porteuse | 262 |
| Paragraphe 2. Vers la légalisation ou la prohibition continue ? | 268 |
| Section II. L'incidence de la planification familiale en Chine | 274 |
| Sous-section I. Le régime actuel | 274 |
| Paragraphe 1. Les raisons de la politique de l'enfant unique | 274 |
| Paragraphe 2. Les dispositifs concernant le système du contrôle des naissances | 275 |
| Sous-section II. Les perspectives de la politique de l'enfant unique | 277 |
| Paragraphe 1. Les problèmes provoqués | 278 |
| Paragraphe 2. L'avenir du système | 280 |

| | |
|---|------------|
| Sous-partie II. La filiation adoptive..... | 282 |
| Chapitre I. Les similitudes de l'adoption dans les deux pays..... | 286 |
| Section I. Les règles générales | 286 |
| Sous-section I. L'établissement d'une adoption (plénière)..... | 286 |
| Paragraphe 1. Les conditions relatives aux adoptants | 286 |
| A. En France..... | 287 |
| B. En Chine | 290 |
| Paragraphe 2. Les conditions relatives aux adoptés | 294 |
| A. L'âge et le consentement des adoptés | 294 |
| B. Les statuts familiaux des enfants adoptables | 296 |
| a. L'adoptabilité de l'enfant en France | 297 |
| b. L'adoptabilité de l'enfant en Chine | 300 |
| Sous-section II. La procédure de l'adoption (plénière) | 303 |
| Paragraphe 1. La procédure dans les deux pays..... | 303 |
| A. La procédure en France..... | 303 |
| a. La phase préparatoire | 305 |
| b. La phase juridique..... | 306 |
| B. La procédure en Chine | 309 |
| Paragraphe 2. Réflexions sur les procédures des deux pays | 311 |
| Section II. Les effets de l'adoption plénière..... | 314 |
| Sous-section I. Les effets sur la famille biologique et la famille adoptive des deux pays | 314 |
| Paragraphe 1. La rupture de la relation avec la famille biologique | 315 |
| Paragraphe 2. L'assimilation de la filiation adoptive à une filiation biologique | 317 |

| | |
|---|------------|
| Sous-section II. La question de la révocabilité de l'adoption | 318 |
| Paragraphe 1. Le principe du caractère irrévocable de l'adoption en France. | 319 |
| Paragraphe 2. La révocabilité conditionnelle de l'adoption en Chine | 320 |
| A. Les motifs de révocation..... | 321 |
| a. Les deux dérogations à l'irrévocabilité de l'adoption des enfants mineurs | 321 |
| b. Le principe de la révocabilité de l'adoption des adoptés majeurs..... | 323 |
| B. La procédure et la conséquence de la révocation de l'adoption | 324 |
| Chapitre II. L'adoption simple | 328 |
| Section I. Le dispositif de l'adoption simple..... | 328 |
| Sous-section I. Les conditions et la procédure de l'adoption simple..... | 328 |
| Sous-section II. Les effets de l'adoption simple..... | 330 |
| Paragraphe 1. La coexistence entre les liens de la famille adoptive et les liens de la famille biologique..... | 330 |
| Paragraphe 2. La nature révocable de l'adoption simple..... | 334 |
| Section II. La signification de l'introduction de l'adoption simple en Chine..... | 335 |
| <i>Conclusion</i> | 339 |
| <i>Bibliographie</i> | 342 |
| <i>Table des annexes</i> | 352 |
| <i>Index</i> | 369 |

Introduction

1. La famille est au cœur des thèmes sociologiques tant en Chine qu'en France. Elle relève parallèlement d'un réseau de considérations complexes et imbriquées. Plus précisément, hormis l'élément sociologique, elle est étroitement attachée aux données biologiques, psychologiques et même scientifiques. De plus, à la différence d'autres notions juridiques, la famille est une base essentielle de notre vie quotidienne contenant de multiples éléments qui s'immiscent dans la société. Concrètement, si une société est composée de personnes, la famille regroupe ces individus par le mariage, la filiation et la parenté.

Si « l'opposition traditionnellement établie entre l'Orient et l'Occident ne se rencontre nulle part plus nette que dans le domaine du droit »¹, le droit de la famille montre cette différence d'une manière plus évidente et plus particulière. L'idée d'écrire une thèse sur ce sujet m'est venue notamment pour savoir comment une réalité sociologique similaire aboutit à des juridiques plus ou moins divergents.

2. La notion de « famille » n'est ni définie par le Code civil français ni par le droit du mariage chinois, bien qu'en parcourant des textes, les législateurs des deux pays n'hésitent pas à utiliser ce terme dans la rédaction de la loi. Avant de connaître la notion de la « famille » contemporaine, nous tenterons de comprendre tout d'abord son aperçu historique. car cette approche permet de nous inspirer éventuellement sur sa définition actuelle et de nous montrer le trajet qu'elle a accompli.

Sous l'emprise du droit romain, la famille patriarcale a été fondée sous l'autorité du chef ; autrement dit, tous les membres de la famille ont été placés sous la puissance d'une personne. Durant la domination de l'Église, le sacrement du mariage a amené la famille vers une notion plus étroite : la famille dite, « clan », s'est transformée en famille conjugale ou nucléaire ; « c'est la marche vers l'individualisme, c'est le début du rejet des contraintes familiales imposées par la famille élargie.»²

¹ Jean ESCARRA, *Le droit chinois-Conception générale, aperçu historique*, .Henri Vetch, Pékin, 1936. Librairie du recueil Sirey, Paris, 1936, p 7.

² Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, ellipses, 2^e éd., 2012, p. 10.

Par ailleurs, la notion de la famille traditionnelle portait sur la « famille légitime », fondée sur le mariage. Cette rigueur a engendré différents statuts entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

3. Dès l'affirmation de la puissance de l'État, la famille a échappé au contrôle de la religion, tendant à devenir une institution de protection placée sous le contrôle du juge. Désormais, l'évolution de la famille penche vers l'atténuation de la puissance maritale sur la femme; avec la loi de 1965, un véritable pouvoir ménager et l'exercice d'une profession sans contrôle du mari ont été reconnus. Jusqu'à la loi du 23 décembre 1985, la prépondérance maritale a été radicalement remplacée par l'égalité totale des deux époux. De même, l'évolution de la famille porte aussi sur l'amoindrissement de l'autorité parentale sur les enfants avec la loi de 1970. Ensuite, la loi du 3 janvier 1972 a ouvert la tendance libérale et égalitaire de tous les enfants. À partir de l'Ordonnance de 2005, la distinction entre les enfants a été abolie.

4. En Chine, il existait deux notions de la famille sous l'Ancien Régime. Au sens large, la famille « était une communauté sur laquelle régnait l'empereur »³. Au sens étroit, elle « faisait partie d'un ensemble plus vaste, le clan dont tous les membres portaient normalement le même nom. Le rôle essentiel du clan était de protéger et d'être au service du bien-être de chaque famille qui était en droit de compter sur cette assistance »⁴ sous le régime patriarcal. Ces deux définitions illustrent le lien de subordination dans la famille durant l'ancienne époque de la Chine. L'existence de ce type de lien contribuait à renforcer le contrôle de l'empereur et du chef de clan, d'une manière efficace.

5. Au regard de la famille sous l'Ancien Régime dans les deux pays, la Chine partage avec la France certains points similaires : l'autorité paternelle, la puissance maritale et la notion élargie de la famille, sauf si la famille légitime n'a pas été renforcée en raison de la protection de la continuation de la lignée du clan, notamment la lignée masculine et de l'absence du mariage chrétien.

³ CHEN Yuan, *L'éducation de la famille dans l'antiquité ainsi que son influence aujourd'hui*, Journal de l'Institut éducatif du Jiangsu, (science social), vol, 24, No. 2, mars 2008.

⁴ La Chine et le droit, Service juridique de l'Ambassade de France en Chine, Fondation pour le droit continental, Numéro 1, janvier-février 2008, p.4.

http://www.ambafrance-cn.org/IMG/pdf/La_Chine_et_le_droit_No1-3.pdf

De même, la structure de l'ancienne famille chinoise était plus complexe que celle de la France, car la polygamie était autorisée, s'appuyant tant sur la supériorité de l'homme sur la femme que sur le besoin de la perpétuation du nom de famille.

Cependant, l'évolution de la famille chinoise semble largement moins variée qu'en France. Sans l'intervention de l'Église, la famille était sous la seule influence du régime féodal pendant plus de 2.000 ans (de la dynastie Qin en -221 jusqu'à l'effondrement de la dynastie Qing datée du 12 février 1912). Pendant ce temps, le clan sous l'autorité du chef était le seul type de famille ; la famille conjugale n'a alors jamais été propagée. Cette longue durée de domination entraîne plus ou moins des incidences sur la loi sur la famille, y compris de nos jours en Chine, que nous allons prendre en considération.

6. Aujourd'hui, l'approche de la famille contemporaine a complètement changé sa figure par rapport à l'ancienne, tant en Chine qu'en France.

D'une part, concernant sa forme, la famille fait partie d'« un groupe de personnes que réunit un ou plusieurs éléments, tels qu'un fait biologique (parenté), un acte juridique (mariage, adoption) ou un comportement social (concubinage)»⁵ en France. En Chine, d'après Xu Li⁶, la famille est une communauté de personnes liées par la parenté, y compris le lien conjugal.

D'autre part, sur le fond, l'ancien régime caractérisé par la discrimination a été abrogé. Dorénavant, les femmes disposent des mêmes droits que leur mari ; les enfants issus du mariage et hors mariage bénéficient d'un même statut dans les deux pays.

Au regard de la famille actuelle en Chine et en France, si, au fond, leurs régimes se rejoignent sous l'emprise de l'égalité, nous remarquons que le désaccord se trouve sur la forme de la famille. En effet, le concubinage n'est pas pris en compte dans une famille chinoise. Son exclusion répond à la non-reconnaissance de l'union de fait par la législation dans le but de privilégier le mariage. En revanche, en droit français, le concubinage est reconnu par l'introduction de sa définition légale dans le Code civil en 1999. Les différentes aptitudes de ce mode de vie apportent non uniquement la diversité

⁵ Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey Dalloz, 6^e éd., 2013, p.1, n°1.

⁶ XU Li, *Droit de la famille et droit de la succession*, Peking university press, 2^e éd., 2012, p. 1.

sur la notion de la famille dans les deux pays, mais aussi une discordance sur la modalité de l'union que nous allons traiter dans le détail.

7. En outre, par rapport à la structure traditionnelle de la famille, celle de nos jours varie, de sorte que de nombreuses structures atypiques apparaissent:

La famille monoparentale : cette forme de famille prend de l'ampleur aussi bien en Chine qu'en France au motif de l'accroissement du divorce ou de la séparation. À l'issue de la rupture de l'union, au moins un enfant vit avec un des deux parents au quotidien, malgré le partage de l'autorité parentale. En parallèle, le décès d'un des membres du couple aboutit également à une famille monoparentale.

La famille « recomposée », dite également la seconde famille, désigne « un couple [qui] vit avec un ou plusieurs enfants dont seul un des adultes est le père ou la mère »⁷. Une telle structure est notamment l'étape suivante de la famille monoparentale après le remariage de l'un des parents biologiques. D'autres parents, avec qui les enfants ne disposent pas de lien du sang, sont nommés les beaux-parents.

La famille homosexuelle n'existe en France qu'avec la nouvelle loi du 13 mai 2013, ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe. Cette nouvelle structure familiale modifie non seulement la condition légale du mariage, mais elle bouscule aussi la filiation traditionnelle au motif que l'adoption est permise aux époux homosexuels.

Effectivement, ces trois types de famille ne sont pas proprement dit juridiques, mais ce sont les incidences entraînées par les dispositifs judiciaires. Ainsi, ils relèvent plutôt des phénomènes sociologiques. En revanche, issue de l'encadrement du droit de la famille, ce dernier se divise en plusieurs autres catégories comme la famille hors mariage ou en mariage, la famille adoptive où la filiation est établie par le fait d'adopter un enfant avec qui les parents ne disposent pas le lien de sang.

8. De surcroît, comme indiqué, la famille est étroitement attachée au lien de socialisation; elle remplit donc certaines fonctions pour le bon fonctionnement de la société, en Chine comme en France.

⁷ Pierre MURAT, *Droit de la famille*, Dalloz, 2013, 6^e éd., p. 7, n°01.26

1) les fonctions biologiques, la famille permet de perpétuer la chaîne des générations. C'est une fonction naturelle, car elle vient de l'instinct humain et reste inchangée depuis la société antique. Cependant grâce au progrès scientifique, les méthodes de procréation varient;

2) Concernant les fonctions de soutien matériel et psychologique, souvent la famille est un abri et nous pouvons toujours y trouver de la tranquillité, du confort et de la joie. Spirituellement, elle nous redonne confiance. Les couples peuvent s'épanouir via la satisfaction sexuelle ou le sujet de parenté. Les enfants peuvent également s'épanouir grâce au soin des parents. En résumé, cette fonction est réalisée par un lien affectif entre les membres de la famille;

3) les fonctions économiques de la famille visent les patrimoines familiaux, incluant les biens, les ressources, les avantages économiques. Elles s'étendent à la succession de la famille.

Effectivement, la fonction de la famille apparaît plus ou moins identique dans les deux pays grâce au rapprochement de l'aspiration des individus par rapport au foyer.

9. La mauvaise compréhension des fonctions de la famille ou l'apparition des conflits dans une famille menaceraient la sécurité de la société. En vue de résoudre les problèmes apparus et de disposer de règles harmonieuses que tout individu doit respecter, le droit de la famille a été mis en place. Il assure « une fonction opératoire, plus techniquement, il permet de résoudre des conflits en raison de leur place familiale »⁸.

Or, le droit est loin de couvrir toute la richesse de la vie familiale et les divers phénomènes. Afin de s'harmoniser avec l'actualité, le droit de la famille a traversé plusieurs réformes dans les deux pays, en suivant notamment les évolutions de la moralité, des économies et des options politiques exercées par les gouvernements.

Plus récemment, en 2013, une réforme révolutionnaire est venue clôturer le débat à propos du mariage homosexuel en droit français. Ce changement a apporté plusieurs

⁸ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 11, n°01.30

modifications liées à la vie familiale, surtout à la filiation. En Chine, la dernière réforme du droit de la famille est intervenue en 2001.

Il est certain que le droit de la famille est, à tout moment, prêt à être remodelé avec le développement des différents facteurs. Or, il est difficile de prédire le sens de l'évolution du droit de la famille à l'avenir « dans sa légitimité mais aussi dans son inspiration »⁹.

10. Quant à la source du droit de la famille, elle est variable en droit français.

Sur le plan interne, d'une part, depuis 1964, presque tous les domaines du droit civil de la famille ont fait l'objet de réformes : le divorce (en 1975, 1993, 2004, 2009); l'autorité parentale (en 1970, 1987, 1993, et 2002), l'adoption (en 1966, 1976, 1996); la filiation (en 1972, 1976, 1982, 1993, 1994, 2005) sans omettre le caractère constitutionnel du droit de la famille au Préambule de la Constitution de 1946, dont l'alinéa 10 prévoit que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

D'autre part, les jurisprudences jouent également un rôle considérable en droit de la famille. Elles contribuent à dévoiler le doute à propos de certains sujets spécifiques que nous allons analyser.

Sur le plan international, la multiplication des textes issus des traités internationaux sont introduits dans les lois internes, les règlements, voire la jurisprudence, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme, la Convention sur les droits de l'enfant, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

11. La diversité des sources du droit de la famille est aussi remarquable en Chine : depuis l'établissement de la RPC, la réforme s'étend presque à tous les droits, y compris la loi sur la famille pour abolir le système féodal : le premier droit du mariage a été promulgué en 1950. Il a été remplacé par le droit du mariage en 1980 et ce dernier a été amendé en 2001. Par ailleurs, le droit de l'adoption a aussi été introduit en 1991, puis amendé en 1998.

⁹ Dominique FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 3^e éd., 2013, p. 34, n°37.

À part la loi, le règlement administratif, notamment le règlement de l'application d'enregistrement du mariage (en 1994, 2003) est l'une des sources importantes du droit de la famille. Il clarifie la procédure de la formation du mariage et sa dissolution.

En outre, de multiples « Interprétations judiciaires » publiées par la Cour Populaire Suprême font également partie des sources du droit de la famille, tels que trois « Interprétations judiciaires » sur le droit du mariage en 2001, 2003 et 2011; l'« Interprétation judiciaire » sur la façon de délimiter la rupture du lien affectif des époux; l'« Interprétation judiciaire » sur la façon de juger les contentieux d'un couple adultérin vivant maritalement.

Comme en France, le droit de la famille en Chine peut aussi trouver ses racines dans la Constitution dont l'article 49 dispose que « le mariage, la famille, la mère et les enfants sont sous la protection de l'État »; « les conjoints doivent respecter la planification familiale. Les parents doivent élever et éduquer les enfants mineurs et les enfants majeurs doivent des aliments à leurs parents »; « Il est interdit de porter atteinte à la liberté du mariage, de maltraiter les personnes âgées, les femmes et les enfants ».

Enfin, le droit de la famille en Chine s'inspire des conventions internationales, telles que la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'ONU en 1989, la convention de La Haye du 29 mai 1993. La Chine y a adhéré respectivement en 1991 et 2006.

12. La Chine et la France sont deux pays historiquement riches. En raison des différentes cultures, moralités, philosophies, le droit de la famille dans ces pays a évolué différemment. Parallèlement, comme ils relèvent du système juridique civiliste, ces deux pays partagent certains points communs. Ainsi, il est passionnant d'estimer d'une part, comment se développent les dispositifs relatifs au droit de la famille au fil du temps; d'autre part, de comparer leurs dispositifs actuels.

Il est certain que l'étude du droit comparé fait apparaître des disparités selon les différents régimes juridiques.

13. Plan parmi les multiples questions en droit de la famille, deux branches essentielles seront successivement traitées : le couple et la filiation.

Quant au couple, la question sera divisée en deux : la formation et la dissolution d'un couple.

S'agissant de l'établissement du couple, la comparaison se fonde sur la formation des différentes modalités de l'union dans les deux pays; les conditions légales à respecter. Concernant ces points, nous irons plus loin en vue d'essayer de trouver des réponses pour connaître la raison de telle ou telle diversité.

En ce qui concerne la dissolution de l'union, nous nous pencherons sur la façon de rompre un couple. Selon les différents niveaux de la protection des unions, la dissolution sera plus ou moins complexe.

Quant à la filiation, nous la distinguons en deux : la filiation charnelle et la filiation adoptive.

Sur la filiation par procréation, l'évolution des progrès scientifiques, d'une part, a multiplié les moyens pour remédier à la stérilité des couples; d'autre part, les mises en œuvre des nouvelles techniques bouleversent l'éthique et la moralité de la société. Nous nous intéresserons aux mesures juridiques des deux pays face à ces nouvelles techniques.

Concernant la filiation adoptive, la question est de savoir quelles sont les profils des adoptés et des adoptants. Quelle est la procédure à laquelle les deux parties doivent procéder? Les effets sont-ils identiques dans les deux pays?

Nous pourrions trouver toutes ces réponses dans les parties exposées ci-après en faisant une étude comparative en droit français et chinois.

Première Partie : La vie de couple

Seconde Partie : La filiation

Première Partie – La vie de couple

14. En France, le couple apparaît sous des formes diverses : le mariage, le PACS ou encore le concubinage. Au regard de ces différentes modalités de l'union, les conditions de fond et de forme se distinguent. En revanche, le PACS est plus facile à organiser. Quant au concubinage, il s'agit d'une simple situation de fait, il n'existe pas de processus à suivre ni de convention à conclure.

En droit chinois, le mariage est la seule forme reconnue par le droit, bien que l'union de fait soit de plus en plus importante en pratique. Contrairement à la France, le droit chinois ne prévoit aucun régime qui soit comparable au PACS (Sous-partie I).

Le système pluraliste de l'union en France répond mieux, en effet, à l'aspiration des deux membres du couple, car selon leurs motifs, ceux-ci ont la faculté de choisir le meilleur moyen pour s'unir.

15. Parallèlement, en France comme en Chine, il existe la possibilité de mettre fin à l'union, peu importe leur modalité. Toutefois, selon les différents statuts, les désunions peuvent être plus ou moins faciles (Sous-partie II).

SOUS-PARTIE I LA FORMATION DU COUPLE

16. Tant en France qu'en Chine, chaque union dispose de différentes conditions qui leur confèrent un régime propre.

Cependant, le mariage est, sans aucun doute, la forme d'union la plus complexe. Pour se marier, les couples doivent respecter certaines conditions légales.

Concernant les unions hors mariage, la nature contractuelle du PACS en France donne plus de protection aux couples que le régime du concubinage, tandis que ce dernier reste une union de fait dans les deux pays. Mais, à l'inverse, le législateur chinois ignore toute définition juridique du concubinage, comme celle introduite dans le Code civil par le législateur français en 1999, laquelle met en lumière ses éléments constitutifs.

Nous envisageons, dans cette sous-partie, de comparer, d'une manière précise, chaque modalité de l'union.

Chapitre I Le mariage

17. La notion de mariage a évolué avec le temps aussi bien en France qu'en Chine, même si les facteurs d'évolution ne sont pas les mêmes. En France, l'aspect sacré du mariage a conduit les révolutionnaires à formuler une nouvelle loi plus démocratique. En Chine, dès la promulgation de la RPC en 1949, l'idée des communistes était d'abolir le système féodal du mariage.

18. Afin de mieux comprendre le régime du mariage, aujourd'hui, il convient de revenir sur l'histoire de ces deux pays.

19. Pendant la monarchie chinoise (de la dynastie des Xia au XXI^e siècle avant J-C à la dynastie des Qing au début du XX^e siècle après J-C), le mariage était un moyen de perpétuer la famille. L'objectif était de garantir la continuation de la lignée masculine pour les besoins de la succession dans la famille du mari.

Avant le mariage, les futurs époux ne se connaissaient pas, quelquefois, ils ne s'étaient jamais rencontrés. Leur union était établie par l'accord des parents par le biais d'un entremetteur. Plus précisément, le mariage des enfants était soumis à l'autorité paternelle sous le nom de la « piété filiale ». Après la cérémonie, l'épouse devait obéir à l'autorité de son mari en se détachant de sa famille biologique.

20. Sous l'Ancien Régime français (de la Renaissance en 1501 à la Révolution française de 1789), le droit romain et le droit canon ont joué des rôles importants sur les statuts juridiques du mariage. Il faut remarquer que le droit chrétien du mariage « a été le seul à régir la matière de façon exclusive du XIe au XVe »¹⁰.

Le droit romain a imposé « le consentement ininterrompu des époux »¹¹, qui supposait que la base du mariage relevait de la volonté conjugale. Le droit canonique, en revanche, insistait sur le sacrement du mariage.

21. Nous observons que, pour les deux pays, durant les temps anciens, le mariage ne bénéficiait pas d'un régime libéral. Si en Chine, la liberté du mariage était restreinte par l'autorité paternelle, en France, c'était le dogme catholique qui mettait une entrave à un mariage libre. À travers le libéralisme, une révolution était attendue pour laisser les personnes choisir leur mode de vie plutôt que de se voir imposer le mariage ou de rester unies toute la vie.

22. En Chine, après le succès du Parti communiste chinois, l'ancien système du mariage, qui était qualifié de « féodal » et de « criminel » a été réformé dans sa totalité. En parallèle, la supériorité de l'homme sur la femme a été abrogée. À partir de là, les individus étaient libres de choisir leurs conjoints.

À travers deux lois successives votées en 1950 et 1980, ainsi que par un amendement du droit du mariage en 2001, cinq principes peuvent être dégagés : 1) la monogamie; 2) la liberté du mariage; 3) l'égalité des droits entre les deux sexes; 4) la protection des intérêts légitimes des femmes, des enfants et des personnes âgées 5) le contrôle des naissances.

¹⁰ Marie-Hélène RENAUT, *op.cit.*, p. 21.

¹¹ Patrick COURBE, *Droit de la famille*, Sirey Dalloz, 5^e éd., 2008, p.18, n° 28.

Or, parmi ces lois, aucun texte n'éclaire la définition du mariage. En revanche, les auteurs s'expriment sur ce point : « Le mariage est une cérémonie individuelle ayant pour but d'unir un homme et une femme qui s'entendent pour partager une vie commune d'une manière viagère et pour élever leurs enfants ensemble »¹², ou encore, « le mariage est une institution sociale par laquelle deux sexes s'unissent »¹³.

23. En France, à partir de la Révolution, la sécularisation du mariage a été proclamée. La Constitution de 1791 l'a renforcée en exposant que « la loi ne considér[ait] le mariage que comme un contrat civil ». Le mariage allait désormais évoluer vers une voie démocratique et civile.

Par la suite, le Code Napoléon de 1804 a prévu, de l'article 63 à l'article 76, l'encadrement du régime du mariage. Toutefois, nombreux étaient les articles qui ne mentionnaient pas la définition du mariage. Ainsi, les juristes se sont exprimés en donnant leurs opinions, tout comme en Chine : « Le mariage est un acte juridique solennel par lequel un homme et une femme, d'un commun accord, décident de s'unir et d'adhérer à un statut légal préétabli; »¹⁴ « le mariage est un acte par lequel un homme et une femme, qui se sont mutuellement choisis, s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort »¹⁵, ou encore « le mariage est l'union légale d'un homme et une femme. Il résulte d'une déclaration reçue en forme solennelle par l'officier de l'état civil.»¹⁶ Depuis la dernière réforme de la loi sur la famille du 17 mai 2013, le mariage est devenu « l'acte juridique solennel par lequel deux personnes de sexe différent ou de même sexe décident d'adhérer au statut légal de personnes mariées »¹⁷.

24. En résumé, malgré les histoires, les cultures, les régimes sociaux différents, les aspirations à la liberté du mariage des deux peuples sont similaires. Cependant, il est certain que la révolution n'a pas abouti au régime du mariage parfaitement satisfaisant, que ce soit en Chine ou en France.

¹² FEI Xiaotong, *Régime de la procréation de la Chine*, Peking university press, 1998, p. 124-125.

¹³ LI Mingxun, *Droit de la famille et de la succession*, Wuhan university press, 2011, p. 33.

¹⁴ Patrick COURBE, *op.cit.*, p. 17, n°26.

¹⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil : la famille, l'enfant, le couple*, T.II, PUF, 21^e éd., 2002, p.392.

¹⁶ Thierry GARE, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^e éd., 2004, p. 145.

¹⁷ Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *op.cit.*, p. 20, n°48.

À titre d'exemple, le Code civil napoléonien exigeait que le mariage des personnes majeures entre 25 et 30 ans fût soumis « à la condition non d'une autorisation parentale à proprement parler mais d'un "acte de respect" »¹⁸. Une lettre devait être envoyée aux parents pour les informer du mariage de leurs enfants; le non respect de cette condition provoquait l'annulation du mariage.

En Chine, l'astreinte à la liberté du mariage était fondée sur l'exigence d'une attestation délivrée par le comité de résidence ou l'unité du travail pour procéder à un mariage, au regard de l'article 4 du règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1985.

Malgré tout, la révolution a marqué le début démocratique du mariage, permettant aux deux pays d'avoir confiance, à l'avenir, en un régime meilleur.

25. À ce stade, il est nécessaire de préciser la nature juridique du mariage. Cette question a effectivement soulevé une grande controverse en France. À la différence de la précision du Code civil sur la nature contractuelle du PACS, le législateur français ne précise nulle part la nature juridique du mariage.

« Le consentement ininterrompu des époux »¹⁹ a été imposé sous le contrôle du droit romain. À cette époque, le mariage, dont la base relevait de la volonté conjugale, était un contrat.

Aujourd'hui, le Code civil met l'accent sur l'existence du consentement au mariage. Pourtant, ce dernier produit, parallèlement, des effets qui ne se soumettent pas au principe de la liberté contractuelle, en modifiant la situation des époux et en fondant une famille. De plus, il ne peut pas être rompu par le seul accord de l'un des conjoints en tant que contrat conclu pour une durée indéterminée. En revanche, le divorce est subordonné à un jugement. Par conséquent, il n'est pas opportun de qualifier le mariage de contrat.

¹⁸ Didier BODEN, *Le droit et les évolutions sociales de la famille*, Le Chine et le Droit, Service juridique de l'Ambassade de France en Chine, N° 1, Janvier-Février 2008, p. 13.

¹⁹ Patrick COURBE, *op.cit.*, p. 18, n° 28.

Ainsi, l'idée du mariage-institution a été soulevée en prenant en considération l'importance de l'autorité publique dans la formation du mariage. Cette notion répondait aussi à une série d'effets liés à la situation personnelle des époux.

Aujourd'hui, la controverse devient de moins en moins forte, la plupart des juristes soulignant la nature hybride du mariage. Comme Gérard CORNU le précise, « ils [les époux] sont nécessairement impliqués par la nature contractuelle du mariage et le caractère de l'autorité qui procède à la célébration. Acte juridique reçu par un officier public, le mariage est, par là-même, tout à la fois, un acte consensuel et un acte civil »²⁰.

26. En Chine, à la différence du vif débat en France, l'idée du "mariage-institution sociale" l'emporte sans tenir compte de l'idée du mariage contractuel, parce que le mariage ne prend ses effets qu'après avoir été autorisé par l'officier du bureau des affaires civiles. Pendant longtemps, l'accent a été mis sur l'importance de l'intervention de l'autorité publique pour valider un mariage en Chine, c'est la raison pour laquelle avant le règlement d'application de l'enregistrement de 1994, si les couples ne se sont pas fait inscrire au bureau des affaires civiles, leur union sous forme de concubinage pouvait être considérée illégale, bien que les conditions légales du mariage aient été réunies (v. infra n°176).

Au fil du temps, le rôle de l'institution dans le mariage s'est atténué grâce au laxisme du concubinage des deux célibataires. Ainsi, certains auteurs²¹ proposent de réfléchir sur la notion juridique du mariage par la nature contractuelle, car les éléments contractuels s'immiscent progressivement dans le mariage contemporain, tels que la convention du mariage, etc.

À notre avis, il est vraiment difficile de définir le mariage en un seul contrat ou exclusivement comme une institution, puisque du début du mariage jusqu'à sa fin, ces deux natures apparaissent d'une manière alternative. Il serait donc préférable de se référer à la nature hybride du mariage en France.

²⁰ Gérard CORNU, *Droit civil : la famille, Montchrestien*, 8^e éd., 2003, p. 276, n°161.

²¹ LIU Huaxi, *La nature du mariage*, *Droit et Société*, nov. 2007, p. 226 ; KANG Na, *La nature du mariage – la vision contractuelle*, *Journal de l'université des femmes de la Chine*, N°3, juin, 2010, p.5-10.

Section I. La famille établie par le mariage

27. La formation du mariage suppose la réunion des conditions de fond et de forme prévues par la loi, tant en Chine qu'en France (Sous-section I).

Bien que le législateur des deux pays partage les mêmes idées sur certaines de ces conditions, comme par exemple l'âge, l'intégrité du consentement, les empêchements au mariage, il existe une diversité à propos des autres éléments indispensables.

28. En outre, face à la modernisation de la société, de nombreux phénomènes sont survenus tels que le mariage fictif. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner la réaction du législateur des deux pays sur ces sujets (Sous section II).

Sous-section I. Les conditions du mariage

29. Si le mariage est mieux protégé que d'autres formes d'union prévues par la loi; en parallèle, il produit des effets plus complets. Pour ces deux raisons, la formation du mariage est relativement stricte, et des conditions de fond (Paragraphe 1) et de forme (Paragraphe 2) doivent être réunies.

Paragraphe 1. Les conditions de fond

30. D'une part, la liberté du mariage non vicié impose l'existence du consentement exprimé par les futurs époux (A). D'autre part, pour des raisons d'ordre public et d'éthique, des conditions biologiques sont exigées (B).

A. Le consentement

31. En France comme en Chine, le consentement est un élément essentiel de la formation du mariage. Un tel principe est affirmé distinctement par les articles 146 et 180 du Code civil français, ainsi que par l'article 5 du droit du mariage chinois.

Toutefois, le consentement doit, en même temps, répondre à certaines exigences, sinon la nullité du mariage peut être prononcée. Dans la partie suivante, nous allons

nous pencher sur les conditions du consentement (a) et sur les vices du consentement (b).

a. Les conditions du consentement

32. S'agissant du consentement, la liberté et la lucidité sont les deux éléments indispensables. Pour un individu, le mariage est un acte fondamental. Il est raisonnable que chaque personne jouisse « d'une liberté entière pour décider de ce qui engagera toute sa vie »²².

33. La liberté du consentement en Chine est clairement soulignée par le droit du mariage. Avec le droit de 1950, elle a été prononcée solennellement. Au fil du temps, ce principe a été conservé dans l'article 2 du droit du mariage : « il faut appliquer le système du mariage sur la liberté du mariage, la monogamie et l'égalité entre l'homme et la femme » ; De même, l'article 3 rappelle : « Il faut interdire le mariage arrangé et mercantile ainsi que d'autres actes intervenant dans la liberté du mariage.»

34. En France, la liberté a été évoquée en 1789 dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pourtant, la liberté du consentement, plus précisément la liberté du mariage, n'a attiré l'attention qu'au milieu du XXe siècle. En 1948, l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonçait : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et le plein consentement des futurs époux.»

35. En comparant les articles sur la liberté du mariage, nous observons que l'accent est mis de manière différente dans les deux pays. En Chine, cette liberté se fonde notamment sur l'émancipation des craintes posées par un tiers, car, dans les villages lointains, le mariage sous l'Ancien Régime est encore valable. Il appartient aux parents de s'occuper du mariage de leurs enfants. Par conséquent, le législateur précise que la liberté du mariage consiste à faire disparaître la domination des ascendants sur l'alliance. Cependant en France, elle vise surtout l'abolition des discriminations sur les différents éléments en soulignant le caractère civil du mariage, sans contrainte religieuse

²² Patrick COURBE, *op.cit.*, p. 25, n°35.

par crainte de l'influence du droit canonique. De plus, la France étant un pays d'immigration, une entrave à liberté du mariage en raison de la nationalité doit être prohibée.

36. La liberté du mariage contient trois facteurs : la liberté de se marier, la liberté de refuser le mariage et la liberté de choisir son conjoint. Concernant la liberté de se marier, les clauses de célibat soulèvent un grand problème, non seulement en France mais aussi en Chine.

Ces clauses se présentent souvent dans les contrats à titre onéreux tels que le contrat du travail. Elles imposent aux employés de ne pas se marier ou ne pas se remarier. En cas de violation de ces clauses, les personnes peuvent être licenciées, ce qui les conduit directement à « la privation d'une situation professionnelle et de ressources essentielles »²³.

37. En droit français, sur le fondement des articles 9 du Code civil et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les juges ont la volonté de consacrer un droit à la vie privée des salariés. À ce sujet, la Cour d'appel²⁴ a affirmé la nullité d'une clause du règlement du personnel navigant de la Compagnie Air France, obligeant les candidates aux fonctions d'hôtesse de l'air à être célibataires, veuves ou divorcées.

Pourtant, il est nécessaire de juger isolément les contentieux. Autrement dit, le juge est tenu de faire une appréciation globale. D'une part, il doit protéger la liberté individuelle, y compris la liberté du mariage; d'autre part, il doit examiner le comportement de ce salarié et son statut familial afin de voir s'il provoque « un trouble caractérisé »²⁵. Ainsi, la clause de célibat est reconnue dans des circonstances exceptionnelles. À l'occasion d'une affaire du Cours *Sainte - Marthe*²⁶, le juge a exposé qu'« il ne [pouvait] être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions

²³ Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *op.cit.*, p.35, n°87.

²⁴ CA Paris, 30 avr. 1963, épx Barbier c/ Cie Air France : D. 1963, p. 428, note A. Rouast. - P. Voirin, Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie : D. 1963, chron. p. 247.

²⁵ Cass. soc, 1^{er} avril 1992, n°89-43.391.

²⁶ Ass. plén., 19 mai 1978, n°76-41211.

l'exige[aient] impérieusement », de sorte que la rupture du contrat en l'espèce a été justifiée, parce que les convictions religieuses ont été prises en considération au moment de la conclusion du contrat.

38. En Chine, si les clauses de célibat visent, dans la plupart des cas, les femmes pour des raisons financières et de fonctionnement de l'entreprise, c'est parce que la femme choisit souvent d'entamer une grossesse juste après le mariage. Pour éviter de les rémunérer pendant une longue période de congés payés (le congé de maternité est de plus de 90 jours au regard de l'article 62 du droit du travail de la RPC) sur un poste non occupé, la société préfère imposer les clauses de célibat dans le contrat. Bien évidemment, une telle clause constitue un obstacle à la liberté du mariage. Ainsi, la loi sur la protection des intérêts légitimes des femmes de la RPC précise, dans son article 27, qu'aucune société ne peut licencier une femme en raison de son mariage.

En France, s'il existe une exception sur l'atteinte à la liberté du mariage reposant sur l'intérêt de l'entreprise dans des cas impérieux, aucun motif n'est justifié au profit de la société en droit chinois. Il semble que la prohibition des clauses de célibat est plus absolue en Chine.

En revanche, une lacune existe : la loi sur la protection des intérêts légitimes des femmes ne protège apparemment que les salariées dans le cadre des clauses de célibat. Bien qu'en Chine, dans la plupart des cas, les femmes soient les victimes de telles clauses, il peut arriver que ces dernières visent les hommes pour des motifs inconnus. Dans ces cas-là, leurs intérêts seront lésés sans que les salariés puissent les préserver. Devant la liberté du mariage, tous les individus doivent être égaux, peu importe leur sexe. En conséquence, ce manque dénote une inégalité juridique entre les hommes et les femmes.

b. Les vices du consentement

39. En vue de protéger l'intégrité du consentement au mariage, ce dernier doit être exempt de vices du consentement.

L'erreur, la violence et le dol sont les trois vices du consentement contractuel en droit français. En matière du mariage, la loi ne prévoit que deux vices, ayant écarté le

dol, car, selon Patrick COURBE, le mariage « ne peut être réduit à un simple contrat parce qu'il est aussi un acte solennel »²⁷. En outre, si le droit de la famille est beaucoup plus restrictif que le droit commun, sur ce point, c'est en raison de la difficulté des preuves relatives à la volonté intime et aux esprits mentaux.

40. En Chine, l'article 5 du droit du mariage dispose clairement que les futurs époux doivent être dotés d'une volonté libre et éclairée sur le fait du mariage. L'exigence de l'intégrité du consentement s'avère incontestable. Seule la violence est formellement prévue à l'article 11²⁸ du droit du mariage afin de lutter contre les mariages forcés.

1. L'erreur

41. Il convient de considérer d'une part, l'erreur sur la personne (i), d'autre part, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne (ii).

i. L'erreur sur la personne

42. En France, la notion d'erreur sur la personne existe depuis 1804, impliquant l'erreur sur l'identité tant physique que civile.

En réalité, l'erreur sur l'identité physique reste rare, puisqu'à la différence des deux parties du contrat, les futurs époux se marient en se fondant sur l'affection réciproque ou après un long moment de réflexion avant de s'engager. Par ailleurs, l'obligation de la comparution personnelle des époux évite ce genre d'erreur.

43. À l'opposé, l'erreur sur l'identité civile est plutôt fréquente. Les juges contrôlent les cas en estimant si ces erreurs sont déterminantes pour l'un des deux époux. Il s'avère difficile de rapporter des preuves relativement abstraites et « la difficulté réside également dans l'appréciation de ce qui est essentiel »²⁹. D'après Pierre MURAT,

²⁷ Patrick COURBE, *op.cit.*, p. 48, n°86.

²⁸ Si une partie s'est mariée par contrainte, elle peut solliciter le bureau d'enregistrement de mariage ou la cour populaire de révoquer ce mariage. Sa demande doit être avancée en l'espace d'un an à partir du jour d'enregistrement de mariage. Si la partie en cause dont la liberté personnelle a été illégalement soumise à des restrictions demande à révoquer son mariage, elle doit présenter sa demande dans l'espace d'un an à partir du jour où elle a repris sa liberté personnelle.

²⁹ Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit de la famille*, Gualino, 2^e éd., 2006, p.63.

l'article 180 alinéa 2 du Code civil conduit à penser que « la preuve n'a pas à être rapportée de son caractère objectivement déterminant. Par contre, il reste nécessaire de prouver que le demandeur n'aurait pas donné son consentement s'il avait connu la véritable identité du conjoint »³⁰.

À titre d'exemple, les juges admettent l'erreur concernant la dissimulation intentionnelle de l'ancienne situation familiale³¹. Certaines sont cependant rejetées, comme les erreurs sur l'âge, le nom, la croyance, la nature de la filiation et la date de naissance, etc.

44. En Chine, l'erreur sur la personne n'est pas spécialement mentionnée dans le droit du mariage. Mais, en pratique, plusieurs jurisprudences éclairent le comportement des juges.

Dans un arrêt du tribunal du peuple de base de Zhijiang, dans la province de Hunan³², une femme s'est mariée en volant l'état civil de sa sœur car, au moment de son mariage, elle n'avait pas atteint l'âge légal. L'information indiquée sur l'acte du mariage appartenait donc à sa sœur. Après avoir obtenu la confirmation de cette dernière, le juge a prononcé la nullité du mariage en invoquant l'article 8 du droit du mariage³³. De même, dans un arrêt du tribunal du peuple de base de Wanzhou à Chongqing, le 1^{er} mars 2011³⁴, une décision d'annuler un mariage dont les informations de l'état civil enregistrées étaient fausses, a été rendue.

ii. L'erreur sur les qualités de la personne

45. Auparavant, le concept d'erreur « dans la personne » était interprété d'une manière assez restrictive par la Cour de cassation. Par exemple dans un arrêt « Berthon »³⁵, le juge a considéré que l'esprit de l'article 180 « n'admett[ait] la nullité que pour l'erreur port[ant] sur l'identité de la personne » et que la nullité ne s'étendait

³⁰ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 61, n°111.93.

³¹ T.civ, Bordeaux, 9 juin 1924, Gaz, Pal, 1924, 2, 201-Adde, civ, 11, févr, 1861, DP 1861, 1, 49.

³² T. peuple de base de la région autonome de Tong, 8, mai, 2012, (2012) 芷民一初字第44号.

³³ Le couple doit se rendre en personne au bureau des affaires civiles pour déclarer le mariage.

³⁴ T. peuple de base de Chongqing, 1^{er} mars 2011, (2011) 万行初字第17号.

pas aux simples erreurs sur les conditions ou les qualités. L'objet de cette interprétation sévère visait à préserver la stabilité du mariage et à ne laisser aucun prétexte pour fuir la vie matrimoniale à l'époque où le mariage était indissociable.

À partir de la loi du 11 juillet 1975, pour répondre à la tendance jurisprudentielle, la division entre l'erreur sur la personne et l'erreur sur les qualités essentielles de la personne a ouvert officiellement la possibilité d'invoquer une erreur sur les qualités essentielles de son conjoint.

46. À travers les manuels et les Codes, nous ne trouvons nulle part la liste complète de ces deux erreurs. Effectivement, du fait de la gravité des effets des erreurs prononcées, nous laissons aux juges du fond le soin d'apprécier la demande au regard des différentes circonstances.

Les jurisprudences ont progressivement éclairé les conditions visant à annuler le mariage au motif de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Tout d'abord, le demandeur doit être en mesure de prouver l'ignorance d'une telle erreur au moment de la célébration du mariage³⁶. Ensuite, l'erreur de prévision sur l'évolution de la personnalité du conjoint ne saurait fonder une action en nullité³⁷. Enfin, l'erreur doit être déterminante, autrement dit, si une victime repère un défaut chez son conjoint, elle ne contracte pas le mariage³⁸.

En Chine, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne n'est pas prévue dans le droit du mariage. Toutefois, en vertu de l'article 10-3 du même droit, la dissimulation de troubles mentaux est considérée comme un vice du consentement³⁹. En effet, cette cause unique s'harmonise avec la condition de l'état de santé du mariage prévu en Chine (v. infra n°62 et s.). En vue de souligner l'importance d'une telle condition, le mariage du conjoint malade de mauvaise foi risque d'être frappé par la nullité (v. infra n°131 et

³⁵ Cass., ch. Réunies, 24 avril 1862, Dame Berthon c/Berthon, S.1862, 1, p. 341, Conclusion Dupin ; H, Capitant, Grands arrêts de la jurisprudence civiles, t. 1, 12e éd. par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 2007, n°33, p. 251 à 257.

³⁶ CA Aix-en-Provence, 20 août 2003, n°01/14392.

³⁷ CA Aix-en-Provence, 31 mars 2005, n°04/02270.

³⁸ CA Nîmes, 8 fév. 2012, n° 10/05679 : JurisData n° 2012-004040, JCP 2012, n°13, 352, note Pierre-Jérôme DELAGE.

s). Au regard des jugements rendus en Chine, il nous semble que l'aptitude du juge se rapproche de l'idée essentielle de la fameuse jurisprudence « Berthon » : une erreur porte sur la personne elle-même, mais pas sur les qualités.

47. Or, le dol est pris en compte, en droit chinois, comme un motif du divorce au regard de l'article 4 de l'« Interprétation judiciaire » sur la rupture du lien affectif, lorsque un dol imputable à l'un des époux entraîne la disparition du lien affectif. Plus précisément, la causalité entre le dol et la rupture de l'affection doit être montrée par la victime. Toutefois, tant le dol que la disparition de l'affection, sont des notions subjectives. Ainsi, le juge chinois saisi d'un divorce préfère apprécier l'éventuelle incidence de la découverte d'un dol et estimer si le lien affectif des époux, a par voie de conséquence, disparu?

Par exemple, dans un arrêt du 29 août 2012⁴⁰, en l'espèce, le défendeur avait menti sur son emploi avant le mariage. Pendant la vie matrimoniale, il ne cessait pas de tromper son épouse pour prendre son argent. Le divorce a été prononcé, en s'appuyant non seulement sur le dol du défendeur, mais également sur la relation non réparable entre les époux, du fait du départ du défendeur. Toutefois, une demande de divorce fondée sur le dol a été rejetée par un arrêt du district de Dawa dans la province de Liaoning, le 4 janvier 2013⁴¹, Monsieur X a demandé le divorce, car son épouse lui avait menti avant le mariage, à propos de ses revenus et de son diplôme. Le juge a refusé une telle demande, estimant que la vie matrimoniale était conciliable et qu'aucune preuve rapportée par le demandeur ne présentait la rupture du lien affectif des époux.

48. Le droit français, inspiré de l'idée de Loysel selon laquelle: « En mariage, trompe qui peut », indique que le dol ne constitue ni un vice de consentement ni un motif de divorce. Pourtant, ce silence ne signifie pas la perte du poids du dol en matière de mariage. En pratique, dans des circonstances particulières, notamment la mauvaise foi

³⁹ T. peuple de base Yuanjiang dans la province du Hunan, 7 nov. 2011, (2011) 沅民一初字第695号.

⁴⁰ T. peuple de base du district du Baqiao du Xi'an dans la province du Shanxi, 29 août, 2012, (2012) 灞民初字第01087号.

⁴¹ T. peuple de base du district du Dawa dans la province du Liaoning, 4 janv. 2013, (2012) 大洼民一初字第01153号.

du trompeur, la nullité du mariage peut être prononcée sur l'erreur des qualités essentielles de la personne. Comme l'explique Gérard CORNU, « l'existence d'une dissimulation joue en faveur de la nullité, même si le juge qui la prononce ne se réfère pas au dol »⁴².

Ainsi, selon un arrêt de TGI de Lille du 1^{er} avril 2008⁴³, en l'espèce, le juge lillois a admis un mensonge de l'épouse quant à sa virginité comme étant une erreur, en tenant compte de ses convictions religieuses. Le jugement de cet arrêt n'est pas allé très loin. La même année, un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 17 novembre 2008⁴⁴ est venu le rectifier en déclarant que « le mensonge prétendu aurait porté sur la vie sentimentale passée de la future épouse et sur sa virginité, qui n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale ». Quoiqu'il en soit, ce dernier jugement nous permet de déduire que le mensonge peut être considéré comme un vice du consentement, lorsqu'il porte sur les qualités essentielles de la personne.

2. La violence

49. En France comme en Chine, la violence constitue un vice du consentement. Les deux pays sont en harmonie sur ce point. Au regard de l'article 11 du droit du mariage chinois, « en cas de menace sur l'un des conjoints, la victime peut solliciter le bureau des affaires civiles ou la Cour populaire pour révoquer ce mariage. La demande doit être avancée d'un an à partir du jour d'enregistrement de mariage ». En droit français, l'article 180 du Code civil dispose que « l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ».

50. En comparant les articles des deux pays sur ce sujet, nous observons certaines divergences.

Tout d'abord, en Chine, seul l'époux, dont le consentement n'a pas été libre, peut réagir. En France, la loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein

⁴² Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 293, n°174.

⁴³ TGI Lille, 1^{re} ch., 01 avril 2008, n°07-08458.

⁴⁴ CA Douai, 1^{ère} civ., 17 nov. 2008, n° de RG: 08/03786. Dr. famille 2008, comm. 167.

du couple a été adoptée le 4 avril 2006⁴⁵ et admet que le ministère public est habilité à attaquer un mariage donné sans consentement libre⁴⁶.

Le droit chinois n'autorise qu'un des conjoints à demander la nullité du mariage fondée sur la violence, puisque le législateur considère qu'après une période de vie matrimoniale, il est probable que les époux établissent une connexion affective et qu'un enfant soit issu de ce mariage. Ainsi, si la loi prévoit la possibilité, pour un tiers, d'intervenir dans l'action en nullité, peut apparaître une conséquence qui ne correspond pas à l'article 2, alinéa 2 du droit du mariage: les intérêts légitimes des femmes, des enfants et des personnes âgées doivent être protégés.

Or, à notre avis, cette crainte peut être atténuée, à condition que l'autorité publique à l'instar du ministère public français, reste prudente dans l'exercice de son pouvoir. Nous devons admettre que l'intervention d'un tiers est primordiale en cas de mariage forcé, car la contrainte demeure après le mariage, de sorte que l'époux susceptible d'agir en est empêché.

51. Par ailleurs, les délais de prescription ne sont pas les mêmes. En France, la prescription est de cinq ans à compter du mariage⁴⁷, alors qu'elle est d'un an en Chine. Nous remarquons deux manières différentes d'appréhender ce délai. Selon le droit chinois, il prend effet soit à partir de l'enregistrement du mariage, soit à compter du jour où la victime, dont la liberté personnelle a été illégalement soumise à des restrictions, retrouve sa liberté en tenant compte des nombreux trafics de femmes dans les provinces pauvres comme Yunnan, Guizhou ou Sichuan.

Effectivement, le délai de prescription concernant la violence dans les deux pays est spécifique par rapport au droit commun. Néanmoins, les réactions des doctrines sont différentes au regard du caractère atypique de ce délai. En France, la préoccupation soulevée porte sur le fait qu'un délai court risque de « barrer la route aux mariages forcés issus de l'immigration »⁴⁸. Au contraire, l'auteur chinois considère que la

⁴⁵ L. n°2006-399 : JO 5 avril 2006

⁴⁶ C.civ., art. 180, al. 1^{er}.

⁴⁷ C.civ., art. 181.

⁴⁸ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Le mariage, un peu, beaucoup... de plus en plus d'institutions d'ordre public ?* Dr. famille 2006, repère 6.

brièveté du délai « incite les intéressés à agir vite, et il permet d'éviter l'instabilité du mariage »⁴⁹. Huang Songyou soutient cette condition en expliquant qu'« il s'avère difficile de porter un jugement lorsqu'il s'agit d'une affaire très ancienne »⁵⁰.

À notre avis, les opinions des juristes chinois semblent quelque peu exagérées. Le délai, dépassant légèrement une année, ne porte pas atteinte à la stabilité du mariage. Cependant, si la victime se trouve sans possibilité d'agir en justice pour annuler le mariage, du fait de l'expiration du délai de prescription, l'incidence semble plus grave. En outre, un délai de deux ans, voire de cinq ans, n'a, en effet, pas d'influence négative sur la faculté du juge. Sinon, comment justifier un délai maximal de prescription de 20 ans prévu par le Code civil de la RPC. Ainsi, il serait préférable d'allonger ce délai d'une manière plus raisonnable. Tout au moins, il importerait de l'aligner sur celui du droit commun qui est de deux ans.

52. D'autre part, si la violence physique reste rare en pratique, la crainte révérencielle est plus fréquente. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 28 avril 2005⁵¹, le vice du consentement a été prononcé par le juge, car l'épouse avait donné son consentement au mariage sous la pression de sa famille. Le vice du consentement au motif de la crainte révérencielle a également été reconnu dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, le 21 février 2006⁵² : une jeune fille mineure a subi une contrainte morale par sa famille dans le but de lui procurer la nationalité française par le mariage. Au regard de ces jurisprudences, il nous semble que « le mariage forcé est souvent le fruit de traditions ancestrales perpétuées par certaines communautés issues de l'immigration » en France⁵³.

En effet, la seule crainte révérencielle n'est pas, traditionnellement, considérée comme un vice. Toutefois, la pratique a conduit le législateur français à déroger à

⁴⁹ HU Kangsheng, *Explication du droit du mariage de la RPC*, édition du FaZhi, 2001, p. 18.

⁵⁰ Huang Songyou, *La compréhension et l'application de la 1^{ère} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage*, édition de la législation chinoise, 2002, p. 49.

⁵¹ CA Colmar, 28 avril 2005, n°2A03/04615.

⁵² CA Bordeaux, 6^e ch.civ, 21 févr. 2006. Saaoud B. c/ Noura N. : JurisData n°2006-32987 ; Dr. famille, 2007, comm.121, note. Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

⁵³ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La pratique des mariages forcés révélée par la jurisprudence*, Dr. famille 2006, comm.1.

l'article 1114 du Code civil⁵⁴. Par conséquent, une phase a été ajoutée dans l'article 180 issu de la loi du 4 avril 2006 en vue d'assurer la protection de l'individu vis-à-vis de la famille. Désormais, l'exercice d'une contrainte sur les deux époux ou sur l'un d'entre eux, y compris l'exercice d'une crainte révérencielle envers un ascendant, constitue la nullité du mariage. D'un autre côté, cette violation affirme la nature complexe du mariage car, si le mariage marque exclusivement la nature contractuelle, « la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autres ascendants, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat »⁵⁵.

53. En Chine, la violence n'inclut pas la crainte révérencielle. Même dans les « Interprétations judiciaires », la Cour Populaire Suprême précise uniquement que « la menace est le fait de porter atteinte à la vie, à la santé, à la réputation ou au patrimoine de l'autre partie ou de ses proches pour imposer à la victime d'accepter le mariage »⁵⁶.

Néanmoins, la prohibition de la crainte révérencielle peut être déduite de l'article 3 du droit du mariage qui prévoit que tout mariage arrangé, d'affaires, ou le fait de nuire à la liberté du mariage est interdit. Or comme l'article 3 exclut la violence figurant à l'article 11 du même droit, la victime ne peut pas l'invoquer pour demander la nullité du mariage. En revanche, d'après l'« Interprétation » sur la rupture du lien affectif, la victime peut demander le divorce dans l'une des situations indiquées par l'article 3 du droit du mariage. C'est ainsi que la crainte révérencielle est classée dans le motif du divorce au lieu du vice du mariage pour nullité. Ce classement ne semble pas logique, car un tel mariage est, en fait, sans consentement libre, et ce, dès le début. Nous nous demandons alors comment un mariage mal fondé peut être dissout.

De surcroît, lorsque le juge prononce un divorce sur un tel motif, il admet indirectement la validité du mariage sans la liberté du consentement. Le but du juge de la Cour Suprême populaire est de procurer une issue à l'un des époux qui se voit coincé dans un mariage forcé. En effet, avant la promulgation de cette « Interprétation », la victime qui subissait une crainte révérencielle au moment du mariage ne pouvait pas

⁵⁴ La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

⁵⁵ C. civ., art. 1114.

⁵⁶ 1^{ère} « Interprétation judiciaire » du droit du mariage, art. 10.

demander le divorce, aucun texte au droit du mariage n'étant prévu. Cependant, le juge n'a pas trouvé de bon fondement. Cette solution risque en revanche, de justifier un mariage illégal. Ainsi, il serait convenable de prononcer la nullité du mariage à la place du divorce, un tel mariage étant sans effet dès le début.

B. Les autres conditions de fond

54. Hormis le respect des conditions relatives au consentement, certains éléments biologiques (a) et sociaux (b) doivent également être réunis pour les futurs époux.

a. Les conditions biologiques

55. Nous envisageons de diviser les conditions biologiques en deux parties : la condition tenant à l'âge des époux (1) et la condition tenant à l'état de santé des époux (2). D'une certaine façon, ces conditions légales nuisent à la liberté du mariage, et le législateur français a prévu la possibilité d'une dérogation. De plus, l'état de santé ne constitue pas une entrave au mariage. Mais, en Chine, la condition de l'âge est plus restrictive qu'en France et l'état de santé constitue bien une condition nécessaire.

1. L'âge

56. Afin de prononcer leur consentement au mariage devant l'agent du bureau des affaires civiles, l'homme et la femme se doivent de respecter l'âge minimum.

En droit français, sur le fondement de l'article 144 du Code civil, l'âge légal du mariage est de 18 ans, tant pour les garçons que pour les filles, cette égalité de seuil ayant été fixée par la loi du 4 avril 2006. Auparavant, l'âge minimum pour les filles était de 15 ans.

L'âge légal du mariage, en Chine, est énoncé à l'article 6 du droit du mariage : 22 ans révolus pour les garçons, et 20 ans révolus pour les filles. Précisons que l'âge du mariage n'est pas le même comme celui de la puberté qui est prévu à l'article 2 du droit de la protection des mineurs: les enfants ayant moins de 18 ans sont des mineurs.

57. Soulignons que, progressivement, l'âge moyen du mariage a tendance à augmenter. Par exemple, durant l'année 2011, en France métropolitaine, les femmes

célibataires se sont mariées, en moyenne, à 31 ans contre 25, 8 ans en 1991, et les hommes à 31,9 ans contre 27, 8 ans en 1991⁵⁷. La situation est quasiment la même en Chine. Selon un sondage réalisé par un site de rencontres⁵⁸, sur 1073 couples de 10 provinces différentes⁵⁹, les femmes se sont mariées, en moyenne, à 27, 1 ans, et les hommes à 29, 2 ans. La longévité et le pluralisme de conjugalité constituent les principales raisons du mariage tardif.

58. Malgré les exigences de l'âge de la puberté dans le Code civil français, une dispense peut être accordée par le procureur de la République du lieu de célébration du mariage pour des motifs graves, notamment dans le cas d'une grossesse, car les jeunes femmes enceintes sont censées avoir atteint la maturité psychologique. Par ailleurs, pour des raisons liées à l'établissement de la filiation et à la protection des intérêts de l'enfant, la grossesse est réputée comme un motif grave.

Effectivement, ce genre de procédure n'est pas rare en France. En 1970, le pouvoir d'octroyer une telle dispense a été transféré du Président de la République aux procureurs. Cette dérogation n'est pas prise en compte par le législateur chinois : « Il est interdit aux parents de permettre ou de forcer aux mineurs de se marier. »⁶⁰

59. Lorsqu'une dispense issue du procureur de la République est accordée après que ce dernier a examiné l'existence d'un motif grave, les mineurs peuvent se marier sous réserve que les parents aient préalablement donné leur accord afin de les protéger « contre une décision irréfléchie en raison de leur jeune âge »⁶¹.

En général, après avoir obtenu la dispense délivrée par le procureur, les mineurs peuvent se marier, si le consentement des pères et mères est donné. En cas de désaccord entre le père et la mère, ce partage emporte consentement⁶². Ensuite, l'article 149 du Code civil précise que, dans le cas où l'un des deux parents est décédé ou qu'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

⁵⁷ INSEE, *Primo-nuptialité féminine et âge moyen des femmes au premier mariage, France hors Mayotte*.

http://www.insee.fr/fr/themes/detail.asp?ref_id=bilan-demo&page=donnees-detaillees/bilan-demo/pop_age3b.htm

⁵⁸ 嫁我网

⁵⁹ Pékin, Shanghai, Guangzhou, Kunming, Chengdu, Xian, Changsha, Nanjing, Zhengzhou, Shenyang,

⁶⁰ Droit de la protection des mineurs RPC, art. 15.

⁶¹ Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *Droit de la famille*, Sirey, 8^e éd., 2011, p.48.

Enfin, si les parents des mineurs sont tous deux décédés, ou s'ils ne sont pas capables de manifester leur volonté, les aïeuls et les aïeules peuvent les remplacer. De même, lors du désaccord entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne ou entre les deux lignes, ce partage emporte consentement⁶³.

La constatation d'un désaccord est nécessaire d'être confirmée par le notaire pour prouver que le parent qui refuse a bien été consulté. Le devoir du notaire se borne alors à notifier à ce parent le projet de mariage et à le prévenir que la célébration aura lieu, malgré son refus.

En outre, à défaut de parents, d'aïeuls et d'aïeules, ou si tous se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'autorisation est transférée au conseil de famille⁶⁴, organisé par le juge, et l'on tient compte de certains éléments, tels que les liens affectifs liés à l'intéressé ou les intérêts du mineur.

Dans le cas d'enfants adoptés, quelle que soit la forme de l'adoption, simple ou plénière, c'est toujours l'adoptant qui accorde le consentement au mariage. La famille d'origine n'est pas consultée, sauf si le mineur a été adopté par le conjoint de l'un de ses parents.

60. L'autorisation parentale est libre et discrétionnaire. Elle n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours en cas de refus. Le juge n'a pas non plus la possibilité de contrôler les motifs de la décision parentale. En revanche, lorsque cette dernière relève du conseil de famille, un recours est ouvert devant le TGI⁶⁵.

61. En comparant l'âge légal du mariage entre les deux pays, nous découvrons que le législateur chinois s'efforce de retarder l'âge du mariage. Cet objectif est manifeste dans l'article 5 du droit du mariage et dans l'article 25 de la Constitution - « le mariage et la procréation tardifs sont encouragés » - sous l'emprise du planning familial qui a pour objet d'empêcher la croissance de la natalité.

⁶² C.civ., art. 148.

⁶³ C.civ., art. 150, al. 1^{er}.

⁶⁴ C.civ., art. 159.

⁶⁵ NCPC, art. 1222.

Par ailleurs, la majorité matrimoniale, en France, s'harmonise avec la majorité civile, les deux étant égales pour la femme comme pour l'homme, avec la loi du 4 avril 2006. En Chine, l'âge légal du mariage est de deux ans de plus pour l'homme et de quatre ans de plus pour les femmes que l'âge de la majorité civile. Cette diversité d'exigence de maturité se fonde sur la raison suivante : physiologiquement, l'homme se développe moins vite que la femme au même âge. Mais la prolongation de l'immatunité de l'homme est contraire au principe de l'égalité de sexe prévu par l'article 2 du droit du mariage. Cette inégalité semble plus pesante en l'absence de la dérogation à propos de l'âge légal du mariage en droit chinois. En revanche, la loi française laisse une possibilité concernant le mariage des mineurs, qui vient atténuer la restriction de la puberté légale dans la liberté du mariage.

La loi chinoise reste hostile au mariage des mineurs pour plusieurs raisons : premièrement, ce genre de mariage est contraire au planning familial, notamment au principe du mariage et aux procréations tardifs; deuxièmement, il est susceptible de faire renaître le mariage des femmes mineures, populaire dans la société féodale, qui atténuait les dépenses familiales ou évitait une dot trop lourde, car la femme mineure était prise en charge par la famille du futur conjoint; troisièmement, la population chinoise est circonspecte face à la justice, craignant que les contrôles alourdissent les tâches du juge et que l'abus de pouvoir se manifeste davantage.

2. L'état de santé

62. Concernant l'état de santé, les deux systèmes juridiques ne partagent pas le même principe.

En France, en aucun cas, l'état de santé ne peut constituer une entrave au mariage. Comme Alain BENABENT l'énonce, « le droit français a choisi une voie plus libérale en donnant plus d'importance à la responsabilité individuelle »⁶⁶.

En droit chinois, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 7 du droit du mariage, il est « interdit de se marier, lorsque l'un des époux souffre d'une maladie qui rend la personne inapte au mariage, après avis médical ». La liste des maladies n'est pas fixée et

⁶⁶Alain BENABENT, *Droit civil – droit de la famille*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, p. 42. n°164.

elle a tendance à changer au fil du temps. Selon certaines normes⁶⁷, on distingue deux catégories de maladie qui sont exclues du mariage : les maladies mentales graves (comme par exemple : Schizophrénie) et les tares héréditaires ou contagieuses (spécialement les maladies vénériennes, le SIDA, etc.).

En pratique, le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article 7 demeure vague, à défaut de précision. Aucune explication ne vient spécifier comment examiner une maladie pour savoir si elle est bien visée par l'article 7. En conséquence, afin de respecter cet article relativement vague, il arrive que certains mariages soient malheureusement refusés. Une telle situation s'avère inquiétante. L'intervention du législateur est alors nécessaire pour compléter cette lacune.

De plus, d'une part, cette condition viole, en quelque sorte, le principe de la liberté du mariage, puisqu'un mariage demandé par un époux ayant la volonté de se marier avec une personne malade peut être refusé. D'autre part, cette condition est, en effet, incompatible avec le principe de l'autonomie des époux issu du règlement d'application de l'enregistrement de 2003. À notre avis, il serait préférable d'abroger la condition sur l'état de santé des époux en leur laissant une totale liberté, sous réserve de l'existence du consentement intégral et de la connaissance de la maladie de leur conjoint.

63. En ce qui concerne les personnes majeures sous tutelle ou sous curatelle, le droit du mariage en Chine reste muet. Néanmoins, nous pouvons déduire la possibilité, pour les incapables majeurs, de se marier du règlement d'application de l'enregistrement dont l'article 12 prévoit qu'« il est interdit aux individus majeurs sous tutelle ou sous curatelle de divorcer par voie administrative ».

Le 26 octobre 2011, dans un arrêt du tribunal du peuple intermédiaire de Ningbo⁶⁸, le juge a affirmé cette supposition en reprochant au bureau des affaires civiles de mal appliquer le fondement judiciaire en vue de refuser d'enregistrer le mariage d'une personne majeure sous curatelle. Il a conclu, à la fin, que « les incapables majeurs

⁶⁷ La loi sur la protection de la santé de la mère et du bébé (中华人民共和国母婴保健法), 1^{er} juin 1995 ; la réglementation sur la mise en œuvre de la loi sur la protection de la santé de mère et du bébé (母婴保健法实施办法), 20 juin, 2001 ; la loi sur la prévention des maladies contagieuses (中华人民共和国传染病法), 1^{er} sept. 1989, modifiée le 28 août 2004.

⁶⁸ T. peuple intermédiaires du Ningbo dans la province de Zhejiang, 23 juin 2011, (2011) 浙甬行终字第51号.

peuvent se marier, sous réserve de l'assistance du curateur ou du tuteur dans la procédure du mariage. Ce dernier se charge également de protéger les intérêts de l'incapable majeur en l'informant des devoirs et des droits issus du mariage ».

En France, le législateur envisage ces hypothèses. Sur le fondement de l'article 469 du Code civil modifié par la loi du 5 mars 2007, la célébration du mariage d'une personne sous curatelle est subordonnée à l'autorisation préalable du curateur ou, à défaut, à celle du juge. Pour les personnes sous tutelle qui souffrent d'altérations graves de leurs facultés personnelles, à savoir d'une incapacité générale d'exercice, leur mariage n'est permis qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille après l'audition des futurs conjoints et, le cas échéant, l'avis des parents et de leur entourage.

64. À cet égard, une contradiction se manifeste dans la loi chinoise : comment est-il possible de diagnostiquer une maladie peu flagrante après avoir supprimé le certificat médical prénuptial au moment du mariage ? En Chine, en 1995, « la loi sur la protection de la santé de la mère et du bébé » exigeait un examen médical à l'issue duquel était délivré un certificat. Cette condition avait été énoncée dans le règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1994. Or, cette obligation a été supprimée avec le nouveau règlement de 2003.

En ce qui concerne le certificat médical prénuptial en France, son évolution est relativement similaire. La loi du 16 décembre 1942, reprise par l'ordonnance du 2 novembre 1945 et insérée dans l'article 63 du Code civil, imposait un examen médical datant de moins de deux mois avant le jour fixé pour le mariage. Les résultats ne devaient pas forcément d'être communiqués à l'autre époux, mais l'intéressé était placé seul devant sa responsabilité. Cette exigence a finalement été supprimée par une loi du 20 décembre 2007, en raison du déficit de la Sécurité sociale qui prenait en charge cet examen.

En France, l'examen médical est apparu peu efficace en raison de sa pratique, car les futurs époux étaient tenus de se faire examiner sans qu'il leur soit imposé d'informer leur futur conjoint des résultats.

65. Quoi qu'il en soit, selon Francis CABALLERO, l'abrogation d'une telle obligation « constitue un sérieux recul pour la sécurité sexuelle de l'union conjugale »⁶⁹, l'examen prénuptial étant une prévention en faveur de la procréation et de la sécurité sociale. Plus particulièrement, l'état de santé, en Chine, est pris en compte comme une condition de fond du mariage. Nous nous demandons dans quelle mesure l'agent du bureau des affaires civiles est capable de l'estimer visuellement et comment il peut savoir si l'un des futurs époux a contracté une des maladies visées par l'article 7 alinéa 2 du droit du mariage. Par conséquent, cet article se trouverait sans effet si les maladies étaient « cachées ».

66. En résumé, le certificat médical prénuptial semble nécessaire dans le cadre du mariage en Chine, parce que son exigence contribue à mettre en lumière le bon respect de la condition de l'état de santé des époux, alors que le droit français laisse une totale liberté aux futurs conjoints sur cette condition. Cependant, nous ne devons pas négliger le fait qu'imposer aux époux un tel examen risque de nuire à la vie privée des conjoints, et que la formation du mariage peut s'en trouver plus restreinte.

En outre, la disparition de l'examen médical dans les deux pays prouve la confiance et la fidélité que se doivent les époux. Dans le cas où l'un d'entre eux n'a pas révélé son éventuel trouble mental, l'autre pourra toujours demander la nullité du mariage.

Le rétablissement ou non du certificat médical prénuptial est une question très délicate. Le législateur se doit de faire le meilleur choix en arbitrant les intérêts (la mise au clair de l'état de santé du futur couple) ainsi que les dommages (l'atteinte à la vie privée).

⁶⁹ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, p.165.

b. La condition de sexe et l'empêchement à mariage

67. La loi française de 2013 a réformé les conditions du mariage. Désormais, deux personnes du même sexe ont le droit de s'unir, tandis qu'en Chine, le mariage se borne aux personnes de sexe opposé (1)

De plus, pour des raisons éthiques et eugéniques, il existe des empêchements au mariage (2).

1. Le sexe du mariage

68. S'agissant du sexe du mariage, il existe une grande diversité entre deux pays. En France, depuis la loi du 17 mai 2013⁷⁰, le mariage est ouvert sans différence aux unions de sexe différent et de même sexe en application du nouvel article 143 du Code civil. En Chine, le mariage homosexuel n'est pas encore reconnu.

Néanmoins, le succès du mariage pour tous, en France, n'est pas évident. Même après sa promulgation, les critiques résonnent encore. Ainsi, s'il s'avère nécessaire de rendre compte de la consécration du mariage homosexuel en France, il serait intéressant de connaître l'aptitude du législateur concernant cette question et de prévoir la perspective du mariage pour tous en Chine (i).

69. De surcroît, en l'absence de précisions dans le Code civil français comme dans le droit chinois du mariage, la question du mariage transsexuel reste ouverte (ii).

i. Le succès du mariage pour tous en France et la perspective du mariage des personnes de même sexe en Chine

70. Comme nous venons de l'évoquer, la réussite du mariage pour tous, en France, n'est pas une évidence. Avant l'ouverture du mariage homosexuel, de nombreux arrêts ont été tranchés en défaveur de ce type de mariage.

⁷⁰ L. n° 2013-404, 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

Parmi ces jurisprudences, l'arrêt du TGI de Bordeaux du 27 juillet 2004 étant même allé jusqu'à la Cour de cassation le 13 mars 2007⁷¹, est incontournable. À l'occasion du mariage homosexuel célébré par le maire de la commune de Bègles, le juge a prononcé avec un ton déterminé, que « le mariage [était] l'union d'un homme et d'une femme ».

Cette solution a été entérinée par le Conseil constitutionnel, lors de sa saisine par voie de question prioritaire de constitutionnalité, le 28 janvier 2011⁷². La constitutionnalité a été affirmée, car le jugement d'un tel arrêt était conforme aux dispositifs de la loi française. De plus, la liberté individuelle n'a pas été mise en cause par les dispositions contestées.

71. Après son investiture à l'élection présidentielle de 2012, François HOLLANDE s'est engagé à ouvrir une réforme dont le but était d'assurer l'égalité des droits entre toutes et tous, quelle que soit l'orientation sexuelle. De ce fait, la question du mariage homosexuel a, à nouveau, été soulevée. Malgré les manifestations organisées par les opposants contre ce projet⁷³, l'Assemblée Nationale a fini par l'adopter par 329 voix contre 229 et 10 abstentions⁷⁴. Par la suite, le Parlement a, lui aussi, adopté, par un vote historique de l'Assemblée Nationale, un projet de loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels le 24 avril 2013. Le texte a été voté par 331 voix pour, 225 contre et 10 abstentions. Selon l'opinion publique française, cette belle victoire mérite d'être applaudie.

L'article 143 du Code civil a ainsi été réécrit : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. » Par ailleurs, au regard de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013, « le mariage entre personnes de même sexe contracté avant

⁷¹ Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, FP-P+B+R+I, Stéphane C. et a. c/ Proc. gén. près CA Bordeaux : JurisData n° 2007-037901, Dr. famille 2007, comm. 76, note Marc AZAVANT.

⁷² Cons. Const., QPC du 28 janvier 2011, Décision n°2010-92.

⁷³ « La manifestation organisée à Paris le 18 novembre 2012, contre le projet de loi du mariage pour tous, avait rassemblé entre 70.000 et 200.000 personnes ;

Le 13 janvier 2013, entre 340 000 manifestants, selon la police, et 1 000 000, selon les organisateurs, ont battu le pavé à Paris pour protester contre le mariage homosexuel que le gouvernement veut légaliser très prochainement. »

⁷⁴ Les Echos. fr, *Le mariage pour tous adopté par l'Assemblée nationale*, 12 févr. 2013.

<http://www.lesechos.fr/economie-politique/politique/actu/0202562388171-mariage-pour-tous-les-deputes-s-appreient-a-voter-la-premiere-reforme-societale-de-hollande-537719.php>

l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France » sous réserve de respecter les conditions de fond.

72. L'ouverture du mariage aux homosexuels marque un véritable succès dans le système français. Il s'agit d'une guerre tant juridique que sociologique, dans la mesure où le mariage homosexuel présente non seulement des unions de même sexe, sous la protection de la justice de manière plus étendue, mais il permet aussi aux homosexuels de s'identifier dans une société comme les hétérosexuels. Selon Agnès WALCH, « la célébration réintègre les homosexuels, leur histoire et leur amour dans la normalité. La République leur offre de redevenir des citoyens normaux et de se réconcilier de fait avec leur entourage »⁷⁵.

73. Pourtant, cette nouvelle loi renverse radicalement les traditions sociales. En effet, la mère n'est pas forcément de sexe féminin et le père de sexe masculin. De surcroît, la définition de l'époux/épouse est remise en cause. D'après Irène THÉRY, « c'est un changement important de droit du mariage et de la filiation. Un changement, mais certainement pas la rupture sans précédent qu'on imagine, faute de percevoir l'enracinement historique de la réforme non seulement dans le changement des démocraties à l'égard de l'homosexualité, mais aussi dans l'évolution profonde qu'a connu tout notre droit de la parenté depuis deux siècles. »⁷⁶

De son côté, Tony ANATRELLA⁷⁷ s'oppose à cette loi d'une manière plus déterminée, énonçant que « la société ne se divise pas entre hétérosexuels et homosexuels, mais entre hommes et femmes, et jusqu'à présent, elle se structure autour de l'identité masculine et de l'identité féminine ». Il ajoute : « Nous risquons de fausser le sens de la filiation, [...] la loi sur le "mariage pour tous" n'est pas un progrès mais une régression »⁷⁸.

⁷⁵ Agnès WALCH, Agnès WALCH, *où va le mariage*, Fayard, 2013, p. 85.

⁷⁶ Irène THÉRY, *Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ?* Dr. famille 2013, dossier 17.

⁷⁷ Prêtre catholique romain et psychothérapeute français.

⁷⁸ Valeurs actuelles, *Marier l'impossible*, 17 janv. 2013.

<http://www.valeursactuelles.com/marier-l%E2%80%99impossible20130115.html>

74. Malgré les censures et les doutes, le mariage homosexuel a connu un franc succès depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 : environ 7000 couples homosexuels se sont dit « oui » à la mairie⁷⁹.

75. En ce qui concerne le mariage homosexuel en Chine, c'est l'esprit traditionnel qui l'emporte. Les articles 5 et 6 du droit du mariage utilisent les termes de « la femme » et de « l'homme », encadrant les conditions de l'âge légal du mariage.

Après le succès de la loi du mariage pour les homosexuels en France, nous nous demandons ce qu'il en serait en Chine, si une telle loi était aujourd'hui votée.

76. Lorsque nous comparons les contextes juridiques des deux pays, en prenant en considération les circonstances sociologiques, nous pensons que ce n'est pas le moment opportun d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe en Chine.

Comme expliqué plus haut, le mariage homosexuel en France a outrepassé nombre de censures et d'obstacles pour parvenir à sa promulgation. En dépit des résultats négatifs des jugements pendant un certain temps, les aspirations et la volonté des homosexuels français ont été entendues. Finalement, les actions abondantes sur ce sujet, ainsi que les manifestations ont poussé le législateur français à repenser la question du sexe concernant le mariage.

Par ailleurs, il est à noter que la création du régime du PACS constitue une stratégie appréciable. L'innovation de ce régime visait à affaiblir le débat sur le mariage homosexuel. En même temps, dans le contexte de la diminution du nombre de mariages, qualifiés d'archaïque, il est notable de constater que le PACS est révélateur de l'évolution du droit civil en France.

D'une part, le PACS atténue, en quelque sorte, les préjugés sur mariage homosexuel, par rapport à l'éthique française, son entrée en vigueur illustrant l'attitude favorable des Français au sujet de cette union. D'autre part, au cours de l'exécution du PACS, le législateur français a eu une idée plus concrète permettant d'introduire éventuellement le mariage des personnes de même sexe dans le Code civil.

⁷⁹ INSEE PREMIERE, *Bilan démographique 2013- Trois mariages pour deux pacs*, N° 1482, janv. 2014.

77. Ces deux éléments favorables au mariage homosexuel n'existent pas encore en Chine.

D'un côté, à la différence de la réactivité des homosexuels français, les homosexuels chinois restent plutôt calmes, vivant dans la clandestinité malgré leur nombre croissant : Selon un reportage⁸⁰, la Chine compterait quasiment 30 millions d'homosexuels. De plus, aucune demande n'a été formée devant le juge afin de remettre en cause la condition du sexe.

Toutefois, quelques homosexuels manifestent pour faire valoir leurs droits, depuis ces dernières années : un couple de lesbiennes a célébré son union le 27 octobre 2012 dans la province d'Anhui⁸¹. En 2013, deux hommes âgés se sont unis à Pékin en dépit des oppositions de leurs enfants respectifs⁸². Malgré tout, en Chine, les manifestations à ce sujet sont plutôt symboliques, et demeurent moins agressives que celles des militants pour le mariage homosexuel en France.

D'un autre côté, sans une étape transitoire comme le PACS, le mariage homosexuel alourdirait l'organisation juridique, car l'ouverture du mariage pour tous est étroitement liée à la question de l'homoparentalité et de l'adoption.

En outre, contrairement à la plupart des Français, de nombreux Chinois restent encore sceptiques envers les homosexuels. Pour eux, l'homosexualité est toujours liée à des termes péjoratifs comme le « SIDA » et « l'anormalité ». Une autre raison expliquant l'hostilité des Chinois sur ce sujet est que la procréation occupe une place considérable dans la vie du couple qui est sous l'influence de l'ancienne philosophie familiale, alors que le mariage homosexuel met apparemment une entrave à la reproduction.

À notre avis, il est encore trop tôt pour parler de mariage homosexuel en Chine. Si l'on considère que, de la promulgation du PACS à l'ouverture du mariage homosexuel en France, 14 années se sont écoulées, aucun projet de loi en Chine n'a été formulé, et

⁸⁰ Reportage du journal du GuangMing du 26 juin 2013

⁸¹ *Le mariage des lesbiennes en Chine*, Yangzi Presse (扬子晚报网), 28 févr. 2013. <http://www.yangtse.com/system/2013/02/28/016395486.shtml>.

⁸² Sina. com, *un vieux couple homosexuel se marie à Pékin – le bonheur ne compte pas sur le sexe*, 1^{er} févr. 2013.

l'aptitude du juge ne montre aucun signe favorable à ce type d'union. Pour l'instant, le plus important est de changer l'opinion erronée à propos des homosexuels. En même temps, il serait nécessaire de trouver des solutions afin de changer les mentalités publiques envers la procréation.

ii. Le mariage du transsexuel

78. La question du mariage du transsexuel se pose. Comme indiqué par Pierre MURAT, « les progrès scientifiques, en révélant toute la complexité de la sexualité des personnes, ont rendu plus délicate l'appréciation de la différence de sexe entre les futurs conjoints »⁸³. Ce syndrome aurait pu demeurer une question purement médicale. Mais, compte tenu de l'importance de l'état civil dans nos rapports sociaux, le droit a également été sollicité pour se prononcer sur le sujet du transsexualisme.

Les transsexuels se distinguent des homosexuels, ces derniers se différenciant par la formulation d'un choix personnel. Au contraire, les transsexuels subiraient un désordre de genre, s'identifiant mentalement à l'autre sexe avant toute opération.

Certains transsexuels choisissent de se faire opérer dans le but de respecter la cohérence de son physique avec son identité de genre. De ce fait, le transsexuel est capable de se marier avec une autre personne du même sexe avant toute intervention médicale, car la condition de fond du mariage est parfaitement respectée en Chine, comme elle l'était en France avant la loi du 17 mai 2013.

79. En effet, la question essentielle est de savoir si un transsexuel a la faculté de modifier son sexe d'origine sur l'état civil, puisque l'agent a besoin de vérifier le respect de la condition de sexe en examinant l'état civil.

En Chine, au regard du règlement du livret de famille, la modification de sexe est admise. En vertu de l'article 27 du système d'organisation du livret de famille de

http://sh.sina.com.cn/citylink/jk/t_xa/2013-02-01/1342162749_3.html

⁸³ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 70, n° 111.132.

Shanghai, « les citoyens sont autorisés à modifier leur sexe avec une attestation médicale ».

En France, grâce à l'influence de la CEDH⁸⁴ et des deux arrêts de la Cour de cassation dans sa formation plénière en 1992⁸⁵, le juge a indiqué : « À la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne qui présente le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et [elle] a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social ; le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification. »⁸⁶

Compte tenu des avis de la Cour de cassation française et du règlement du livret de famille en Chine, nous nous apercevons que toutes les interventions artificielles créatrices et non révélatrices de sexe ne sont pas prises en compte comme cause afin de demander la modification de l'état civil. De ce fait, la majorité des transsexuels qui ne subissent pas d'opération à cause de la charge onéreuse qu'une telle action représente ou encore de la souffrance physique, ne sont pas permis de modifier le sexe d'origine.

80. En droit français, depuis la loi du 17 mai 2013, le mariage est également ouvert aux personnes de même sexe. Ainsi, l'interdiction de la modification de sexe d'origine dans le cas où les transsexuels ne se font pas opérer n'est plus une entrave au mariage.

En Chine, l'autorisation du mariage entre transsexuels dont l'état civil montre au conjoint le sexe opposé ouvre effectivement une brèche importante quant à la prohibition du mariage homosexuel, même si elle ne touche qu'un petit nombre de personnes. Selon Francis CABALLERO, « dans ce cas, ils forment des couples qui ne sont hétérosexuels que sur papier »⁸⁷.

81. En comparant le régime du mariage transsexuel, le système français semble plus favorable aux intérêts des transsexuels, ces derniers pouvant choisir d'accéder au

⁸⁴ CEDH, 25 mars 1992, B.C. France, Série A n°232 ; l'arrêt GOODWIN.

⁸⁵ Cass.ass.plén., 11 déc.1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, René X, Marc X n°91-11.900, JCP.G 1993, II 21991, note Gérard MEMETEAU.

⁸⁷ Francis CABALLERO, *op.cit.*, p. 159.

mariage sans être contraints de subir une opération ou de modifier l'état civil dès la légitimité du mariage homosexuel. En Chine, en revanche, le régime est plutôt réservé : ce n'est qu'à partir du moment où la rectification de l'état civil est autorisée, que le transsexuel peut épouser une personne de sexe physiologique opposé. Dans le cas contraire, le transsexuel n'a pas le droit de se marier avec une personne de même sexe que lui. De ce fait, la liberté du mariage est atteinte.

Nous pensons qu'il importerait de trouver une solution pour atténuer cette rigueur, car il est peu humain d'imposer au transsexuel une opération aussi lourde que celle-ci, dans le cas d'un mariage avec une personne de même sexe, d'autant plus qu'il peut souffrir physiologiquement.

Pourtant, au regard des circonstances juridiques, l'atténuation des conditions d'accès au mariage des transsexuels en Chine n'est pas évidente, puisqu'une telle autorisation risque d'ouvrir une brèche pour les homosexuels. Dans ce sens, la question du mariage transsexuel et celle du mariage homosexuel semblent liées. L'autorisation de ce dernier en France contribue à prévoir un régime du mariage transsexuel plus libre et plus souple, tandis que l'interdiction du mariage des personnes de même sexe restreint le régime du mariage transsexuel en Chine.

2. L'empêchement au mariage

82. Compte tenu de l'ordre tant public que social, certains empêchements au mariage sont prévus.

i. Prohibition de la bigamie et tolérance de la polygamie

83. La bigamie est totalement exclue en droit français comme en droit chinois. Dans les deux pays, elle apparaît, lorsque le deuxième mariage est contracté avant la dissolution du premier. Plus précisément, la célébration d'un second mariage constitue un élément essentiel pour définir la bigamie, sauf si ce second mariage s'avère nul.

84. Comme la bigamie montre une sphère d'interdiction assez déterminante, il n'y a pas beaucoup de débats sur ce point. Or, la reconnaissance de la polygamie fait l'objet de débats.

En principe, la polygamie n'est pas conforme à l'ordre public. Néanmoins, au nom du respect des cultures et des religions, le droit international privé admet un ordre public atténué. Pourtant, il est nécessaire de souligner que cette admission ne concerne que des époux étrangers qui se marient dans leur pays dont la loi nationale admet la légitimité de la polygamie. Ceci s'explique par le fait que cette dernière constitue un délit tant en France⁸⁸ qu'en Chine⁸⁹.

85. En vue de contrôler radicalement la bigamie, certaines mesures ont été adoptées. Dans les deux pays, l'autorité publique s'engage à vérifier la situation familiale du futur couple. Hormis cette mesure préventive assurée par l'institution administrative, les Français disposent d'un droit d'opposition aux mariages⁹⁰ (v. infra n°132 et s.).

86. En outre, les omissions de l'agent du bureau des affaires civiles sont punies selon le règlement d'application de l'enregistrement du mariage en Chine, l'article 18 prévoyant une sanction disciplinaire administrative imputable à cet agent. Les sanctions peuvent être divisées en six peines plus ou moins lourdes : l'avertissement, le blâme, le blâme grave, la déqualification, la destitution, le licenciement. En France, une amende de 1500 euros maximum (3 000 euros en cas de récidive) est prévue pour les contraventions de 5^e classe en vertu des articles 131-13 et 132-11 du Code pénal.

87. En comparaison, la sanction française semble plus lourde et plus pertinente que celle en Chine qui laisse apparaître certains inconvénients. Comme la sanction disciplinaire administrative fait partie des règlements intérieurs de l'autorité publique, les résultats ne doivent pas nécessairement être montrés au public. Même si l'on connaît le contenu de cette peine, il est difficile de savoir quelle sera la sanction exacte parmi ces différents classements. En raison de la nature du règlement intérieur, la procédure reste cachée, de sorte qu'il y a de fortes chances que la sanction soit légère, voire supprimée. En conséquence, la sanction ne resterait que sur le papier. Dans ce cas-là, la mesure permettant de contrôler la bonne foi de l'officier du bureau des affaires civiles semble moins efficace que celle en France.

⁸⁸ C. pén., art 433-20

⁸⁹ C.pén. RPC, art. 258, Le fait, pour une personne engagée dans les liens d'un mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'au maximum deux ans d'emprisonnement.

⁹⁰ C.civ., art 172.

ii. La parenté ou l'alliance à un degré prohibé

88. Pour des raisons d'ordre eugénique et moral, il existe des prohibitions au mariage résultant d'un lien de parenté ou d'une alliance. S'agissant du champ d'interdiction, le droit français n'a pas les mêmes dispositions que le droit chinois.

89. Au regard de l'ancien système chinois, l'empêchement au mariage était moins rigoureux. En effet, le mariage entre membres d'un même clan était largement accepté, surtout par les familles riches, pour que leur patrimoine familial soit conservé. Mais, ce mariage se bornait à la parenté en ligne collatérale, notamment entre les cousins qui ne portaient pas le même nom.

De nos jours, le mariage entre cousins germains n'est plus autorisé avec l'article 7 aliéna 1 du droit du mariage : « Le mariage est interdit lorsqu'il existe, entre les deux parties, un lien de parenté en ligne directe, ou un lien de parenté en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré de parenté. » Cette condition est moins stricte que celle du droit de 1950 qui disposait que « les cas de prohibition de mariages collatéraux jusqu'au 5^e degré se résolv[aient] d'après la coutume ». Parallèlement, cette condition est plus sévère, parce que l'ancien article faisait appel à la coutume et permettait un certain nombre de dérogations.

90. Dans la société occidentale, le droit canonique a manifesté, sur le sujet, une rigueur particulière, interdisant le mariage entre parents jusqu'au septième degré canonique (correspondant au quatorzième degré français et à un cousinage très éloigné).

Au fil du temps, cette prohibition s'est allégée. Les articles 161 à 163 du Code civil prévoient clairement les cas d'empêchement au mariage: en ligne directe entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même lignée ; en ligne collatérale entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs, entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce.

Compte tenu du désordre moral provoqué, le droit français étend cet empêchement entre adoptés et adoptants: l'adoption fait subsister certains empêchements au mariage dans une famille liée par le sang⁹¹.

91. Pourtant, des dérogations sont envisageables dans certains cas, par le droit français. Il existe de nombreuses prohibitions de l'alliance dans la famille biologique: le mariage entre alliés en ligne directe si la personne ayant créé l'alliance est décédée; le mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce; s'agissant de l'alliance fondée sur l'adoption simple : le mariage entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et l'enfant de l'adoptant ; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, ou entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté lorsque l'alliance a été rompue par décès.

Il faut souligner que la rigueur envers l'empêchement au mariage entre ascendants et descendants en ligne directe, de même qu'entre adoptant, adopté et ses descendants, entre frère et sœur, entre frères et entre sœurs n'est pas susceptible d'être atténuée.

92. Le requérant se charge de justifier de tels empêchements en montrant la grave incidence sollicitée par l'empêchement. Parmi eux, les intérêts de l'enfant restent prioritaires. En outre, « l'amélioration de la position devant résulter du mariage pour l'un des futurs époux, l'assistance assurée aux ascendants, les intérêts d'une exploitation agricole, la cohabitation des parties, etc., sont également pris en compte comme un motif raisonnable »⁹² avec l'opinion publique et l'avis de l'entourage etc. L'enquête est alors prise en charge par le procureur de la République. Enfin, le Président de la République délivre la dispense après enquête et avis préalable.

93. Par rapport aux dispositions françaises, nous observons que les empêchements au mariage dans la famille par le sang, en Chine, sont plus étendus: la prohibition de l'inceste porte même entre les cousins alors que le mariage entre cousins germains est autorisé en droit français. Nous pouvons trouver la justification de ce régime strict en combinant l'eugénisme et la politique de l'enfant unique en Chine.

⁹¹ C.civ., art. 356, al. 1^{er}.

⁹² Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 89, n°112.42.

Le principe du planning géographique contient en effet deux sens: L'un est de contrôler les naissances, l'autre d'assurer la qualité de l'enfant né. Plus précisément, comme chaque famille ne peut qu'avoir un seul enfant, l'état de santé de cet enfant unique compte plus que dans les familles où il est permis d'en avoir plusieurs. Comme l'a montré la découverte scientifique, chez les enfants issus de couples consanguins, le risque de certaines maladies est plus élevé, telles que l'hydrocéphalie, l'hémophilie, les maladies neurologiques, etc.⁹³; ainsi, le législateur chinois préfère ne pas prendre le risque d'admettre les mariages entre cousins germains, car la procréation occupe encore une place importante au sein du couple. C'est aussi pour cette raison qu'aucune dispense n'est prévue en droit chinois.

Toutefois, ce régime rigoureux touche plus fortement la liberté du mariage qu'en droit français. Avec l'atténuation de la dureté du système de contrôle des naissances des enfants, ces dernières années, nous nous demandons s'il est aussi possible d'abaisser la prohibition de certains mariages par le sang en informant les futurs époux sur les risques que peuvent avoir les enfants.

94. S'agissant des prohibitions consécutives à une adoption, à la différence de son interdiction en droit français, à défaut d'articles qui expriment clairement l'empêchement au mariage en raison de l'adoption, la réponse reste ambiguë en droit chinois. Or, lorsque nous analysons les termes utilisés dans les articles visés, nous nous apercevons que le législateur met l'accent sur l'empêchement dû au lien du sang. La filiation issue de l'adoption ne produit naturellement pas de lien biologique, mais un lien sociologique. Ainsi, nous supposons qu'*a priori*, les clauses de l'empêchement au mariage ne visent pas l'adopté ni sa famille adoptive.

De ce fait, il nous semble que la législation chinoise sur l'empêchement au mariage se fonde plutôt sur la raison de l'eugénisme, alors que l'idée du législateur français penche vers la liberté du mariage et la stabilité de l'ordre moral de la société. À notre avis, bien qu'un mariage dans la famille de l'adoptant ne porte pas atteinte au principe de l'eugénisme, les incidences risquent de troubler l'ordre social et la paix des familles.

⁹³ Le risque d'hydrocéphalie est 13 fois plus élevé, l'hémophilie 11 fois plus fréquente, la maladie de Duchenne 8 fois, les maladies neurologiques 7 fois et les anémies congénitales trois fois.

95. En comparant les règles de fond entre le droit chinois et le droit français, nous avons conscience que le régime en Chine est plus néfaste à la liberté du mariage qu'en France. Les exigences de l'état de santé, le sexe des futurs époux ou la prorogation de l'âge légal du mariage par rapport à la majorité civile y mettent des obstacles.

Également, bien que pour des raisons d'ordre eugénique ou de puberté légale, le législateur des deux pays interdit l'inceste et le mariage entre mineurs; et pour des raisons graves, le droit français laisse la possibilité de la dispense. D'une certaine façon, cette dérogation contribue à atténuer les restrictions légales à la liberté de se marier. En Chine, en revanche, aucune dispense n'est prévisible pour lever le seuil de l'âge ou pour réduire la rigueur du mariage d'inceste, car, pour le législateur chinois, une fois la brèche ouverte, compte tenu du grand nombre de Chinois, il serait difficile de contrôler la bonne exécution de la dérogation. Par conséquent, l'autorisation conditionnelle du mariage avant l'âge légal tendrait à généraliser indirectement les mariages entre mineurs.

Paragraphe 2. Les conditions de forme

96. Le mariage est un acte solennel entraînant des effets matrimoniaux importants. D'une certaine façon, la vie matrimoniale est liée à la sécurité de la société. En vue de bien encadrer le mariage, en France et en Chine, certaines formes plus ou moins complexes sont prévues.

A. La formalité préalable

97. En droit français comme en droit chinois, une formalité préparatoire au mariage est prévue. Il convient de la diviser en deux; l'une est facultative: les fiançailles (a); l'autre est obligatoire: la procédure administrative du mariage (b).

a. Les fiançailles

98. Les fiançailles constituent une promesse de mariage. En même temps, « la variété classique, "bourgeoise" met l'accent sur l'annonce du projet de mariage au groupe

social, et sur la préparation morale, matérielle, voire religieuse de l'union future »⁹⁴. Pourtant les fiancés ne sont pas tenus de se marier, puisque cette promesse n'a pas de force obligatoire. Ce principe a été fixé par un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1838: « Toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages. »

99. Dans la culture chinoise, les fiançailles existent depuis longtemps. Elles passent d'une période d'engagement à une période relativement libre. Sous le régime du féodalisme, en Chine, les fiancés étaient tenus de se marier, sinon l'auteur de la rupture pouvait être condamné. En vertu du droit de la dynastie Ming, si le fiancé n'épousait pas sa fiancée dans les trois ans sans motif légitime, cette dernière pouvait se marier avec un tiers sans restituer les cadeaux⁹⁵.

Actuellement, en droit chinois, l'obligation des fiançailles a été abandonnée, évitant ainsi les mariages arrangés. Toutefois, ces dernières années, elles deviennent à nouveau une tendance incontournable chez les jeunes sous l'influence de la culture occidentale.

En Chine et en France, les fiançailles demeurent une réalité sociologique sans produire les effets liés au mariage

100. Le Code civil français et le droit du mariage chinois restent muets à propos des fiançailles. Cependant, les jurisprudences françaises tranchent certaines questions en vue de remédier à leur absence dans le droit positif. Elles attachent à la promesse du mariage quelques « effets de droit limité »⁹⁶.

101. Nous nous intéressons surtout à la responsabilité engagée en cas de rupture unilatérale des fiançailles. Selon les circonstances de la dissolution, l'attitude du juge n'est pas similaire. De prime abord, à défaut d'obligation des fiançailles, aucune exécution n'est imposée à l'auteur de la rupture. En revanche, les circonstances de la rupture de la promesse peuvent être considérées comme fautives au sens des articles

⁹⁴ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 48, n°174.

⁹⁵ Les présents offerts par le fiancé à la famille de sa future épouse sont appelés « Cai Li » (彩礼).

⁹⁶ Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON et Thomas JANVILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, 8^e éd., 2012, p.91, n°110.

1382 et 1383 du Code civil⁹⁷, de sorte que des dommages-intérêts peuvent être prononcés pour réparer les préjudges subis par les victimes. Par exemple, si les fiancés ont eu un enfant, ou si la fiancée est enceinte ou encore si la rupture est proche de la date du mariage, il appartient au juge d'estimer le motif de cette rupture et d'en examiner la gravité au cas par cas.

102. Pour ce qui est de l'indemnisation en cas de rupture, la preuve des fiançailles est indispensable, car celles-ci sont susceptibles d'être confondues avec un simple concubinage. « Il apparaît qu'une frontière entre la rupture des fiançailles et celle du concubinage demeure et le choix de l'une ou de l'autre peut avoir un impact sur le succès de l'action en responsabilité civile.»⁹⁸ Dans un arrêt du 8 décembre 2009 de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁹⁹, le juge a apporté une précision assez stricte pour qualifier les fiançailles. Selon lui, trois conditions sont cumulables: les formalités administratives, les dépenses habituelles ainsi qu'une annonce publique de la cérémonie. En l'espèce, ces trois conditions n'étaient pas réunies. Malgré la naissance d'un enfant commun, le juge a considéré la vie en concubinage et non les fiançailles.

103. À l'exception des interrogations relatives à la responsabilité de la rupture unilatérale des fiançailles, la question se pose aussi par rapport aux cadeaux reçus lors des fiançailles. Il existe, en général, trois catégories de présent: les présents d'usage, qui ne sont pas susceptibles d'être restitués en raison de leur faible valeur ; les cadeaux de valeur, aux termes de l'article 1088 du Code civil, « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ». S'agissant de la bague de fiançailles, elle est classée selon différents éléments (valeur, auteur de la rupture, bijou de famille, etc.).

104. En Chine, les lois ne parviennent pas à s'adapter aux pratiques, ce qui implique des réponses imprécises. En 2003, la 2^{ème} « Interprétation judiciaire »¹⁰⁰ sur le droit du mariage a été publiée par la Cour Populaire Suprême, dont l'objet était de compléter le

⁹⁷ CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, n°03/01005 : JurisData n°2005-278689 ; Dr. famille 2005, comm. 235, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

⁹⁸ Caroline SIFFREIN-BLANC, *Le concubinage et la naissance d'un enfant commun ne suffisent pas à caractériser une promesse de mariage*, Dr. famille 2010, comm. 110.

⁹⁹ CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., sect. A, 8 déc. 2009, n°08/14934 : K. c/ B. : JurisData n°2009-018290 ; Dr. famille 2010, comm. 110, note Caroline SIFFREIN-BLANC.

¹⁰⁰ 2^{ème} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage publiée par la Cour Populaire Suprême, 26 déc. 2003.

droit du mariage amendé en 2001. L'article 10 de cette « Interprétation » dispose qu'à défaut d'enregistrement du mariage, l'intéressé pourra demander la restitution des cadeaux après la séparation.

105. Nous observons que les fiançailles ne profitent pas d'un statut juridique dans le droit civil français ni dans le droit du mariage chinois, les jugements rendus mettent en lumière certaines questions issues de ce phénomène négligé par le droit commun en France, leur rupture pouvant dans certains cas, produire des conséquences juridiques, notamment dans le cas d'une rupture abusive. En revanche, en Chine, à défaut de jurisprudence ou d'explications judiciaires, lors de la rupture des fiançailles, la responsabilité civile ne peut en aucun cas être engagée.

Néanmoins, d'éventuels dommages-intérêts en France mettent, mais dans une faible mesure, un obstacle à la liberté du mariage, parce que « les futurs époux doivent toujours avoir leur pleine indépendance lorsqu'ils se présentent devant l'officier de l'état civil, et tout élément susceptible de peser sur leur volonté doit être banni »¹⁰¹. En Chine, le non-droit des fiançailles illustre la liberté totale des individus avant le mariage.

En réalité, les effets juridiques des fiançailles, notamment les conséquences de leur rupture, est à double tranchant. Le législateur français demeure discret au regard de certaines situations extrêmes, alors que le législateur chinois préfère donner un régime favorable sans prévoir d'incidence liée à la rupture.

b. La procédure obligatoire

106. En raison de son importance pour la société comme pour les individus, un mariage doit être inscrit par l'institution administrative en Chine comme en France. Avant la célébration du mariage devant l'autorité publique, il est nécessaire de préparer certaines formalités préalables plus ou moins complexes dans les deux pays.

¹⁰¹ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 54, n°111.70.

1. Les formalités préparatoires effectuées par les futurs époux

107. Les futurs époux dans les deux pays sont tenus de préparer les pièces nécessaires, en France pour procéder à la publication et à l'audition préalable et en Chine pour les faire examiner par un officier du bureau des affaires civiles le jour même de l'enregistrement du mariage.

108. De nombreux documents et justificatifs sont demandés dans les deux pays. À l'issue du nouveau règlement d'application de l'enregistrement du mariage en 2003, trois papiers sont exigés en Chine: le livret de famille, la carte d'identité et la déclaration signée pour affirmer que les couples ne dérogent pas à l'empêchement au mariage. Avant ce nouveau règlement, un quatrième document était requis: l'attestation délivrée par le Danwei (l'unité du travail) ou le Comité de résidents, prouvant la situation célibataire des deux époux.

Cette disposition était incohérente avec l'idée de l'autonomie du mariage du nouveau règlement. Parallèlement, elle était contradictoire avec la simplification et la liberté du mariage. Elle a donc été supprimée par le règlement de 2003.

En France, les futurs époux se chargent également de préparer certaines pièces, telles que l'acte de naissance, la pièce d'identité, la justification du domicile et la liste des témoins.

2. Les formalités préparatoires effectuées par l'autorité publique

109. Aux termes de l'article 63 du Code civil français, le projet de mariage doit être publié. La surveillance des tiers a pour objet d'assurer le bon respect des conditions de fond du mariage des futurs époux. Par ailleurs, les oppositions restent admissibles selon les conditions prévues par la loi.

Plus concrètement, une affiche contenant les informations stipulées par l'article 63 du Code civil doit être exposée pendant dix jours à la mairie du lieu du mariage ainsi qu'à la mairie du domicile de chacun des futurs époux s'ils sont domiciliés ou, à défaut

de domicile, de sa résidence¹⁰². « Le procureur de la République dans l'arrondissement duquel sera célébré le mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai ou de l'affichage de la publication seulement »¹⁰³. L'ignorance de la publication ne rend pas le mariage nul, mais une amende symbolique de 4,5 euros sera encourue au regard de l'article 192 du Code civil.

110. Hormis la mission de l'affichage, l'officier de l'état civil français est tenu d'organiser une audition qui est initialement prévue par la modification de la loi intervenue en 2007¹⁰⁴ pour assurer l'existence du libre consentement en amont de la célébration du mariage. Le cas échéant, l'officier pourra demander un entretien séparé. Si l'un des futurs époux est à l'étranger, il pourra déléguer à l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente son audition. « En cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180 »¹⁰⁵.

111. En Chine, une simplification de la procédure sans publication consiste à inscrire le mariage. Pourtant, l'audition est conservée pour vérifier le bon respect des conditions légales des futurs conjoints, le même jour que celui de l'enregistrement du mariage.

112. Compte tenu des procédures préparatoires des deux pays, celles en Chine sont plus simples en l'absence de publication et d'audition antérieures. Ceci facilite la procédure du mariage en donnant la pleine autonomie aux couples. De plus, au regard des nombreuses postulations au mariage qui alourdissent le travail du bureau des affaires civiles (en 2012, 132 360 000 couples ont été inscrits par l'officier chinois¹⁰⁶, tandis que ce chiffre n'était que de 241 000 en France¹⁰⁷), cette procédure simple est plus nécessaire en Chine qu'en France.

¹⁰² C.civ., art. 166.

¹⁰³ C.civ. art. 169.

¹⁰⁴ L. n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit.

¹⁰⁵ C.civ., art. 63, al. 5.

¹⁰⁶ Le reportage du sondage du bureau des affaires civiles en 2012, 16 juin 2013.

http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/gzdt/2013-06/19/content_2428923.htm

¹⁰⁷ INSEE PREMIERE, *Bilan démographique 2012 - La population croît, mais plus modérément*, N°1429, janv. 2013.

<http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1429/ip1429.pdf>

Or, cette simplification montre une facette moins préventive sur le contrôle des conditions légales du mariage. Parallèlement, le processus français n'est pas non plus invincible: « En pratique, ces publications sont peu efficaces dans les villes du moins, où elles sont peu lues »¹⁰⁸.

B. La célébration du mariage

113. Lorsque les procédures préparatoires sont achevées, la question se pose de savoir comment se déroule la célébration du mariage.

114. D'après le droit français, la cérémonie a lieu à la mairie de la commune où l'un des deux époux a son domicile ou sa résidence établie depuis un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication¹⁰⁹. Deux à quatre témoins doivent être désignés pour assister à la célébration. Les démarches sont soigneusement précisées par l'article 75 du Code civil: l'officier de l'état civil fait lecture aux futurs époux de certains articles concernant leurs devoirs, leurs droits et l'autorité parentale. Par la suite l'officier interpelle les futurs époux et leur demande s'ils souhaitent s'unir. Dans l'affirmative, leur union est déclarée.

115. Selon le règlement d'application de l'enregistrement du mariage en Chine, les futurs époux se rendent en personne au bureau des affaires civiles pour se faire inscrire. Ils peuvent réserver la date au minimum un mois avant sur le site officiel du bureau ou y aller directement. Pourtant, en raison du nombre important des postulants, une demande sans réservation peut être reportée. Durant la procédure, l'agent du bureau des affaires civiles demande aux futurs époux de montrer les documents nécessaires. Le couple doit alors remplir et signer la déclaration de la demande de mariage. Puis, l'agent examine les pièces déposées en posant des questions au couple, afin d'assurer le bon respect des conditions de fond du mariage. Enfin, le mariage est enregistré et le bureau délivre l'acte.

116. En comparant les deux procédures, la différence repose sur la présence des témoins en France, le but étant d'éviter l'erreur sur la personne. Cependant, nous nous

¹⁰⁸ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 63, n° 207.

¹⁰⁹ C.civ., art. 74.

interrogeons sur l'efficacité de ces témoins au moment de la cérémonie, dans la mesure où ils sont désignés par le couple lui-même, figurant souvent parmi leurs proches ou leurs amis. Ainsi, il peut arriver que des témoins soient les complices d'un mariage fictif. En conséquence, la présence de témoins, à notre avis, est plutôt un rituel et sa fonction s'avère relativement inutile de nos jours.

Hormis la présence des témoins, le mariage en Chine ne dispose pas non plus de procédure préparatoire; l'officier du bureau des affaires civiles se doit de vérifier sur place la validité des documents. Il s'engage en même temps à garantir le bon respect des conditions légales du mariage prévues par la loi. Ce travail semble « surchargé » et « surréaliste ».

En France, chaque cérémonie est préparée pendant un certain temps, ce qui permet à l'officier de l'état civil de constater les éléments importants. La célébration du mariage en Chine ressemble plutôt à un travail à la chaîne: l'officier reçoit les futurs époux dans la même pièce. Durant quelques minutes, il est tenu de vérifier les conditions de fond et de forme du mariage des futurs époux. Ainsi, tantôt il est médecin pour estimer si l'état de santé des membres du couple les autorise à se marier, tantôt il se transforme en psychologue pour connaître le motif du mariage en vue d'écarter les unions forcées ou fictives. Même si cet officier est formé en amont, nous nous méfions de la fiabilité de son travail en raison de la limite du temps.

Sous-section II. L'exigence d'une intention conjugale et la remise en cause du mariage

117. L'intention conjugale illustre que les époux se marient en se fondant sur l'ambition d'une future vie commune à long terme. En revanche, en Chine comme en France, il existe des mariages qui sont conclus dans le but d'utiliser le statut du mariage pour bénéficier de certains avantages qui lui sont attachés. Nous envisageons dans le premier paragraphe de cette sous-section d'approfondir ce phénomène, ces conséquences, ainsi que les mesures prises pour lutter contre sa pratique.

En outre, dans le deuxième paragraphe, nous verrons la remise en cause du mariage à célébrer par l'opposition en France et l'anéantissement du mariage dans les deux pays.

Paragraphe 1 La prohibition du mariage sans intention conjugale

118. Le consentement au mariage ne doit pas être réduit à un accord verbal, le consentement signifie également l'intention des époux de vivre une vie conjugale avec un lien affectif. En parallèle, ces derniers sont tenus de respecter les devoirs et les droits issus du mariage.

A. Le mariage sans intention conjugale

119. Lorsqu'un mariage est conçu dans le seul but d'une intention autre que conjugale, il entre dans la catégorie du mariage simulé qui doit être prohibé tant en Chine qu'en France.

120. Ces dernières années notamment en France, le motif du mariage simulé se fonde souvent sur l'acquisition de la nationalité ou l'obtention d'une carte de résident, de sorte qu'une nouvelle branche du mariage fictif a été créée sous le nom du « mariage gris ».

Par la suite, la question se pose sur la conséquence tirée du mariage fictif. Par ailleurs, afin de lutter contre le mariage simulé et le mariage gris, le législateur des deux pays met en œuvre certaines mesures.

a. Le mariage fictif

121. « Le mariage fictif vise des personnes qui se présentent devant un officier de l'état civil après avoir rempli toutes les formalités précédant le mariage, répondent positivement à sa question alors qu'elles n'ont aucunement l'intention d'entrer dans l'institution du mariage.»¹¹⁰ En effet, il peut arriver que les deux conjoints contractent intentionnellement un mariage dans le seul but de profiter d'un avantage issu de cette union. De même façon, un des époux peut ne pas avoir l'intention conjugale, contrairement à l'autre conjoint qui a la volonté de s'engager dans la vie matrimoniale.

122. La notion de mariage fictif existe depuis un certains temps. Les motifs diffèrent en Chine et en France.

En France, nous connaissons des cas où les conjoints n'ont pas l'intention de fonder une union, mais de profiter des avantages fiscaux, alors qu'en Chine, les motifs portent souvent sur l'acquisition d'un logement distribué par le Danwei (unité de travail).

Les divers motifs, dans les deux pays, proviennent effectivement des différents régimes tant sur le plan social que fiscal. Tout d'abord, à la différence du droit fiscal chinois où quelle que soit la situation familiale des individus, l'impôt sur revenu frappe chaque personne physique sans différence, l'impôt est calculé en fonction de la tranche des revenus de l'employé auxquels on applique un abattement fiscal, qui est de de 3 500 yuans ; les deux conjoints français ne sont plus imposés individuellement mais sur la base d'un revenu imposable commun. Un tel régime est avantageux par rapport à celui de l'impôt individuel : l'impôt total est divisé en deux, ce qui permet aux mariés de profiter d'une tranche inférieure. L'avantage fiscal devient alors un motif pour conclure un mariage simulé en France. Mais, depuis que le pacsé peut profiter d'avantages proches du régime matrimonial, ce motif a progressivement disparu.

Quant à la Chine, quelques personnes se marient pour acquérir un logement distribué gratuitement par le Danwei. Ce profit fait partie d'un des avantages des entreprises étatiques. Pourtant, en raison du déséquilibre entre le nombre de logements à distribuer et la quantité de demande, certains critères sont pris en compte, notamment la situation familiale. Ainsi, ce bénéfice a fait naître des mariages simulés.

123. Les motivations qui apparaissent sont diverses, et elles évoluent avec le temps. Ces dernières années, en France, les mariages simulés liés à l'immigration sont de plus en plus nombreux. Plus précisément, le motif portant sur l'acquisition de la nationalité ou d'une carte de séjour est nommé « mariage gris ».

La notion de mariage gris a été inventée par le ministre de l'immigration, Eric BESSON, en 2009. Il s'agit d'un mariage conclu entre une personne de bonne foi résidant de façon régulière en France (qu'elle soit française ou étrangère), abusée dans

¹¹⁰ Guy RAYMOND, Fasc. unique : *MARIAGE – Les conditions à réunir dans la personne des époux*, JCI civil Code, Art. 144 à 147. n°90.

ses sentiments, et une personne dont l'objectif est d'obtenir un titre de séjour ou la nationalité française¹¹¹.

124. À l'inverse de cette situation inquiétante issue de l'abondance du « mariage gris » en France, ce genre de mariage simulé est très rare en Chine, car ce pays n'est pas convoité par les immigrants.

De plus, le mariage mixte y est moins répandu qu'en France. Un rapport¹¹² éclaire la situation française: de 1999 à 2003, le nombre de mariages célébrés entre Français et ressortissants étrangers a augmenté de 62%. Sur 275 000 mariages célébrés, près de 50 000 sont des mariages mixtes. Dans le même temps, 45 000 autres mariages ont été contractés à l'étranger par des Français, essentiellement avec des ressortissants étrangers. Les chiffres sont impressionnants: près d'un mariage sur trois en France est un mariage mixte.

b. Les conséquences tirées du mariage fictif

125. Une fois qu'un mariage est jugé simulé, la nullité absolue en France est déclarée. Il est à souligner que cette nullité se fonde sur l'article 146 du Code civil et non sur l'article 180 du même code¹¹³. Cette option contribue à élargir les titulaires de l'action dans le but de lutter contre le mariage simulé, car seuls les époux ou l'un entre eux ou encore le ministère public peuvent invoquer l'article 180. Quant à l'article 146, il s'agit d'un motif de nullité absolue, l'action s'ouvrant à tous ceux qui y trouvent un intérêt. En conséquence, dans le cadre d'un mariage simulé concernant un couple de mauvaise foi, un tiers a la faculté d'attaquer ce mariage.

126. Or, en Chine, la situation s'avère plus délicate, puisque dans la liste limitative de la nullité du mariage prévue par l'article 10 du droit du mariage (v. infra n°144), le défaut du consentement n'est pas pris en compte par le législateur. Ainsi, un des conjoints de bonne foi ne peut que demander le divorce en invoquant le dol imputable à

¹¹¹ Dépêches Juris Classeur, 25 nov. 2009, 1192.

¹¹² Rapp. AN n°2967, 15 mars 2006 relatif au contrôle de la validité des mariages.

¹¹³ Cass. 1re civ., 6 janv. 2010, n°08-19.500 : JurisData n°2010-051006.

l'autre membre au regard de l'article 4 de l'« Interprétation judiciaire » sur la rupture du lien affectif¹¹⁴ (v. supra n°47).

127. En tenant compte des conséquences du mariage fictif dans les deux pays, nous avons conscience qu'il existe un défaut qui porte sur le fait que dans le cas d'un mariage simulé conclu par deux époux de mauvaise foi, aucun tiers ne peut remettre en cause un tel mariage. Il s'agit d'une lacune dangereuse qui laisse la possibilité aux époux de se marier dans un but purement financier, sans n'avoir aucune contrainte, en Chine.

B. Les mesures mises en œuvre contre le mariage fictif

128. L'institution administrative joue actuellement un rôle considérable pour lutter contre le mariage fictif.

En France, si une demande en mariage est considérée comme une situation irrégulière, l'officier de l'état civil est tenu de saisir le procureur qui va décider « soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa célébration »¹¹⁵. En revanche, en Chine, le pouvoir de l'officier du bureau des affaires civiles lui permet de refuser de délivrer l'acte de mariage, lorsqu'il considère que la situation est anormale¹¹⁶.

129. En comparant les mesures préventives visant la prohibition du mariage simulé dans les deux pays, il nous semble que le pouvoir étendu de l'officier chinois devient lui-même source d'inquiétude, parce qu'il peut arriver qu'un agent abuse de son pouvoir en refusant un mariage. En conséquence, cette situation éventuelle risque de porter atteinte à la liberté du mariage. Cependant, les mesures mises en place contre le mariage simulé en France n'apparaissent pas non plus invincible, car dans l'hypothèse où une postulation est estimée douteuse, le mariage peut s'avérer perturbé en raison de la lenteur de la procédure qui suit, tout au moins, la décision faite par le procureur au regard de son enquête assure un résultat fiable et juste.

¹¹⁴ T. peuple de base de Wugang dans la province de Hunan, 28 avril 2009, (2009) 武法民初字第86号.

¹¹⁵ C.civ., art. 175-2.

¹¹⁶ Le règlement d'application de l'enregistrement du mariage, art.7.

130. En ce qui concerne le mariage gris, une série de mesures ont successivement été publiées en France. Tout d'abord, les lois « Pasqua » du 22 juillet, du 24 août 1993 et du 30 décembre 1993, ont été modifiées à plusieurs reprises par les lois du 26 novembre 2003, du 24 juillet 2006, du 14 novembre 2006 et du 16 juin 2011. Comme l'objet du mariage gris porte sur la nationalité française, comment rendre ce mariage moins attirant? De même, se heurter à sa conclusion devient le but essentiel de la législation.

Le législateur français commence par éloigner le lien entre nationalité et mariage. À l'exception de plusieurs conditions sévères avec de multiples documents à fournir, l'obtention de la nationalité a été allongée de six mois au début à quatre années aujourd'hui, à compter du jour du mariage. Par ailleurs, une connaissance suffisante de la langue française est un critère ayant été ajouté par la loi du 16 juin 2011 sur l'immigration et la nationalité¹¹⁷. De même, les conditions de l'acquisition du titre séjour sont adoucies.

Enfin, la protection est consolidée par la sanction pénale : cinq ans d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Lorsque l'infraction est commise en bande organisée, les punitions sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende¹¹⁸.

Paragraphe 2. La remise en cause du mariage à célébrer et du mariage validé.

131. En vue de sanctionner le mariage qui ne respecte pas les textes législatifs prévus par les lois, les législateurs chinois et français prévoient des mesures pour remettre en cause un mariage validé (B). En France, en vue de protéger le mariage contre les vices du consentement, ainsi que le mariage simulé, une mesure préventive a été mise en place (A).

A. La remise en cause du mariage à célébrer – l'opposition

132. Avant la cérémonie du mariage, selon le droit français, une opposition strictement stipulée par la loi s'ouvre à certaines personnes.

¹¹⁷ L. n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

¹¹⁸ C. étrangers, art. L.623-1.

Plus précisément, l'opposition se définit comme « un acte juridique par lequel une personne légalement habilitée signale à l'officier d'état civil l'existence d'un empêchement au mariage afin de l'obliger à surseoir à la célébration du mariage»¹¹⁹. En parallèle, l'opposition est un acte grave, puisqu'elle est susceptible de conduire à l'échec du mariage.

a. Les titulaires de l'opposition

133. Comme la nature juridique de l'opposition porte atteinte à la liberté du mariage, en raison du souci de l'abus du droit, les titulaires sont limitativement désignés aux termes des articles 172-175.1 du Code civil. Certains membres de la famille ainsi que le ministère public sont autorisés à faire opposition.

1. De la part de famille

134. Le droit visant à faire opposition appartient, en premier lieu, au père et à la mère. Si ceux-ci sont décédés ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ce droit est transmis aux aïeuls et aïeules¹²⁰. Le motif basé sur le non-respect du fond ou de la forme du mariage doit être sérieux et légitime. En revanche, le motif lié à l'ordre public, à la religion, à la famille ou à la santé n'est pas accepté. D'autre part, l'un des futurs conjoints est habilité à faire opposition en raison d'un mariage forcé ou de la bigamie¹²¹.

135. Hormis l'ascendant et l'un des futurs époux, d'autres personnes peuvent effectuer ce droit dans des conditions limitativement encadrées.

Les membres les plus proches (le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs) en l'absence d'ascendants, peuvent former une opposition pour seulement deux motifs: lorsque le consentement du conseil de famille sur le mariage du mineur sans père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules n'a pas été obtenu, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Concernant la démence

¹¹⁹ Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON et Thomas JANVILLE, *op.cit.*, p. 140, n°180.

¹²⁰ C.civ., art. 173, al.1^{er}.

¹²¹ C.civ., art. 172.

habituelle du futur époux, cette opposition provoque en même temps l'ouverture de la tutelle¹²².

Enfin, avec l'autorisation du conseil de famille, le tuteur ou le curateur peut s'opposer au mariage¹²³.

2. De la part du ministère public

136. Depuis la loi du 24 août 1993¹²⁴, le ministère public a la faculté de former une opposition au mariage dans tous les cas¹²⁵. L'intervention du ministre public a fait un grand bruit. La question a porté, par la suite, sur sa conformité avec la constitutionnalité. Comme il peut vérifier le consentement et la motivation d'un mariage, il s'immisce dans le libre exercice du droit au mariage. La préoccupation existe aussi en raison de l'effet de l'opposition qu'entraînerait la nullité du mariage.

Finalement, un arrêt du conseil constitutionnel¹²⁶ a tranché ce débat en prononçant sa constitutionnalité. Le Conseil a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté du mariage, mais que la faculté donnée au ministère public de « s'opposer à des mariages qui seraient célébrés en violation de règles d'ordre public ne [pouvait] être regardée comme portant une atteinte excessive à la liberté du mariage »¹²⁷. Selon le conseil, « l'atteinte est possible en effet, pourvu qu'elle ne soit pas disproportionnée au regard des objectifs poursuivis »¹²⁸.

137. Or, l'officier de l'état civil ne dispose pas du droit de l'opposition en France. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹²⁹, l'exécution de l'opposition d'un tel agent « porte atteinte à une liberté fondamentale, celle du droit au mariage, [et] constitue une

¹²² C.civ., art. 174.

¹²³ C.civ., art. 175.

¹²⁴ L. n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

¹²⁵ C.civ., art. 175-1.

¹²⁶ Cons. const., déc., n°2012-261 22 juin 2012 QPC : JurisData n°2012-014290; JO 23 Juin 2012.

¹²⁷ Cons. const., déc., n°2012-261 22 juin 2012 QPC, Consid. 9.

¹²⁸ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La constitutionnalité des articles 175-1, 146 et 180 du Code civil*, Dr. famille 2012, comm. 132.

¹²⁹ CA Paris, 14e ch., sect. B, 14 mars 2003, n° 2003/02149: JurisData n°2003-224375 ; Dr. famille 2004, Comm.46, note, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

voie de fait qu'il appartient au juge des référés de faire cesser ». En revanche, au regard de l'article 175-2 du Code civil, l'officier peut saisir sans délai le procureur de la République, lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer la légitimité d'un tel mariage.

b. Les effets de l'opposition

138. À la différence d'un avis officieux, une opposition doit apparaître sous forme d'acte et mentionner plusieurs informations précises sur le fondement de l'article 176 du Code civil¹³⁰. Lorsque l'opposition est faite en application de l'article 171-4 du même code, le ministère public fait élection de domicile au siège de son tribunal. Cet acte est signifié par voie d'huissier à la personne ou au domicile des parties et à l'officier d'état civil¹³¹. Après une année révolue, l'acte d'opposition cesse d'être effectif. Il peut être renouvelé, mais il ne s'applique pas au cas de l'opposition faite par le ministère public.

139. Une fois qu'un officier de l'état civil reçoit un acte d'opposition régulier en forme, il est tenu de surseoir à la célébration sous peine d'une amende de 3000 euros et de dommages-intérêts¹³². Il appartient à l'officier de l'état civil d'estimer par la suite le bien-fondé d'une telle opposition. Parallèlement, les futurs époux qui assument l'opposition peuvent demander la mainlevée de l'opposition auprès du TGI qui sera obligé de donner une réponse dans les dix jours de la saisine¹³³.

140. En Chine, la procédure de l'opposition n'existe pas. En aucun cas, un tiers n'a la faculté de s'opposer à un mariage. En fait, le seul titulaire de l'opposant est l'officier du bureau des affaires civiles (v. supra n°128).

Il nous semble que l'opposition serait une mesure nécessaire en Chine, dans le but d'atténuer la préoccupation venant du mariage fictif. Comme nous l'estimions dans la partie précédente (v. supra n°127), en raison de l'ignorance du législateur chinois, aucune possibilité n'existe pour faire annuler un mariage simulé. Ainsi, à défaut de

¹³⁰ Tout acte d'opposition énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former. Il contient également les motifs de l'opposition, reproduit le texte de loi sur lequel est fondée l'opposition et contient élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré.

¹³¹ C.civ., art. 66.

¹³² C. civ., art. 68.

sanction, une mesure préventive paraît indispensable pour réduire le risque de valider un mariage sans intention conjugale. Par ailleurs, l'opposition peut être formulée pour surveiller le respect des conditions légales par les futurs époux.

Or, le régime de l'opposition n'est pas invincible, puisqu'au regard de ses effets, elle nuirait au principe de la liberté du mariage. De ce fait, la liste des personnes habilitées à faire opposition est limitative en droit français, seuls les proches qui connaissent bien les époux ont le droit de former une opposition. Parallèlement, le législateur français prévoit, en cas de mainlevée, que l'opposition cesse de produire effet. Enfin, lorsque les obstacles à la célébration du mariage ont été levés, la cérémonie peut avoir lieu.

B. La remise en cause du mariage après la célébration : la nullité

141. La sanction réparée consolide le principe qu'un mariage soit bien fondé. Plus précisément, « la nullité est la conséquence de l'absence ou de l'irrégularité de l'une des conditions de formation du mariage »¹³⁴. Comme les effets juridiques de la nullité sont particulièrement graves, son application est énumérée de manière limitative.

a. La nullité du mariage dans les deux pays

142. La nullité du mariage est prévue en droit chinois comme en droit français, mais il existe des diversités reposant non seulement sur l'appellation mais aussi sur l'application.

1. La nullité du mariage en Chine

143. En Chine, est appliquée à la nullité la distinction qui oppose le mariage nul et le mariage révoqué, les soumettant ainsi à des régimes différents.

¹³³ C. civ., art. 177.

¹³⁴ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 81, n°230.

Le système de la nullité a été introduit pour la première fois dans l'amendement du droit du mariage de 2001 prévu aux articles 10 à 12.

144. S'agissant du mariage nul en Chine, la liste est exhaustive. Quatre cas sont énumérés par la loi: 1) La bigamie ; 2) Les liens de parenté interdits au mariage ; 3) Ceux ou celles atteints, avant le mariage, de maladies médicalement considérées comme inaptes au mariage; 4) Ceux ou celles qui ne sont pas encore en âge légal de se marier.

145. Le droit du mariage ne prévoit pas la prescription de l'action en nullité. Nous nous interrogeons sur le délai de prescription qui s'y applique. À défaut d'une prescription qui dispose autrement, on se réfère au droit commun. En vertu de l'article 135 du Code civil de la RPC, la prescription de l'action civile est valable deux ans. L'article 137 du même code précise que la prescription court à compter du moment où la victime est au courant du préjudice qu'elle a subi. Ce délai maximum est de 20 ans à partir du moment où ce dommage a eu lieu. Dans la crainte de plonger le mariage dans un état instable, l'article 8 de la 1^{ère} « Interprétation » de 2001 sur le droit du mariage dispose que « si les éléments invoqués pour la nullité du mariage ont disparu au moment de la demande, l'action ne sera plus recevable »¹³⁵.

146. Quant au mariage révoqué, la violence est le seul motif prévu par le droit chinois. Elle vise la violence tant physique que psychologique utilisée pour imposer le mariage. S'agissant des actes de violence, ils contiennent l'atteinte à la santé, à la réputation, ou aux biens de l'un des époux ou de leur proches, etc. Il faut souligner que ce motif ne peut être invoqué que par l'un des époux. La prescription de la révocation porte sur un an. Si l'acte de la victime est restreint, ce délai court à compter du jour de la liberté de cette dernière.

147. Sur le fondement de l'article 12 du droit du mariage, si une union a été déclarée nulle par une action en nullité ou par une action en révocation, elle est considérée comme n'ayant jamais existé. L'effet rétroactif de la révocation du mariage est apparemment atypique, montrant « la sincérité du droit et la sévérité auprès du mariage illégal »¹³⁶.

¹³⁵ T. peuple de base du district de Huanjiang dans la province de Hunan, 7 nov. 2011, (2011) 浣民一初字第695号.

¹³⁶ Huang Songyou, *op.cit.*, p. 50.

2. La nullité du mariage en France

148. En France, le Code civil consacre un chapitre entier à la nullité du mariage¹³⁷. Celle-ci peut être absolue ou relative.

149. Les cas de nullité absolue sont attentivement encadrés. Concernant l'inobservation des conditions de fond, il s'agit du défaut total du consentement, de l'absence de puberté, de la bigamie, de l'inceste, de la non-comparution d'un Français lors de son mariage, même à l'étranger. Quant à l'inobservation des conditions de forme, elles sont deux: la clandestine de la célébration et l'incompétence de l'officier d'état civil.

150. Les cas de nullité relative sont aussi au nombre de deux: le vice du consentement de l'un des époux ou des deux (erreur ou violence). Pour lutter contre le mariage forcé, la loi du 4 avril 2006 a complété l'article 180, ayant ajouté: « L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'entre eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage »; figure aussi: le défaut de consentement familial.

151. Les délais de prescription de l'action en nullité du mariage sont différents. En principe, après la réforme du 17 juin 2008¹³⁸, ce délai est passé de 30 ans à 5 ans¹³⁹. Pourtant, à titre exceptionnel, le délai de trente ans est conservé pour les actions en nullité absolue. D'après Pierre MURAT, « cette dérogation [...] s'explique facilement par l'évolution de la conception du mariage. Loin de préserver une stabilité du mariage [...] la volonté du législateur semble s'être focalisée sur deux objectifs. La qualité des unions célébrées semble tout d'abord vouloir être protégée. L'accent est mis sur la réalité du consentement du mariage »¹⁴⁰.

¹³⁷ Chapitre IV du Code civil.

¹³⁸ L. n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

¹³⁹ C.civ., art. 2224.

¹⁴⁰ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 147, n°115.162.

b. La comparaison des deux systèmes de l'action en nullité

152. En comparant ces deux systèmes, l'une des différences est fondée sur la voie de la demande.

Si en France, le juge est seul à avoir la compétence pour prononcer la nullité du mariage, en Chine, en plus de celui-ci, l'officier du bureau des affaires civiles peut également être saisi pour trancher la demande de révocation du mariage sur le fondement de l'article 11 du droit du mariage.

Cette mission de l'officier provoque certains inconvénients en Chine. Tout d'abord, celui qui appartient au bureau des affaires civiles ne fait pas partie du système juridique. Naturellement, il ne dispose pas du droit d'arbitrage. Ainsi, cette possibilité est contraire à l'idée d'indépendance du système juridique.

De plus, la décision de l'agent du bureau des affaires civiles ne s'avère pas assez fiable par manque de moyens pour l'enquête et de base de connaissances sur les dispositifs juridiques. À la différence de la procédure judiciaire, aucun témoin et aucune preuve ne sont nécessaires. Il peut arriver que des époux qui se sont mariés dans le seul but d'acquérir un avantage, après avoir pris ce qu'ils voulaient, pour ne pas laisser de trace sur l'existence du mariage ou pour rapidement retrouver un statut de célibat, utilisent cette procédure administrative.

Du fait de la gravité des conséquences à propos de la nullité du mariage ainsi que des inconvénients liés à la procédure administrative de la révocation du mariage, il serait convenable de donner la seule compétence au juge en retirant celle de l'officier du bureau des affaires civiles.

153. Par ailleurs, à l'égard des effets de la nullité, les dispositions de ces deux pays sont en désaccord. En droit chinois, la nullité et la révocation du mariage sont rétroactives sauf s'il y a des enfants issus d'un mariage annulé¹⁴¹. Ce principe est contraire à la stipulation française qui protège spécialement la partie de bonne foi en produisant les effets, même après la déclaration de la nullité. D'après Alain BENABENT, le droit français « a toujours reconnu à la nullité du mariage un effet

rétroactif de principe. Mais ce principe a été tempéré progressivement de telle sorte qu'aujourd'hui, tout en demeurant affiché comme tel, il n'agit plus effectivement qu'au seul détriment de l'époux de mauvaise foi »¹⁴². Ainsi, un mariage annulé peut être qualifié de mariage putatif, en France, qui permet de rapprocher la nullité du mariage du divorce, de sorte que les époux de bonne foi ou l'un des époux de bonne foi puisse accéder à un champ plus favorable, l'époux de mauvaise foi devant être condamné au versement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Quoi qu'il en soit, le mariage produit de nombreux effets qui ne peuvent être totalement effacés après la nullité, parce qu'« il est impossible de faire totalement abstraction de ce qui a existé »¹⁴³. Le législateur chinois doit penser à cela d'une manière plus humaine, notamment pour protéger l'époux de bonne foi.

154. Enfin, les titulaires de la demande ne sont pas identiques. En Chine, à part les conjoints, certains intéressés ont la faculté d'agir en justice sur le fondement de l'article 7 de la 1^{ère} « Interprétation » de 2001.

Concernant l'action en nullité au motif de la puberté et de l'inceste, les proches de la partie pubertaire¹⁴⁴ peuvent former une requête.

Lorsque le motif de l'action se fonde sur la bigamie, les proches et les organisations principales¹⁴⁵ peuvent réagir. Il faut remarquer que l'action en nullité demandée par ces dernières est, en pratique, rare.

Quant à la nullité du mariage en raison d'une des maladies exclue du mariage, si elle n'est pas guérie après celui-ci, les proches vivant avec le patient peuvent en faire la demande devant le tribunal. Au sujet des « proches », l'« Interprétation judiciaire » sur

¹⁴¹ Droit du mariage, art. 12.

¹⁴² Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 87, n°241.

¹⁴³ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 154, n°115.211.

¹⁴⁴ T. peuple de base du comité YuanLing dans la province de Hunan, 9 oct. 2012, (2012) 沅民一初字第64号.

¹⁴⁵ Les organisations principales constituent généralement les comités de résidence.

le Code civil de la RPC de 1988 précise que ceux-ci « visent le conjoint, les parents, les enfants, les sœurs, les frères, les grands-parents et les petits-enfants »¹⁴⁶.

155. En France, s'agissant de la nullité absolue, la demande peut être faite par les époux eux-mêmes, soit par ceux qui y trouvent un intérêt, soit par le ministère public¹⁴⁷. Afin de préciser « ceux qui y trouvent un intérêt », l'article 187 du Code civil dispose que l'action ne peut être formée « par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel ».

Pour ce qui est de la nullité relative, « si le mariage a été contracté sans consentement libre des deux époux, ou de l'un d'entre eux, il ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public »¹⁴⁸. Si en cas de défaut de consentement familial, le mariage ne peut être attaqué que par « ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement »¹⁴⁹.

156. Compte tenu des titulaires de la nullité, nous trouvons que la liste des titulaires en Chine comporte certains défauts. Tout d'abord, l'action en nullité du mariage en raison de la maladie de l'un des époux est ouverte à leurs proches. Cette faculté attribuée à ces dernières peut en effet violer le principe du devoir d'assistance et du mariage libre, car il peut arriver qu'un couple se marie après avoir pris connaissance de la maladie. Donc, si la demande a été faite par les proches de la partie saine, cette action risque de porter atteinte à la liberté du mariage ou de troubler la paix familiale du couple.

En revanche, en France, la dissimulation de la maladie peut être considérée comme une erreur sur les qualités de la personne afin d'invoquer la nullité relative, de sorte que seuls les époux ou l'un d'eux ont le droit de former une telle action, hormis le ministère public. La mission de ce dernier porte notamment sur le fait de veiller à la prohibition du

¹⁴⁶ « Interprétation judiciaire » sur le Code civil de RPC de 1988, art. 12.

¹⁴⁷ C.civ., art. 184.

¹⁴⁸ C.civ., art. 180, al.1^{er}.

¹⁴⁹ C.civ., art. 182.

mariage forcé ou simulé. En pratique, s'il s'agit d'une action en nullité relative en raison de la maladie dissimulée, il appartient à l'un des époux de formuler la demande.

En conséquence, la loi française laisse la liberté au couple de décider d'annuler un mariage, sans craindre que sa stabilité puisse être bousculée par les proches. En outre, la dissimulation de la maladie ne nuit pas à l'ordre public ; c'est plutôt l'affaire du couple : il est raisonnable d'accorder aux seuls époux un droit d'action.

Section II. Les liens personnels entre les époux issus du mariage

157. Le mariage n'est pas un simple acte solennel. Par la célébration du mariage, le statut des époux passe d'une situation de célibat à une situation matrimoniale. En se mariant, les époux acceptent de respecter ce nouveau statut. En France comme en Chine, la situation des époux engendre des effets personnels et pécuniaires. Dans la partie suivante, nous allons aborder les liens personnels issus du mariage.

Sous-section I. Les devoirs de communauté de vie

158. En France, au regard de l'alinéa 1 de l'article 215 du Code civil, la communauté de vie est imposée comme un devoir des époux. Cette notion ne fait pas partie de la première édition du Code Napoléon dont la disposition était la suivante : « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. »¹⁵⁰ Le devoir de cohabitation semble être exigé plutôt du côté des femmes. Cette inégalité a finalement été remplacée en 1970 par l'idée de la communauté de vie¹⁵¹ qui s'appuyait sur une sphère plus large.

La communauté de vie ne se borne pas à la cohabitation. L'essentiel est que les époux aient l'intention d'avoir une vie commune qui peut se présenter dans l'existence du rapport charnel et de la communauté de résidence. Dans des cas particuliers, la communauté de vie sans cohabitation demeure.

¹⁵⁰ C.civ., ancien, art. 214.

¹⁵¹ L. n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

159. En Chine, le choix du domicile et l'obligation de la communauté de vie ne sont pas mentionnés dans le droit du mariage. En revanche, dans celui de 1950, l'article 7 disposait en ces termes: « Les époux s'accompagnent dans la vie commune ». Cette disposition a été modifiée par le droit du mariage de 1980 dont l'article 8 figurait qu'« une fois les formalités du mariage remplies, l'épouse, après un accord avec son mari, [pouvait] s'installer dans la famille de celui-ci et "vice-versa"». En lisant cet article, nous sommes conscients que la nécessité de la vie commune peut être déduite à travers les termes de « l'installation dans la famille de l'époux ».

Avec l'amendement du droit du mariage de 2001, le devoir de s'installer dans la famille de l'un des conjoints a disparu. Mais, en même temps, l'article 32 a été inséré dans le droit du mariage, prévoyant que l'un des époux peut demander le divorce en cas de séparation après deux ans. De cette exigence, nous pouvons entrevoir une obligation de la vie communautaire du couple. Quoiqu'il en soit, ce devoir reste encore ambigu.

160. Après avoir analysé le devoir de la communauté de vie, nous observons que le législateur français lui accorde une attention particulière, tandis que le droit chinois l'ignore. Cette diversité est sous l'influence de la philosophie de l'Ancien Régime des deux pays.

D'une part, dans l'ancienne tradition chinoise, la notion de la communauté de vie désignait la vie commune avec la famille maritale, puisqu'après le mariage, la jeune fille allait vivre dans la famille de son époux. Elle était tenue de s'occuper, avec son mari, des parents de ce dernier sous l'emprise de la valeur morale de l'époque (piété filiale). Cette culture a aussi influencé le droit du mariage de 1950 et 1980, une obligation de s'installer dans la famille ayant même été prévue. Mais, à la différence de la tradition archaïque, il est ici exigé que le conjoint entre dans la famille de l'autre et s'attache à sa propre famille. Cet effet du mariage rappelait la formulation ancienne. Avec l'évolution, la notion de la grande famille s'est atténuée et cette exigence a été abrogée en 2001.

D'autre part, les rapports sexuels entre époux constituent une preuve essentielle du devoir de communauté de vie en France, « s'expliquant par un emprunt aux coutumes ainsi que par l'influence du droit canonique »¹⁵². Ainsi, le divorce aux torts d'un des

¹⁵² Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *op.cit.*, p. 97, n°256.

époux peut être prononcé s'il refuse de manière non justifiée toute relation sexuelle¹⁵³. En Chine, aucun divorce ne peut être fondé sur ce type de refus. En fait, cet élément semble raisonnable, car il implique naturellement le maintien de l'affection conjugale.

Au fil du temps, le régime de la communauté de vie de la « grande famille » a été remplacé par celui de la communauté de vie du couple en Chine, de sorte que le silence de l'amendement du droit du mariage de 2001 sur ce devoir n'est pas rattrapable au sens du développement de la société. De plus, Selon CHEN Wei, « le devoir de communauté de vie est une des conditions essentielles pour maintenir les liens du mariage »¹⁵⁴. Par conséquent, il serait préférable de prévoir le devoir de communauté de vie dans le droit du mariage chinois.

Sous-section II. Le devoir de fidélité et le devoir de respect

161. En Chine, le devoir de fidélité et le devoir de respect sont les nouveaux effets du mariage mis en place par l'amendement de 2001. En France, le devoir de fidélité existe depuis longtemps, tandis que le devoir de respect a été introduit tout récemment par la loi de 2006¹⁵⁵.

Paragraphe 1. Le devoir de fidélité

162. Sur les plans moral et juridique, l'accent est mis à l'égard du devoir de fidélité entre les mariés. Le législateur chinois l'a ajouté dans le droit du mariage à l'occasion de l'amendement de ce droit en 2001¹⁵⁶. En France, sur le fondement de l'article 202 du Code civil, les époux se doivent mutuellement fidélité.

¹⁵³ CA Grenoble, 2e civ., 3 avr. 2000, n°98/04487: JurisData n°2000-119939.

¹⁵⁴ CHEN Wei, *Recherches sur la législation du droit du mariage et du droit de la famille en Chine*, édition du Qun Zhong, 2e éd, p.208.

¹⁵⁵ Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

¹⁵⁶ Droit du mariage, art. 4 : les époux doivent être mutuellement fidèles [...].

A. La prohibition de la complicité d'adultère

163. Afin de protéger la stabilité du lien matrimonial, l'hostilité envers la complicité de l'adultère est présente en France comme en Chine, parce que « l'infidélité est d'abord dans l'adultère »¹⁵⁷.

164. En France, l'adultère a pendant longtemps été puni par le délit pénal. Mais la sanction était imputée à la femme. Selon l'ancien article 337 du Code pénal, l'époux qui avait commis un adultère encourait une peine de trois mois à deux ans d'emprisonnement. De même, son complice était sanctionné de la même peine avec, en plus, entre, cent et deux mille francs d'amende au regard de l'article suivant. De nos jours, malgré la suppression de l'article qui marquait une telle inégalité entre le mari et la femme, la victime peut toujours l'invoquer comme une cause de divorce en demandant l'indemnisation au trompeur.

165. Dans l'Antiquité de la Chine, seule la femme était obligée de respecter le devoir de fidélité. La complicité d'adultère était pour le mari un motif pour demander la répudiation.

Aujourd'hui, la complicité d'adultère est contradictoire au devoir de fidélité prévu par le droit du mariage. Cette faute peut être considérée comme un motif de divorce. En même temps, depuis la création des dommages-intérêts¹⁵⁸ au divorce en 2001, la victime peut être récompensée par une indemnisation, en Chine.

B. L'atténuation du devoir de fidélité

166. Le devoir de fidélité a progressivement été tempéré en raison du caractère laxiste de l'adultère, de nos jours, sur le fondement de la liberté individuelle. Par ailleurs, avec la détérioration de la moralité qui a été détrônée par l'intérêt économique et l'autonomie personnelle, la relation hors mariage est moins grave qu'auparavant.

¹⁵⁷ Gérard CORNU, *op.cit.*, p. 56, n°29.

¹⁵⁸ Droit du mariage, art. 46.

167. Effectivement, l'atténuation de la censure à ce sujet a fait apparaître un phénomène en Chine: la « seconde épouse »¹⁵⁹ engagée : il s'agit d'hommes mariés, riches et puissants, qui maintiennent un rapport avec une jeune femme. En échange, il lui donne de l'argent ou lui offre des objets matériels comme des bijoux, un logement, etc.

Ce phénomène, ayant commencé dans les villes côtières, se répand progressivement aux quatre coins du pays. En raison de la gravité de ce fait, notamment de son influence négative vis-à-vis de la stabilité du mariage, le législateur chinois ne doit pas tarder à insérer clairement le devoir de fidélité pour rappeler son importance dans la vie matrimoniale. De même, l'auteur du fait risque d'être condamné à payer des dommages-intérêts au moment du divorce.

168. En France, l'assouplissement du devoir de fidélité est confirmé par certaines jurisprudences. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Pau du 6 février 2006¹⁶⁰, le juge considère que « le comportement libertin de l'épouse ne constitue pas une cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil, dès lors que l'époux se prévalait envers les tiers du caractère libre du couple, manifestant ainsi et à tout le moins sa connaissance et son acceptation d'un comportement sexuel relevant d'un choix de vie commune du couple, rien ne permettant de caractériser, hors pratiques libertines et échangistes, une liaison "adultère" au sens classique du terme ». De plus, selon Catherine PHILIPPE, « au nom de la liberté individuelle, [...] les relations sexuelles ne font que satisfaire un besoin similaire à celui de se nourrir et qu'un grand appétit en ce domaine peut exister chez tout individu, marié ou non »¹⁶¹.

169. Concernant le respect du devoir de fidélité, bien que l'hostilité de l'adultère s'atténue tant en Chine qu'en France, ce phénomène, notamment celui de la « seconde épouse » en Chine va être réduit grâce à des mesures de sanction prévues depuis 2001.

Plus précisément, à la différence de la situation en Chine, le devoir de fidélité et la sanction pécuniaire en matière de divorce pour faute sont prévus depuis longtemps en droit français. Le fait de l'adultère prend de l'ampleur malgré le risque d'une

¹⁵⁹ Er Nai.

¹⁶⁰ CA Pau, 2e ch., sect. 2, 6 fév. 2006, Dr. famille 2006, comm. 165, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

condamnation à des dommages-intérêts. Nous en déduisons que la sanction actuelle n'est plus une mesure efficace pour freiner sa propagation aujourd'hui en France. Plus particulièrement, les arrêts rendus montrent l'interprétation stricte de l'infidélité. En revanche, en Chine, le versement des dommages-intérêts et l'insertion du devoir de fidélité dans le droit du mariage, étant des mesures récentes visant à mettre une entrave au développement du phénomène de « seconde épouse », constituent une astreinte au devoir de fidélité.

Toutefois, en Chine, les dommages-intérêts ne sont prononcés que dans les cas où l'un des conjoints cohabite avec un tiers d'une manière stable et continue, selon l'article 2 de l'« Interprétation judiciaire » de 2001 (v. infra n°179 et 324), de sorte qu'une aventure non continue ne peut engager la responsabilité de l'auteur. Les dispositions en droit chinois laissent, malgré tout, une lacune en tenant compte de la liberté individuelle de chacun.

Paragraphe 2. Le devoir de respect

170. En droit français, le droit de respect a été inséré en 2006 dans l'article 212 du Code civil. L'objet d'un tel devoir est traduit dans l'intitulé de la loi de la même année : renforcement de la prévention et de la répression des violences au sein du couple.

Concernant le contenu du devoir de respect, il vise non seulement la prohibition des violences conjugales, mais aussi l'éviction d'une autre forme de violence, notamment morale, comme le harcèlement moral, l'injure, voire le mépris, etc.

Effectivement, le devoir de respect au sein du couple revêt plutôt une valeur symbolique, car avant son introduction dans le Code civil, la violence conjugale était sanctionnée. Si l'apparition ne se fonde pas sur la punition des actes violents entre époux, ce nouveau devoir vise plutôt à permettre aux juges du fond de trouver un fondement particulièrement adapté dans le manquement au devoir de respect, puisque jadis, le juge invoquait l'article 242 du Code civil, lorsque la violence physique de l'un

¹⁶¹ Catherine PHILIPPE, *Quel avenir pour la fidélité ?* Dr. famille 2003, chron. 16.

des conjoints rendait intolérable le maintien de la vie commune¹⁶² (violence physique) ou lorsque le mari contraignait moralement son épouse à pratiquer une interruption volontaire de grossesse¹⁶³ (violence morale).

171. En Chine, le devoir de respect était prévu dans le premier droit du mariage en 1950, rappelant l'égalité entre l'homme et la femme. Comme pendant le système féodal, la femme devait respecter et obéir à son mari et ce dernier disposait d'une autorité maritale sur son épouse; le législateur chinois s'était efforcé d'établir une égalité en abolissant l'ancienne moralité.

Ce devoir a été retiré avec le droit de 1980 et rétabli par l'amendement de 2001. Si son objet initial visait à renforcer indirectement une égalité du statut conjugal dans la vie matrimoniale, son objet, depuis 2001, est plutôt de créer une ambiance harmonieuse au sein du couple.

De ce point de vue, le devoir de respect est une crainte morale. Son manquement ne peut qu'entraîner le divorce par consentement mutuel, ou le divorce par jugement, si le juge confirmait la rupture du lien affectif entre époux (v. infra n°265 et s).

172. Compte tenu du devoir de respect dans les deux pays, nous trouvons que les objectifs essentiels de ce devoir sont différents. Dans le Code civil français, il s'agit de prévenir les violences conjugales, tandis que dans le droit du mariage chinois, il vise à créer une relation gracieuse entre les époux. Ainsi, pour cette raison, les deux contenus ne sont pas non plus identiques. Le respect dû par un époux à son conjoint porte sur la prévention de la violence tant physique que morale en France, alors qu'en Chine, le devoir de respect s'inscrit dans l'éviction du lien de soumission.

À la différence de la disposition française, le législateur chinois détache le devoir de respect de la prévention de la violence conjugale, dont l'interdiction vient d'être insérée en même temps que le devoir de respect, lors de l'amendement de 2001, prenant en compte la réalité. Selon un sondage de l'autorité publique, parmi 254 actions concernant la violence au sein du couple, seulement 21.7% des auteurs sont punis. Si le droit pénal et la loi sur la protection des intérêts légitimes des femmes prévoient

¹⁶² CA Bourges, 21 janv. 2004, n°03/00883: JurisData n°2004-233901.

¹⁶³ CA Nancy, 7 oct. 2002, n°01/00817: JurisData n°2002-198930.

l'éviction de la violence, ils ne visent pas particulièrement la prévention de la violence conjugale.

Malgré tout, il nous apparaît que le but final du devoir de respect en France se rapproche de celui en Chine : le législateur français s'efforce de créer une vie matrimoniale harmonieuse par la prohibition de la violence au sein du couple, car, apparemment, la violence conjugale met un obstacle à la vie normale des époux.

De plus, afin de maintenir une ambiance harmonieuse au sein du couple, tant en Chine qu'en France, le devoir de respect s'étend également au respect des relations avec d'autres membres de la famille du conjoint. Ce devoir est prévu par le droit du mariage dont l'article 3 dispose que « les époux se doivent fidélité et respect ; les membres de la famille doivent respecter les personnes âgées, aimer les enfants ». Bien que la loi française ne le prévoie pas expressément, selon les jurisprudences rendues, l'étendue de ce devoir est prise en compte¹⁶⁴.

¹⁶⁴ CA Metz, 3 févr. 2004, n°03/01068: JurisData n°2004-234994.

Chapitre II. Le couple hors mariage

173. La vie en communauté pour deux personnes hors mariage est appelée « quasi - alliance »¹⁶⁵. En France, elle peut être divisée en deux modes: le concubinage et le PACS. En Chine, le concubinage se présente comme le seul mode de vie hors mariage. Si, en apparence, la vie en concubinage ressemble au mariage, au fond, le régime est différent.

Section I. Une union sans contrat : le concubinage

174. Le concubinage est une situation de fait. Il se caractérise, comme toute union libre, par l'existence d'une relation de fait sans lien de droit¹⁶⁶. Dans le cas du concubinage, les deux individus choisissent de vivre ensemble, sans se marier. Malgré la généralisation de ce mode de vie dans le monde contemporain, le concubinage n'a pas toujours été accepté tel qu'il est.

175. En France, il a été condamné par le droit canonique sous prétexte qu'il était immoral. À plusieurs reprises, la loi du 15 novembre 1999¹⁶⁷, à l'occasion de la création du PACS, est intervenue pour donner une définition juridique au concubinage. À partir de là, le concubinage a été officiellement reconnu par le droit français.

176. La situation est quasiment identique en Chine. Le concubinage était auparavant un délit. Son statut illégal a été confirmé par l'« Interprétation judiciaire » sur la façon de juger les contentieux d'un couple adultérin vivant maritalement (« Interprétation » de novembre 1989)¹⁶⁸. En application de l'article 3 de ladite « Interprétation » : une relation entre deux personnes n'ayant pas procédé à l'enregistrement du mariage, lorsqu'elles vivaient ensemble maritalement, était considérée comme un concubinage illégal. Avec le règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1994, la nature illégale du concubinage a été annulée.

¹⁶⁵ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 275.

¹⁶⁶ En ce sens, V. Gérard CORNU, *op.cit.*, p.82, n°45.

¹⁶⁷ L. n°99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁶⁸ La Cour populaire suprême du 21 novembre 1989.

177. Dans l'histoire des deux pays, le concubinage a traversé un moment défavorable. En France, l'interdiction se base sur une raison religieuse, contrôlé par le droit canonique. En Chine, l'illégalité du concubinage provenait plutôt de l'exclusivité du mariage pour toutes les unions. Dès l'abolissement du droit religieux en France, l'hostilité a progressivement disparu, alors qu'en Chine, l'acceptation du concubinage est plus récente grâce au changement de la morale chinoise. Quoi qu'il en soit, le concubinage entre les personnes mariées ou entre une personne marié et un célibataire reste interdit dans les deux pays au nom du devoir de fidélité.

Sous-section I. Les éléments constitutifs du concubinage

178. Aux termes de l'article 515-8 du Code civil français, issu de la loi du 15 novembre 1999, « le concubinage est une union de fait, caractérisé par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

Une telle définition nous éclaire sur les éléments constitutifs du concubinage : le critère essentiel porte sur l'existence d'une vie commune entre deux concubins de même sexe ou de sexe différent. En vue de préciser la communauté de vie en matière d'union libre, deux caractères cumulables sont imposés : une telle vie doit être à la fois stable et continue. Si la « continuité » présente une vie commune sans interruption, la « stabilité » se traduit par un état de permanence et une situation peu variable.

Or, en pratique, les juges français interprètent l'article 515-8 du Code civil de manière relativement souple. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 12 décembre 2012¹⁶⁹, l'existence du concubinage a été confirmée, bien que les deux concubins n'aient pas partagé un même domicile à temps complet. L'explication semble raisonnable. À défaut d'une interprétation élargie, les présentations vairées de l'union de fait, en pratique, risquent de s'incliner devant cette définition étroite.

179. En Chine, en raison de l'ignorance du droit, la notion de concubinage reste ambiguë. Les auteurs proposent donc des définitions différentes : « Le concubinage vise

¹⁶⁹ CA Douai, 12 déc. 2002, n°01/03255 : JurisData n°2002-209889, Dr. famille, 2003, comm. 86, note, Hervé LECUYER.

ce qui n'est pas conforme aux conditions du mariage [...] les deux personnes, de même sexe ou de sexe différent vivent publiquement ensemble d'une manière stable et continue »¹⁷⁰, ou encore, « Le concubinage est une union de fait, un homme et une femme qui se conforment aux conditions du mariage sans en faire la demande du mariage, peuvent vivre publiquement »¹⁷¹. Faute d'une notion harmonieuse, les opinions des juristes sont totalement différentes.

En 2001, l'article 2 de la 1^{ère} « Interprétation » indique qu'un tel concubinage doit être « continu et stable entre les personnes de sexe différent », précisant exclusivement le concubinage entre une personne mariée et un tiers. Cet article nous permet de déduire quelques éléments constitutifs du concubinage en Chine. Or, au sens strict, il n'est pas opportun d'appliquer une telle explication à la définition générale du concubinage, car l'« Interprétation judiciaire » prend en considération les jurisprudences passées. Cette définition est en effet plus étroite que la notion globale du concubinage. Elle se limite à mettre en lumière certains éléments du concubinage, et non la totalité.

Face à la multiplication des concubinages en Chine, ces dernières années, il apparaît nécessaire d'introduire une définition de la notion. De plus, la création d'une définition légale du concubinage permettrait d'unifier les opinions variées des juristes à ce sujet. Ce qui est important, c'est l'existence d'une définition dans le droit qui contribuera à légitimer officiellement le concubinage; car, en l'absence de l'affirmation du droit, sa légitimité se fonde sur la déduction de la disparation du terme « illégal » dans le règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1994, tandis que le caractère illégal de l'union libre a été désigné par l'« Interprétation » de novembre 1989.

180. Au regard de la définition du concubinage français et de la précision relative au concubinage d'une personne mariée, donnée par la 1^{ère} « Interprétation » de 2001 du droit du mariage chinois, nous trouvons des similarités dans leurs éléments constitutifs. Parallèlement, une diversité non-négligeable porte sur la condition de sexe des concubins. Une telle différence peut s'expliquer ainsi : l'« Interprétation judiciaire » a pour objet d'éclairer le concubinage d'une personne mariée en prenant en considération des jugements rendus. En raison de l'accroissement du phénomène de « seconde

¹⁷⁰ CHEN Wei, *op.cit.*, p. 154.

¹⁷¹ GUAN Hongyan, *Ajustement du concubinage*, Institut du Binzhou, No.2, 2006.

épouse » en Chine, le grief, porte dans la plupart des cas, sur le fait qu'un mari cohabite avec une femme, mais jamais sur le concubinage d'une personne mariée avec un tiers de même sexe. Par conséquent, le concubinage homosexuel n'attire pas l'attention du juge. De plus, cette exclusion correspond également à l'ignorance du législateur chinois envers le mariage homosexuel. Cependant, en France, « l'ampleur de l'union libre et la revendication de l'homosexuel [ont] contribu[é] à la création de cette notion au sein du Code civil »¹⁷². Ainsi, l'union homosexuelle est naturellement impliquée dans la notion de concubinage afin de répondre à l'aspiration des Français.

Compte tenu de l'actualité chinoise, de nombreux homosexuels choisissent le concubinage pour vivre ensemble, en raison de l'interdiction du mariage des personnes de même sexe, Il serait donc convenable d'élargir le champ du concubinage prévu par la 1^{ère} « Interprétation » de 2001 comme la notion légale de l'union libre.

Sous-section II. Les effets juridiques du concubinage et la réflexion sur son avenir

181. Contrairement au mariage, le concubinage ne se soumet pas à l'institution juridique, de sorte que les effets produits sont moins complets que ceux du mariage (paragraphe 1). Afin de mieux protéger les intérêts des concubins, la question sur la nécessité de lui créer un statut juridique se pose (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les effets juridiques issus du concubinage

182. En France comme en Chine, les concubins ne se soumettent pas au régime matrimonial, profitant d'un statut libre, sans restriction. Ainsi, il n'est pas possible d'appliquer les dispositions qui s'attachent exclusivement au statut légal du mariage.

183. Toutefois, à l'occasion de la loi française du 9 juillet 2010, l'interdiction de la violence au sein du couple s'étend aux concubins, hormis aux pacsés et aux conjoints. Cette disposition visant à lutter contre les violences impose indirectement le droit de

¹⁷² Rachel BLOUGH, *Le concubinage, dix ans après*, Dr. famille 2009, étude 19.

respect aux concubins. En Chine, ni le droit ni l'Interprétation judiciaire ne vient traiter ce sujet.

En effet, au motif que le droit français reconnaît le concubinage comme étant une modalité de l'union avec le mariage et le PACS, il est raisonnable que l'interdiction de la violence au sein du couple concerne les couples en concubinage au nom de l'égalité juridique, en vue de protéger la dignité individuelle dans toutes les unions. Néanmoins, en droit chinois, le mariage constitue la seule forme légale du couple, de sorte que le régime du concubinage est totalement ignoré, comme d'ailleurs le droit ignore sa définition légale. Malgré le silence du droit du mariage, un des concubins peut, malgré tout, accuser l'autre, en cas de violence, sur le fondement de l'article 234 du droit pénal.

Paragraphe 2. Le développement du concubinage

184. Nous allons à présent estimer le développement du concubinage dans le futur selon deux points : le développement sociologique (A) et le développement juridique (B)

A. Le développement sociologique

185. Ces dernières années, en Chine, le nombre de concubinages s'est accru. Malgré l'ignorance du droit, le mariage n'est plus considéré comme le seul choix pour fonder une vie à deux. Les motifs sont variables. Parmi eux, il en est un qui est plus répandu que les autres : les jeunes Chinois préfèrent habiter ensemble avant de se marier, profitant de la période d'essai de la vie matrimoniale.

Comme le taux de divorces ne cesse d'augmenter, les futurs époux souhaitent mieux se connaître, surtout les habitudes personnelles, avant le mariage.

En France, le concubinage est depuis longtemps, un vrai choix : « si dans les années soixante, la cohabitation concernait essentiellement les veufs et les divorcés, depuis, elle s'est développée rapidement chez les célibataires comme prélude au mariage, puis comme mode de vie à part entière »¹⁷³.

¹⁷³ Fabienne DAGUET, *Mariage, divorce et union libre*, INSEE PREMIERE, N°482 août, 1996. INSEE,

186. En comparant la tendance sociologique du concubinage dans les deux pays, nous constatons que son existence en Chine sert plutôt de tremplin vers le mariage, tandis qu'en France, le concubinage est un véritable phénomène, complètement détaché du mariage ou du PACS. Cette différence se fonde en effet sur plusieurs raisons :

Tout d'abord, en Chine, l'image négative du concubinage a été effacée plus tard qu'en France. En 1990, les couples non mariés représentaient déjà 12,5%¹⁷⁴ parmi toutes les unions françaises. À ce moment-là, le concubinage était encore considéré comme illégal en Chine. À partir de 1994, il est devenu légal. Malgré tout, la plupart des Chinois ont une opinion défavorable du concubinage, cette opinion influençant plus ou moins la moralité de leurs enfants qui sont en âge de se marier. À notre avis, il faut encore compter un certain temps afin que l'union de fait se débarrasse complètement d'une telle image, en Chine, et qu'elle devienne une union à part, sans être rattachée au mariage.

Par la suite, les procédures complexes du mariage et du divorce sont aussi les raisons pour lesquelles les Français préfèrent vivre en concubinage ou le PACS. En Chine, la célébration du mariage et le divorce par consentement mutuel sont beaucoup plus simples et rapides. Pour cette raison, ils n'empêchent pas les Chinois d'accéder au mariage.

Enfin, nous observons que l'autonomie est plus généralisée en France qu'en Chine. Malgré que le droit du mariage réclame, à travers les textes, l'égalité entre l'homme et la femme, la protection des intérêts légitimes de cette dernière est accentuée, en parallèle, dans le même droit. Ceci dit, au fond, les femmes jouent encore leur rôle de protectrices; de plus, elles sont relativement moins indépendantes que les hommes aux niveaux économique et social. Par conséquent, elles se sentent plus sécurisées sous la protection du régime matrimonial encadré par la loi chinoise que dans une union libre, sans protection judiciaire particulière.

¹⁷⁴ Fabienne DAGUET, *op.cit.*, n°173.

B. Le développement juridique

187. En comparant le développement du concubinage des deux pays au niveau juridique, nous nous apercevons que le droit chinois est plutôt stagnant. Le seul dispositif qui aborde le sujet est ancien; il date de 1989, alors que le législateur français l'a traité plus récemment, notamment dans sa définition de 1999.

188. En effet, l'« Interprétation » de novembre 1989 est le seul dispositif qui a été rédigé sur le sujet de concubinage. Il est à souligner qu'une telle interprétation n'encadre pas un statut juridique pour le concubinage, mais, en principe, elle a deux buts :

d'une part, elle a introduit, pour la première fois, la notion du « mariage de fait » en vue d'accentuer l'importance de la formation du mariage devant l'autorité publique. Ainsi, le concubinage a été divisé en deux : ce qui pouvait être requalifié par le « mariage de fait » et ce qui appartenait au concubinage illégal et qui devait être dissous (v. infra n°384 et s). Après la modification du règlement d'application de l'enregistrement du mariage en 1994, la notion du « mariage de fait » a été abrogée, et le concubinage est devenu légal. Ainsi, un tel but n'a plus de sens.

D'autre part, l'« Interprétation » est intervenue pour régler les problèmes issus de la rupture du concubinage (v. infra n°384 et s). Jusqu'à présent, cette « Interprétation » vieille de 25 ans est encore appliquée, car aucune autre loi ne vise le concubinage.

189. Cependant, cette explication judiciaire n'affecte que les concubins hétérosexuels. En effet, dans ses textes, le législateur utilise les termes « un homme et une femme célibataires »; de cette façon, le concubinage entre homosexuels se trouve écarté.

Apparemment, Cet oubli a été provoqué car l'un des buts d'une telle « Interprétation » était de régulariser les couples non mariés en vue de leur appliquer le régime du divorce au moment de la rupture sous le nom de « mariage de fait ». Comme le droit chinois n'autorise pas le mariage homosexuel, il est normal que le juge souligne le fait que la régularisation ne vise que les couples hétérosexuels. Toutefois, le « mariage de fait » a été abrogé. Afin d'adapter cette interprétation relativement ancienne à la pratique en cours, il serait nécessaire de la modifier en tenant compte de la situation actuelle, notamment celle du concubinage homosexuel.

Or, à notre avis, l'essentiel serait d'introduire la définition légale du concubinage dans le droit chinois en vue de mettre au clair le champ d'application des effets de sa rupture, prévus dans l'« Interprétation » de novembre de 1989.

190. En France, la discussion est plus avancée. Le débat n'est pas fondé sur l'absence de la notion juridique, mais sur la création d'un statut juridique pour le concubinage. Le silence de la loi du 5 novembre 1999 est considéré comme un refus de ce sujet. Mais l'espoir de la création d'un statut du concubinage persiste.

L'interrogation se pose tout d'abord sur sa nécessité. Selon Rachel BLOUGH, « la création d'un tel statut juridique provoque la difficulté au regard du pluralisme des conjugalités ; par ailleurs, elle fait obstacle à la spécificité du concubinage qui est une situation dans laquelle les individus ont volontairement choisi de vivre en dehors du droit »¹⁷⁵. De même, Jean CARBONNIER soutient le non-droit du concubinage. Il considère que « la loi est un mal nécessaire, puisqu'il faut une contrainte pour faire aux gens ce qu'ils devraient faire spontanément. C'est donc une restriction à notre liberté naturelle »¹⁷⁶.

191. Bien qu'en Chine et en France, aucune loi ne prévoit le statut juridique du concubinage, leurs motifs diffèrent concernant l'explication de ce manque. Quant au législateur français, il a la volonté de préserver un « profil » totalement libre du concubinage afin de répondre, en pratique, aux aspirations des individus, alors que le législateur chinois l'ignore, ne reconnaissant pas le concubinage comme une modalité de l'union dans sa volonté de conserver le privilège du mariage.

Quoi qu'il en soit, le concubinage est devenu une catégorie spécifique dans les deux pays, et il continuera à l'être à l'avenir; toutefois, en Chine, concernant la mise en œuvre de l'« Interprétation » de 1989, plus précisément dans le cadre de la rupture du concubinage, il serait approprié de créer une définition, dans le droit, en tenant compte du nombre important des unions de fait. Selon nous, la légitimité du concubinage ne détrônera pas le mariage, mais, ouvrira plus de choix aux couples (v. infra n°185).

¹⁷⁵ Rachel BLOUGH, *op.cit.*, n°172.

¹⁷⁶ Une interview de Jean Carbonnier réalisé par Olivier Abel les 7 et 14 oct. 1993.

Section II. Une union contractuelle : le PACS

192. Le PACS (Pacte civil de solidarité) est une nouvelle forme de l'union. Il a été créé par la loi du 15 novembre 1999¹⁷⁷ en France, alors qu'en Chine, une telle notion n'a jamais été proposée. Ainsi, il serait intéressant de voir si ce pacte peut être adopté à l'environnement juridique chinois.

193. Si la nature juridique du mariage reste à discuter, celle du PACS est plus claire; selon l'article 515-1 du Code civil, « 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 ». Par ailleurs, comme le PACS est une nouvelle branche de l'union civile, après avoir créé une définition précise, le Code civil lui consacre un chapitre entier pour désigner son statut juridique.

Sous-section I. La formation du PACS

194. Afin de bénéficier du régime du PACS, les conditions de fond et de forme doivent être respectées (Paragraphe 1). De plus, certains éléments constitutifs doivent être réunis (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les conditions de fond et de forme

195. À la différence du principe du non-droit de concubinage, la formation du PACS à l'instar du mariage doit se soumettre à certaines conditions obligatoires. Nous pouvons trouver des similitudes et des différences entre le mariage et le PACS en comparant leurs conditions de formation.

A. Les conditions de fond

196. Tout d'abord, l'intégrité du consentement doit impérativement être respectée. Ce consentement se traduit par une convention conclue par les pacsés sous peine d'irrecevabilité¹⁷⁸.

¹⁷⁷ L. n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁷⁸ C.civ., art. 515-3, al.3.

197. Notons, par ailleurs, que l'inceste est également écarté du PACS en vertu de l'alinéa 1 de l'article 515-2 du Code civil. Cependant, une légère différence est indiquée par rapport au mariage concernant l'existence de la prorogation des empêchements tenant à la parenté qui s'applique aux collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. Aucune dispense n'est autorisée.

Aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 515-2 du Code civil, deux PACS contractés dans la même période ou bien un partenaire qui contracte un PACS, marié sont tous les deux prohibés par souci d'ordre public.

198. Les majeurs sous tutelle n'ont pas été visés initialement par la loi du 15 novembre 1999. Après l'intervention de la loi du 5 mars 2007¹⁷⁹, l'incohérence avec les règles applicables en matière de mariage a été prise en compte. Dorénavant, « la conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage »¹⁸⁰. En ce qui concerne les majeurs sous curatelle, elles passent de l'interdiction à l'accès, aujourd'hui, sous l'obligation de l'assistance du curateur au moment de la signature de la convention¹⁸¹.

199. Il semble que les conditions de fond du PACS soient plus strictes que celles du mariage. Aucune dispense n'est ouverte au profit des mineurs ou des gens touchés par empêchement, puisque, par rapport au mariage, le régime du PACS est moins protecteur. Le législateur souhaite élever le seuil pour s'assurer que la personne qui contracte le PACS est mûre tant physiquement que mentalement, de sorte qu'elle soit capable d'assumer les éventuels incidences encourus par le statut juridique moins restrictif et la dissolution plus libre du PACS.

¹⁷⁹ L. n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹⁸⁰ C.civ., art. 462, al. 1^{er}.

¹⁸¹ C. civ., art. 461, al. 2.

B. Les conditions de forme

200. Les conditions de fond du PACS sont relativement rigoureuses, alors que celles de forme sont simplifiées.

À l'issue de la loi du 15 novembre 1999, seul l'acte sous seing privé a été prévu en droit commun. La loi du 23 juin 2006 a apporté une importante modification en introduisant l'acte authentique comme un mode de passation du PACS. La coexistence des deux formes d'actes dans le cadre de la rédaction de la convention du PACS facilite la démarche. Par ailleurs, il est indéniable que l'intervention d'un notaire connaisse une série d'avantages : force probante, force exécutoire, etc.

201. Une fois que la convention est rédigée avec le consentement des deux parties, la déclaration et l'enregistrement du PACS sont indispensables.

Après la loi du 28 mars 2011¹⁸², la déclaration et l'enregistrement du PACS ont été dévolus partiellement au notaire concurremment au greffier du tribunal d'instance. En vertu de l'article 515-3 du Code civil, nous observons une distinction : lorsqu'une convention du PACS est signée sous la forme d'un acte authentique, le notaire a la compétence de recueillir la déclaration et de procéder à l'enregistrement. Quant à la convention du PACS sous la forme d'un acte sous seing privé, la compétence appartient au greffier du tribunal de l'instance. Par conséquent, la décentralisation de la compétence attribue une double option aux partenaires. Toutefois, elle produit, en même temps, certains doutes et quelques inconvénients.

La question qui se pose au lendemain de la publicité sur cette loi concerne l'interchangeabilité entre les greffiers des tribunaux d'instance et les notaires. Un acte sous seing privé enregistré au greffe peut-il être modifié ou dissous après chez le notaire? La loi du 28 mars 2011 ne précise rien à ce sujet. Heureusement, le doute n'a pas duré. Il a été éclairci par le décret du 22 août 2012¹⁸³. La répartition des compétences a été délimitée au regard de la forme de la convention initiale. Par la suite,

¹⁸² L. n°2011-331 du 28 mars 2011 relative à la modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : JO 29 mars 2011.

¹⁸³ D. n°2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification et de la dissolution du pacte civil de solidarité reçu par un notaire.

cette compétence a produit des effets tant sur la modification que sur la dissolution. En revanche, « les textes n'imposent pas en effet un parallélisme des formes »¹⁸⁴. Cela signifie qu'une convention sous forme d'acte notarié peut tout à fait être modifiée par acte sous seing privé ou inversement.

Si le doute est répondu par décret, l'inconvénient qui subsiste porte surtout sur l'éventuel refus de la part du notaire, les partenaires devant respecter les conditions de fond du PACS. Après vérification de la validité de la déclaration, le juge peut annoncer l'irrecevabilité du PACS. En cas de violation, une telle décision est susceptible d'être portée devant le président du TGI en statuant en la forme des référés¹⁸⁵. À partir du moment où le notaire est habilité à recueillir la déclaration et à procéder à l'enregistrement, il est logique qu'il soit doté de la mission de vérification de la validité du PACS. Mais, « son éventuel refus ne saurait faire l'objet d'un même recours »¹⁸⁶.

202. Enfin, la formation se soumet à la publicité sous l'obligation de mentionner le PACS en marge de l'acte de naissance. Cette nouvelle exigence issue la réforme de 2006 attribue au PACS un véritable aspect institutionnel. Par souci de ne pas divulguer l'orientation sexuelle des partenaires, notamment les pacsés homosexuels, seule l'inscription sur le registre était nécessaire. Pourtant, cet acte ne permettait pas aux tiers de connaître la situation personnelle. Plus particulièrement, avec le succès du PACS, durant ces dernières années, la crainte a été levée. En conséquence, la mention en marge de l'acte de naissance est devenue nécessaire.

Paragraphe 2. Les effets du PACS

203. Le PACS ne produit pas autant d'effets que le mariage. Il apparaît relativement souple. Au regard de l'ampleur que prend le PACS actuellement, les préoccupations du législateur augmentent. Il ne cesse de lui octroyer de nouveaux effets, à tel point que l'évolution de ses effets passe « d'un super concubinage à un mini mariage »¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Marie LAMARCHE, *Le notaire et le pacte civil de solidarité : précisions et incertitudes du décret du 20 août*, Dr. famille 2012, alerte 49.

¹⁸⁵ D. n°2006-1806 du 23 déc. 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité.

¹⁸⁶ Marie LAMARCHE, *op.cit.*, n°184.

¹⁸⁷ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 305, n°650.

204. Avec la loi de 1999, hormis l'obligation d'une aide mutuelle et matérielle entre les partenaires, ces derniers sont tenus, en solidarité à l'égard des tiers, des dettes contractées par l'un d'entre eux pour les besoins de la vie courante et les dépenses relatives au logement commun¹⁸⁸. Au fil du temps, le PACS a dû faire face à une véritable innovation. Le patrimoine n'est plus le seul sujet qui intéresse le législateur. D'autres effets sont progressivement apparus dans le droit commun.

205. À notre avis, il est curieux que le devoir de vie commune soit inséré dans l'article 515-4 du Code civil avec la loi de 2006. Ce devoir nous fait penser naturellement à celui du mariage. De ce fait, nous nous apercevons que ce nouveau devoir octroie au PACS un véritable lien conjugal.

La question qui se pose par la suite est celle de savoir si les obligations liées au devoir de vie commune sont impliquées, comme le devoir de fidélité. Au regard de certains arrêts, nous constatons que le juge français reste résolu, préférant écarter la possibilité des dommages-intérêts sur le fondement du respect du devoir de fidélité¹⁸⁹.

Hormis une ordonnance du TGI de Lille en 2002¹⁹⁰ qui semble susceptible d'imposer un devoir de fidélité au PACS. En l'espèce, sur le fondement des articles 515-1 et 1134 du Code civil, le juge a accepté de désigner un huissier pour que celui-ci effectue un constat d'adultère pour le compte d'un homme qui soupçonnait sa partenaire de le tromper, prononçant que « l'obligation de devoir exécute loyalement le devoir de communauté de vie et commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaires. Que le manquement à l'obligation de vie commune justifie une procédure en résiliation de PACS aux torts du partenaire fautif ». Un tel jugement qui pousse le PACS vers le mariage a été critiqué par Virginie LARRIBAU-TERNEYRE. Selon elle, le PACS « n'est pas le mariage et à défaut d'avoir été expressément prévue, toute reconnaissance [...] d'un devoir de fidélité déduit de la vie commune, semble exclue, d'autant plus que ces devoirs ont, dans le mariage, d'autres finalités »¹⁹¹.

¹⁸⁸ C. civ., ancien, art. 515-4. Issu de la loi n°99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁸⁹ CA Montpellier, 1^{re} ch., 4 janv. 2011, n°10/00781: JurisData n°2011-005783 ; Dr. famille 2011, comm.89, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE

¹⁹⁰ TGI Lille. 5 juin 2002 : D. 2003. p. 515. note Xavier LABBEE.

¹⁹¹ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union civile. - À propos de la loi du 23 juin 2006, Dr. famille, étude 1.

Il nous apparaît que ce jugement est exceptionnel; le non devoir de fidélité entre pacsés a bien été affirmé par la jurisprudence postérieure : l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier¹⁹² a ainsi constaté, sur un ton déterminé : « les infidélités imputées ne sauraient être retenues dès lors que les parties n'étaient pas engagées par les liens du mariage. »

206. Quoiqu'il en soit, certains effets sont exclusivement réservés au mariage : aucun lien d'alliance entre le partenaire et la famille de l'autre n'est issu d'un PACS, il n'existe donc pas d'obligation alimentaire envers les alliés. De ce fait, le PACS garde, malgré tout, sa spécialité qui se distingue du concubinage, notamment du mariage, en dépit de la tendance de son rapprochement avec ce dernier. Cette spécialité est aussi manifeste concernant sa rupture (v. infra n°367 et s).

Sous-section II Réflexions sur le PACS

207. Dès que le PACS a été créé par la loi du 15 novembre 1999, il a eu un véritable succès en France : le nombre de mariages est passé de 305 234 en 2000 à 241 000 en 2010, alors que celui des PACS est passé de 22 271 en 2000 à 205 558 pour les mêmes années¹⁹³. L'augmentation rapide de PACS contractés est remarquable. Pourtant, avec l'autorisation du mariage homosexuel, une question se pose : qu'en serait-il, si une telle ouverture s'attaquait au régime du PACS (Paragraphe 1) ? Il est également intéressant de voir si le PACS peut s'accommoder à l'environnement juridique chinois (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'avenir du PACS en France

208. Le droit de la famille en France tend à se diversifier : les couples sont libres de choisir leur union parmi le mariage, le PACS et le concubinage. Le statut d'équilibre du PACS a été bouleversé en raison de sa matrimonialisation soulignée par la loi du 23 juin 2006, à tel point qu'il penche de plus en plus vers le mariage.

¹⁹² *op.cit.*, n°189.

¹⁹³ INSEE, *Évolution du nombre de mariages et de pacs conclus jusqu'en 2012*.

http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref_id=NATTEF02327

En général, les couples choisissent de se marier pour d'autres motifs que l'amour, comme par exemple les avantages fiscaux, l'acquisition de la nationalité française, etc. De nos jours, ces avantages ne sont plus liés exclusivement au mariage; les partenaires peuvent aussi en profiter. En conséquence, une nécessité de coexistence entre le mariage et le PACS à l'avenir soulève une question. D'après Marie LAMARCHE, le privilège du mariage « s'amenuise [...] de jour en jour et l'on en vient à se demander s'il ne restera plus du mariage que l'aspect hautement symbolique. Un double constat peut en effet être opéré : d'une part le PACS et parfois le concubinage accèdent aux avantages du mariage et d'autre part, le mariage perd de ses spécificités qui pouvaient susciter l'attraction »¹⁹⁴. Malgré la tendance de l'assimilation du PACS au mariage, nous découvrons que certains effets et mesures ne s'ouvrent qu'aux mariés; les partenaires, par exemple, ne sont pas autorisés à accéder à l'adoption conjugale. Nous ne savons pas si le PACS deviendra, un jour, un "mariage bis" sans procédure de divorce. Si ce jour arrive, qu'advient-il ?

209. Une question se pose pour savoir si l'adoption du mariage pour tous réduirait l'intérêt du PACS ? Il est indéniable que ce dernier ait été créé en tenant particulièrement compte de l'ampleur des homosexuels en France. Après la promulgation de la loi du 17 mai 2013, le rapprochement du PACS au mariage ajoute un point supplémentaire. L'idée initiale de la création de PACS n'a plus d'intérêt, car le mariage homosexuel est accepté.

Pour l'instant, il semble que le PACS soit toujours populaire en raison de son régime flexible. En outre, au regard des chiffres publiés par l'INSEE, la majorité des PACS conclus sont entre personnes de sexe opposé. La proportion de pacsés homosexuels était de 4,3% en 2012. Ce chiffre demeure stable : 4,9% en 2011 et 4,4% en 2010¹⁹⁵. Ainsi, au regard de l'ampleur des PACS hétérosexuels, nous en déduisons que la nouvelle loi ne touche pas vraiment le PACS.

De plus, si le PACS est abrogé, que serait le statut des nombreux pacsés? À notre avis, malgré la ressemblance entre le PACS et le mariage, le premier conserve un régime moins rigoureux. C'est la raison pour laquelle, chaque année, de nombreux célibataires choisissent de se pacser plutôt que de se marier afin de profiter d'un régime plus léger et

¹⁹⁴ Marie LAMARCHE, *Que restera-t-il du mariage ?* Dr. famille, 2010, alerte 72.

¹⁹⁵ INSEE, *Évolution du nombre de mariages et de pacs conclus jusqu'en 2013*.

plus libre. En conclusion, le PACS est toujours significatif sur la scène juridique d'aujourd'hui dans la France.

Paragraphe 2. La question du PACS en Chine

210. En droit chinois, il n'existe qu'un seul mode de conjugalité – le mariage, alors qu'en droit français, hormis ce dernier, le PACS est aussi une union civile. Les deux constituent, avec le concubinage, un système pluraliste de la vie de couple. En tenant compte de cette forme spécifique française, il est intéressant de voir si une telle forme juridique de l'union conjugale peut être adaptée au droit chinois. Pourtant, avant de répondre à la question, il convient de savoir si la Chine a besoin de cette forme d'union.

211. D'une part, le PACS, fruit de la manifestation des homosexuels en France, a été créé, en vue de tempérer l'opposition au mariage des personnes de même sexe. D'autre part, l'introduction du PACS répondait aux besoins de l'actualité à cette époque : le choix de vivre hors mariage, par les Français, est devenu de plus en plus banal. De ce fait, l'introduction d'un statut légal paraissait indispensable, contribuant à protéger les couples ne désirant pas se marier ou ne pouvant pas s'unir au moment où le mariage homosexuel était encore un « tabou ». Parallèlement, il contribuait à éviter les droits épars entraînés par la multiplication des unions de fait¹⁹⁶.

212. Au regard des deux motivations majeures de la création du PACS en France, nous remarquons que la première pour la Chine, n'est pas totalement impérative (v. supra n°77), malgré le nombre important d'homosexuels. S'agissant de la deuxième, elle peut plus ou moins en justifier la nécessité.

Selon un rapport publié, après 2000, 32, 6 %¹⁹⁷ des couples vivent en concubinage avant se marier. Ce chiffre illustre le changement de la mentalité des jeunes chinois vis-à-vis du concubinage, car il a été multiplié par 30 en 30 ans. Bien que l'union de fait, dans la plupart des cas serve de période transitoire vers le mariage et non une forme de couple à part (v. supra n°185 et s), personne ne peut garantir qu'une union libre aboutit

¹⁹⁶ Rapport, AN, n°1097, 23 sept. 1998.

<http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1097.asp>

¹⁹⁷ XIAO Yue, *l'accroissement du nombre du concubinage en Chine*, youthe.cn, 18 juil. 2013.

http://news.youth.cn/gn/201307/t20130718_3551031.htm

forcément au mariage. En outre, avec le statut élevé des femmes ainsi que la généralisation de l'éducation à un niveau élevé, le mariage n'est plus une option unique pour former une vie à deux. Ainsi, il est nécessaire d'apporter un statut légal pour protéger les couples non mariés.

Afin de s'adapter à l'accroissement de l'union hors mariage en Chine, CHEN Wei propose de prévoir un régime légal au concubinage¹⁹⁸ : Par exemple, les concubins doivent respecter les conditions de fond et de forme en vue de profiter d'un statut équivalent au mariage. À notre avis, cette proposition n'est pas suffisante, car, elle porte atteinte à la nature de la situation de fait. Si les deux membres du couple doivent réunir les conditions pour accéder à une union libre, au sens strict, cette union n'est plus une formation libre à proprement parler. Mais, le motif de CHEN Wei doit être pris en compte; il rappelle les intérêts de nombreux couples non mariés en Chine. De ce fait, nous avons conscience que le PACS est un choix approprié. Il peut également être un compromis entre le mariage et le concubinage (plus libre que le mariage, mais moins souple que le concubinage) en s'ouvrant aux couples célibataires sous certaines conditions.

213. De plus, nous constatons que la question des homosexuels ne serait pas la raison majeure pour laquelle serait créé le PACS; cependant, son introduction répondrait malgré tout à l'aspiration des couples homosexuels chinois, car, avant que l'opinion publique puisse changer d'avis sur les homosexuels, le PACS leur permettrait de se sentir plus sécurisés sous la protection du droit. Par ailleurs, en raison de la nature contractuelle de cette forme d'union civile, ils n'auraient pas besoin de montrer leur véritable orientation sexuelle devant l'autorité publique, et ne craindraient pas d'être discriminés.

214. Prenant ces raisons en considération, le PACS semble nécessaire dans le système juridique chinois. S'agissant de ces conditions de fond, nous proposons de prévoir un régime plus souple que celui du mariage, car ce dernier dispose de conditions de fond relativement rigoureuses, sans dispenses. D'une certaine façon, un régime moins strict du PACS permettrait également aux couples qui sont exclus du mariage de trouver une

¹⁹⁸ En ce sens, V. CHEN Wei, *op.cit.*, n°154, p. 188-200.

union sécurisante. De ce fait, la création du PACS pourra également compléter le champ de protection des couples qui ne peuvent se marier en Chine.

SOUS-PARTIE II. LA DISSOLUTION DU COUPLE

215. Dans le monde contemporain, les couples ont toujours le droit de rompre leur relation, qu'ils soient liés par le mariage (Chapitre I), par le concubinage ou le PACS (Chapitre II). La possibilité de rompre, pour le couple, relève de la liberté des individus.

Chapitre I. La désunion de la vie matrimoniale

216. Même si chaque forme d'union est susceptible d'être dissoute, la procédure et les motifs justifiés ne sont pas identiques. Parmi les différentes modalités de la rupture de l'union, la dissolution d'un mariage est la plus complexe. D'une part, le divorce peut mettre fin à une vie matrimoniale (Section I); d'autre part, la séparation de fait dans les deux pays et la séparation de corps en France peuvent également aboutir au divorce (Section II).

Section I. Le divorce

217. En Chine comme en France, le divorce marque la fin du mariage. Au travers de l'histoire des deux pays, le principe de la dissolubilité du mariage a été expérimenté à plusieurs reprises. Il est certain que la pratique actuelle du divorce ne peut se comprendre que si nous tenons compte des traditions de ces pays.

218. En France, dans le droit canon, le divorce demeurait indissoluble sous l'emprise du caractère sacré du mariage. Toutefois, cette rigueur de l'indissolubilité était atténuée d'une part par la création du régime de la séparation de corps, d'autre part, par l'annulation du mariage, dont le nombre augmentait de plus en plus à cette époque.

En 1789, la non-dissolution du mariage a été abolie, par les révolutionnaires, au nom de la liberté. Une nouvelle loi¹⁹⁹ a alors été adoptée par l'Assemblée nationale et a été modifiée par les décrets de 1793 et 1794, autorisant le divorce et prévoyant que « le

¹⁹⁹ L. 20 sept. 1792 sur l'état civil.

mariage [était] dissoluble par le divorce »²⁰⁰. En parallèle, deux modes de divorce étaient prévus : le divorce par consentement mutuel et le divorce par demande unilatérale au motif de l'incompatibilité d'humeur et de caractère, etc.

Par la suite, le Code Napoléon de 1804 a établi un compromis entre l'Ancien Régime et le droit des révolutionnaires, de sorte que les deux formes de divorce instaurées par les révolutionnaires ont été conservées. En même temps, le régime de la séparation de corps a été rétabli. Pourtant, la liberté de la rupture du lien matrimonial n'allait pas très loin. Douze ans après, la Restauration à nouveau a imposé la non-dissolution du mariage. Son caractère de non-dissolubilité a été modifié par la loi Naquet de 1884. Le divorce pour faute était encadré avec une procédure agressive, parce que le demandeur était tenu de fournir des preuves par tous les moyens, même par le biais de manœuvres déloyales ou par la violence.

La loi de 1884 a admis le divorce en législation échappant totalement au contrôle de l'Église. À partir de ce moment-là, le régime du divorce n'a cessé de se développer. Par exemple, dans les années suivantes, plusieurs autres lois ont été promulguées. Celle du 15 décembre 1904 autorisait l'époux divorcé à épouser le complice de son adultère. De même, la loi du 2 avril 1942 prévoyait l'interdiction du divorce au cours des trois premières années du mariage ayant l'objet de faire obstacle au développement du divorce.

La loi du 11 juillet 1975²⁰¹ a joué un rôle considérable dans l'histoire du droit de la famille en France. Son principe de dédramatisation a créé trois branches fondamentales du divorce, visant à arranger la relation postérieure au divorce, tout en ayant la possibilité d'attribuer la prestation compensatoire et la pension alimentaire à l'un des époux.

Ensuite, la loi du 26 mai 2004²⁰² a été créée pour simplifier, accélérer et pacifier le divorce, notamment en cas de divorce consensuel : une comparution et une audition sont

²⁰⁰ L'article 1 de la section V de la loi du 20 sept. 1792

²⁰¹ L. n°75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce.

²⁰² L. n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

suffisantes pour prononcer le divorce. Enfin, la loi du 12 mai 2009²⁰³ a été promulguée; son but est de simplifier et de clarifier le droit et d'alléger les procédures du divorce.

219. Quant à la Chine, l'histoire du divorce est aussi particulière. Auparavant, elle présentait des caractères féodaux tant au regard des mentalités que quant à la conception de la famille.

Dans l'Antiquité de la Chine, la rupture du mariage était possible sous forme de répudiation, mais seul le mari en tirait profit.

La liste des cas de répudiation était exhaustive; il y avait au total, 7 cas²⁰⁴ où le mari pouvait exclure sa femme : lorsqu'elle 1) ne respectait pas ses beaux-parents, 2) n'avait pas d'enfants masculins, 3) commettait l'adultère, 4) était jalouse, ce caractère étant susceptible de détruire l'harmonie de la famille, 5) avait attrapé une maladie incurable, 6) était bavarde 7) mettait de l'argent de côté.

Néanmoins, en vue de protéger les intérêts de la femme, les anciennes lois prévoyaient, en même temps, trois cas²⁰⁵ où il était interdit, pour époux de répudier sa femme, alors que celle-ci rentrait dans un des cas de répudiation, lorsque 1) les parents de la femme étaient décédés, 2) elle accompagnait son mari dans le deuil pour l'un de ses beaux-parents ou tous les deux pendant trois ans, 3) le mari devenait riche, alors qu'au début du mariage, il était pauvre.

À part la répudiation, il existait une autre forme surprenante de dissolution du mariage sous l'Ancien Régime chinois. Elle était appelée la rupture obligatoire²⁰⁶ et était imposée par le juge. Il s'agissait d'un crime ou de violences dont la victime et l'auteur étaient respectivement les membres de la famille du mari et de sa femme. Dans ce cas, le divorce était prononcé sans que l'avis du couple soit demandé.

²⁰³ L. n°2009-526 du 12 mai 2009 relative à la simplification et la clarification du droit et d'allègement des procédures.

²⁰⁴ 七出.

²⁰⁵ 三不去.

²⁰⁶ 义绝.

Le divorce par consentement mutuel était prévu dans la loi. Pourtant, la femme était considérée comme l'objet de son mari, et ne disposait pas de ses propres droits. Cette forme de divorce est alors devenue un autre moyen de répudiation.

À la chute de la société féodale, le Parti Guomindang a pris le pouvoir. En 1930, la loi relative à la famille a été promulguée, laquelle a abrogé le régime de la répudiation et a prévu deux types de divorce (le divorce par consentement mutuel et le divorce par jugement). Toutefois, dans cette loi, se trouvaient encore les traces de la loi traditionnelle. L'inégalité des sexes l'emportait sous ce régime. Peu importe la forme du divorce, l'autorité parentale appartenait toujours au père.

À partir de 1949, la RPC a été établie. La loi communiste s'est substituée à la loi de Guomindang. Mais, nous considérons que la signification de cette loi qui illustre la fin du contrôle du régime impérial du mariage est plus importante que la loi elle-même, car certains articles d'une telle loi n'ont pas été approfondis, de nombreux problèmes ayant été rencontrés au moment de sa mise en œuvre. À titre d'exemple, aucune cause ni aucun critère du divorce contentieux n'ont été prévus. Par ailleurs, l'ancien article 21 disposait que le mari devait payer une partie des frais d'éducation de l'enfant, lorsque ce dernier vivait avec la femme après le divorce, sans préciser si l'enfant vivait avec le père.

Trente ans plus tard en 1980, le deuxième droit du mariage a vu le jour. La rupture du lien affectif a été premièrement prévue comme le critère essentiel visant à prononcer le divorce contentieux dans l'article 25 de ce droit. Par rapport à la loi précédente, la loi de 1980 a précisé certaines questions posées au cours de l'exécution du premier droit du mariage. À titre d'exemple, le droit du mariage de 1980 prévoyait la possibilité du remariage entre les couples divorcés, alors que la loi de 1950 restait muette sur le sujet.

Le dernier amendement du droit du mariage a eu lieu en 2001. Cette loi a apporté plusieurs réformes sur le mariage. En matière de divorce, des dommages-intérêts ont été introduits. De plus, le législateur a mis en lumière des cas de divorce contentieux.

220. Au regard de l'histoire du divorce dans les deux pays, nous trouvons qu'à la différence de l'indissolubilité du mariage sous l'emprise du catholicisme français, le divorce a toujours été accessible en droit chinois. Mais, dans la plupart des cas, c'était l'homme qui répudiait la femme au nom de l'autorité maritale. Par ailleurs, durant le

régime féodal, la répudiation était un moyen efficace où la femme devait obéir à son mari : comme l'épouse s'était détachée de sa famille biologique, elle se retrouvait seule après sa répudiation. La répudiation était également une sanction abusive qui montrait la puissance de l'autorité maritale, alors qu'en France, la non-dissolution du mariage était soumise au dogme qui en accentuait l'aspect sacré : une fois que le couple décidait de se marier, leur union était pour toute la vie, car « le mariage de l'homme et de la femme symbolis[ait] l'alliance de Dieu et de son peuple, de sorte que l'amour que les époux se port[aient] [était] le reflet parfait de l'amour sincère, gratuit, fidèle, inconditionnel, que Dieu a pour les hommes »²⁰⁷.

Par ailleurs, malgré l'existence du divorce en Chine, la demande abondante de la répudiation montrait une inégalité importante entre les femmes et les hommes. Jusqu'en 1950, l'égalité entre les différents sexes a été officiellement établie par le premier droit du mariage. En revanche, le divorce a été admis dans la législation française par la loi de 1884, beaucoup plus tôt qu'en Chine : plus de soixante ans. C'est aussi la raison pour laquelle le système du divorce français est plus complet qu'en Chine, se traduisant dans certains sujets que nous allons examiner dans la partie suivante.

Sous-section I. Les causes variées du divorce dans les deux pays

221. Comme les motifs du divorce sont variables, plusieurs formes sont prévues dans le cadre de la dissolution. On peut, en général, en distinguer deux : le divorce gracieux (Paragraphe 1) et le divorce contentieux (Paragraphe 2).

222. En droit chinois, deux catégories de divorce sont prévisibles : le divorce par consentement mutuel et le divorce par jugement. Ce mode de classement se base sur leurs différentes voies : le premier se déroule devant l'autorité administrative, le second suppose l'intervention du juge. En pratique, les époux ne recourent à cette deuxième voie qu'en cas d'un contentieux. Par conséquent, cette deuxième forme de divorce est aussi nommée "le divorce contentieux".

S'agissant du divorce en France, « trente ans après sa libéralisation par la loi de 1975, [il] restera donc finalement pluraliste et, à ce titre, respectueux des choix et des

²⁰⁷ Agnès WALCH, *op.cit.*, p.71.

situations particulières des individus engagés dans les liens d'un mariage à la dérive »²⁰⁸. Finalement, le droit français prévoit quatre branches : le divorce par consentement mutuel, le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce pour faute et le divorce pour altération définitive du lien conjugal²⁰⁹. Les deux premiers appartiennent au divorce gracieux, tandis que les deux autres entrent dans la catégorie du divorce contentieux. Le mode de classement se fonde sur l'existence de l'accord à propos du principe du divorce.

Paragraphe 1. Le divorce gracieux

223. La « dédramatisation » du divorce gracieux est fondée sur le fait que les couples se mettent d'accord sur la rupture du mariage. Il peut arriver que certains ne s'accordent pas sur les conséquences du divorce, en dépit de l'acceptation de son principe. Compte tenu d'une telle situation, le droit français divise le divorce gracieux en deux parties : le divorce par consentement mutuel (A) et le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage (B), alors que le droit chinois ne connaît que le divorce consensuel.

A. Le divorce par consentement mutuel

224. Le divorce par consentement mutuel conserve la liberté individuelle. Cette forme de dissolution est prévue tant en Chine qu'en France. Sur le fondement de l'article 230 du Code civil français, « le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce ». En Chine, aux termes de l'article 31 du droit du mariage, « si les deux conjoints demandent par libre consentement le divorce, leur demande doit être approuvée. Ils doivent présenter leur demande de divorce au bureau des affaires civiles. Après avoir confirmé par enquête qu'ils avaient demandé le divorce par libre consentement et réglé d'une manière appropriée le problème concernant leurs enfants et leurs biens, le bureau des affaires civiles leur délivre l'acte de divorce ».

²⁰⁸ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ?* Dr. famille 2003, étude 13.

²⁰⁹ C.civ., art. 229.

a. Les conditions de la mise en place

225. En France, la loi du 26 mai 2004 a abrogé les conditions de la durée du mariage, alors que la loi du 11 juillet 1975 exigeait au moins six mois d'ancienneté²¹⁰, ce qui a réduit la durée de trois ans prévue par la loi du 2 avril 1941. En droit chinois, la restriction de l'ancienneté du mariage n'a jamais été imposée.

À part cette condition de la durée qui a été supprimée, une autre condition qui reste valable dans les deux pays, porte sur l'intégrité du consentement. C'est dire que le consentement doit être exempt de vices.

En ce qui concerne les personnes étant sous le régime de protection, d'après le droit français, elles ne sont pas susceptibles de recourir au divorce par consentement mutuel en application de l'article 249-4 du Code civil. En Chine, selon l'article 12-2 du règlement d'application de l'enregistrement du mariage, cette forme de divorce ne leur est pas accessible.

226. Il est à remarquer qu'une fois que les conjoints ont décidé de choisir de divorcer à l'amiable, la cause de leur séparation importe peu. Le législateur des deux pays permet aux conjoints de ne pas dévoiler leurs cicatrices, s'appuyant sur la dédramatisation du divorce et la protection de la vie privée.

227. Toutefois, afin de profiter de ce régime simple, une convention réglant les conséquences du divorce (partage des biens, enfants, dettes, logements, etc.) doit être signée au regard de l'article 230 du Code civil en France et de l'article 11-3 du règlement d'application de l'enregistrement du mariage en Chine.

228. Pour ce qui est des conditions du divorce par consentement mutuel dans les deux pays, celles du droit français sont similaires à celles du droit chinois. La suppression de l'exigence de l'ancienneté du mariage marque un point commun de plus. Malgré cela, une grande divergence se traduit concernant leurs procédures (b).

²¹⁰ C.civ, ancien, art. 230.

b. Diversité de la procédure du divorce consensuel entre la France et la Chine

229. Il existe une différence considérable portant sur la nature de la procédure du divorce par consentement mutuel : l'homologation du divorce est une décision judiciaire en France, alors qu'elle est une décision administrative en Chine.

1. La nature différente des deux procédures

230. En France, malgré la simplification du divorce résultant de la loi de 2004, seul le juge peut prononcer le divorce à l'amiable. En Chine, au contraire, le prononcé du divorce par consentement mutuel relève de la compétence de l'officier du bureau des affaires civiles. Avant de comparer la procédure dans les deux pays, il apparaît nécessaire de connaître leur déroulement selon les différents droits.

231. En droit français, le divorce consensuel est une innovation de la loi de 1975. Son principe de dédramatisation contribuait à généraliser le divorce. En revanche, une procédure relativement lourde y faisait en même temps obstacle. Ainsi, la loi du 26 mai 2004 est intervenue dans le but de simplifier et de pacifier la procédure « afin qu'il ne soit plus ressenti [...] comme un échec personnel mais comme une sorte de "faute sociale" »²¹¹.

232. À l'issue de la loi de 2004, les simplifications de la procédure du divorce par consentement mutuel sont manifestées, en principe, selon trois aspects :

Tout d'abord, une seule convention est suffisante, tandis que l'ancienne loi en prévoyait deux, une « temporaire » et une « définitive ». Par ailleurs, deux comparutions devant le juge étaient remplacées par une seule comparution; Enfin, un délai de réflexion minimal de trois mois prévu à l'alinéa 2 de l'ancien article 231 du Code civil a été également abrogé par la nouvelle loi. L'idée de cette exigence reposait sur l'espoir de la réconciliation des conjoints.

²¹¹ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 181, n°430.

La loi de 2004 apporte sans doute une réforme sur une procédure plus simple. Néanmoins, elle ne change pas le pluralisme du divorce figuré par la loi de 1975, elle le rend seulement plus efficace.

233. Durant la procédure française, malgré la simplicité renforcée issue de la loi de 2004, le juge joue tout de même un rôle indispensable. Sa mission consiste à diriger les époux dans la procédure en examinant l'existence de la volonté réelle et l'intégrité du consentement des époux tant sur le divorce que sur sa convention, grâce à l'audience et à la présentation d'un ou de deux avocats, au lieu de trancher les contentieux issus du divorce. Si le juge considère que le consentement est vicié ou que la convention ne protège pas les intérêts des enfants, par exemple, il a le droit de refuser d'homologuer une telle demande. Toutefois, concernant la dernière hypothèse, une nouvelle convention venant rectifier les défauts de la première est recevable dans un délai maximum de six mois²¹². Pourtant, cette demande est caduque, dès lors que ce délai est expiré ou en cas d'un deuxième refus²¹³.

234. Contrairement à la procédure juridique en France, celle du divorce par consentement mutuel en Chine se caractérise par sa nature administrative.

Comme pour cette forme du divorce de droit français, le législateur chinois s'est aussi efforcé de simplifier sa procédure en distribuant plus d'autonomie aux conjoints. Ainsi, en 2003, la réforme du règlement d'application de l'enregistrement du mariage est venue remplacer celle de 1994.

235. Si nous comparons ces deux règlements successifs, nous nous apercevons que plusieurs modifications sont remarquables en matière de procédure du divorce consensuel :

En premier lieu, les documents fournis à l'agent du bureau des affaires civiles sont simplifiés. Selon l'article 11 du règlement de 2003, la lettre de la présentation rédigée par Danwei (unité du travail) ou le comité de résidents ne sont plus nécessaires, alors qu'elle était exigée au regard de l'ancien article 14-3 du règlement de 1994, pour affirmer la situation dégradée du lien matrimonial.

²¹² C.civ., art. 250-2.

En second lieu, le délai de vérification a été supprimé. Avant la réforme, le bureau des affaires civiles était chargé d'examiner la demande dans un délai maximum d'un mois²¹⁴. À partir de la mise en place du nouveau règlement, la délivrance de l'acte du divorce est immédiate.

236. Le but de cette réforme est clair : l'autonomie des conjoints occupe une place notable en cas de divorce par consentement mutuel, celui-ci étant devenu beaucoup plus simple. Ainsi, lorsque les conjoints s'accordent pour divorcer, ils doivent personnellement se rendre au bureau des affaires civiles du lieu où ils habitent sans réserver. Au moment de l'audience, ils présentent leur livret de famille, leur pièce d'identité, aussi que l'acte de mariage. De même, ils doivent aussi s'entendre sur les effets du divorce, s'il y a lieu: les enfants, les biens communs et les dettes. Ces solutions sont indiquées dans la convention du divorce signée par les deux parties, laquelle sera examinée sur place par l'officier. Une fois que ce dernier a jugé réelle la volonté des conjoints, il homologue la convention du divorce et, par la même décision, il le prononce.

2. La comparaison des deux procédures

237. Une différence significative entre les deux procédures porte sur leur nature. En France, il s'agit d'une décision judiciaire tandis qu'en Chine, elle relève de la compétence de l'autorité administrative. Avant tout, il importe d'examiner les conséquences résultant de cette divergence entre les deux pays.

Selon la procédure chinoise, la présence de l'avocat n'est pas indispensable. En revanche, en France, un (ou deux) avocats doivent impérativement être désignés. Le rôle de l'avocat vise à informer les conjoints sur toutes les questions du divorce. Simultanément, ils peuvent les assister dans la procédure, notamment pour rédiger la convention du divorce au regard des différentes circonstances.

²¹³ C.civ., art . 250-3.

²¹⁴ Règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1994, art. 16.

Il semble que l'obligation de la désignation de l'avocat (des avocats respectifs) en France soit compréhensible, car grâce à son conseil, les conjoints évitent, le rejet de la convention par le juge pour divers motifs.

Au contraire, en Chine, dans le cadre du divorce par accord commun, l'agent du bureau des affaires civiles ne se charge que d'examiner la validité des pièces produites par les demandeurs, l'existence du consentement et de la convention du divorce qui contient *a priori* les solutions pour régler les conséquences du divorce, sans avoir besoin d'estimer si les intérêts de chacun ou de l'enfant sont préservés.

238. Lorsque nous entrons dans le détail de la procédure des deux pays, nous pouvons également noter que les formes de l'audience diffèrent. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 250 du Code civil, l'audience française se déroule en trois étapes : une interview entre le juge et chacun des époux, une autre entre le juge et les deux conjoints et une troisième entre le juge et le (ou les) avocat(s). Or en Chine, une seule audience mixte suffit.

239. En outre, par rapport à la France, la durée de la procédure, en Chine, est surprenante : la requête, l'examen et l'enregistrement du divorce ont lieu en une journée. En France, malgré la suppression du délai de réflexion par la réforme de 2004, la procédure n'est pas immédiate; elle dure au minimum plusieurs mois.

240. Les avantages de la procédure de divorce par consentement mutuel en Chine sont la rapidité et les moindres frais (15 yuans). Le tarif en France est, en revanche, plus onéreux, car il faut compter les honoraires d'un avocat au minimum. Néanmoins, nous ne pouvons négliger le fait que la procédure chinoise présente de nombreux défauts.

Tout d'abord, les intérêts de l'enfant et de l'une des parties risquent d'être lésés, car l'agent du bureau des affaires civiles n'est pas chargé de protéger leurs intérêts au moment de l'audience. Il lui suffit de confirmer que la convention du divorce est signée par un accord commun. De plus, à défaut de la présence d'un avocat, les conjoints rédigent eux-mêmes leur convention dans prévoir ou anticiper les risques et la faisabilité d'une telle convention. Dans la majorité des cas, « ils ne pensent qu'à leurs propres

intérêts et non à ceux de leurs enfants; pire encore, l'avis de ces derniers est rarement entendu »²¹⁵.

Il est indéniable qu'une simple négligence dans la convention déclencherait une bombe dans la vie des deux ex-conjoints après le divorce. Nous nous demandons, entre la rapidité de la procédure et son caractère protecteur, laquelle des deux est la plus vitale. Le législateur chinois choisirait sans doute la première. À notre avis, la seconde est plus importante, car des défauts dans la rédaction d'une convention risquent de produire des conséquences sur la vie des deux ex-époux à long terme.

241. Par ailleurs, la suppression du délai d'examen avec le nouveau règlement fait apparaître de nombreux divorces irréfléchis. Selon un rapport émanant du bureau des affaires civiles²¹⁶, en 2012, 24 230 000 couples ont demandé la rupture de leur mariage. Le taux de divorces s'élevait à 8%. Nous observons que, parmi ces personnes divorcées, celles qui sont nées après les années 80 occupent une place significative. Elles représentent les premières générations d'enfants uniques sous le régime du planning familial. Elles font partie de la « Génération gâtée », ainsi nommées parfois. En effet, ces enfants ont grandi avec l'amour de leurs parents et de leurs grands-parents, de ce fait, ils ne sont pas habitués à faire des compromis, ce qui a forcément des incidences sur le mariage. À titre d'exemple, en 2012, à Xi'an, 11739 couples entre 20 et 34 ans ont demandé le divorce par consentement mutuel en seulement neuf mois, ce qui représentaient 57,5% de divorcés²¹⁷.

Avant la réforme, le règlement prévoyait un délai d'examen d'un mois au maximum, ce qui permettait d'une part, à l'officier du bureau des affaires civiles de mieux vérifier les dossiers et les situations des conjoints, et d'autre part, aux époux eux-mêmes de réfléchir à leur décision. Ainsi, certains auteurs ont suggéré de rétablir le délai de réflexion. D'après WU Guoping²¹⁸, si l'abrogation du délai de réflexion d'un mois met l'accent sur l'autonomie personnelle, il porte atteinte à la stabilité familiale,

²¹⁵ XIA Yinlan, *La liberté et la limite du divorce*, Université politique de la Chine, 2007, p. 123-124.

²¹⁶ *op.cit.*, n°106.

²¹⁷ Huaxia.com, *les couples nés durant les années 80 demandent plus de tolérance selon un reportage du bureau des affaires civiles à Xi'an*, 13 sept. 2012.

<http://www.huaxia.com/zjsx/xwsc/2012/09/2999210.html>

Pour cette raison, il propose de rétablir ce délai entre 3 et 6 mois qui sera appelé délai d'attente ou délai de calme, en vue d'offrir une période visant non seulement à atténuer le conflit entre les époux, mais aussi à éviter les divorces irréfléchis. Parallèlement, cette période permettrait à l'officier de vérifier la demande et de prendre la bonne décision.

242. Il est indéniable que le divorce consensuel en France protège mieux les intérêts de l'enfant et de la partie faible, car le juge est chargé de vérifier la faisabilité et l'équilibre des contenus de la convention. En cas de refus, les conjoints ont la possibilité de faire appel. Ainsi, en prenant en considération les avantages de la procédure juridique, LEI Mingguang et ZHEN Xiaochuan proposent de donner la seule compétence de l'arbitrage du divorce consensuel au juge, de sorte que « le tribunal soit habilité à établir une médiation pour réduire les divorces irréfléchis, le cas échéant, le juge aurait le pouvoir de mener une enquête afin de bien connaître le fait ».

243. Or, si le législateur chinois insiste sur la procédure administrative du divorce par consentement mutuel, les suggestions sont également nombreuses pour tenter de remédier à ces défauts :

Tout d'abord, la mise en œuvre de la publication du divorce signifierait qu'avant de délivrer l'acte, l'agent du bureau des affaires civiles émettrait une publication dans le district où se situerait le logement familial du couple en question. Selon HE Qun, « ce système permettrait aux tiers de surveiller, ce qui exclurait les divorces fictifs »²¹⁹. Pourtant, une telle publication risque de nuire à la liberté individuelle. Il ne faut pas négliger que cette suggestion peut aussi porter atteinte à la vie privée : il n'est pas approprié de publier l'échec d'un mariage, surtout contre l'avis des couples.

Une autre hypothèse soulevée vise à créer une cause de nullité du divorce en Chine. La création d'une cause de nullité du divorce pourrait autoriser l'un des conjoints à demander des voies de recours dans le cadre du divorce vicié et du divorce fictif. Cette dernière hypothèse affecte cependant les personnes qui ne désirent pas divorcer, le seul

²¹⁸ En ce sens, V. WU Guoping, *Les défauts et l'amélioration des dispositifs du divorce par enregistrement en Chine*, Le forum des dispositifs judiciaires, vol.26, No.5 sept. 2011, p.31-32.

²¹⁹ HE Qun, *Analyse sur améliorations du divorce par consentement mutuel*, La solution, févr. 2003, p.96.

but étant d'acquérir un avantage, comme par exemple avoir un deuxième enfant en éludant le planning familial, etc. Nous ne pouvons pas nier que la simplicité de la procédure administrative du divorce est une des raisons qui favorise ce phénomène en Chine.

D'après Zhang Qiaolin et Jian Zuping, « la nullité du divorce pourra se référer à celle du mariage. On distinguait le divorce nul du divorce révoqué »²²⁰. Toutefois, à notre avis, la nullité du divorce est différente de celle du mariage, car le régime du mariage est soumis à la loi et implique des effets personnels et patrimoniaux. Il est logique que lorsque les époux ne réunissent pas les conditions légales du mariage, ils ne peuvent bénéficier du statut légal de mariés sous protection judiciaire. Or, nul ne peut *a priori* imposer aux deux personnes de rester mariées, sinon, la liberté individuelle et celle du mariage seraient lésées. De ce fait, la création de la nullité du divorce pour sanctionner les époux qui ne désirent pas se séparer, ou pour s'appliquer au cas, le consentement de l'un des époux soit vicié, n'est pas opportune. Selon nous, l'essentiel est de prévenir ce genre de divorce pendant la procédure. En raison du pouvoir limité de l'officier du bureau des affaires civiles, une procédure plus longue préparée par le juge semble plus efficace.

244. Il apparaît que certaines propositions soulevées par la doctrine afin de rectifier les défauts de la procédure administrative de la Chine ne sont pas satisfaisantes, d'autant plus que l'élaboration et la mise en place de ces dispositifs sont longues et coûteuses. Ainsi, il semble que l'assimilation de la procédure du divorce consensuel à celle du divorce contentieux sous le contrôle du juge est plus efficace et sécurisante.

245. Aujourd'hui, le législateur chinois opte pour une procédure plus rapide et moins coûteuse qui permet aux époux de sortir rapidement d'une vie matrimoniale non conciliable, laissant de côté de nombreux inconvénients, tandis que le législateur français prévoit une procédure relativement longue et onéreuse sous la direction du juge ainsi que l'aide d'au moins un avocat pour s'assurer de la préservation des intérêts de tous. Chaque processus dispose de points forts et de points faibles. Nous sommes

²²⁰ ZHANG Qiaolin et JIAN Zuping, *La nullité et la révocation du divorce par consentement mutuel*, Journal de l'institut politique et juridique de Tianjin, No.4, 2005, p.73.

impatiens de voir apparaître une loi moderne qui cumulerait les avantages des deux procédures et en écarterait les inconvénients.

B. Le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage

246. Le divorce accepté en son principe constitue l'une des quatre formes du divorce en France, prévu aux articles 233 et 234 du Code civil.

Cette branche du divorce a été initialement créée par la loi du 11 juillet 1975. Cependant, la réforme apportée par la loi de 2004 a modifié radicalement l'objectif de ce type de divorce. D'après Jean CARBONNIER, au moment de la rédaction de la loi de 1975, la cause du divorce par acceptation ne résidait pas dans la volonté commune des époux, mais dans le double aveu des faits, rendant intolérable le maintien de la vie commune. De nos jours, le divorce accepté « est devenu un véritablement divorce "constat d'échec", où le caractère abstrait de la cause est renforcé, puisque les raisons conduisant les époux à accepter le principe de la rupture sont totalement occultées »²²¹.

a. Le divorce sur acceptation

247. Le divorce sur acceptation fait partie de la rupture amicale, parce qu'aux termes de l'article 233 du Code civil, les conjoints peuvent constater le principe de la rupture du mariage. Or, à la différence du divorce par consentement mutuel, ils ne s'entendent pas sur certaines conséquences. La distinction précise entre ces deux dissolutions dites « en paix » contribue d'un côté, à dédramatiser le divorce, de l'autre, à optimiser l'accord commun.

Les conjoints qui acceptent le divorce ne sont pas exclus d'une procédure moins violente malgré l'absence de la convention réglant toutes les conséquences de la dissolution. En quelque sorte, le divorce contentieux est tiré vers le divorce à l'amiable. Ce type de divorce contient deux éléments : une acceptation conjointe sur le divorce (1) et une phrase contentieuse qui se limite à ses conséquences (2).

1. L'acceptation conjointe

248. L'acceptation conjointe est basée sur l'existence d'un consentement non vicié du divorce au regard de l'alinéa 1 de l'article 233 du Code civil.

249. En faisant référence au tronc commun de la procédure, nous observons que l'accord commun peut exister dès le début, ou bien être acquis à tout moment de la procédure du divorce par altération définitive du lien conjugal ou du divorce pour faute, en application de l'alinéa 1 de l'article 1123 du Code de procédure civile.

250. Quant à l'accord donné par les époux, le juge se charge d'assurer son intégrité. Il faut remarquer qu'avec la loi de 2004, un accent est mis sur la non-rétractation de l'accord, même par voie d'appel²²² pour sécuriser la procédure du divorce accepté et pour écarter les demandeurs de mauvaise foi, car, en l'absence du caractère non révocable de l'accord, la procédure risquait d'être rallongée au motif que l'un des époux de bonne foi était obligé de recommencer tout le procès. De plus, la non-rétractation de l'accord confirme également « l'aspect conventionnel de ce divorce : la rencontre des volontés concordantes des époux les lie irrévocablement sur le principe du divorce »²²³. Toutefois, dans le cadre d'un consentement touché par les vices, la victime peut toujours agir en nullité de son accord.

2. La phase contentieuse

251. Une fois que le juge a acquis la conviction que chacun des époux a donné son accord, il est tenu de régler, par la suite, les questions contentieuses issues des conséquences du divorce.

252. Bien que le régime du divorce sur demande acceptée soit moins traumatisant, sa procédure se rapproche des autres formes du divorce contentieux en raison de l'existence de désaccords par rapport à la convention du divorce.

²²¹ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Cas de divorce. – Divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage*, JCI. Civil Code, Art. 233 et 234, fasc. unique.

²²² C.civ., art. 233, al. 2.

b. Une forme du divorce négligée en Chine

253. Contrairement au système pluraliste du divorce gracieux en France, le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage n'est pas prévu en droit chinois. Pourtant, nous remarquons qu'en pratique, cette forme est bien prise en compte, malgré qu'elle ne soit pas officiellement introduite. Au cours de la procédure du divorce contentieux, les époux ont, en effet, toujours la faculté de trouver un accord sur le divorce, et le juge est chargé de distribuer leur patrimoine à défaut de la convention. Ou encore, la demande conjointe de divorce par voie judiciaire est recevable, dès lors que les époux ne sont pas d'accord sur les conséquences de la dissolution. Mais, en réalité, cette dernière hypothèse est rare : les époux préfèrent le divorce par consentement mutuel afin de profiter d'une procédure simple, pratique et moins coûteuse, d'autant plus que la protection de la vie privée les pousse vers ce chemin. En 2012, 78% des couples ont choisi le divorce par consentement mutuel²²⁴.

Or, compte tenu du nombre important de divorces consensuels, les couples ne peuvent pas tous trouver un accord sur les conséquences de leur divorce. En effet, en cas de désaccord, les conjoints essaient d'établir un compromis pour bénéficier de cette procédure « tranquille » au moment du divorce. Le fait que les époux s'entendent sur l'acceptation du divorce et qu'ils veuillent sortir le plus rapide possible de leur situation maritale est compréhensible. Par conséquent, même si, en pratique, le juge peut recevoir une demande de « divorce accepté » afin de trancher les contentieux sur les effets de ce divorce, ce type de demande se produit rarement, car la procédure administrative du divorce consensuel est plus attractive.

Néanmoins, au moment de la rédaction de la convention du divorce en raison des connaissances juridiques limitées, sans l'aide d'un avocat, cette convention risque d'être mal rédigée. De ce fait, les intérêts des enfants ou de l'une des parties peuvent être lésés.

²²³Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *op.cit.*, n°232.

²²⁴*op.cit.*, n° 106.

254. En définitive, afin d'optimiser l'accord des époux tout en protégeant les intérêts de tous, lors de la rédaction de la convention, il serait convenable d'introduire le divorce accepté dans le droit du mariage chinois. Or en vue de généraliser cette forme de divorce, il serait nécessaire de soumettre le divorce par consentement mutuel à la voie judiciaire. Sinon, celui-ci serait assez populaire pour freiner le développement du divorce accepté.

Paragraphe 2. Le divorce contentieux

255. Contrairement au divorce à l'amiable, le divorce contentieux est violent, car les époux ne sont, en général, pas d'accord sur le principe de la rupture du mariage. En France, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute entrent dans cette catégorie. En Chine, le classement est moins clair.

A. Les causes du divorce contentieux

256. Avant de comparer le régime du divorce contentieux dans les deux pays (b), il convient tout d'abord d'en présenter les différentes causes (a).

a. L'introduction des causes du divorce contentieux dans les deux pays

1. L'éventail du divorce contentieux en France

257. En France, le divorce contentieux peut se produire pour deux raisons : le divorce pour altération définitive du lien conjugal (i) et le divorce pour faute (ii).

i. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

258. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal est initialement prévu par la loi de 1975 sous le nom de divorce pour rupture de la vie commune : « un époux peut demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans. »²²⁵

²²⁵ C.civ., ancien art. 237.

259. L'objectif de sa création était d'autoriser les époux à se débarrasser d'une vie matrimoniale, lorsque la faillite du ménage était confirmée. Pourtant, l'innovation de cette forme de divorce a fait grand bruit à l'époque, car le divorce pour rupture de la vie commune était la seule forme, la volonté d'un seul époux étant suffisante pour dissoudre un mariage. Ce nouveau type de divorce pouvait se confondre avec la répudiation.

Malgré cette vive opposition, le projet de loi a fini par être adopté. Or, les conséquences, qui étaient évidemment en faveur du défendeur, constituaient une entrave à sa mise en œuvre, car « tout était organisé, en effet, dans cette forme de divorce, en supposant que l'époux qui demandait le divorce sur cette cause était coupable »²²⁶. En conséquence, le demandeur a dû payer toutes les charges de la procédure, alors que la prestation compensatoire ne lui était pas ouverte. Par ailleurs, il était tenu de préciser les moyens par lesquels il exécutait ses obligations à l'égard de son conjoint et des enfants²²⁷. Il est à noter que, même si les conditions de la dissolution étaient réunies, le divorce pouvait être rejeté, compte tenu de l'âge de l'autre conjoint et des enfants, et de l'ancienneté du mariage, ainsi que des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté²²⁸.

C'est donc pour cette raison que le divorce fondé sur la rupture de la vie commune était rare. En 2001, seulement 1,3%²²⁹ des conjoints ont demandé ce genre de divorce.

260. La promulgation de la loi de 2004 pour ce type de divorce est remarquable. Elle a conservé cette forme, l'ayant renommée divorce pour altération définitive du lien conjugal. Dans le même temps, les lourdes conséquences au détriment du demandeur ont été supprimées. À partir de là, l'altération définitive du lien conjugal est devenu un véritable droit au divorce, ouvrant une porte de sortie au conjoint qui se trouve dans un dilemme au niveau de sa vie matrimoniale.

261. En outre, la loi de 2004 a apporté beaucoup de modifications sur ce type de divorce.

²²⁶ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 197, n°469.

²²⁷ C.civ., ancien, art. 239.

²²⁸ C.civ., ancien, art. 240.

²²⁹ Rapp. Sénat, n° 120, 2003-2004, Projet de loi relatif au divorce.

<http://www.senat.fr/rap/l03-120/l03-1203.html>

Tout d'abord, l'interruption de la vie commune est passée de 6 à 2 ans dans la mesure où le divorce n'était plus basé sur la rupture de la vie commune. En revanche, l'essentiel s'appuie désormais sur l'altération définitive du lien conjugal, la durée de la séparation n'étant plus prise en compte. Dans l'hypothèse où la relation des conjoints s'est dégradée, cela ne sert à rien de fixer une durée de séparation relativement longue. De plus, les délais doivent être acquis lors de l'assignation en divorce et non plus, comme auparavant, à la date de la requête.

Par ailleurs, la faculté mentale grave d'un conjoint n'est plus considérée comme un motif pour invoquer le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Selon le projet initial de la loi de 2004, « il est prononcé sur le constat, par le juge, de l'altération définitive du lien conjugal résultant de la cessation de la communauté de vie, tant affective que matérielle, des époux »²³⁰. Apparemment, l'état de santé d'un époux ne suffit pas pour se conformer à une séparation tant affective que matérielle.

ii. Le divorce pour faute

262. Le divorce pour faute fait partie de la procédure la plus violente. Il existe encore dans le droit commun en France, malgré son incompatibilité avec la tendance à le dédramatiser.

Plus récemment, en 2001, une proposition de loi, dite COLCOMBET a soulevé la question de la suppression du divorce pour faute. Selon cette proposition, « le divorce pour faute rend pratiquement impossible l'organisation sereine de l'avenir de chacun des conjoints et particulièrement des enfants. À l'échec du couple, s'ajoutent des ravages souvent irrémédiables et ce divorce devient ainsi une cause de profond désordre. Cette situation est bien connue des praticiens du droit. Elle a pris, du fait de l'augmentation du nombre de divorces, l'allure d'un véritable fléau social »²³¹. Finalement, elle n'a pas été adoptée par le Sénat, car, malgré la censure de ce type de divorce, son existence est nécessaire pour rappeler la responsabilité individuelle et pour sanctionner le non-respect des obligations du mariage. Pour cette raison, une telle cause a été maintenue, même après la loi de 2004.

²³⁰ Projet de loi Sénat, n°389, 2002-2003, Projet de loi relatif au divorce.

263. Vu les termes de cette forme de divorce, la faute occupe une place considérable.

En se penchant sur les articles du Code civil relatifs au divorce pour faute, nous constatons que le législateur n'a pas voulu énumérer tous les faits imputables au conjoint, car « l'imagination des particuliers mariés dépasse celle des juristes dans ce domaine »²³².

Par exemple, le divorce pour faute peut être prononcé au motif de comportement anormal d'un époux : addiction, injure, orientation sexuelle, etc. Quelquefois, la pratique excessive d'une religion peut également être un motif : « la cristallisation croissante du mari sur ses positions religieuses a créé dans son foyer une atmosphère pesante de contrainte et de soumission permanente qui ne pouvait que nuire aux intérêts de l'épouse et perturber la vie quotidienne de la famille »²³³.

264. Par ailleurs, deux indices sont imposés d'une manière cumulable pour caractériser une faute imputable : en premier lieu, les faits doivent être graves ou renouvelés. Soulignons que la gravité et le renouvellement sont alternatifs. Cela signifie qu'un fait peut s'appuyer sur le divorce pour faute, lorsqu'il est grave mais unique ou, à l'inverse, lorsqu'il est fréquent mais léger. En second lieu, les faits doivent rendre intolérable le maintien de la vie commune. Si la première condition fixe le caractère de la faute, la seconde en illustre l'incidence.

2. Les cas du divorce contentieux en Chine

265. À la différence du droit français, le législateur chinois ne distingue pas de forme différente dans le cadre du divorce par jugement. Par contre, il énumère cinq cas précis où le divorce demandé par l'un des époux, peut être prononcé sous le principe de la rupture du lien affectif.

²³¹ Prop. de loi AN n°3189, 2001-2002, Proposition de loi relative à la réforme du divorce.

²³² V. l'intéressante étude statistique réalisée sous la direction de Madame DEKEUZER-DEFOSSEZ, D. 1985, chron.219.

²³³ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2007, n°05-18.735: JurisData n°2007-039666 ; Dr. famille 2007, comm. 168, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

266. La notion de la rupture du lien affectif a été créée par la réforme de 1980. Auparavant, aucun principe du divorce contentieux n'était précisé dans le droit du mariage. Cependant, il semble que sa création n'ait pas bien amélioré la situation. En effet, le caractère abstrait de ce principe met un voile sur son application. Ainsi, neuf ans après sa promulgation, l'« Interprétation judiciaire » sur la façon d'examiner la rupture du lien affectif entre les époux a été publiée par la Cour Populaire Suprême le 11 novembre 1989. À cette occasion, la Cour a cité 14 cas susceptible de provoquer la rupture de l'affection conjugale.

Après l'amendement du droit du mariage en 2001, le législateur a inséré cinq cas après, avoir tenu en compte la tendance des jurisprudences :

1) la bigamie, ou la cohabitation de l'un des deux conjoints avec une autre personne ;

En vue d'expliquer la cohabitation dans le cadre d'une demande de divorce, la 3^{ème} « Interprétation » de 2003 précise que « la cohabitation indiquée par les article 3, 32, et 46 du droit du mariage concerne un conjoint qui habite avec un tiers de sexe opposé d'une manière stable et continue »²³⁴.

2) la violence familiale, la maltraitance ou l'abandon d'un membre de la famille ;

La Cour Populaire Suprême énonce que « le fait de battre, ligoter, nuire, restreindre la liberté de son conjoint ou d'utiliser d'autres moyens pour porter atteinte à la santé ou à la mentalité des membres de la famille d'une manière fréquente »²³⁵ peut être considéré comme un acte de violence familiale et de maltraitance.

3) les jeux d'argent, l'usage de stupéfiants et autres vices ;

4) les époux vivent séparés depuis deux ans pour incompatibilité d'humeur.

5) Lorsque l'un des deux époux a été porté disparu, la demande de divorce présentée par l'autre partie doit être approuvée.

²³⁴ 1^{ère} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage, art. 2.

²³⁵ 1^{ère} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage, art. 1.

En dehors de ces cas indiqués sur la liste, le juge est tout de même habilité à prononcer le divorce au regard du principe de la rupture du lien affectif entre les époux, en application de l'article 32-5 du droit du mariage : le divorce peut toujours être prononcé, dans le cas d'autres faits entraînant la rupture de l'affection.

267. Au sens strict, le principe de la rupture du lien affectif régit tous les divorces non consensuels sur le fondement de l'article 32, alinéa 2 du droit du mariage, « en cas d'échec de la conciliation du juge, ce dernier prononce le divorce après avoir constaté la rupture d'affectation conjugale ». L'objectif pour lequel le législateur chinois énumère, dans l'« Interprétation judiciaire » et le droit du mariage, certains cas permettant le divorce contentieux, ne vise pas à freiner le nombre important de demandes, mais à clarifier la situation en pratique.

b. La comparaison des modes de classement du divorce contentieux dans les deux pays

268. En Chine, toutes les demandes qui écartent le divorce par consentement mutuel entrent dans le champ du divorce par jugement en se soumettant au principe de la rupture du lien affectif. En effet, un tel principe est critiqué tant sur ce critère lui-même que sur son contenu.

269. Tout d'abord, l'accent mis sur l'affection des époux ne correspond pas au principe du mariage. Dans la majorité des cas, l'amour conduit un couple à se marier. Néanmoins, le mariage produit aussi de nombreux effets durant la vie matrimoniale. En conséquence, la disparition de l'amour ne concerne qu'un des motifs de la rupture. Un conflit sur la vie matérielle, l'humeur, les caractères personnels, etc., peut aussi aboutir à l'échec du mariage (v. infra n°324).

En outre, la nature abstraite du lien affectif fait obstacle à son application. L'affection est effectivement un sentiment naturel, et peut varier : entre les enfants et les parents, entre amis, etc. Cependant, l'amour au sein d'un couple est une relation plus complexe que les autres. Dans l'encyclopédie, nous n'avons pas trouvé de définition précise à propos de l'amour, puisque chaque individu a son propre avis sur cette notion de par ses expériences, son éducation, l'environnement familial où il a grandi. Nous

nous demandons, à défaut de critères harmonieux, comment le juge peut être en mesure d'examiner la demande.

Ainsi, l'« Interprétation » sur la rupture du lien affectif précise, dans les dispositions générales, qu'« il est nécessaire d'examiner la rupture de ce lien affectif à travers plusieurs critères cumulables : le fondement du mariage, la vie matrimoniale, la raison du divorce, la relation du moment, ainsi que la possibilité d'une réconciliation, etc. ».

270. Si des défauts du principe de la rupture du lien affectif visant à prononcer le divorce contentieux en Chine sont constatés, l'imperfection des contenus ne peut être non plus négligée.

En premier lieu, au regard de l'« Interprétation » sur la rupture du lien affectif, certains cas sont contradictoires avec d'autres dispositions juridiques. À titre d'exemple, l'article 6 de l'« Interprétation » énonce que « dans le mariage arrangé ou le mariage d'affaires, l'un des époux peut demander le divorce juste après le mariage ou après plusieurs années, à condition qu'il existe aucune affection ». Sans doute, ici, la prononcé du divorce se base sur un mariage illégalement fondé, et le juge admet, en quelque sorte, la légitimité du mariage arrangé ou du mariage d'affaires qui viole l'article 3 du droit du mariage.

En second lieu, l'impuissance incurable de l'un des époux peut être invoquée dans une demande de divorce²³⁶ fondée sur la rupture de l'affection²³⁷. Il est indéniable que la relation sexuelle constitue un élément considérable dans la vie matrimoniale. Pourtant, il n'est pas approprié de supposer l'absence de lien affectif dès lors que l'un des époux devient impuissant.

En droit français, il est rare de demander le divorce pour impuissance de l'un des conjoints, « car il est difficile d'imputer à faute au conjoint l'inaptitude aux relations sexuelles ; c'est donc, plutôt, là encore, le refus volontaire ou la limitation volontaire

²³⁶ T. peuple de base du district du Nanchuan à Chongqing, 25 nov. 2013, (2013) 南川法民初字第03092号.

²³⁷ « Interprétation judiciaire » sur la façon d'examiner la rupture du lien affectif entre époux publiée par la Cour Populaire Suprême, art. 1.

dans les relations intimes qui est sanctionné »²³⁸. Dans le cas contraire, l'impuissance peut entrer dans la catégorie des erreurs sur les qualités essentielles de la personne et la nullité du mariage serait prononcée, comme dans les arrêts de la Cour d'appel de Caen du 19 janvier 1989²³⁹ et de la Cour d'appel de Douai du 19 février 1988²⁴⁰.

271. En France, le divorce contentieux est subdivisé en deux grandes parties : le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute. Contrairement à un principe appliqué pour toutes les causes du divorce en Chine, ces deux catégories disposent respectivement d'un régime propre.

Concernant le premier, le juge prononce le divorce au regard de deux éléments cumulables afin de mettre au clair les termes « altération définitive du lien conjugal : d'une part, la cessation de la communauté de vie, qui se traduit par l'absence de cohabitation et la rupture de la vie commune pendant deux ans, d'autre part, la volonté intentionnelle de rupture de l'un des époux qui doit être exprimée. Nous remarquons que, malgré l'abstraction de l'intitulé d'une telle cause, ces éléments matériel et intentionnel contribuent à rendre plus objectif ce mode de divorce. Concernant le second, la faute joue un rôle important. Par rapport au principe de la rupture du lien affectif, en Chine, elle vise un fait imputable au lieu d'un sentiment ou d'une notion subjective qui est plus facile à juger.

Effectivement, en France comme en Chine, peu importe la cause de la dissolution du mariage, même dans le cadre du divorce consensuel, au fond, tous les divorces illustrent la rupture du lien affectif entre les époux. Ainsi, il n'est vraiment pas opportun de considérer la réalité de la vie non conciliable comme un critère pour prononcer le divorce contentieux.

En combinant les défauts exposés ci-avant à propos de ce principe en droit chinois, il serait préférable de le remplacer par un critère plus concret et plus objectif. Le classement du divorce contentieux, en France est, en revanche, plutôt raisonnable. D'une part, il permet au juge de rendre une décision sur le fait, d'autre part, il laisse une

²³⁸ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Inaptitude aux relations sexuelles et erreur sur les qualités essentielles*, Dr. famille, 2004, comm. 117.

²³⁹ CA Caen, 3^{re} ch., 19 janv. 1989, n°1989-044288.

²⁴⁰ CA Douan, 7^{re} ch., 19 févr. 1988, n°1988-051492.

autonomie aux époux en leur faisant choisir le mode de divorce selon les diverses situations réelles.

B. La procédure de divorce contentieux et les autres dispositions spéciales en Chine

272. À présent, il est nécessaire d'entrer en détail dans la procédure du divorce contentieux (a). Hormis le principe extraordinaire de la rupture du lien affectif, il existe d'autres textes spécifiques prévus par le droit chinois (b).

a. La procédure juridique du divorce contentieux dans les deux pays

273. En droit chinois comme en droit français, seul le juge a la faculté de trancher le divorce contentieux. Malgré la similitude de la nature du procès, il existe encore des différences à propos de son déroulement dans les deux pays.

1. La procédure du divorce contentieux en France

274. En France, même si tous les divorces passent obligatoirement devant le juge, les procédures ne sont pas tout à fait similaires. S'agissant du divorce par consentement mutuel, le principe sur la rupture du divorce, ainsi que ses conséquences ont été accepté par les époux eux-mêmes. Le travail du juge est simplement d'assurer la faisabilité de la convention du divorce et l'intégrité du consentement à tel point que sa procédure est relativement simplifiée.

275. En revanche, concernant les trois autres divorces, la divergence existe plus ou moins au moment de la procédure, ce qui a conduit le législateur à créer une procédure à part afin d'être appliquée à ces trois formes de divorce :

Tout d'abord, une requête doit être présentée au juge sans que soient indiqués ni le motif du divorce ni la forme ayant été choisie. Une conciliation interviendra après la réception de la requête. À ce moment-là, le juge tentera de concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences²⁴¹.

²⁴¹ C.civ., art. 252.

Idéalement, le juge souhaite que les époux prennent attentivement la décision de la rupture du mariage excluant aussi le cas du divorce irréfléchi. Si ces derniers s'obstinent à divorcer et qu'ils sont sûrs de leur choix, le juge tente de passer du divorce contentieux au divorce gracieux. De ce point de vue, l'absence de précision au cas du divorce permet aux époux d'accéder à telle ou telle forme de divorce, au regard du résultat de la conciliation.

276. En respectant le processus de la conciliation prévu à l'article 252-1 du Code civil, le juge se charge d'interroger séparément chacun des époux avant de les réunir. Les avocats respectifs assistent et participent à l'entretien. Si nécessaire, une deuxième conciliation pourra être renouvelée pendant l'instance judiciaire. La première a normalement lieu avant l'instance.

En résumé, trois possibilités existent à l'issue de la conciliation : 1) le succès de la conciliation : les époux retirent leur requête en divorce et la procédure est close ; 2) l'échec de la conciliation, les époux maintiennent la demande de divorce. Le juge va soit leur envoyer une ordonnance autorisant immédiatement les époux à introduire l'instance en divorce. Dans ce cas, l'époux qui a présenté la requête peut assigner en divorce dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, 3) soit les convoquer à une autre conciliation dans les six mois au plus prévus par l'article 252-2 du Code civil. Quoiqu'il en soit, toutes les demandes sont caduques dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance.

277. La procédure du divorce contentieux peut être très longue. La majorité des époux n'ont plus de lien affectif, de sorte que la conciliation est souvent vouée à l'échec. En vue de régler les problèmes de la vie quotidienne de la famille pendant le procès, certaines mesures provisoires peuvent être mises en œuvre.

Les mesures provisoires sont variables selon le contexte du cas de l'espèce et figurent dans l'article 255 du Code civil. Cette liste a tendance à s'allonger, étant passée de cinq en 1975 à dix en 2004. La contribution des mesures provisoires est évidente. Elle tranche les conflits principaux sur la résidence, les enfants, les biens et la maintenance de la vie quotidienne des époux pendant la période de l'instance.

Le juge est habilité à arranger la vie matérielle de la famille tout en respectant les accords éventuels des époux. Ces derniers ont la possibilité de faire appel dans les

quinze jours de la notification des mesures provisoires²⁴². Toutefois, de telles mesures sont susceptibles d'être modifiées postérieurement; l'un des époux ou les deux peuvent en faire la demande devant le juge. Néanmoins, afin de ne pas convertir la demande de la modification en un appel sur les mesures provisoires, la loi prévoit que cette demande ne peut intervenir qu'après la survenance d'un nouveau fait au regard de l'article 1118 du Code de procédure civile.

Par ailleurs, la durée de cette mesure est claire sur les termes utilisés : elle est provisoire. Ainsi, en vertu de l'article 254 du Code civil, elle ne dure qu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée.

278. Entre le dépôt de la requête et la tentative de conciliation, une inquiétude est soulevée dans certaines situations, notamment en cas de violence conjugale. Une mesure d'urgence peut alors être prise par le juge dès la requête initiale. À cet égard, les mesures essentielles portent sur l'autorisation de la séparation de la résidence. Parallèlement, une résidence pour les enfants sera arrangée, s'il y a lieu.

279. En cas d'échec de la conciliation ou d'une réconciliation, l'instance judiciaire peut être introduite par l'époux qui en prend l'initiative ou par une demande reconventionnelle. Il faut remarquer que, dans la demande introductive, le motif du divorce doit impérativement être indiqué. Cette demande doit également comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux sous peine d'irrecevabilité²⁴³. Il s'agit d'une nouveauté de la réforme de 2004, « qui semble tout à fait souhaitable, puisqu'elle va dans le sens d'un accord ou au moins d'une certaine transparence sur une matière engendrant souvent les plus grandes difficultés »²⁴⁴.

280. Dès que la demande introductive d'instance se conforme aux stipulations de la loi, la procédure du divorce entre dans une phase plus concrète. La mise en état de la procédure permet au juge de convoquer les parties qui vont ensuite essayer de défendre leurs intérêts en présence d'un avocat respectif, pouvant montrer les preuves pour soutenir la demande.

²⁴² NCPC, art. 1119, al. 1^{er}.

²⁴³ C.civ., art. 257-2.

²⁴⁴ Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *op.cit.*, p. 131.

281. Nous avons conscience que les preuves jouent un rôle significatif dans un processus contentieux. Parallèlement, cette partie de la procédure est également le noyau du débat, puisqu'elle risque de convertir l'audience du divorce en un spectacle traumatisant, surtout en cas de divorce pour faute.

A priori, les formes de preuve sont variables, comme par exemple, les lettres, les aveux, les constats d'huissier, les témoignages. Pourtant, en tenant compte des intérêts des enfants pour ne pas les mêler à un processus agressif, le droit français prévoit que « les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux »²⁴⁵.

De surcroît, une preuve ne peut être illégalement acquise en particulier par le moyen de la violence ou de la fraude²⁴⁶. En revanche, la Cour de cassation²⁴⁷ a accepté le rapport d'une enquête privée comme étant une preuve de l'adultère de l'épouse avec un tiers. Néanmoins, la preuve acquise par le détective privé doit avoir une valeur probante. « Le mari invoque l'adultère de son épouse, produisant un rapport de filature d'un détective privé. Ce rapport n'a, à lui seul, aucune force probante du fait de la subordination du détective privé »²⁴⁸.

Il n'est pas à nier que la preuve est un outil rapide et efficace. Néanmoins, sa présence s'accompagne souvent d'une révélation sur la vie privée. Elle est donc à double tranchant. On doit s'en servir d'une manière correcte et avec vigilance. Le contrôle est surtout dans la main du juge. Par exemple, du fait de la gravité du constat d'huissier, cette enquête ne doit être autorisée que par le président de grande instance. D'ailleurs, « les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics »²⁴⁹.

282. À la fin de la procédure, le juge décide de prononcer ou non le divorce en statuant sur certaines de ses incidences à l'aide des dossiers et des preuves fournies par les conjoints. Pendant un mois à compter de la signification du jugement, la porte est

²⁴⁵ C.civ., art. 259.

²⁴⁶ C.civ., art. 259-1.

²⁴⁷ Cass.1^{ère} civ., 18 mai 2005, n°04-13745.

²⁴⁸ CA Nouméa, 28 oct. 2004, n°03/00412: JurisData n°2004-288432 ; Dr. famille 2006, comm.59, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

ouverte à l'interjection. Si aucun des époux ne fait appel, le divorce est enregistré auprès des services de l'état civil.

283. Au regard de la procédure du divorce en France, chaque étape est précisément indiquée sans aucune ambiguïté. De plus, compte tenu de la lenteur éventuelle du processus, les mesures provisoires sont susceptibles d'être mises en place pour régler les conflits apparus pendant l'instance sur différents éléments comme la résidence, les enfants, les biens, etc. Par ailleurs, en vue d'éviter de mettre un des conjoints en danger dans une situation exceptionnelle, notamment, la violence conjugale, le juge peut également imposer des mesures d'urgence dès la requête initiale.

2. La procédure du divorce par jugement en Chine

284. La nature juridique de la procédure du divorce contentieux en Chine se rapproche de celle de la France.

Tout d'abord, une requête en divorce doit être déposée au tribunal dédié et les informations nécessaires sur le demandeur et le défendeur doivent être mentionnées. En vertu de l'article 32 du droit du mariage, une tentative de conciliation intervient après le dépôt de la requête. En cas d'échec de la conciliation, une instance judiciaire est établie dans les sept jours à compter du prononcé de l'ordonnance de la non-conciliation.

Le juge se charge d'envoyer une copie de la requête au défendeur dans les cinq jours à partir de l'établissement de l'instance. Celui-ci doit répondre à la requête par écrit en y indiquant des informations personnelles. Cependant, une non-réponse de sa part n'a aucune influence sur la procédure. Le tribunal s'occupe ensuite d'expédier une copie de la réponse par écrit au demandeur dans les cinq jours après qu'il l'a reçue.

Par la suite, le juge est tenu de préparer la procédure en examinant les documents envoyés par les deux parties. Le cas échéant, il peut procéder à une enquête. Une fois que la date de la convocation est fixée, les époux doivent être informés dans les trois jours.

²⁴⁹ C.civ., art. 248.

285. À la différence de la France, la présence de l'avocat, dans la procédure du divorce, n'est pas obligatoire en Chine. L'un des époux ou les deux peuvent se défendre eux-mêmes.

286. En ce qui concerne les preuves, à savoir le récit des parties, les écrits, les objets, les informations audiovisuelles et numériques, les témoins, l'opinion d'experts ou les registres des enquêtes, elles sont prises en compte par le juge²⁵⁰. Le cas échéant, ce dernier dispose du pouvoir pour mener une enquête auprès des personnes impliquées ou de l'entreprise des parties. Ces personnes se voient contraintes d'assister à une telle enquête²⁵¹.

Cette préoccupation est liée au risque d'attenter à la vie privée. En France, « tous les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics »²⁵². Cette mesure atténue l'impact provoqué par le divorce contentieux. En Chine, en application de l'article 68 du Code de procédure civile de la RPC, « les preuves doivent en principe être présentées au moment de l'audience. Toutefois, lorsqu'une preuve implique des informations confidentielles au niveau national, un secret commercial ou la vie privée, elle ne doit pas être montrée devant une audience publique ».

287. Il faut souligner que, dans l'hypothèse où le juge refuse de prononcer le divorce ou que les époux retirent la demande grâce à une conciliation, celui qui a pris l'initiative d'introduire la requête en divorce ne peut demander le divorce dans un délai de six mois, sauf si un nouveau fait survient²⁵³ (v. infra n°290). En revanche, un époux peut toujours faire appel dans les 15 jours en cas de rejet de sa demande. Ce délai est prévu pendant un mois en France.

288. Aux termes de l'article 149 du Code de procédure civile de la RPC, la procédure ordinaire doit s'achever au maximum six mois à compter du jour de l'établissement de la demande. Il est possible de la prolonger de six mois avec l'autorisation du président du tribunal populaire.

²⁵⁰ CPC. RPC, art. 63.

²⁵¹ CPC. RPC, art. 67.

²⁵² C.civ., art. 248.

²⁵³ CPC. RPC, art. 124-7.

289. À part la procédure ordinaire, une procédure simplifiée est également prévue par le même code. Au regard de son article 157, la procédure simplifiée s'applique aux demandes moins controversées. Ce genre de procédure doit finir dans les trois mois à compter du jour de l'établissement du dossier. En matière de divorce contentieux, lorsque le juge considère que le montant des biens communs à partager est faible ou que les disputes sont moins violentes, il a le droit d'ouvrir une telle procédure. Néanmoins, si pendant le processus, les conflits deviennent de plus en plus difficiles à concilier, une procédure ordinaire peut avoir lieu²⁵⁴.

290. En comparant les procédures des deux pays, nous observons que le droit chinois ne dispose pas de mesures provisoires ni de mesures urgentes. Cette absence de mesures met un obstacle à la vie matérielle de la famille pendant l'instance. De même, à défaut de mesures urgentes, il se peut que les intérêts de l'enfant ou de l'un des conjoints soient mis en danger sur le plan matériel ou moral, notamment en cas de violence conjugale ou de maltraitance des enfants. Contrairement au divorce par consentement mutuel, la procédure du divorce contentieux en Chine est longue, même la procédure simplifiée : il faut compter trois mois. Il serait donc préférable de faire figurer certaines mesures provisoires visant à régler les problèmes survenus ou posés pendant la procédure du divorce.

Par ailleurs, le droit chinois prévoit un délai de « repos » pendant six mois à partir du jour où le juge a refusé d'homologuer le divorce ou lorsqu'une conciliation a été trouvée; avant l'expiration de cette date, la requête de l'ancien demandeur n'est pas recevable sauf si un nouveau fait survient, alors qu'aucun délai n'est exigé à cet égard en France.

Cette exigence d'une part, tend à mettre le poids sur l'effet de conciliation, pour rappeler que les deux époux doivent être discrets afin de s'accorder, d'autre part, vise à décharger les tâches du juge. Comme en Chine, en raison de l'idée subjective du principe de la rupture du lien affectif, certaines personnes insistent sur l'absence d'affection pour divorcer sans montrer les preuves suffisantes. Dans ce cas, une telle demande est rejetée. Afin d'atteindre son but, le demandeur va reformuler rapidement une deuxième requête pour faire comprendre au juge sa détermination. Notant que, si

²⁵⁴ CPC RPC, art. 163

chaque divorce refusé suivait le même rythme jusqu'à l'homologation, le juge serait très chargé.

b. Les dispositions spéciales en Chine

291. En Chine, il existe des dispositions juridiques qui se différencient de celles du droit français, telles que la protection spécifique des militaires (1) et des femmes enceintes ou des femmes en période d'allaitement (2),

1. La protection du militaire dans le divorce

292. En ce qui concerne les textes spéciaux du divorce en Chine, les privilèges des militaires ne sont pas négligeables. Il convient avant tout d'interpréter le champ d'application de ces dispositions prioritaires.

Le mariage militaire prévu par le droit du mariage vise un « mariage dont l'une des parties est militaire en service actif. Pourtant, les militaires qui travaillent dans le bureau, ou les employeurs qui travaillent dans une troupe n'ayant pas de certificat de militaire, ou encore les réservistes, les vétérans, les militaires démobilisés ne sont pas concernés»²⁵⁵.

293. Les raisons pour lesquelles la loi privilégie les militaires est qu'ils ne peuvent pas avoir une vie de famille comme les autres. Au quotidien, ils vivent en équipe pour s'entraîner et protéger l'intégrité du territoire. De plus, la discipline de l'armée les maintient dans une vie communautaire. Pour eux, le plus important, c'est de protéger la grande famille. Ainsi, sa propre famille est, en quelque sorte, sacrifiée. Par conséquent, le mariage du militaire peut devenir fragile sans protection spéciale. D'après WU Xueping et GUO Feng, « la protection de leur mariage présente aussi l'équilibre entre le droit et le devoir »²⁵⁶.

²⁵⁵ XUE Jinxia, *Réflexion sur le système de la protection du mariage militaire en Chine*, L'histoire de la Partie communiste, nov. 2010, p.39.

²⁵⁶ WU Xueping, GUO Feng, *Analyse du système particulier de la protection du mariage du militaire en Chine*, Droit et économie, No.6, 2010, p.81.

294. L'histoire de la protection du mariage des militaires date de l'année 1931. Pendant la Deuxième guerre nationale, afin de stabiliser le moral des troupes militaires et d'améliorer l'efficacité du combat, une décision de privilégier l'armée rouge a été adoptée; l'article 18 prévoyait en effet que « le divorce demandé par l'époux non militaire doit avoir l'accord de son conjoint militaire. À défaut, un tel divorce ne sera pas accepté ».

295. Après le succès de la révolution, les privilèges des militaires ont été conservés et figuraient au premier droit du mariage chinois. Dans cette loi, la protection était radicale. L'article 19 énonçait : « le divorce demandé par l'époux du militaire doit avoir l'accord de son conjoint à condition que le militaire reste en contact avec la famille. Si pendant deux ans, une partie perd le contact avec son mari ou sa femme militaire, le divorce peut être prononcé.»

En 1980, la réforme du droit du mariage en Chine a supprimé le cas de la disparition du conjoint militaire. L'article 26 exigeait que « le consentement préalable d'un militaire en service actif [devait] être obtenu pour que son conjoint puisse introduire une action en divorce ». Ainsi, l'accord de la partie militaire est devenu indispensable dans tous les cas de divorce, sur la demande unilatérale du conjoint non militaire. Cette abrogation a conduit la demande de divorce à devenir impossible lors de la disparition de la partie militaire où le requérant ne pouvait acquiescer son accord en perdant le contact avec lui.

L'amendement du droit du mariage en 2001 a atténué la protection absolue du militaire en matière de divorce. L'époux du militaire est désormais autorisé à former une demande sans accord de son conjoint, lorsque ce dernier a commis une faute imputable. Avant ce complément, le consentement de la partie militaire était indispensable pour rendre une requête recevable.

296. La question qui se pose par la suite est la suivante: quelles sont les fautes graves qui peuvent être invoquées par la partie non militaire pour demander unilatéralement le divorce?

Selon l'article 23 de la 1^{ère} « Interprétation » sur le droit du mariage, les faits graves peuvent se référer aux trois premiers cas indiqués par l'article 32 du droit du mariage ou suivre le principe de la rupture du lien affectif, de sorte que la bigamie, le

concubinage avec un tiers, la violence familiale, la maltraitance ou l'abandon d'un membre de la famille, les mauvaises habitudes comme l'addiction à la drogue, aux jeux d'argent sont considérés comme des fautes graves.

D'une certaine façon, les actes qualifiés de faute grave rajoutée ouvrent une fenêtre au divorce sans accord du militaire. Néanmoins, en dépit de cette énumération par la Cour Suprême Populaire, le juge du fond dispose aujourd'hui du pouvoir d'apprécier chaque demande, afin de vérifier si le fait invoqué par la partie non militaire peut être qualifié de faute grave. Même si ce fait ne rentre pas dans le cadre des trois premiers cas de l'article 32 du droit du mariage, le divorce peut également être prononcé, étant fondé sur le principe de la rupture du lien affectif.

297. Hormis la protection du mariage du militaire assurée par le droit du mariage, le droit pénal consolide aussi cette protection : « un tiers sera emprisonné pendant trois ans au maximum ou arrêté, lorsqu'il est complice de l'adultère du conjoint non militaire »²⁵⁷.

298. Compte tenu d'une série de dispositions spéciales visant à protéger les intérêts des militaires, nous sommes conscients que la liberté du divorce de la partie non militaire, c'est-à-dire dans la plupart des cas, les femmes, est lésée. En même temps, la disposition montre également une inégalité juridique entre les hommes et les femmes. La partie militaire peut demander unilatéralement le divorce en invoquant le principe de la rupture du lien affectif, alors qu'un tel principe est écarté pour son conjoint sauf si la partie militaire a commis une faute grave. De plus, l'inégalité est aussi manifestée dans la sanction de l'adultère du conjoint du militaire, car en aucun cas, un tiers adultère ne peut être engagée dans la responsabilité pénale, voire civile, dans le cadre d'un divorce. Seul l'auteur au sein du couple risque de verser des dommages-intérêts.

D'autre part, la protection spéciale de la partie militaire est incompatible avec l'article 48 de la Constitution : « les femmes de la RPC doivent avoir le même droit que les hommes dans tous les domaines, notamment dans la politique, l'économie, la culture, la vie sociale et familiale ». Pourtant, le système de la protection des militaires empêche les femmes, dans la majorité des cas, de bénéficier de cette égalité vis-à-vis de la dissolution du mariage.

²⁵⁷ C. pén., RPC, art. 259.

Par ailleurs, il est difficile d'écarter le fait que cette rigueur fait également obstacle au mariage militaire lui-même. En raison des conditions exigeantes du divorce, les filles hésitent à se marier avec un militaire, car le titre d'épouse du militaire devient, en quelque sorte, un joug qui prive les femmes de la liberté de divorce. En outre, une telle rigueur dénature le mariage, parce qu'en effet, celui-ci se fonde sur l'intention conjugale des deux personnes. En l'absence de cette intention conjointe, l'alliance n'a pas de support et, peu à peu, s'effondre. Nous voyons mal pourquoi il faudrait maintenir à tout prix un tel mariage.

Si les protections apparaissent utiles en période de guerre pour assurer qu'aucun élément ne puisse déranger la volonté des combats, nous n'en voyons pas l'intérêt impératif, aujourd'hui. C'est la raison pour laquelle le droit français ne mentionne aucune disposition en vue de rendre un divorce de militaire plus difficile en cas d'une demande formée par son conjoint. De ce fait, nous considérons que la protection spécifique n'est plus nécessaire dans une époque pacifique ; il serait préférable de la supprimer en laissant une liberté totale aux couples.

2. La protection des femmes enceintes et des femmes en période d'allaitement

299. La loi chinoise prévoit clairement qu'il est interdit au mari de demander le divorce lorsque sa femme est enceinte²⁵⁸ ou en période d'allaitement. Cette prohibition est valable soit pour une durée d'un an à compter de la naissance de l'enfant²⁵⁹, soit six mois à partir de l'interruption de la grossesse²⁶⁰. Il faut noter que cette entrave ne vise que les hommes.

Cette disposition date de la première loi sur le mariage en Chine. Néanmoins, à cette époque, aucune dérogation n'était ouverte en faveur des maris. À l'occasion de la réforme de 1980, une phrase a été rajoutée, indiquant que le tribunal pouvait accepter la demande du mari après l'avoir estimée nécessaire, ce qui a tempéré la rigueur de la protection absolue des femmes enceintes ou des femmes en période d'allaitement. Enfin, l'amendement du droit du mariage en 2001 est venu élargir le champ d'interdiction : en

²⁵⁸ T. peuple de base du district du HeBi dans la province du Hunan, 22 juill. 2009, (2009) 淇滨民初字第 782 号.

²⁵⁹ T. peuple de base du district du Jiangyong dans la province du Hunan, 2 sept. 2011, (2011) 江永法民初字第1号.

²⁶⁰ Droit du mariage, art. 34.

cas d'interruption de la grossesse de l'épouse, le mari n'est autorisé à demander le divorce que six mois après l'opération.

300. En France, aucune disposition ne vise à protéger certains statuts des femmes en matière de divorce. Tous les mariés sont libres de demander le divorce sans astreinte. Compte tenu du fait qu'il n'existe aucun obstacle pour accéder au divorce en France, une question est naturellement soulevée : la protection des femmes durant ces périodes, porte-t-elle atteinte, d'une certaine façon, à la liberté au divorce ?

La réponse peut être trouvée dans l'actualité globale de la Chine. Au regard de l'alinéa 2 de l'article 2 du droit du mariage, un accent est mis sur la protection des intérêts légitimes des femmes, des enfants et des personnes âgées, puisqu'ils sont considérés comme vulnérables. Ainsi, nous en déduisons que la protection spéciale des femmes enceintes ou en période d'allaitement est conforme au principe général du droit chinois.

301. De plus, il nous semble que ce type de protection est plus nécessaire en Chine qu'en France. Il existe deux motifs pour lesquels une des parties peut demander le divorce, selon le droit français.

D'abord, s'agissant du divorce pour altération définitive du lien conjugal, un délai continu de séparation de deux ans est imposé. Un tel délai peut être interrompu lorsque les époux reprennent la vie commune ou rétablissent un lien affectif. La grossesse met fin à ce délai, car le moment où le rapport sexuel qui conduisait à une telle conception signifie le rétablissement du lien affectif ; ainsi le mari qui souhaitait invoquer ce motif pour divorcer doit attendre un nouveau délai de deux ans à compter de la date de l'acte interruptif. Lorsque cette durée s'achève, la femme a déjà accouché ou fini l'allaitement. Ainsi, d'une manière indirecte, en aucun cas, le mari ne peut invoquer ce motif pendant les périodes exposés ci-avant de sa femme.

Quant au divorce pour faute, c'est le seul motif pour lequel un mari peut faire dissoudre le mariage, même durant la période où son épouse est fragile en France. L'idée d'un tel divorce est de sanctionner le non respect des obligations des devoirs et des droits de la vie matrimoniale. Peu importe la situation de l'épouse, une fois qu'elle a commis une faute pouvant être qualifiée d'imputable, elle doit assumer sa responsabilité civile comme toutes les autres.

En revanche, en Chine, au nom de la rupture du lien affectif des époux, il peut arriver qu'un mari invoque ce motif pour demander le divorce pendant la grossesse de sa femme ou la période d'allaitement sans le consentement de cette dernière ou que la faute lui soit imputable. C'est la raison pour laquelle le législateur chinois a la volonté de protéger les épouses, notamment, pour des motifs moraux, car une telle protection a pour objet de sécuriser les intérêts des femmes pendant une phase où elles sont fragiles tant sur le plan physique que psychique.

302. Quoi qu'il en soit, une dérogation est prévue à cette restriction. Si le juge l'estime nécessaire, une demande peut être recevable. Mais le droit du mariage chinois ne précise pas dans quel cas le mari peut demander seul le divorce malgré la situation de son épouse. Il serait convenable de se référer aux dérogations de la protection des militaires, s'agissant là aussi d'une protection spécifique, en déduisant qu'en cas de bigamie, de concubinage avec un tiers, de violence familiale, de mauvaises habitudes comme l'addiction à la drogue ou aux jeux d'argent, l'épouse est écartée de la protection de l'article 34 du droit du mariage. De toute façon, il appartient au juge de prendre la décision au regard de la circonstance de la demande.

Sous-section II. Les conséquences pécuniaires du divorce

En Chine comme en France, on peut distinguer deux conséquences pécuniaires issues du divorce : La prestation compensatoire (Paragraphe 1) et les dommages-intérêts (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La prestation compensatoire

303. Les droits français et chinois prévoient tous deux le régime de la prestation compensatoire issu du divorce. Pourtant, leurs buts ne sont pas similaires en raison de fondements différents (A). En outre, cette divergence se situe également au regard du versement de la prestation compensatoire (B).

A. Des fondements différents

304. En France, « la prestation compensatoire a une nature incertaine [...] Elle se présente tour à tour sous différents aspects, parfois forfaitaire, parfois indemnitaire, et enfin parfois alimentaire. En réalité, la prestation compensatoire est un peu tout cela »²⁶¹.

305. En revanche, en Chine, la prestation compensatoire contient deux parties :

D'une part, elle a pour objet d'apporter une compensation à celui des époux qui effectue plus de devoirs pour s'occuper de l'autre conjoint(e), des descendants et des ascendants sous certaines conditions, au regard de l'article 40 du droit du mariage.

D'autre part, elle vise à assurer la vie normale de l'un des époux qui se trouve dans une situation défavorable économiquement après le divorce, en application de l'article 42 du droit du mariage. Ainsi, malgré une situation déséquilibrée postérieure à la rupture, si aucun époux ne se trouve en difficulté économique au moment du divorce, la prestation compensatoire ne peut pas être prononcée par le juge.

306. En comparant ces caractéristiques dans les deux pays, il semble que la prestation compensatoire en France penche vers une mesure d'équilibre de la vie, dans le futur, tandis que celle de la Chine dispose de deux utilités dont l'une repose sur la valorisation des sacrifices de l'un des époux pour le ménage quotidien, à condition que tous deux aient conclu une convention matrimoniale, prévoyant que les biens acquis durant le mariage appartiennent à chacun des conjoints ; l'autre porte sur le fondement du secours.

B. La mise en œuvre de la prestation compensatoire

307. Avant d'apprécier les dispositifs dans les deux pays (b), il est nécessaire de suivre l'évolution du régime de la prestation compensatoire pour mieux comprendre leurs régimes actuels (a).

²⁶¹ Pierre MURAT, *op.cit.*, p .353, n°134.20.

a. L'évolution de la prestation compensatoire dans les deux pays

308. La notion de la prestation compensatoire a été créée par la loi du 11 juillet 1975 en France. Avant cette loi, il existait la pension alimentaire qui faisait objet de réparation pour l'époux innocent. Par conséquent, elle ne visait que le divorce pour faute, son rôle ayant été considéré comme une manière de sanctionner les conjoints fautifs. Concernant les autres formes de divorce, les époux n'avaient pas le droit de demander de pension alimentaire.

À partir de la loi de 1975, la pension alimentaire a été maintenue comme une continuation du devoir de secours après la dissolution du mariage²⁶². Contrairement aux dispositifs précédents, elle est devenue, à ce moment-là, une punition incombant à celui qui avait formulé la demande du divorce pour rupture de la vie commune.

À l'occasion de cette loi, la prestation compensatoire a été conçue et insérée dans le droit français dont l'ancien article 270 disposait qu'elle était « destinée à compenser, autant [que] possible, la disparité que la rupture du mariage cré[ait] dans les conditions de vie respectives ».

Cette prestation compensatoire pouvait être versée sous la forme d'un capital ou par l'attribution d'un bien. Elle prenait cependant souvent la forme d'une rente viagère. Par ailleurs, « elle ne [pouvait] néanmoins être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité »²⁶³.

En revanche, lorsque la prestation compensatoire a été fixée par la convention du divorce en accord commun, « les époux [avaient] néanmoins la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'entre eux pourrait, en cas de changement imprévu dans ses ressources et ses besoins, demander au juge de [la] réviser » aux termes de l'ancien article 279 du Code civil.

En outre, la rigidité de la prestation compensatoire était également manifeste dans son caractère de transmissibilité exigeant que les héritiers du débiteur le remplaçaient

²⁶² C.civ., ancien, art. 281, al. 1^{er}.

²⁶³ C.civ., ancien, art. 273.

pour continuer de payer la rente après son décès, au regard de l'ancien article 276-2 du Code civil de 1975²⁶⁴, « à la mort de l'époux débiteur, la charge de rente passe à ses héritiers ».

Afin d'atténuer la gravité de la prestation compensatoire, la loi du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce²⁶⁵ est intervenue. D'une part, la prestation compensatoire ne prenait la forme d'une rente viagère qu'à titre exceptionnel. D'autre part, la révision d'une telle prestation devenait plus facile. Cependant, les imperfections des dispositifs issus de la loi de 2000 posaient un certain nombre de problèmes sur sa mise en œuvre. Plus particulièrement, le caractère transmissible de la prestation compensatoire a été conservé. Mais, en 2004, une nouvelle réforme est entrée en vigueur pour remédier à ces inconvénients (v. infra n°311 et s).

309. En Chine, il semble que l'évolution juridique de la prestation compensatoire soit moins efficace. Sa notion a été prévue dans le premier droit du mariage de 1950. Aux termes de son ancien article 25, « postérieurement à la rupture du mariage, un époux est tenu d'aider l'autre époux à conserver une vie normale si ce dernier se trouve dans une situation financière difficile, à condition que le créancier ne se remarie pas. La forme et la durée de la prestation compensatoire sont fixées par les époux. En cas de désaccord, le juge intervient pour trancher ».

La nouvelle loi de 1980 a abrogé la condition de non-remariage de l'un des époux afin qu'ils puissent bénéficier de la prestation compensatoire. Par ailleurs, elle précisait que l'aide ne se limitait qu'au niveau économique, lorsque l'un des époux se trouvait en difficulté.

Les dernières modifications ont été entreprises à l'occasion de l'amendement du droit du mariage en 2001, lequel est venu améliorer le régime de la prestation compensatoire, que nous allons examiner en détail dans la partie suivante, en vue de le comparer avec celui en vigueur en France.

²⁶⁴ À la mort de l'époux débiteur, la charge de rente passe à ses héritiers.

²⁶⁵ L. n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce.

b. La mise en œuvre de la prestation compensatoire actuelle

310. La prestation compensatoire réformée à plusieurs reprises présente, à ce jour, un nouveau visage tant en France qu'en Chine.

1. Un changement décisif en France

311. Avec la loi de 2004, la prestation compensatoire atteint une sphère plus efficace et raisonnable.

Tout d'abord, le régime de la pension alimentaire qui figurait dans les anciens articles 281 à 285 du Code civil français a été supprimé. Ensuite, la prestation compensatoire s'applique désormais à tous les cas de divorce et quelle que soit la cause de la dissolution. Plus précisément, même si un époux se voit imputer une faute dans le divorce, il a le droit de profiter pleinement de la prestation compensatoire, y compris, dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal. Cette uniformisation renforce l'effet de la prestation compensatoire qui porte sur le rééquilibrage de la vie de chaque époux après le divorce au lieu de sanctionner la partie fautive.

En même temps, une dérogation a été rajoutée dans le même article, autorisant le juge à refuser d'accorder une telle prestation, si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271 du Code civil, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture. D'après Alain BENABENT, « le terme "commande" utilisé traduit une volonté de restreindre le refus au cas où l'attribution d'une prestation serait véritablement choquante »²⁶⁶. Quoiqu'il en soit, c'est le juge du fond qui dispose du pouvoir souverain dans l'attribution de la prestation compensatoire.

312. Une fois que la demande est acceptée, le juge s'engage à fixer le montant ainsi que la forme de la prestation compensatoire.

²⁶⁶ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 261, n°565.

S'agissant du montant de la prestation compensatoire, il est fixé d'après certains éléments énumérés par l'article 271 du Code civil (la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux, leur qualification et leurs situations professionnelles, etc.). En même temps, les parties sont tenues de fournir au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie.

Concernant les modalités de la prestation compensatoire, elles ont tendance à varier. Le capital immédiat se situe en premier lieu dans le Code civil. À part le versement d'une somme d'argent, l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit est également possible.

Si le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital immédiat prévu à l'article 274 du Code civil, le juge peut exiger de payer la prestation compensatoire sous la forme d'un capital avec versements périodiques. Il faut pourtant souligner que le délai fixé par le juge ne dépasse pas, en principe, huit ans, sauf si la situation est exceptionnelle.

La libération peut être anticipée par trois moyens : 1) le débiteur peut se libérer à tout moment du solde du capital indexé ; 2) il peut également payer le solde du capital indexé après la liquidation du régime matrimonial ; 3) lors du décès du débiteur, le paiement sera prélevé sur la succession de manière immédiate.

Dans l'hypothèse où un changement important survient, le débiteur a la possibilité de demander de réviser les modalités de paiement, et « à titre exceptionnel, le juge peut alors, par décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans » sur le fondement de l'article 275 du Code civil. Sans doute, ici, le législateur envisage, en cas de difficultés financières du débiteur, de verser le montant exigé, en lui permettant d'effectuer un nouvel étalement de sa dette. En revanche, concernant cette possibilité, seul le débiteur a la faculté de faire réviser la prestation compensatoire. Une telle révision se borne à la modalité du paiement et non au montant du capital. De plus, cette disposition ne s'oppose en aucun cas au fait qu'un débiteur ne souhaite pas s'acquitter en une durée moindre que celle initialement prévue. Enfin, seul un changement considérable peut permettre au juge de faire réviser le mode de paiement. Faute de précision du droit, il appartient à ce dernier de justifier la situation du débiteur.

La prestation compensatoire peut aussi prendre la forme d'un cumul des versements périodiques avec les autres modalités, tels que le versement unique en espèces, l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit.

La rente viagère est maintenue à titre exceptionnel, par la réforme de 2004, notamment en faveur de certains créanciers, lorsque leur état de santé, leur âge ou d'autres raisons ne leur permettent pas de subvenir à leurs besoins. Toutefois, il existe toujours la possibilité de minorer le montant initial fixé, de convertir la rente en capital et ainsi que de le suspendre ou le supprimer en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'un ou de l'autre.

313. Lors du décès du débiteur, à l'inverse de la rigueur des dispositifs de la loi de 2000, les héritiers ne sont plus tenus personnellement de régler la prestation compensatoire. En revanche, ils supportent le paiement dans « la limite de l'actif successoral, et en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument, sous réserve de l'application de l'article 927²⁶⁷ »²⁶⁸. Lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'une rente, « il lui est substitué un capital immédiatement exigible »²⁶⁹.

La loi de 2004 ne ferme pas la porte aux héritiers qui souhaitent volontairement se substituer au débiteur décédé. Selon l'article 280-1 du Code civil, « ils peuvent décider ensemble de maintenir les formes et modalités de règlement de la prestation compensatoire qui incombaient à l'époux débiteur, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation ».

2. Un régime à améliorer en Chine

314. À la différence de l'objet principal de la prestation compensatoire en droit français, centré sur l'idée de vouloir rééquilibrer la vie après la dissolution du mariage,

²⁶⁷ Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu ; et le legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale.

²⁶⁸ C.civ., art. 280, al. 1^{er}.

²⁶⁹ C.civ., art. 280, al. 3.

en droit chinois, le régime de la prestation compensatoire repose sur deux arguments : 1) l'un repose sur la nécessité de compenser l'un des époux qui consacre plus de temps que l'autre à s'occuper des enfants et des ascendants ; 2) l'autre se fonde sur le besoin d'aider l'un des époux qui se trouve en difficulté financière à maintenir une vie normale après le divorce.

315. En ce qui concerne le premier objet, nous pouvons trouver son fondement dans l'article 40 du droit du mariage. La prestation compensatoire a été consacrée par l'amendement du droit du mariage en 2001. Pourtant, son champ d'application est limité par une condition supplémentaire : en vue d'en profiter, une convention conclue par les époux est indispensable, laquelle doit mentionner que tous les biens acquis pendant le mariage n'entrent pas dans les biens communs. Plus précisément, un régime séparatiste doit impérativement être présenté.

L'existence de cette condition constitue, en réalité, une entrave à son application. Bien que l'article 19 du droit du mariage dispose clairement que les époux sont libres de choisir leur régime matrimonial par la convention du mariage, en Chine, il est vraiment rare que ces derniers se soumettent au régime séparatiste pendant le mariage. Il en résulte que de nombreuses femmes, le plus souvent, se trouvent en dehors de l'application de l'article 40 du droit du mariage.

D'après MENG Dehua²⁷⁰, l'existence d'une telle condition est nécessaire; si le régime commun s'applique à la vie matrimoniale, la division des biens communs au moment du divorce traduit un moyen raisonnable afin de valoriser le travail effectif. En effet, s'occuper des membres de la famille leur apporte également un bénéfice économique, même si les femmes ne font pas entrer d'argent dans le foyer. Le point de vue de MENG Dehua est également conforme à la motivation du législateur chinois.

Néanmoins, tous les auteurs n'approuvent pas cette opinion. LI Hongxiang indique que « le régime de séparation des biens des époux pendant le mariage n'est pas le résultat de la prestation compensatoire ; à l'inverse, le régime commun ne peut pas

²⁷⁰ En ce sens, V. MENG Dehua, *Le développement et l'amélioration de la prestation compensatoire en Chine*, le journal de l'université politique et juridique de Pékin, No.3, 2009, p.12.

naturellement faire exclure la prestation compensatoire»²⁷¹. Selon lui, aujourd'hui, de nombreuses femmes doivent en même temps travailler et s'occuper de leur foyer. Par rapport à leur mari, elles contribuent davantage à la vie quotidienne. Le fait de diviser les biens d'une manière égale ne suffit donc pas pour compenser le sacrifice des femmes. Il s'agit uniquement de respecter le principe de l'égalité devant la loi ; c'est une égalité de façade. Ainsi, il est temps d'établir une égalité réelle : l'un des époux, notamment la femme, mérite d'obtenir plus au moment du partage du patrimoine.

316. Concernant la deuxième facette de la prestation compensatoire, l'article 42 du droit du mariage prévoit qu'« en cas de divorce, si une partie est en difficulté financière, l'autre doit lui accorder une aide adéquate en recourant à ses propres biens, y compris le logement. Le moyen doit être décidé par les deux parties par consentement mutuel ; en cas d'échec, il appartient au juge d'estimer la situation ».

Tout d'abord, nous nous demandons comment déterminer le fait que l'un des époux se trouve en difficulté. La 1^{ère} « Interprétation » de 2001 sur le droit de mariage²⁷² précise que « l'un des époux ne peut maintenir une vie normale au regard du niveau de la vie moyenne de la ville où il habite par ses propres biens et ceux acquis au moment du divorce ou que l'un des époux ne dispose pas de logement après le divorce ».

317. Ensuite, nous voudrions savoir s'il existe une relation entre la prestation compensatoire et le devoir de secours en Chine ? En France, il est facile de trouver la réponse dans le Code civil : « le divorce met fin au devoir de secours entre époux »²⁷³ ; la prestation compensatoire est donc une mesure de secours supplémentaire à l'issue de la rupture du mariage.

En Chine, le débat reste ouvert. Plusieurs juristes chinois expriment leur avis sur le sujet : « la nature de la prestation compensatoire repose sur la continuation de droit de secours »²⁷⁴ ; « la prestation compensatoire issue de la rupture du mariage ne fait pas

²⁷¹ LI Hongxiang, *Réorganisation du régime de la prestation compensatoire*, Le droit contemporain, vol. 19, No.6, nov. 2005.

²⁷² 1^{ère} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage, art. 27.

²⁷³ C.civ., art. 270, al. 1^{er}.

²⁷⁴ PAN Jia, et BAO JiaZhi, *L'analyse du régime de la prestation compensatoire après divorce*, Journal de l'institut du droit et du politique du Guangxi, No. 2, 2007.

partie du droit de secours [...] puisque le droit de secours se réalise généralement pendant la vie matrimoniale »²⁷⁵.

Mais, si nous affirmons que la prestation compensatoire n'est pas un droit de secours, la question qui se pose par la suite est la suivante : quelle est sa nature juridique ? D'après YANG Dawen, « c'est un devoir d'ordre moral »²⁷⁶. De ce point de vue, la prestation compensatoire ne dispose pas de force obligatoire et la volonté des conjoints l'emporte. Aux termes de l'article 42 du droit du mariage, en cas de divorce, si l'un des époux se trouve en difficulté, l'autre doit l'aider d'une manière appropriée. En analysant les termes employés dans cet article, si « une aide appropriée » consolide l'opinion de YANG Dawen, le verbe « devoir » montre son caractère impératif, lorsque l'un des époux ne peut maintenir une vie normale.

318. En comparant les régimes de la prestation compensatoire dans les deux pays, nous avons conscience que, s'agissant des deux utilités de la prestation compensatoire en Chine, aucune n'est prévue pour aider l'époux à long terme. En réalité, la difficulté n'apparaît pas au moment du divorce car, après la division des biens matrimoniaux, la partie faible peut encore maintenir une vie normale pendant un certain temps. Cependant, sur le long terme, personne ne peut garantir qu'elle n'aura pas de difficulté. Il arrive souvent qu'une femme au foyer, après avoir quitté la vie sociale durant un certain temps, ne puisse retrouver un travail, ou encore, en raison de l'état de santé et de l'âge, elle ne soit plus capable de travailler. Le fait que le juge se borne à analyser la situation des époux au moment du divorce ne correspond pas à l'esprit de la prestation compensatoire. Ainsi, certains juristes²⁷⁷ soutiennent qu'elle doit être fixée selon les besoins de l'époux en tenant compte de la situation au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible.

Par ailleurs, il serait préférable de préciser des éléments auxquels le montant et la forme de la prestation compensatoire peuvent se référer, à l'instar de l'article 271 du

²⁷⁵ YAN Jiangfeng, *La fin du droit de secours entre époux après le divorce*. La communauté, juill. 2012, p.49.

²⁷⁶ YANG Dawen, *Le droit de la filiation*, édition du droit, 2003, p.891.

²⁷⁷ En ce sens, V. WANG Dibo, *Recherches sur les questions de la prestation compensatoire après le divorce*, Gansu Science sociologique, No. 6, 2004; JIANG Xianwen, *Réflexions sur le régime de la prestation compensatoire*, Le journal de l'institut du Hubei (édition de la science sociologique et de la philosophie), No.2, 2000.

Code civil français, car un critère juridique harmonieux obligerait le juge à réfléchir sur la situation des époux d'une manière plus globale et objective au moment de la fixation de la prestation compensatoire, comme l'âge ou la durée du mariage. Parallèlement, des éléments tels que, par exemple, la situation prévisible des époux sur leur choix professionnel, pourrait donner une vision prolongée à la prestation compensatoire pour empêcher le juge de s'obstiner à estimer seulement la situation au moment du divorce. De plus, ces éléments justifieraient l'existence de la rente viagère en droit chinois, parce que le juge serait tenu de prendre en compte la situation prévisible des deux époux. Ainsi, lorsqu'un d'entre eux ne sera plus capable de gagner sa vie en raison de son état de santé, le versement d'une telle rente sera nécessaire.

En résumé, il semble que la prestation compensatoire en Chine se situe seulement à un stade encore inachevé. L'ambiguïté et le caractère incomplet sont ses points faibles conduisant, dans certains cas, à l'inapplication de ce régime. Par ailleurs, au motif de l'incertitude de la nature juridique de la prestation compensatoire, elle ne peut malheureusement être profitable à tous les demandeurs. Ainsi, il importe d'élargir son champ d'application et de permettre à une partie faible d'en bénéficier à plus long terme.

Paragraphe 2. Les dommages-intérêts

319. Les dommages-intérêts sont des mesures visant à réparer les préjudices subis par la victime pendant la vie matrimoniale. Ils sont prévus tant en Chine qu'en France. Avant de comparer un tel régime dans les deux pays (B), il est nécessaire tout d'abord de connaître respectivement le régime des dommages-intérêts en droits français et chinois (A).

A. La réparation au moment du divorce dans les deux pays

320. Les dommages-intérêts en France sont plus anciens qu'en Chine. Leur origine remonte à une loi du 2 avril 1941, validée ensuite par l'ordonnance du 12 avril 1945²⁷⁸. Ils ont été conservés par la loi du 11 juillet 1975. L'objet était de « réparer le préjudice

²⁷⁸ Ord. n°45-651 du 12 avril 1945 sur le divorce et la séparation de corps.

matériel ou moral que la dissolution du mariage faisait subir au conjoint innocent en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux »²⁷⁹. Ainsi, la relation entre les dommages-intérêts et le tort exclusif de l'un des époux était étroite.

Ce n'est que récemment que les dommages-intérêts ont vu le jour en Chine. Ce point était une lacune dans le droit du mariage, la victime avait du mal à demander réparation lors de la procédure de divorce. En tenant compte de l'accroissement de certains faits, tels que la violence conjugale et le concubinage d'une personne mariée avec un tiers, le législateur ne s'est pas contenté de prévoir le prononcé du divorce afin de libérer la victime d'une vie matrimoniale malheureuse ; il avait également la volonté de l'indemniser pour réparer les dommages qu'elle avait subis.

a. Les dommages-intérêts en France

321. La loi du 26 mai 2004 porte une réforme sur le principe des dommages-intérêts, lesquels ne se fondent plus sur la réparation d'un préjudice en cas de tort exclusif de l'un des époux. Le principe des dommages-intérêts est de réparer les conséquences d'un fait grave lié à la dissolution du mariage.

Aujourd'hui, on constate que l'attention du législateur français concernant les dommages-intérêts porte sur le divorce lui-même et non sur les torts. Ce changement amplifie directement le champ du bénéficiaire : aux termes de l'article 266 du Code civil, « des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux [...] soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande de divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint ». En revanche, la demande de dommages-intérêts ne peut être formulée en cas de divorce par consentement mutuel et de divorce par acceptation.

Il est compréhensible que les dommages-intérêts s'ouvrent au divorce prononcé aux torts exclusifs, car ce principe reprend l'idée de la loi précédente. Cependant, l'idée s'appuie sur la réparation du préjudice et non sur la sanction d'un fait fautif. Concernant le divorce prononcé pour altération définitive, sa conception enrichit le contenu des

²⁷⁹ C.civ., ancien, art. 266.

dommages-intérêts. Même si aucune faute ne peut être imputée au débiteur, en tant qu'auteur de la « séparation-répudiation »²⁸⁰, il est tenu de payer pour sa demande.

322. Par ailleurs, la loi précise dans l'article 266 du Code civil sans préjudice de l'application de l'article 270 du même code qui confirme l'autonomie des dommages-intérêts par rapport aux prestations compensatoires. Il en résulte que le cumul éventuel de ces deux dispositifs autorise l'un des conjoints à obtenir des bénéfices considérables.

323. À travers le droit commun en France, les dommages-intérêts se présentent aussi à l'article 1382 du Code civil : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » La question qui se pose naturellement est la suivante : quels sont les champs d'application des articles 1382 et 266? Le premier peut-il compléter l'application du second ou existe-t-il des conflits au moment de leur mise en œuvre?

Sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 266, la demande visée ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. Par ailleurs, seules deux formes de divorce, à savoir le divorce pour faute et le divorce pour altération définitive du lien conjugal, sont prévues, alors que l'article 1382 s'applique à tous les types de divorce ; une fois que le préjudice est qualifié, il peut être invoqué, peu importe la forme du divorce et le statut du demandeur. Plus précisément, « [l'article 266] autoris[e] celle du dommage matériel ou moral né de la dissolution du mariage et [l'article 1382 permet] l'indemnisation d'un préjudice distinct résultant de fautes commises par le conjoint pendant le mariage.»²⁸¹

Par conséquent, les autres formes de divorce qui ne sont pas prévues par l'article 266, peuvent invoquer la responsabilité civile du droit commun prévu à l'article 1382 du Code civil. En outre, cet article répare également un préjudice distinct de celui né de la dissolution du mariage. Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} janvier 2009²⁸², en l'espèce, une femme a démontré qu'elle avait souffert de ne pas voir ses enfants au cours de la procédure, en se référant aux articles 266 et 1382. La Cour a jugé que « la privation de ses enfants, que lui avait infligée son mari, avait causé à la femme un

²⁸⁰ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 258, n°561.

²⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 29 févr. 2012, n°10-25.734.

préjudice distinct de celui né de la dissolution du mariage ». Ainsi, les dommages-intérêts étaient dus par le mari sur le fondement de l'article 1382.

Il n'existe donc pas de conflit entre ces deux articles. En revanche, l'article 1382 consolide le champ de protection, en quelque sorte.

b. Une nouveauté issue de l'amendement de 2001 en Chine

324. Aux termes de l'article 46 du droit du mariage, les dommages-intérêts peuvent être invoqués dans un des quatre cas suivants : 1) la bigamie ; 2) si l'un des deux conjoints cohabite avec autrui ; 3) l'usage de la violence familiale ; 4) la maltraitance et l'abandon de membres de la famille; si un tel fait conduit directement à l'échec du mariage.

325. Dans ce texte, certains éléments constitutifs doivent être soulignés pour connaître dans quels cas, la demande de dommages-intérêts sera recevable.

En premier lieu, l'un des actes indiqués à l'article 46 doit être présent. Naturellement, un fait non énuméré par cet article ne peut être invoqué pour demander des réparations.

En second lieu, le préjudice doit être qualifié. Avant, le débat à ce sujet était vif sur la question de savoir si le dommage moral était dans la sphère de l'article 46, hormis le dommage physique. La 1^{ère} « Interprétation » de 2001 a mis fin à ce débat. Aux termes de l'article 28 de la même « Interprétation », « les dommages-intérêts prévus par l'article 46 du droit du mariage affectent le préjudice tant matériel que psychologique ».

En troisième lieu, il est nécessaire de prouver la causalité entre les dommages-intérêts et le divorce. Plus précisément, les dommages-intérêts de l'article 46 ne peuvent pas être invoqués pendant la vie matrimoniale. Si la demande de divorce est rejetée, ils ne peuvent pas non plus être appliqués. De plus, une telle faute invoquée par la victime pour demander des dommages et intérêts doit constituer un motif essentiel du divorce.

²⁸² Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2009, n°08-10538.

La preuve de causalité entre la faute imputable et la rupture du mariage est à la charge de la victime.

Enfin, l'un des époux doit avoir l'intention de déroger à l'un des quatre cas prévus à l'article 46. Dans le cas contraire, si son acte n'est pas intentionnel, les dommages-intérêts sont exclus.

B. La comparaison des dommages-intérêts entre la France et la Chine

326. En comparant le régime de la réparation issu du divorce dans les deux pays, nous observons que la différence majeure porte sur le fondement des dommages-intérêts.

L'objectif des dommages-intérêts en droit chinois reste l'étape précédente du droit français: le versement de la réparation pécuniaire est basé sur l'existence d'un tort exclusif de l'un des époux. Au sens strict, cette mesure réparatrice se rapproche de la mesure punitive, alors qu'en France, depuis la loi de 2004, la causalité entre l'existence d'une faute et la condamnation des dommages-intérêts diminue, car, désormais, le prononcé de ceux-ci est fondé sur les préjudices issus du divorce.

À notre avis, son fondement en Chine risque de dramatiser la procédure de divorce et d'enlever la « cicatrice » de la vie matrimoniale pour montrer « la plaie ». En effet, en vue de profiter d'une telle réparation, la victime va tout faire pour accuser son conjoint en recueillant toutes les preuves possibles et potentielles, tandis que ce dernier va défendre son propre intérêt sans rien lâcher. Par conséquent, l'audience peut facilement se convertir en champ de bataille. Son fondement en France est en revanche plus appréciable. D'une part, il réduit l'attention concernant le terme « faute » en tempérant l'ambiance tendue de la procédure ; d'autre part, il permet d'élargir le champ des dommages-intérêts par le fait que la réparation peut être accordée non seulement à une partie dont son conjoint est accusé d'une faute exclusive, mais aussi au défendeur d'un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal.

327. En outre, bien que les dommages-intérêts puissent être prononcés en cas de faute exclusive de l'un des époux dans les deux pays, leur contenu n'est pas identique. Quant au droit français, la violation « grave » ou « renouvelée » d'un des époux qui « rend intolérable le maintien de la vie commune » conduit au prononcé des dommages-

intérêts. Par rapport à la liste non-exhaustive des fautes en France susceptibles d'entraîner une réparation pécuniaire, la liste en droit chinois est limitative; seules quatre fautes sont retenues par le juge. En conséquence, le caractère partiel de cette liste met un obstacle, en pratique, à la généralisation des dommages-intérêts. Ces quatre cas énumérés dans le droit du mariage sont fréquents; toutefois, nous ne pouvons négliger qu'il existe des fautes toutes aussi graves, telle que l'humiliation et la diffamation. Ainsi, en vue de faire accéder les victimes de l'autre acte non prévu à l'article 46, il faudrait compléter la liste indiquée dans le droit du mariage. Sinon, il serait plus convenable d'ajouter un élément à la fin de cet article, comme par exemple : « les autres fautes graves conduisant au divorce »²⁸³.

328. De plus, en droit chinois, un accent est mis sur l'innocence du créancier des dommages-intérêts au regard de l'alinéa 1 de l'article 29 de la 1^{ère} « Interprétation » de 2001 : « il appartient au conjoint de la partie innocente de demander des dommages-intérêts. » Le droit français souligne en revanche le tort exclusif du débiteur en vertu de l'article 266 du Code civil : « des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux [...] lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. »

Ces deux expressions entraînent effectivement deux résultats différents : le texte de droit chinois illustre que l'époux qui demande des dommages-intérêts ne doit commettre aucune faute. Sinon, la réparation ne sera pas prononcée en sa faveur; au contraire, l'article du droit français ne s'oppose nullement à l'hypothèse selon laquelle un époux peut bénéficier malgré tout des dommages-intérêts, à moins que sa faute soit légère par rapport à celle de son conjoint. L'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 8 février 2005²⁸⁴ confirme cette opinion. En l'espèce, le versement d'une somme de 1500 euros à titre de dommages-intérêts a été prononcé à la charge du mari par le fait qu'il avait trompé sa femme quelques mois après le mariage, en dépit du refus de toute relation sexuelle de la part de son épouse.

À notre avis, le principe de la « non-faute » du créancier doit être modifié car, en pratique, notamment en cas de divorce contentieux, les deux époux ont généralement

²⁸³ XUE Ninglan, *L'amélioration du régime des dommages-intérêts en Chine*, Journal de l'institut des juges nationaux, oct. 2004, p.16.

²⁸⁴ CA Orléans, 8 février 2005, n°04/00285 : JurisData n°2005-270141 ; Dr. famille 2005, comm. 166, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

commis des fautes, la différence n'étant qu'au niveau de la gravité d'une telle faute. Par exemple, en raison de la violence d'une partie, son conjoint est obligé d'abandonner leur enfant en quittant la famille. De ce fait, si l'on insiste sur l'innocence du créancier, la victime de la violence conjugale sera écartée du champ des bénéficiaires, bien qu'en fait, elle subisse des préjudices plus graves. Par conséquent, il serait préférable d'utiliser le terme de « victime » à la place du terme d'« innocent ».

329. En dépit des critiques et des imperfections du régime actuel de dommages-intérêts en Chine, il est indéniable que la création de la notion de dommages-intérêts du divorce marque une évolution dans le système juridique chinois. Par la suite, il appartiendra au législateur d'améliorer les règles existantes en prenant en considération les obstacles perçus dans son application actuelle.

Section II. Le relâchement du lien matrimonial

330. En France, la séparation de fait et la séparation de corps sont les deux mesures du relâchement du lien matrimonial consacrées par la loi. En Chine, la notion de la séparation de corps est malheureusement ignorée par le législateur.

Sous-section I. La séparation de fait

331. La séparation de fait est « un phénomène sociologique »²⁸⁵ non organisé par une décision de justice, qui illustre la vie séparée des couples. Sa durée est temporaire ou durable. Un tel mode de vie existe tant en France qu'en Chine, mais les causes ne sont pas tout à fait identiques (Paragraphe 1).

La séparation de fait étant une période transitoire, les époux ne souhaitent pas être trop longtemps coincés dans cette situation instable et peu protectrice. Ainsi, au bout d'une durée plus ou moins longue, ce mode de vie sera remplacé par un autre statut, notamment le divorce (Paragraphe 2).

²⁸⁵ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 139, n°352.

Paragraphe 1. Les causes de la séparation de fait

332. En Chine comme en France, il existe différents motifs pour introduire la séparation de fait. Mais, par rapport à la situation française (A), la catégorie de la séparation de fait en Chine semble moins riche (B).

A. Les cas de la séparation de fait en France

333. Les cas de la séparation de fait sont variables. Nous pouvons les diviser entre : la séparation de fait par la décision des époux, d'une part (a) et la séparation de fait judiciaire, d'autre part (b).

a. La séparation de fait par la décision des époux

334. Les époux peuvent instaurer eux-mêmes la séparation de fait par un accord commun. Sinon, elle peut être organisée par un seul conjoint.

Dans le cadre d'une séparation de fait par la décision des époux, quelle que soit sa forme, elle est caractérisée par deux principes : l'absence d'élément matériel et l'existence d'élément intentionnel de la séparation. Autrement dit, les deux époux ou un d'entre eux doivent avoir la volonté de mener une vie séparée. Ceci explique que ni le déplacement ni l'hospitalisation²⁸⁶ ne peut être qualifié de séparation de fait.

335. S'agissant de la séparation de fait par accord bilatéral, elle est fréquente dans la mesure où la procédure de divorce est longue et coûteuse. Lors de la dégradation du mariage, les époux préfèrent choisir tout d'abord de ne plus vivre sous le même toit avant d'introduire le divorce, car il est très rare que les époux puissent vivre ensemble tranquillement, malgré la rupture du lien affectif.

Dans certains cas, les époux vont conclure un pacte de séparation amiable pour organiser les conséquences de leur séparation. Il est à noter qu'un tel pacte n'a aucune valeur juridique. À défaut de sa force obligatoire, l'un des époux pourra toujours demander de reprendre la cohabitation en dépit du pacte passé. C'est pourquoi, nous le

²⁸⁶ Cass. soc., 15 déc. 1981 : Bull. civ. 1981, V, n° 965. – Cass. soc., 24 sept. 1992, n°90-21.119. – Cass. soc., 27 mai 1993 : Bull. civ. 1993, V, n° 151.

prenons souvent comme un pacte provisoire. Cependant, la loi du 4 mars 2002²⁸⁷ lui a ajouté un élément : en vertu de l'article 373-2-11 du Code civil, le pacte rédigé par les époux peut être pris en compte sur la décision de la modalité de l'exercice de l'autorité parentale.

336. S'agissant de l'accord unilatéral de la séparation de fait, elle est souvent provoquée par le départ du domicile d'un époux. Le plus souvent, cette décision peut lui coûter cher, puisqu'au moment du divorce, il risque d'être accusé par son conjoint de verser des dommages-intérêts, ayant dérogé au devoir de la communauté de vie ou de fidélité s'il est parti pour vivre en concubinage avec un tiers.

b. La séparation de fait judiciaire

337. La séparation de fait peut être désignée par le juge dans certaines situations spécifiques en France.

D'une part, l'article 258 du Code civil provenant de la loi de 1975 permet au juge, en cas de rejet définitif de demande en divorce, d'organiser la séparation de fait en statuant sur « la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ». En effet, il s'agit d'un choix alternatif, parce qu'un tel article n'impose pas d'obligation au juge. Suite à la réforme de la loi de 2004, le législateur français a instauré un véritable droit au divorce en favorisant les accords entre époux. Ces principes « rendent inutile le recours à l'article 258 du Code civil pour organiser une séparation de fait »²⁸⁸, d'une certaine façon.

D'autre part, l'article 515-11 du Code civil émanant de la loi de 2010 autorise également le juge à organiser une séparation de fait en tranchant les questions sur la résidence séparée des époux tout en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal, ainsi que les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement, dans le but de lutter contre la violence conjugale. La jouissance de ce logement est souvent attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences, sauf circonstances particulières. Dans ce cas, la séparation de fait dure un maximum de

²⁸⁷ L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

²⁸⁸ Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 224, n°122.41.

quatre mois. Ce délai peut être prolongé au-delà si, entre-temps, une requête en divorce ou en séparation de corps a été déposée²⁸⁹.

B. Les cas de la séparation de fait en Chine

338. En Chine comme en France, la séparation de fait peut être sollicitée par l'un des époux ou par les deux.

Concernant la première hypothèse, il existe deux motifs différents. Tout d'abord, en cas d'un refus de divorce par demande unilatérale, le demandeur ne peut plus partager la vie commune avec son époux. Il en résulte que celui-ci choisit, en général, de cesser la communauté de vie avec le défendeur et d'habiter ailleurs pendant six mois, car le droit chinois impose qu'une deuxième demande de divorce ne soit être introduite par l'époux ayant pris l'initiative de déposer la requête que six mois à compter du jour de la première décision, sauf si un nouveau fait survient²⁹⁰.

D'autre part, par manque de cause justifiée du divorce, l'un des époux peut choisir unilatéralement la séparation de fait pendant deux ans pour avoir un motif, car le mode de vie séparée des conjoints pendant deux ans peut être considéré comme la rupture du lien affectif, le divorce pouvant alors être prononcé sur le fondement de l'article 32-4 du droit du mariage.

En ce qui concerne le deuxième cas, il est fréquent, lorsque le cas où les époux ne s'entendent pas sur les conséquences du divorce, même s'ils ont l'intention de dissoudre le mariage. En vue de profiter de la simple procédure administrative du divorce, ils organisent la séparation de fait avant de se mettre d'accord sur l'ensemble des conséquences.

339. Nous observons, bien qu'existent deux catégories de séparation de fait (la séparation bilatérale et la séparation unilatérale) dans les deux pays, que leurs causes sont divergentes.

²⁸⁹ C.civ., art. 515-2.

²⁹⁰ CPC. RPC, art. 124-7.

Tout d'abord, à propos de l'accord conjoint, la diversité des motifs provient des procédures différentes du divorce par consentement mutuel, en France et en Chine. Bien qu'en droit français il existe des mesures provisoires pour organiser certaines questions, comme la résidence séparée des époux pour organiser leur vie pendant l'instance, encadrées par le Code civil, ces mesures n'interviennent qu'après l'échec de la conciliation. Mais dès que les époux décident de divorcer jusqu'à la mise en œuvre des mesures provisoires, il faut compter quelques mois : trouver un avocat, se renseigner, déposer la requête en divorce, passer l'audience pour la conciliation. Par conséquent, les époux préfèrent avant tout résilier la communauté de vie avant d'entamer la procédure de divorce. De ce fait, la séparation de fait, ici, vise à préparer une longue procédure. Au contraire, elle apparaît comme une période de réflexion en Chine, car son existence permet aux couples de négocier tranquillement les conséquences du divorce en vue de profiter postérieurement d'une procédure simplifiée. Une fois qu'ils se sont mis d'accord sur certaines questions, la procédure est rapidement introduite par le couple et le processus ne dure qu'une journée.

Ensuite, en aucun cas une séparation de fait en Chine ne peut être organisée par le juge. Lors de violences conjugales, le comité de résidence ou les polices interviennent à la demande de la victime pour empêcher le fait de l'auteur en application de l'article 43 du droit du mariage. Le cas échéant, une sanction administrative peut être prononcée : 10-15 jours de détention et une amende de 500-1000 yuans ou 5-10 jours de détention et une amende de 200-500 yuans selon la gravité du fait²⁹¹. Néanmoins, lors de violences au sein du couple, le plus important, à notre avis, est de protéger la personne en danger et non de sanctionner l'auteur. Il serait donc nécessaire de faire venir une personne compétente qui puisse organiser la vie normale des époux, comme c'est le cas en France.

²⁹¹ la loi sur le contrôle et la sanction de la sécurité publique, art. 40.

Paragraphe 2. La conversion en divorce

340. La séparation de fait est une « antichambre du divorce »²⁹². En France comme en Chine, ce mode de vie peut conduire à invoquer les différentes causes de divorce. Dans certains cas, la réparation pécuniaire peut être prononcée.

A. En France

341. La séparation de fait a un lien étroit avec le divorce depuis la loi de 1975, avec la création du régime du divorce par l'altération définitive du lien conjugal. Pourtant, la durée de la séparation de fait était exigée en six ans²⁹³ à l'époque.

Avec la réforme de 2004, en vertu de l'alinéa 1 de l'article 238 du Code civil, la rupture de la communauté de vie des époux pendant deux ans, lors de l'assignation en divorce, peut aboutir à ce type de divorce. À partir de là, la séparation de fait conduit plus simplement le mariage vers le divorce.

342. Dans le cadre de la séparation de fait unilatérale, lorsque l'un des époux introduit l'instance sur l'article 238 du Code civil, l'autre peut demander reconventionnellement le divorce pour faute²⁹⁴.

Dans ce cas, le conjoint délaissé peut prendre l'initiative du divorce en accusant son conjoint d'avoir violé le devoir de la communauté de vie ou le devoir de fidélité en cas d'adultère. Une faute exclusive ou partagée est prononcée après vérification par le juge. Cependant, le divorce pour faute peut être rejeté en présence d'un pacte de séparation amiable.

Concernant la séparation de fait par accord conjoint, au bout d'un certain temps, le couple peut demander le divorce par consentement mutuel.

²⁹² Sonia DEL ARCO et Jacques LEMOULAND, *Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004*, Dr. famille 2005, étude 5.

²⁹³ C.civ., ancien, art. 237.

²⁹⁴ C.civ., art. 247-2.

B. En Chine

343. Concernant la séparation de fait par accord commun, après s'être mis d'accord sur les conséquences du divorce, les époux dissolvent leur union par un divorce consensuel devant le bureau des affaires civiles

344. S'agissant de la séparation de fait unilatérale, il existe deux possibilités.

D'un côté, au bout de deux ans de séparation, l'auteur peut invoquer l'article 32-4 du droit du mariage pour divorcer. En effet, le lien entre la séparation de fait et la demande unilatérale en divorce est tout d'abord établi, par l'« Interprétation » sur la rupture du lien affectif dont l'article 7 prévoit que le mariage considère l'absence de lien affectif, dans l'hypothèse où les conjoints se séparent pendant trois ans et qu'ils n'ont pas la possibilité de se réconcilier, de sorte que le divorce peut naturellement être prononcé par le juge. À l'occasion de l'amendement de 2001, ce cas a été introduit dans le droit du mariage et la durée a été réduite à deux ans. Cependant, il est à souligner qu'une séparation de fait n'aboutit pas forcément à un divorce, lorsque le juge considère que le lien affectif entre les époux persiste.

D'un autre côté, lorsque la séparation est provoquée par le concubinage de l'époux avec un tiers, l'autre conjoint peut prendre l'initiative de former une requête sur le fondement de l'article 32-1 du droit du mariage. Il a également le pouvoir d'invoquer l'article 46-1 du même droit pour demander des dommages-intérêts.

345. En comparant les conséquences de la séparation de fait entre les deux pays, que celle-ci soit la séparation unilatérale ou bilatérale, l'on observe qu'elles peuvent aboutir toutes les deux au divorce.

Or, en raison des différents fondements du divorce, le fond du jugement n'est pas similaire. En France, afin de prononcer le divorce pour altération définitive du lien conjugal, le juge doit se concentrer sur la séparation elle-même pour vérifier si les deux éléments constitutifs et l'exigence de la durée sont cumulables (v. supra n°271). En Chine, le principe de la rupture du lien affectif affaiblit la réalité de la séparation de fait. Plus précisément, afin de prononcer le divorce sur le fondement de la séparation des couples, le demandeur doit convaincre le juge de croire que la séparation conduit à la disparition de l'affection conjugale. Si le premier ne peut rapporter de preuves

suffisantes, une telle demande est susceptible d'être rejetée. Ainsi, au fond, en droit chinois, la séparation de fait n'est qu'un des éléments éventuels permettant d'illustrer la rupture du lien affectif conjugal, tandis qu'elle constitue une véritable cause justifiée pour le divorce en droit français.

Sous-section II. La séparation de corps

346. En France, la séparation de corps a une longue histoire. Elle a été créée par le droit canonique sous l'Ancien Régime en vue d'atténuer la rigueur de la non-dissolubilité du mariage, à cette époque. Au fil des années, son régime a évolué. Elle s'applique encore au droit actuel. Le Code civil lui consacre un chapitre entier, donnant un cadre complet tant sur sa mise en œuvre que sur ses effets. En Chine, la séparation de corps n'est prévue, en revanche, par aucune loi.

Paragraphe 1. Le régime de la séparation de corps

347. À la différence de la séparation de fait qui n'est pas saisie par le droit, la séparation de corps passe impérativement devant le juge qui s'occupe de régler ses conséquences par certaines mesures au regard des articles stipulés.

A. Les règles générales

348. La séparation de corps connaît les mêmes causes et procédures que celles du divorce. Ainsi, en cas d'accord conjoint, les époux peuvent demander la séparation de fait par consentement mutuel ou séparation acceptée. Lors d'un seul accord acquis, la séparation pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute peut être prononcée.

349. Hormis ces points communs, il existe parallèlement un lien étroit entre la séparation de corps et le divorce en raison de la possibilité d'une conversion bidirectionnelle entre ces deux régimes. Plus précisément, une demande initiale fondée sur le divorce peut aboutir à une séparation de fait issue d'une demande reconventionnelle ou inversement. Cependant, il est à noter que lorsque « la demande

principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce »²⁹⁵.

350. De plus, en cas de demande concurrentielle de divorce et de séparation de corps, le juge estime tout d'abord la demande de divorce. À défaut de conditions réunies d'une telle demande, la séparation de corps sera, par la suite, prononcée²⁹⁶. Une dérogation est prévue concernant les demandes fondées sur la faute; le juge se charge alors d'examiner en même temps les deux demandes. Dans ce cas, il prononce à l'égard des deux conjoints le divorce aux torts partagés²⁹⁷.

B. Les effets et la fin de la séparation de corps

351. S'agissant des effets de la séparation de corps, le lien entre les époux n'est pas totalement rompu; certains devoirs sont maintenus, tandis que d'autres vont changer (1).

En raison du caractère transitoire de la séparation de corps, plusieurs motifs peuvent achever cette situation instable (2) en droit français.

a. Les situations maintenues et les situations modifiées

352. À l'issue de la séparation de corps, comme le statut des conjoints est modifié, le régime matrimonial ne s'applique plus aux époux séparés. Le Code civil consacre une section (de l'article 299 à l'article 303) pour encadrer les effets de la séparation de corps.

353. Le changement concernant la vie matrimoniale est fondé sur la disparition du devoir de cohabitation, de sorte que, durant la séparation de corps, les conjoints ne doivent pas forcément habiter sous le même toit. Mais, la dispense de la communauté de vie se rattache à plusieurs questions, comme la résidence conjugale et l'exercice de l'autorité parentale, s'il y a des mineurs. Grâce à son intervention impérative, le juge se charge de régler toutes les conséquences encourues par la disparition de la vie commune

²⁹⁵ C.civ., art. 297.

²⁹⁶ C.civ., art. 297-1, al. 1^{er}.

²⁹⁷ C.civ., art. 297-1, al. 2.

des époux au moment de la prononciation de la séparation de corps. En outre, cette dernière sollicite la séparation de biens.

354. Au regard des situations modifiées, il semble que les situations maintenues soient relativement nombreuses.

En premier lieu, sur le fondement de l'article 300 du Code civil, les époux peuvent généralement garder l'usage du nom de l'autre, sauf les cas particuliers qui tiennent compte des intérêts respectifs des époux.

En second lieu, le devoir de fidélité et le devoir de secours subsistent. Le manquement du devoir de fidélité de l'auteur risque d'être qualifié de faute exclusive. Par conséquent, la victime peut formuler une demande pour la conversion de la séparation en divorce sans attendre l'expiration du délai de deux ans. La conservation du devoir de secours se fait par l'attribution de la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin. La faute de l'un des conjoints ne produit pas d'effet sur cette pension. Pourtant, dans le cas où le créancier aurait manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de toute ou partie de la dette alimentaire.

En troisième lieu, « en cas de décès de l'un des époux séparé de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant. Lorsque la séparation de corps est prononcée par consentement mutuel, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés »²⁹⁸.

b. La fin de la séparation de corps

355. En ce qui concerne la fin de la séparation de corps, les hypothèses sont nombreuses.

Comme la séparation de corps est une période transitoire, son caractère provisoire lui permet d'accéder à trois résultats différents.

356. D'une part, après une certaine période de séparation, les époux décident de reprendre la vie commune ; ce régime est alors remplacé par celui du mariage. En vue de

²⁹⁸ C.civ., art. 301.

s'opposer au tiers, soit un acte de notarié est produit, soit une déclaration à l'officier d'état civil est effectuée. Par la suite, la mention est écrite en marge de l'acte de mariage des époux ainsi qu'en marge des actes de naissance²⁹⁹. Cette réconciliation rend automatiquement caduques les effets de la séparation de corps. Par conséquent, les époux doivent à nouveau respecter le devoir de la communauté de vie et le régime des biens séparés n'est plus appliqué.

357. D'autre part, l'un des époux forme une demande de divorce après deux ans de séparation. Dans ce cas, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce.

Nous découvrons que la priorité du divorce par consentement mutuel l'emporte également dans la conversion de la séparation de corps. En application de l'article 307 du Code civil, « dans tous les cas de séparation de corps, celle-ci peut être convertie en divorce par consentement mutuel ».

En revanche, la séparation de corps prononcée par consentement mutuel ne peut être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe.

358. Enfin, le décès de l'un ou des époux séparés met naturellement fin au régime de la séparation de corps. L'époux survivant dispose d'un statut de veuf (veuve), profitant alors de certains droits attachés.

Paragraphe 2. La réflexion sur l'avenir de la séparation de corps et son introduction en Chine

359. La séparation de corps jouait un rôle notable à l'époque où la dissolution du mariage n'était pas autorisée. Aujourd'hui, avec l'ouverture du divorce, on se demande si l'on a intérêt à la préserver et quel est son rôle dans le droit de la famille en France.

D'autre part, la séparation de corps n'est pas prise en compte par le législateur chinois. Il convient d'estimer s'il est nécessaire d'introduire un tel régime dans la loi.

²⁹⁹ C.civ., art. 305, al. 2.

A. L'intérêt de la séparation de corps en droit français

360. Il n'est pas faux de considérer que la séparation de corps permet d'ouvrir le divorce pour altération définitive du lien conjugal au bout de deux ans. Cependant, nous remarquons que cette possibilité n'est pas exclusivement réservée à une telle séparation prononcée par le juge, car une séparation de fait peut également être invoquée pour demander ce type de divorce. Ainsi, la valeur équivalant à la séparation de fait à propos du divorce fait perdre apparemment l'intérêt de la séparation de corps.

En revanche, par rapport à la séparation de fait, la séparation de corps est plus pertinente pour exposer une séparation officielle des couples grâce à l'intervention du juge. De ce fait, il s'agit d'une preuve plus convaincante que la première à l'égard de la cessation de la communauté de vie qui conduit au prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

361. De plus, la séparation de corps constitue une véritable période transitoire, car, pour certaines familles, le divorce risque de bousculer la vie de chaque époux, en vue d'atténuer l'attaque du divorce, chacun préférant choisir d'abord la séparation de fait. Ce régime permet également aux époux de réfléchir sur leur décision concernant la rupture de leur vie commune, lorsque ni l'un ni l'autre ne sont résolus à mettre fin à leur vie matrimoniale, car ils peuvent se réconcilier ou se désunir grâce au double visage de la séparation de corps.

362. Par ailleurs, à la différence de la séparation de fait, le régime et les conséquences de la séparation de corps sont soigneusement encadrés par la loi, de sorte que les couples peuvent avoir une protection plus complète (v. supra n°348 e s). Enfin, il ne faut pas oublier que la séparation de corps crée une issue aux couples de religion catholique dont le dogme ne leur permet pas de divorcer.

363. Compte tenu de ces raisons, il nous semble que, même si les demandes de séparation de corps (moins de 4000 par an) sont aujourd'hui largement moins nombreuses que celle de divorce (plus de 130 000 par an)³⁰⁰, leur existence ouvre plus de choix aux époux dans différentes situations.

³⁰⁰ Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *op.cit.*, p. 257, n°703.

B. L'intérêt de l'adoption de la séparation de corps en Chine

364. Sous l'Ancien Régime chinois, il n'y avait pas de contexte pour créer la séparation de corps, car le divorce était toujours admissible. Au fil du temps, il a fallu réfléchir à cette question, non pas pour des raisons de religion mais du fait de l'actualité.

365. En effet, bien que la séparation de corps n'ait pas été prévue, la notion de séparation a été introduite dans le droit du mariage pour accéder éventuellement au divorce, dès lors que cette séparation dure pendant deux ans. Paradoxalement, aucun article ne précise la définition de cette séparation, ni à partir de quand ou jusqu'à quand il faut calculer la durée. En conséquence, il est difficile de mettre en place cet article. En vue de résoudre ces problèmes, deux solutions existent: d'une part, on pense à introduire le régime de la séparation de fait en se référant au régime de divorce, en la divisant en deux modes : la séparation par consentement mutuel et la séparation par jugement. Dans ce cas, une séparation prononcée par le juge ou l'officier du bureau des affaires civiles mettra en lumière la procédure ultérieure de divorce sur le fondement de l'article 32-4 du droit du mariage ; d'autre part, le législateur chinois devra alors donner plus de précision sur la notion de la séparation actuelle en vue de répondre aux nombreuses questions posées, comme par exemple : quels sont les éléments constitutifs? comment juger son départ et sa fin? etc.

En comparant ces deux solutions, nous nous apercevons que la première est plus avantageuse que la seconde, puisque le régime de la séparation de corps contribuerait parallèlement à apaiser le conflit des conjoints et à réduire le taux de divorces irréfléchis. De plus, la création du régime de la séparation de corps prononcé par le juge ou l'officier constituerait un double contrôle pour le divorce fondé sur l'article 32-4 du droit du mariage : l'un viserait le moment de la demande de séparation, l'autre serait réalisé pendant la procédure du divorce.

Chapitre II. La désunion du couple hors mariage

366. En ce qui concerne la désunion du couple hors mariage, il est convenable de distinguer deux points : la résiliation du PACS en France (Section I) et la rupture du concubinage dans les deux pays (Section II).

Section I. La résiliation spécifique du PACS

367. À la différence du concubinage, le PACS dispose d'un statut légal prévu par le droit français. Comparée au régime du divorce, la rupture du PACS est différente, puisque « le mariage crée une union intéressant le groupe familial et produisant des séquelles survivant à sa dissolution, le PACS ne crée qu'un lien personnel disparaissant lorsqu'il prend fin »³⁰¹.

368. Au regard du régime lui-même de la dissolution du PACS, son caractère pluraliste est remarquable. En effet, un PACS peut être dissout de quatre manières, dont deux sont assimilées au mariage : le décès d'un partenaire et la déclaration conjointe de la rupture de ce type de contrat.

369. S'agissant du premier motif, en vertu de l'article 515-7 du Code civil, le décès de l'un des partenaires constitue la première cause de rupture. Même si la cause de la dissolution du PACS se rapproche de celle du divorce, leurs effets ne sont pas tout à fait identiques : le décès n'ouvre pas le droit successoral au pacsé survivant, car le PACS maintient seulement la relation du couple et non de la famille à laquelle le droit successoral est principalement attaché.

Lors du décès d'un pacsé, le greffier du tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du PACS ou le notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement doit en être informé. Auparavant, en l'absence de la mention en marge des actes de l'état civil, ce régime était risqué à cause de l'inertie du partenaire survivant. Grâce à la réforme de la loi du 23 juin 2006, la préoccupation a disparu. Dorénavant, il appartient à l'officier du bureau des affaires civiles d'apposer en marge de l'acte de naissance du partenaire décédé la mention du décès. Il est également chargé d'en informer le greffe

³⁰¹ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 316, n°680.

du tribunal d'instance ou le notaire pour leur permettre d'enregistrer la dissolution et de faire procéder aux formalités de publicité.

En outre, le PACS peut se dissoudre par un consentement mutuel des pacsés, ce qui est prévu à l'article 515-7, alinéas 3 et 4 du Code civil. Dans cette voie, la volonté des parties se situe à une place préférentielle. Les pacsés ont le droit de se mettre d'accord sur le point de la rupture, lorsque cette relation ne leur convient plus. Le régime de cette séparation est plus simple que celui du mariage. La présence du juge n'est pas nécessaire. Il suffit aux partenaires de mettre fin au PACS en remettant ou adressant une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance du lieu de l'enregistrement ou au notaire instrumentaire.

370. Hormis ces deux causes de rupture du PACS, il existe encore deux autres motifs spécifiques qui se distinguent du régime du mariage, n'appartenant qu'à celui du PACS; nous allons les analyser en détail dans la sous-section suivante.

Sous-section I. La dissolution unilatérale

371. Conformément à la nature du contrat à durée indéterminée, le PACS peut être rompu par l'un des partenaires sans passer par le juge. Cette manière de rompre fait naturellement penser à la répudiation; elle suscite donc de nombreux débats qui ont finalement pris fin par la décision du Conseil constitutionnel³⁰² : Le PACS est « un contrat étranger au mariage; [...] en conséquence, sa rupture unilatérale ne saurait être qualifiée de "répudiation" ». De même, il a consolidé cette affirmation en se référant à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en introduisant des dommages-intérêts à certains cas abusifs.

Ainsi, lorsqu'un partenaire décide de résilier le PACS, il lui suffit d'informer tout d'abord l'autre partenaire par voie d'huissier. Une copie de cette signification est remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance ou au notaire. Enfin, le greffier enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

³⁰² Consid. 67, Conseil constitutionnel, 9 nov. 1999, n°99-419 DC.

372. Il faut remarquer que dès la loi du 5 mars 2007³⁰³, la personne en tutelle peut également accéder à la rupture unilatérale du PACS sous réserve de l'autorisation du juge ou du conseil de famille après audition de l'intéressé et recueil de ses proches³⁰⁴. Lorsque la rupture unilatérale du PACS intervient sur l'initiative du curateur, l'assistance de ce dernier est indispensable³⁰⁵.

373. Afin de réparer les préjudices subis par la victime d'une rupture unilatérale ou, en quelque sorte, de se différencier de la notion de répudiation, les dommages-intérêts peuvent être prononcés par le juge.

Il est nécessaire de souligner qu'à l'instar de la réparation pécuniaire à l'occasion de la rupture des fiançailles, celle-ci ne se fonde pas sur le fait de la rupture, mais sur la circonstance fautive d'une telle résiliation, en vue de préserver la liberté de la rupture du PACS et de ne pas s'opposer à sa nature contractuelle en se différenciant du caractère institutionnel du mariage.

Pour ces raisons, le juge reste discret pour prononcer l'allocation des dommages-intérêts imputée à l'auteur de la rupture. À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier³⁰⁶, bien qu'un pacsé ait accusé d'infidélité son ancien partenaire, ainsi que de l'avoir abandonné au moment d'une grave maladie, la demande de réparation pécuniaire n'a pas été retenue par le juge. Selon ce dernier, « 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 ». De ce fait, nous pouvons observer la détermination du juge de ne pas rapprocher le PACS du mariage. S'agissant du reproche de l'infidélité, le juge s'est toujours abstenu de ne pas faire entrer le PACS dans le statut du mariage, prononçant que l'infidélité n'avait pas été établie, sauf « une promesse à ce sens ».

En dépit du rapprochement du PACS avec le mariage par la loi du 23 juin 2006, la liberté de la rupture du PACS a bien été conservée conformément à sa nature contractuelle. En pratique, le juge protège une telle liberté visant sa rupture unilatérale.

³⁰³ L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

³⁰⁴ C.civi., art. 462, al. 5.

³⁰⁵ C.civ., art. 461, al. 3.

³⁰⁶ *op.cit.*, n°189.

Par conséquent, la condamnation à des dommages-intérêts est rarement prononcée, même si la résiliation du PACS intervient au moment de la grossesse de la compagne, est considérée sans caractère brutal en raison de son intervention plusieurs mois après la séparation³⁰⁷.

Or, des dommages-intérêts seraient imputés à l'auteur, en cas de rupture « abusive, brutale ou encore injurieuse »³⁰⁸. Ainsi, lorsque la partenaire est, de surcroît, de santé fragile et fait l'objet de symptômes dépressifs majeurs en raison de la rupture unilatérale de son partenaire³⁰⁹, le versement des dommages-intérêts doit être prononcé.

Sous-section II. La dissolution par le mariage

374. Le PACS est parfois considéré comme un tremplin vers le mariage, lorsque l'un des partenaires ou les deux décident de se marier. Un tel mariage met naturellement fin au PACS sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 515-7 du Code civil. Après la promulgation de la loi du mariage pour tous, cette voie de dissolution s'ouvre également aux pacsés homosexuels.

Paragraphe 1. Le mariage des deux partenaires

375. Une fois que le mariage est enregistré par les deux pacsés, aucune formalité préalable à cette rupture n'est exigée. Dès que le mariage d'anciens partenaires est célébré, l'officier de l'état civil est tenu d'informer le greffier du tribunal d'instance ou le notaire ayant procédé à l'enregistrement, afin que ces derniers puissent procéder à la mention du mariage en marge de l'acte de naissance.

Paragraphe 2. Le mariage d'un partenaire

376. Le mariage d'un partenaire devient la deuxième hypothèse de la rupture unilatérale. Selon le Conseil constitutionnel, « la cessation du pacte à la date du mariage de l'un des partenaires met en œuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté

³⁰⁷ CA de Versailles, 1^{re} Ch., Section 1, 21 févr.2013, n°12/01103: JurisData : 2013-009106.

³⁰⁸ CA d'Angers, 1B Ch., 14 sept. 2011, n°10/01181: JurisData : 2011-018940.

³⁰⁹ CA de Paris, Poêle 4, 9re Ch., 21 févr. 2013, n°10/13523: JurisData : 2013-003546.

du mariage»³¹⁰. Dans le même considérant, le Conseil constitutionnel ajoute que « tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage, réservent le droit du partenaire à réparation ». Ainsi, dans le cadre du mariage d'un partenaire, la responsabilité civile peut être engagée au regard de la circonstance de la rupture (v. supra n°373).

Section II. La rupture du concubinage

377. Le concubinage est une union de fait. Le législateur français soutient le principe de non-droit de son régime, de sorte que ce type d'union ne dispose pas de statut légal, comme la procédure de la dissolution ou les effets de la rupture. Ainsi, le concubinage peut être cessé par la volonté d'une seule partie. Néanmoins, en vue de protéger les intérêts des victimes, la rupture, dans certains cas impérieux, est appréciée par le juge qui a le dernier mot pour prononcer les indemnisations.

378. En droit chinois, bien que le législateur n'ait pas donné de définition légale ou de statut juridique du concubinage, une « Interprétation judiciaire » a été prévue en 1989, encore valable aujourd'hui, pour régler les problèmes issus de la rupture du concubinage.

Sous-section I. Les conséquences de la rupture en France

379. L'union libre implique effectivement la rupture libre. Personne ne s'engage à maintenir une relation en concubinage d'une manière durable. « Il s'agit d'union au jour le jour »³¹¹. Faute de statut juridique, les règles de droit commun s'appliquent en cas de désaccord des concubins en France.

380. En ce qui concerne le sort du bien, les solutions sont plutôt innovantes :

Le législateur commence par rapprocher le concubinage de la société créée de fait. Ce recours permet de donner une véritable liquidation au moment de la dissolution du concubinage. Il est nécessaire de préciser qu'elle est souvent invoquée, lorsqu'un

³¹⁰ consid.6, *op.cit.*, n°302.

³¹¹ Pierre MURAT, *op. cit.*, p.512, n°143.10.

concubin participe à l'exploitation d'une entreprise appartenant à l'autre. Il appartient à celui qui invoque l'existence d'une société créée de fait de rapporter les preuves.

En principe, ce type de société se caractérise par trois éléments : l'existence d'un apport mutuel, l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes, ainsi que *l'affectio societatis* (l'intention de s'associer). S'agissant du dernier indice, le juge semble l'interpréter d'une manière rigoureuse : il faut « démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérente à la vie maritale »³¹². Ensuite, le juge exige que « ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres »³¹³.

381. Par ailleurs, « dans les relations patrimoniales entre concubins, à défaut de réunion des éléments d'une société créée de fait, le recours au principe de l'enrichissement sans cause permet d'indemniser celui qui a bénévolement contribué à la prospérité de l'autre par une collaboration qui excède les limites d'une simple contribution aux dépenses ordinaires »³¹⁴.

Afin d'invoquer l'enrichissement sans cause pour rétablir l'équilibre du patrimoine après la rupture du concubinage, la demande doit s'appuyer sur certaines conditions particulièrement rigoureuses.

Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 30 mai 2006, le juge a admis l'enrichissement sans cause au profit de la concubine restée au foyer. Selon cet arrêt, celle-ci avait pris quatre ans pour participer à l'exploitation de la poterie, de son concubin et son activité a bien contribué à enrichir la société. Parallèlement, faute de travail stable et de ressources, la concubine s'est appauvrie. L'enrichissement puis l'appauvrissement corrélatif n'ont pas de cause, car ce dernier va au-delà des dépenses que la concubine devait assumer au titre des charges de la vie courante au regard des facultés contributives respectives des concubins³¹⁵.

³¹² Civ. 1^{re} ch., 12 mai 2004. n°01-03909.

³¹³ Cass com. 23 juin 2004, n°01-10.106, n°01-14.275.

³¹⁴ CA Nîmes, 15 juin 2000, n°98/1302 : JurisData n°2000-126501 ; Dr. famille 2001, comm.54, note Hervé LECUYEY.

³¹⁵ CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., sect. A, 30 mai 2006, n°05/06274 Ghislain L. c/ Monique P.: JurisData n°2006-311475 ; Dr. famille 2006, comm. 201, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

En revanche, le juge a refusé d'indemniser la concubine sur le fondement de l'enrichissement sans cause dans un arrêt de la Cour d'appel de Bourges du 3 juin 2002³¹⁶. Il a réclamé que l'enrichissement était inexistant, puisque le concubin était propriétaire d'une automobile ancienne et sans valeur.

382. Enfin, nous devons évoquer, en dernier lieu, la possibilité des dommages-intérêts en cas de rupture de concubinage en France. Malgré que la loi reste muette sur le fait générateur du dommage réparable, « l'interprète est assez naturellement appelé à se référer à l'abondante jurisprudence concernant la rupture du concubinage »³¹⁷.

Effectivement, afin de préserver la liberté de rupture du concubinage, la cessation d'une relation n'entraîne pas systématiquement la réparation. Plus concrètement, la rupture elle-même ne constitue pas une faute susceptible d'ouvrir le droit à des dommages-intérêts.

Néanmoins, la responsabilité délictuelle peut être engagée. Les fautes sont variables, telles que la brutalité de la rupture, la rupture abusive ; selon les circonstances de la cessation, une sanction pécuniaire peut être annoncée. À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 4 janvier 2000³¹⁸, un concubin a été jugé pour avoir commis une faute justifiant l'octroi de 10 000 F de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral, compte tenu des projets de mariage du couple établis, notamment par la demande de mutation du concubin voulant se rapprocher de son amie et des circonstances particulières de la rupture du concubinage.

Malgré de nombreuses jurisprudences rendues ces dernières années sur ce sujet en France, le juge essaie toujours de protéger le principe de la libre rupture du concubinage. Au regard d'un arrêt de la Cour d'appel de Pau du 30 janvier 2012, en l'espèce, la rupture a eu lieu après plusieurs années de vie commune. Un concubin a eu une liaison avant de rompre avec sa partenaire qui, au moment de la rupture, était enceinte. Le juge a finalement refusé la demande des dommages-intérêts, estimant que

³¹⁶ CA Bourges, 3 juin 2002, n°01/01602 : JurisData n°2002-198274 ; Dr. famille 2003, comm. 140, note. Hervé LECUYER.

³¹⁷ Hervé LÉCUYER, *Vers une indemnisation plus généreuse du concubin délaissé ?* Dr. famille 2000, comm. 125.

³¹⁸ CA Bordeaux, 4 janv. 2000, n°98/00103 : JurisData n°103728 ; Dr. famille 2000, comm. 34, note Hervé LECUYER.

« rien ne permet d'exclure que le couple était depuis longtemps en crise, que la conception d'un enfant est intervenue alors que la séparation apparaissait à l'un et à l'autre comme inévitable, que l'origine de la dégradation des relations [était] imputable à l'un autant qu'à l'autre et enfin que le concubin [avait] entretenu une liaison alors que le couple était déjà en train de se défaire »³¹⁹.

Enfin, toutes les tentatives d'allocation des dommages et intérêts qui se détachent des circonstances de la rupture doivent être exclues. Le juge de la Cour d'appel de Grenoble avait la volonté d'imputer les indemnités à l'auteur de la rupture en exposant que « l'absence de faute ne dispens[ait] cependant pas l'auteur de la rupture de réparer le préjudice créé par l'exercice de son libre choix »³²⁰. Une telle sanction a été écartée par la Cour de Cassation au motif que « la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif »³²¹.

Sous-section II. Les règles générales relatives à la rupture en Chine

383. En vue d'estimer les règles générales concernant la rupture du concubinage en Chine, il est convenable de la diviser en deux périodes : les règles applicables avant 1994 (Paragraphe 1) et les règles applicables après 1994 (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les règles applicables avant 1994

384. Pour remédier à la négligence du droit sur le concubinage, les textes distinguent les « mariages de fait » dont la définition correspond « à peu près à celle du mariage putatif et de l'union libre »³²².

L'article 2 de l'« Interprétation » de novembre 1989 prévoit que lorsqu'un homme et une femme vivent maritalement, si l'une des deux parties demande le « divorce »,

³¹⁹ CA Pau, 2e ch., sect. II, 30 janv. 2012, n°12/451, 10/04996, V. c/ C. : JurisData n°2012-006988; Dr. famille 2012, comm. 76, note Virginie LARRIBAU-TERNEYRE.

³²⁰ CA Grenoble, 1^{re} Ch., civ. 25 juin 1990, n° M/L : JurisData n°1990-044645.

³²¹ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1992 : n° 90-20.367 : JurisData n°1992-001503 ; D. 1992, inf. rap. p. 221 ; JCP G 1992, IV, 2509, p. 275 ; Gaz. Pal. 1992, 2, pan. jurispr. p. 246 et 7 févr. 1993, 1, somm. p. 12, note Massip ; Bull. civ. I, n°204.

³²² Tsien Tche-hao, *La nouvelle loi sur le mariage et l'évolution du droit de la famille en Chine populaire*. Revue internationale de droit comparé, vol. 33, n°4, Octobre-décembre 1981, p. 1013-1031.

cette relation peut être qualifiée de « mariage de fait » sous réserve que les éléments de fond et de forme du mariage soient réunis.

385. L'objectif du législateur était effectivement fondé sur le fait que, lorsqu'un concubinage était qualifié de « mariage de fait », la victime de ce concubinage pouvait bénéficier d'un champ plus protecteur – divorce, en cas de rupture.

Pourtant, la solution ne semblait pas satisfaisante. Ce dispositif risquait de troubler la sécurité de la société et la liberté individuelle, puisqu'une relation de concubinage peut être apposée par l'étiquette du mariage sans accord des personnes concernées. D'une certaine façon, la liberté de mariage était atteinte. Pour ces raisons, la notion de « mariage de fait » a finalement été abrogée à l'issue du règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1994³²³.

386. Pendant la période transitoire, en cas de litige au moment de la rupture des concubins répondant aux conditions de « mariage de fait », le juge devait traiter différemment les demandes : si les deux parties vivaient ensemble conformément aux conditions du mariage avant la publication du règlement de 1994, le « mariage de fait » était qualifié par le juge et le régime du divorce s'applique.

À l'inverse, si un concubinage est formé après cette date, il ne peut plus être qualifié de « mariage de fait ». Ainsi, le juge est tenu d'informer les partenaires qu'ils peuvent bénéficier du régime du divorce à condition qu'ils se fassent inscrire leur union. Ici, la requalification du mariage devant le bureau des affaires civiles n'est pour objet que de bénéficier du régime du divorce. L'intérêt de cet enregistrement repose sur la régularisation d'une union non saisie par le droit. Pourtant, une question se soulève, celle à savoir, si ce genre d'enregistrement porte atteinte au principe du mariage. En Chine l'amour des époux est accentué par le droit, puisque l'absence de lien affectif est considérée comme le motif essentiel du divorce. Ici, les deux personnes qui procèdent au mariage sans affection, ont pour seul but de profiter des dispositions protectrices du divorce. Ce fait répond également à la notion de « mariage fictif » en quelque sorte.

³²³ Règlement d'application de l'enregistrement du mariage de 1994, art. 24 : les deux personnes qui répondent aux conditions du mariage sans avoir enregistré leur union auprès de l'officier d'état civil vivent ensemble sous le nom du mari et de la femme. Cette relation maritale ne prend pas d'effet. Elle n'est pas non plus protégée par la loi.

387. Si une situation de fait unie avant 1994 ne pouvait pas être qualifiée de « mariage de fait » ou une situation de fait unie après cette date ne peut pas se référer au régime de la vie matrimoniale au motif que les concubins refusent de se marier, l'« Interprétation judiciaire » de novembre 1989 peut, malgré tout, s'appliquer pour résoudre les problèmes apparus au moment de la rupture.

Paragraphe 2. Les règles applicables après 1994

388. De nos jours, la notion de « mariage de fait » tend à disparaître sur la scène juridique. En conséquence, toutes les unions de fait sans enregistrement au bureau des affaires civiles au titre du mariage, en aucun cas, ne peuvent se référer aux dispositions du divorce.

En parallèle, la demande de la rupture du concubinage reste irrecevable sauf en cas de concubinage de la personne mariée avec un tiers³²⁴. Malgré tout, en vue de résoudre les problèmes issus du concubinage, l'alinéa 2 de l'article 1 de l'« Interprétation » de 2001 précise que la requête est recevable lorsqu'il s'agit des biens ou des enfants. En l'absence de nouveaux dispositifs après la disparition du « mariage de fait », l'« Interprétation » de novembre 1989 est toujours appliquée.

389. En dépit du silence de la législation sur la notion des dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par un des concubins, en cas de rupture abusive, par exemple, la faute pourra être, malgré tout, prise en compte par le juge au moment de la division du patrimoine des couples en vertu de l'article 8 de cette « Interprétation ». En revanche, il n'existe pas de dispositifs permettant de fournir plus d'explications. Par exemple, les fautes susceptibles d'être invoquées en faveur de la victime restent ambiguës. À défaut de précisions, le juge apprécie souverainement chaque demande.

390. En outre, une sorte d'allocation est prévue en cas de maladie de l'un des partenaires. Le juge peut diviser les biens communs en sa faveur ou demander à l'autre partie de l'aider au niveau économique en une seule fois. Il faut souligner que la maladie doit être grave et incurable. Concernant le montant de l'attribution, il appartient au juge de prendre la décision au regard des différentes situations.

³²⁴ 2^{ème} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage de 2001, art. 1, al. 1^{er}.

Cette aide se différencie des dommages-intérêts ou des prestations compensatoires dans le cadre du divorce, parce qu'aucun préjudice subi ni aucune difficulté financière n'est exigé. On se demande quelle est la nature de ce type de compensation. Nous constatons qu'une union de fait ne produit aucun devoir de secours ou d'assistance aux couples. Ainsi, nous pensons que ce type de compensation s'assimile plutôt à une aide humanitaire.

Toutefois, si le juge prononce le versement de l'aide économique en cas de maladie grave d'un concubin, l'autre n'a pas de droit de la refuser. Cette exigence nous permet de déduire que cette solution est assortie d'une exécution obligatoire. À notre avis, la possibilité de l'allocation, après la rupture du concubinage, n'est pas compatible avec le régime de non-droit de l'union libre. Il serait préférable de prévoir un régime plus flexible. Par exemple, le juge pourra proposer à l'un des concubins d'aider son ex-compagnon, mais il appartiendrait à ce dernier de suivre ou non cette suggestion.

391. En comparant les régimes d'application dans les deux pays, lors de la rupture du concubinage, nous observons que celui de la Chine présente un système quelque peu défaillant.

Le législateur chinois laisse un régime très contrasté au concubinage : d'une part, il n'en admet pas du concubinage, laissant une totale liberté à cette situation de fait; d'autre part, une sanction pécuniaire au moment de la rupture peut être prononcée.

L'aptitude du législateur chinois vise en effet à protéger les parties faibles, surtout les femmes, lors de la rupture unilatérale. Or, le fait que le juge impose des sanctions à l'auteur de la rupture sans éclaircir son fondement justifié, dénature le principe de la situation de fait : on est libre de former un concubinage sans se soumettre à aucune condition de fond ou de forme. Naturellement, on est aussi libre de rompre une telle union sans subir les incidences tirées de la rupture.

En outre, si un concubin rompt la vie commune pour se marier avec un tiers, la condamnation à des dommages-intérêts lors de la rupture risque, en quelque sorte, de nuire à la liberté du mariage.

Au regard des inconvénients tirés du régime contrarié du concubinage en Chine, le législateur doit bien réfléchir afin d'établir un équilibre entre la nature libérale de

l'union de fait et les conséquences de la rupture. À notre avis, la restitution de l'autonomie aux concubins eux-mêmes semble être une solution convenable.

Seconde partie. La filiation

392. La filiation est le lien juridique qui unit un enfant à sa mère et à son père. Il y a deux modes de filiation: la filiation par procréation (Sous-partie I) et la filiation par adoption (Sous-partie II)

Grâce aux évolutions de la technique médicale, la filiation par procréation peut varier. Hormis la procréation traditionnelle, la procréation médicalement assistée est envisageable. L'apparition de ces techniques, d'un côté, aide les couples infertiles à avoir un enfant biologique ; de l'autre côté, elle bouleverse morale sociale et l'ordre juridique.

393. L'histoire de la filiation dans ces deux pays est aussi une matière qui a connu de nombreux changements.

Dans l'Antiquité, en Chine, la notion de filiation était plus large qu'aujourd'hui. Au regard de l'ancienne filiation, elle était divisée en plusieurs catégories dites « trois pères huit mères »³²⁵, à part les parents biologiques.

Selon Yuan Dian Zhang³²⁶, les trois pères renvoient à trois types de beau-père: 1) celui qui cohabite avec les enfants; 2) celui qui ne cohabite pas avec les enfants et 3) celui qui se marie avec la belle-mère de l'enfant.

Les huit mères sont ainsi décrites : 1) Di Mu (l'appellation de la « première épouse » du père des enfants des « concubines ») ; 2) Ci Mu (après le décès de la femme biologique, l'appellation des « concubines » qui élèvent les enfants de la « première épouse ») ; 3) Shu Mu (l'appellation des « concubines » du père des enfants de la « première épouse ») ; 4) belle-mère ; 5) mère remariée ; 6) mère répudiée; 7) nourrice; 8) mère adoptive. Parmi elles, Di Mu, belle-mère, mère adoptive et Ci Mu profitent du même statut que la mère biologique.

S'agissant des descendants, les catégories ne semblent pas moins riches : 1) Di Zi (les enfants biologiques de la « première épouse »; 2) Shu Zi (les enfants biologiques

³²⁵ 三父八母.

³²⁶ Les textes juridiques rédigés et appliqués avant l'année 1322.

des « concubines » ; 3) les enfants adultérins ; 4) les enfants de la domestique avec son maître, 5) l'enfant adopté et 6) Si Zi (les enfants adoptés en vue d'une donation pour héritage). Il faut souligner qu'il existe une hiérarchie dans ces différentes catégories de descendants, Di Zi se trouvant au sommet de la « pyramide ». Il est amené à devenir le grand gagnant après le décès du père biologique.

394. En France, l'évolution de la filiation n'est pas moins compliquée. Comme en Chine, il existait auparavant une hiérarchie au regard des différents statuts des enfants. Il faut remarquer que cette différence se fondait notamment sur la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

Concernant les premiers, ils disposaient d'une filiation légitime issue d'un mariage. Parallèlement, ils bénéficiaient de nombreux droits accordés par la loi. Quant aux enfants naturels, ils avaient été conçus hors mariage. Malgré l'existence du lien juridique avec le géniteur, les enfants naturels ne gardaient aucun lien familial avec ce dernier. Autrement dit, la famille ne contenait que des enfants légitimes. De plus, la filiation naturelle ne produisait aucun effet à l'égard du père biologique. Ces enfants étaient nommés « bâtards » et ne profitaient que du droit alimentaire à titre humanitaire. Selon Jean HAUSER, « la conception de filiation alimentaire, sans doute abusive dans ses termes, mais qui permet, sans rattacher l'enfant naturel à ses auteurs, de lui donner au moins des droits alimentaires, à l'exclusion, c'était l'essentiel à l'époque, des droits successoraux »³²⁷.

395. Au regard du classement des filiations tant en Chine qu'en France sous l'Ancien Régime, nous trouvons que leur inégalité se manifestait plus profondément en France, car, dans l'Antiquité de la Chine, le mari pouvait épouser plusieurs concubines. Si une femme avait eu un enfant avec cet homme, il pouvait se marier avec elle; ainsi, la plupart des enfants étaient issus du mariage. Dans le cas où le père se trouvait dans l'impossibilité d'épouser la mère de l'enfant à cause de l'opposition des parents, cela n'empêchait pas cet homme de le reconnaître, de sorte que l'enfant pouvait porter le même nom que son père en entrant dans sa famille. S'il existait une inégalité, elle portait plutôt sur le traitement différent entre les enfants de la première épouse et ceux

³²⁷ Jean HAUSER, *La filiation*, Dalloz, DL 1995, p. 2.

des concubines. Néanmoins, dans l'ancien droit français, le père ne pouvait pas faire entrer son propre enfant dans sa famille s'il ne se mariait pas avec la mère de cet enfant.

396. La distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels en France s'est progressivement effacée au XXe siècle, « sous la double pression de la réalité sociale (plus de 50% des naissances se produisent hors mariage) et des valeurs contemporaines »³²⁸.

Parmi de nombreuses lois qui tentaient d'apaiser la distinction discriminatoire : celle du 16 novembre 1912 a ouvert la recherche en justice de la paternité naturelle dans des cas limitativement énumérés. Par la suite, la loi du 15 juillet 1955 a modifié l'article 134 du Code civil et apaisé le particularisme du droit de la filiation naturelle.

Mais c'est la loi du 3 janvier 1972³²⁹ sur la filiation qui s'est avérée la plus complète et la plus réussie. Son article 334 déclarait de façon déterminante que l'enfant naturel avait, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère, et entré dans la famille de celui qui l'avait conçu. Dans la section VI de cette loi, un droit successoral était également réservé aux enfants naturels à condition que la filiation fût légalement établie. De plus, cette loi manifestait une égalité satisfaisante par rapport aux différents statuts des enfants. Toutefois, en raison de sa fragilité, « le droit était encore inégalitaire et complexe aux fondements incertains »³³⁰.

Ainsi, après la loi du 3 janvier 1972, d'autres droits se sont succédés progressivement dans le but de consolider et d'améliorer l'égalité d'une manière plus efficace. À titre d'exemple, la loi du 25 juin 1982³³¹ a autorisé l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement. La loi du 8 janvier 1993³³² a supprimé, quant à celle, les cas d'ouverture à la recherche de paternité, ayant modifié l'article 340-3 du Code civil.

³²⁸ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil : La famille*, Dalloz, 8^e éd., 2011, p.336, n°381.

³²⁹ L. n°72-3 du 3 janv. 1972 sur la filiation.

³³⁰ Vincent Bonnet, *Le droit de la filiation*, L'Harmattan, 2006, p.9.

³³¹ L. n°82-536 du 25 juin 1982 relative à l'établissement de la filiation naturelle.

³³² L. n°93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

Par la suite, la loi du 3 décembre 2001 et enfin l'Ordonnance du 4 juillet 2005 (ratifiée par la loi du 16 janvier 2009) se sont, l'une et l'autre, efforcées d'amener la filiation en France vers une application plus efficace. Plus particulièrement, cette dernière a harmonisé le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation.

397. Dès l'établissement de la RPC en 1949, une série de droits sur le sujet ont été mis en œuvre pour abroger radicalement le régime discriminatoire à propos des différents statuts des enfants.

Dans le premier droit du mariage de 1950, sur le fondement de son article 15, il figurait clairement que les enfants hors mariage et les enfants légitimes profitaient du même régime. D'ailleurs, tous les préjudices ou discriminations affectant les enfants naturels étaient prohibés. L'égalité de tous les enfants a également été rappelée dans le droit du mariage de 1980 ainsi que dans l'amendement de 2001.

398. Nous observons qu'en Chine, comme en France, l'évolution de la filiation peut être divisée en deux périodes. L'une est caractérisée par la discrimination: en droit français, le statut des enfants légitimes était plus favorable que celui des enfants naturels; en droit chinois, les enfants de la première épouse profitaient de plus d'avantages que ceux des concubines. L'autre s'est traduite par l'effort du législateur des deux pays dans le but d'abroger les différents traitements des enfants. Grâce au droit du mariage chinois de 1950 et à de nombreuses lois françaises, la discrimination de certaines catégories d'enfants a été abandonnée. L'égalité de tous est devenue le noyau des dispositions relatives. Comme le dit WANG Aijun, « en suivant l'évolution du droit français et du droit chinois, le principe de la filiation de nos jours, porte sur les intérêts des enfants et non sur ceux des parents, en particulier du père sous l'Ancien Régime »³³³.

Pourtant, nous nous apercevons que, par rapport aux multiples lois qui ont été rédigées au sujet de la filiation en France, les lois chinoises sont peu nombreuses. Cette différence conduit directement à un régime relatif à la filiation plus lacunaire en Chine.

³³³ WANG Aijun, *Comparaison de la filiation sous l'ancien droit romain et l'ancien droit chinois*, Journal de l'université de Jining, vol.30, No.1, févr. 2009, p. 91.

SOUS-PARTIE I. LA FILIATION PAR LE SANG

399. La filiation par procréation vise tous les enfants nés d'une union charnelle. Mais, avec le développement des techniques, il existe d'autres voies pour ainsi, donner naissance. Pour cette raison, il est convenable de distinguer cette sous-partie en deux: d'une part, la filiation par procréation au sens traditionnel (Chapitre I). Nous nous pencherons sur une étude comparative par rapport aux modes d'établissement de la filiation et aux actions relatives dans les deux pays; d'autre part, la filiation par procréation issue de la technique scientifique, plus précisément, la filiation par procréation médicalement assistée (Chapitre II). Dans cette partie, nous verrons quelles sont les techniques reconnues et interdites aussi bien en Chine qu'en France ainsi que sont les conséquences sur la filiation?

Chapitre I. Les régimes généraux de la filiation par procréation dans les deux pays

400. En France, d'un point de vue général, il existe deux modes pour établir une filiation: l'établissement d'une filiation non contentieuse et l'établissement d'une filiation par action, tandis qu'en Chine, le législateur ne prévoit que la modalité d'établissement d'une filiation par action.

Section I. Les modes d'établissement de la filiation

401. La loi française semble plus avancée, encore une fois, que la loi chinoise en la matière. Tandis que le législateur français a déjà conçu trois méthodes non contentieuses pour établir la filiation au regard de l'article 310-1 du Code civil, il figure encore une lacune dans le droit chinois. Ainsi, il convient, tout d'abord, de présenter chaque mode d'établissement en France (Sous-section I). Une telle présentation, d'une part, nous permet de connaître l'intérêt de ces modes en nous demandant s'il est nécessaire de créer un tel régime en Chine; d'autre part, elle nous aide à repérer leurs avantages et leurs points faibles en vue de proposer des dispositions appropriées pour le droit chinois, tout en évitant les inconvénients perçus au cours de leur application en France (Sous-section II).

Sous-section I La diversité des modes d'établissement en France

402. Selon le droit français, il existe trois modes d'établissement de la filiation: l'établissement de la filiation par l'effet de la loi (Paragraphe 1), l'établissement de la filiation par la reconnaissance et enfin, par la possession d'état (Paragraphe 2).

Paragraphe 1.L'établissement de la filiation par l'effet de la loi

403. Concernant l'établissement de la filiation par les textes de loi, on trouve l'établissement de la maternité (A) et l'établissement de la paternité (B).

A. L'établissement de la maternité

404. En cas d'établissement de la maternité, l'acte de naissance occupe une place considérable (a). En outre, grâce au caractère visible de l'accouchement et à la présence de témoins, ce mode d'établissement est relativement fiable. Toutefois, la possibilité d'un accouchement sous X met un voile sur la filiation maternelle (b).

a. Le rôle important de l'acte de naissance

405. Aux termes de l'article 311-25 du Code civil, « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance ». Autrement dit, c'est l'accouchement qui fait naître la filiation. En effet, c'est une méthode aussi traditionnelle que certaine : la femme est la mère de l'enfant dont elle a accouché.

406. Une interrogation se pose par la suite sur la volonté de la mère dans ce mode d'établissement de la filiation.

Selon les textes, l'acte de naissance établit la filiation sans que la mère manifeste expressément sa volonté. Il est « combiné avec l'instantanéité »³³⁴, car l'accouchement et l'identité sont deux éléments certains permettant d'établir la maternité et l'on se trompe rarement sur ce point. Si tel était le cas, les témoignages des médecins-

³³⁴ Catherine HIGY et Frédérique GRANE, *Le temps en droit de la filiation*, Presse universitaires de Strasbourg 2012, p.55, n°39.

accoucheurs et des sages-femmes seraient également capables de renforcer cette certitude.

Or, au fond, la volonté de la mère au moment de l'établissement de la filiation est prise en compte sous le nom du respect de la liberté des parents. En vertu des articles 57 et 326 du Code civil, la mère a la possibilité de demander de préserver le secret de son admission et de son identité. Cette possibilité de garder secrète l'identité de la mère ouvre une porte aux accouchements sous X en France, renversant la filiation traditionnelle et constituant, de nos jours, un véritable obstacle à l'établissement de la maternité.

b. L'accouchement sous X

407. L'accouchement anonyme est un fait qui existe depuis longtemps. Lorsque la mère ne veut pas faire connaître son identité à ses enfants dans certaines situations embarrassantes, comme par exemple la femme mineure ou d'autres contextes extrêmes, elle recourt à ce mode d'accouchement.

408. L'accouchement sous X fait l'objet, depuis la loi du 8 janvier 1993, de l'article 341-1 du Code civil : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». Les motifs conduisant à choisir ce type d'accouchement sont nombreux. Pourtant, le but est unique : ne pas établir de filiation maternelle. Cette conséquence prive le droit des enfants de connaître sa famille biologique.

Afin de créer un équilibre entre ces deux incidences et d'apaiser le doute des enfants sur la question de leur origine, la loi du 16 janvier 2009³³⁵ a aboli une fin de non-recevoir de l'action visant à rechercher la maternité. Désormais, les enfants des mères anonymes peuvent accéder à leurs origines en entamant une action. Toutefois, il est à noter que les conséquences de la levée du secret ne change en rien le statut juridique des enfants (droits successoraux, nom de famille, etc.) (v. infra n°448 et s).

³³⁵ L. n°2009-61 du 16 janv.2009 ratifiant l'ord. n°2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

409. La conception de l'accouchement sous X a pour objet d'éviter l'avortement ou l'abandon sauvage du nouveau-né, voire l'infanticide. Ce type d'accouchement prend de l'ampleur aujourd'hui en France: selon un sondage réalisé par l'Institut national des études démographique (INED)³³⁶. Depuis 2005, le nombre d'accouchements secrets augmente : de 588, il est passé à environ 700 en 2010. Toutefois, ce chiffre est en baisse par rapport aux années 1970 où l'accouchement anonyme atteignait 10.000.

De nos jours, les femmes qui choisissent l'accouchement sous X sont plus jeunes de quatre ans en moyenne (26 ans contre 30 ans). 11 % sont mineures contre 0,5 % et 18 % ont entre 18 et 20 ans contre 3 %. Quant à la situation familiale, huit sur dix ne vivent pas en couple; 28 % des femmes sont en situation de monoparentalité et n'ont pas d'autonomie financière. Trois sur quatre n'ont pas leur indépendance économique. Elles sont élèves ou étudiantes (27 %), inactives (15 %), au chômage (10 %) ou ont un emploi précaire ou encore un petit temps partiel (9 %).

410. Malgré ce type d'accouchement protecteur de la vie privée, il provoque certains impacts inévitables.

Tout d'abord, l'impact est fondé sur le temps limité de la reconnaissance de l'enfant, formulée par la mère ayant accouché sous X. Lorsqu'un délai de deux mois s'est écoulé, l'enfant est placé en vue d'être adopté. Cet état met un obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance³³⁷.

Il apparaît que la durée de réflexion risque de violer l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme semble tolérante sur ce point. Dans l'arrêt *Kearns c/ France*³³⁸ du 10 janvier 2008, une femme a demandé la restitution de son enfant né sous X. Sa demande a été refusée au motif de l'expiration du délai de

³³⁶ Institut national d'études démographiques, Les femmes qui accouchent sous le secret en France (2007-2009), étude, réalisée dans 83 départements entre juillet 2007 et juin 2009 sur 739 femmes qui avaient demandé le secret, janvier 2011.

http://www.ined.fr/fr/ressources_documentation/focus_sur/les_accouchements_sous_x_en_france/

³³⁷ C.civ., art. 352.

³³⁸ CEDH, 10 janv. 2004, n°35991/04, *Kearns c/ France*: JurisData n° 2008-010474 ; Dr. famille 2008, étude 14, note Adeline GOUTTENOIRE.

rétractation de deux mois. La Cour a ainsi prononcé : « si le délai de deux mois peut sembler bref, il paraît néanmoins suffisant pour que la mère biologique ait le temps de réfléchir et de remettre en cause le choix d'abandonner l'enfant ».

Un autre impact concerne la reconnaissance de la paternité. Lors de l'ignorance de l'existence d'un enfant, si la mère l'a caché intentionnellement, la reconnaissance de la paternité rencontre une difficulté beaucoup plus compliquée que celle de la maternité. L'article 62-1 du Code civil expose que « si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant ». Malgré cela, en pratique, la reconnaissance paternelle d'un enfant né d'une mère ayant accouché sous X n'est pas toujours évidente car, après l'abandon de l'enfant par la mère, celui-ci est rapidement placé, en vue d'être adopté. Et sous l'emprise de l'article 352 du Code civil, la restitution est souvent bloquée à ce moment-là.

L'arrêt du TGI du 16 mai 2003³³⁹ a réussi à contourner l'obstacle de l'article 352 en énonçant qu'il s'agissait d'une reconnaissance prénatale. En l'espèce, le père prétendu a déclaré reconnaître l'enfant d'une femme ayant accouché sous X antérieurement à sa naissance. Toutefois, l'impact demeurerait, si le père ne pouvait prouver la reconnaissance avant le placement de l'enfant en vue de l'adoption.

411. En Chine, le régime de l'accouchement anonyme n'est pas prévu par la loi. En conséquence, les faits divers sont multiples. Par exemple, une mineure de Shenzhen a mis au monde un bébé dans les toilettes publiques, puis l'a délaissé³⁴⁰; un nouveau-né a été abandonné en plein hiver et est décédé à Pékin³⁴¹. Même si l'article 261 du droit pénal de la RPC prévoit cinq ans d'emprisonnement, quand il s'agit d'un délaissement grave, en réalité, ce genre de drame persiste, se produisant de plus en plus, notamment chez les jeunes.

³³⁹ TGI Nancy, ch. collégiale famille, 16 mai 2003, RG 01/04002 ; P. c/ Préfet de Meurthe et Moselle [JurisData n°2003-212727] ; JCI G 2004, II, 10036.

³⁴⁰ Citysz, *une fille mineure délaisse un nouveau-né dans les toilettes publiques à Shenzhen*, 9 juin 2013. http://www.citysz.net/news/shehui/2013/06/09/6940_3.html

³⁴¹ miss-no 1, *Un bébé est décédé de froid à Zhongguancun*, 22 mars 2013. http://jjaju.miss-no1.com/file/2013/03/22/451555@110902_1.htm

Ainsi, il est indispensable que le législateur mette en œuvre des mesures préventives pour empêcher l'augmentation de ces tragédies. La permission d'accoucher de manière anonyme est probablement une proposition opportune. Pourtant, sa création ne semble pas si simple. Si, du côté de la mère, on peut se référer au régime actuel de la France en octroyant deux mois de réflexion à cette dernière, la situation s'avère délicate du côté du père. En Chine, on rencontre les mêmes inconvénients qu'en France : le père biologique ne peut plus établir la filiation dès que l'enfant est adopté. Pire encore, si la reconnaissance prénatale a ouvert une éventuelle brèche en France, cette mesure est difficile d'être mise en œuvre en Chine à défaut du placement en vue de l'adoption. Autrement dit, l'enfant sera adopté plus vite qu'en France (v. infra n°658 et s), de cette façon, le père a moins de temps pour réclamer sa paternité. En tenant compte de cette situation, il faut que le législateur chinois réfléchisse bien sur le régime de l'accouchement sous X. À mon avis, la création du placement en vue de l'adoption serait nécessaire. D'une part, elle permettrait de procurer plus d'opportunité au père de connaître sa paternité, d'autre part, elle contribuerait à l'enfant adopté de mieux s'intégrer dans la famille adoptive (v. infra n°668).

B. L'établissement de la paternité - La présomption <*pater is est*>

412. L'établissement de la filiation paternelle est plus incertain que celui de la maternité.

Sous l'Ancien Régime, l'établissement de la paternité comptait beaucoup en raison des différents traitements entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Maintenant, le décalage est effacé et l'établissement de la filiation paternelle revient sur l'essentiel : créer un lien qui unit le père et l'enfant.

413. Contrairement à la certitude de l'accouchement de la mère, la paternité n'est pas une évidence. On se réfère à la méthode de la présomption en supposant que « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » (le père est celui que le mariage désigne).

Ce critère a été repris par le Code Napoléon. Il demeure applicable après les nombreuses réformes de la filiation. Aujourd'hui, l'article 312 du Code civil prévoit que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

414. Or, la méthode de la présomption n'est pas fiable à cent pour cent. On essaie de trouver la causalité afin de créer un lien entre le mari de la mère et l'enfant de la femme. Par conséquent; cette logique est écartée dans certaines situations où la paternité n'est pas vraisemblable. Aux termes de l'article 313 du Code civil, il s'agit de cas précis : le mari n'est pas désigné comme le père de l'enfant par sa mère; l'enfant est né plus de trois cents jours après la date de l'homologation de la convention du divorce ou des mesures provisoires prises ou encore de l'ordonnance de non-conciliation; enfin, une telle présomption est également écartée, si l'enfant est né moins de cent quatre-vingts jours à compter du rejet définitif de la demande ou de la réconciliation.

Il est à remarquer que, si la naissance d'un enfant se trouve dans un des cas prévus par ledit article, le principe de l'article 312 du Code civil n'est pas totalement exclu. Il y a toujours la possibilité d'établir la paternité avec la présence de preuves. De plus, la filiation paternelle peut être établie par d'autres moyens, tels que la possession d'état et la reconnaissance.

Paragraphe 2. L'établissement de la filiation par la reconnaissance et par la possession d'état

415. L'établissement de la filiation par l'effet de la loi est un mode idéal, plus évident. En pratique, la situation est pourtant plus compliquée. À titre d'exemple, en cas de non-mariage, comment peut-on établir la filiation de la paternité? Ou encore, comment le père biologique d'un enfant né sous X peut-il établir la filiation? Les questions survenant l'une après l'autre, le législateur français mentionne d'autres modes – l'établissement de la filiation par la reconnaissance (A) ainsi que l'établissement de la filiation par la possession d'état (B), pour les résoudre.

A. L'établissement de la filiation par la reconnaissance

416. La reconnaissance dans le but d'établir la filiation est un acte volontaire, personnel, juridique et subsidiaire.

L'établissement de la filiation par la reconnaissance était le seul mode qui autorisait autrefois les enfants naturels à avoir une filiation ou, plus concrètement, à accéder au droit alimentaire. Jusqu'en 1982³⁴², la filiation naturelle pouvait être légalement établie par la possession d'état³⁴³. L'Ordonnance de 2005 a effacé les notions de l'enfant légitime et de l'enfant naturel d'une manière radicale. À l'opposé, l'établissement de la filiation par la reconnaissance a été conservé avant de s'appliquer sans différence à tous les statuts d'enfants.

417. En premier lieu, la reconnaissance repose sur l'existence de la volonté. Lorsque le père ou la mère biologique a l'intention de reconnaître les enfants, la filiation peut être établie et la seule volonté exemptée de vices est suffisante. Aucun représentant légal n'est autorisé à en faire la demande, ni la famille de l'auteur ni les héritiers de ce dernier.

418. En second lieu, la reconnaissance de la filiation est un acte juridique, respectant la volonté de l'auteur. Elle produit un effet juridique sur sa déclaration. En revanche, en vue de faire produire l'effet d'une telle reconnaissance, le requérant doit suivre l'indication de la loi. Sur le fondement des articles 316 et 317 du Code civil, la reconnaissance peut être effectuée selon trois voies :

1) L'auteur a la possibilité de déclarer la reconnaissance devant l'officier de l'état civil dans l'acte de naissance, dans la plupart des cas, ou par acte séparé. Elle sera mentionnée par la suite dans l'acte de naissance.

2) La déclaration de reconnaissance peut également être prise en compte par acte notarié. L'auteur fait sa déclaration devant un notaire ou à l'occasion de l'élaboration d'un testament authentique. « La reconnaissance reçue par un notaire permet aux parents de remplir leur devoir sans révéler au public une filiation qu'ils souhaitent garder secrète »³⁴⁴.

³⁴² L. n°82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle.

³⁴³ C.civ., ancien, art 334-8, al. 2.

³⁴⁴ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p. 439, n°482.

3) L'action en justice fait partie de la voie visant à reconnaître l'enfant. Par cette voie, l'auteur peut faire un aveu de reconnaissance devant le juge au moment d'une comparution pour un autre objet.

Enfin, la reconnaissance est un acte subsidiaire au regard de l'article 316 du Code civil : lorsque la filiation n'est pas établie par l'acte de naissance, elle peut l'être par une reconnaissance.

419. En outre, la reconnaissance peut être faite avant ou après la naissance de l'enfant.

Quand la reconnaissance est déclarée après la naissance d'un enfant, quel que soit son âge, elle est toujours recevable, pourvu que la déclaration elle-même soit sincère et claire.

La reconnaissance est déclarative avant la naissance d'un enfant sous deux conditions : 1) elle ne peut être déclarée qu'au moment où celui-ci est conçu; 2) elle ne produit pas d'effet juridique, lorsque cet enfant n'est ni vivant ni viable.

Son caractère prénatal a été utilisé auparavant pour rassurer la femme adultère. De même, il peut apaiser le doute sur la paternité en cas de concubinage et permettre d'établir la filiation en cas de décès du père avant la naissance de l'enfant.

420. Le moment de la recevabilité de la reconnaissance peut même être prolongé jusqu'au décès de l'enfant. Dans ce cas, le père ou la mère crée le lien auprès des héritiers de l'enfant. Mais ce genre de reconnaissance fait soupçonner la cupidité de l'auteur. Ainsi, certains juristes, comme Solange MIRABAIL, ont suggéré d'« écarter le droit successoral, lorsque la filiation est établie par la reconnaissance posthume »³⁴⁵.

421. Il faut souligner que, dès que la reconnaissance est formellement souscrite au lieu propre, et qu'elle respecte la forme de l'acte sous l'emprise de l'article 62 du Code civil, elle n'est pas susceptible d'être rétractée dans le but de stabiliser et de sécuriser l'état des enfants au nom de leur intérêt.

Après la reconnaissance, son effet rétroagit au jour de la naissance de l'enfant. D'un côté, l'enfant reconnu peut réclamer sa part du droit successoral alors même que

³⁴⁵ Solange MIRABAIL, *L'établissement et la filiation à l'épreuve de la mort*, Dr.fam. 2010, étude 6, spéc. n°12.

les successions ont déjà été liquidées. D'un autre côté, les auteurs reprennent tous les devoirs attachés.

B. L'établissement de la filiation par la possession d'état

422. La possession d'état est le dernier mode d'établissement autonome de filiation. Créée par la loi de 1972, elle a été appliquée au début pour établir uniquement la filiation légitime sur le fondement de l'ancien article 320 du Code civil : « à défaut de l'acte de naissance, la possession d'état d'enfant légitime suffit ». À issue de la loi de 1982, la filiation naturelle a également pu être établie par cette forme.

a. Les discussions sur la possession d'état

423. Par rapport aux autres modes de l'établissement de la filiation, la possession d'état se situe entre l'existence du lien de sang et la protection de la vérité sociologique, car « la possession d'état est une présomption légale relative à la filiation, déduite de la situation apparente »³⁴⁶.

424. La possession d'état présente à la fois des avantages et des inconvénients :

D'une part, elle exprime d'une manière directe, spontanée et brute un lien qui unit le parent à son enfant. D'autre part, elle montre l'incertitude de la filiation, notamment, dans le cas d'une vie plus ou moins tumultueuse de la mère : « elle peut attacher l'enfant à plusieurs hommes successivement ou simultanément, ce qui a pour effet de diluer sa force probante »³⁴⁷. Ainsi, pour réduire le risque d'ignorance de la vérité biologique et confirmer la stabilité de l'attachement affectif, le droit français mentionne une double protection tant sur la définition que sur les éléments constitutifs de la possession d'état.

425. En vertu de l'article 311-1 du Code civil, les trois principes se constituent en faits suffisants de la possession d'état :

Tout d'abord, *Tractatus*, l'enfant a été traité par celui ou ceux dont nous le disons issu comme leur enfant ; à l'inverse, cet enfant les a traités comme son ou ses parents.

³⁴⁶ Alain BENABENT, *op.cit.*, p.364, n°865.

³⁴⁷ Vincent BONNET, *op.cit.*, p.59.

Par la suite, *Fama*, celui et ceux qui se chargent de l'éducation, de l'entretien ou de l'installation de l'enfant.

Enfin, *Nomen*, l'enfant porte le nom de celui ou de ceux dont nous le disons issu.

Parmi ces trois principes, le nom n'est pas en fait le principe le plus essentiel. C'est aussi la raison pour laquelle il est placé en dernière position, alors que sous l'emprise de la loi de 1972, le nom était le premier indice, car, en pratique, il est fréquent que le père prétendu invoque la possession d'état auprès de celui qui porte le nom de la mère à l'occasion de l'établissement de la maternité lors de la naissance de l'enfant.

Les deux premiers indices expliquent la situation apparente et concrète de la possession d'état. De ce fait, nous prenons moins de risque, puisque « celui qui se comporte comme un père ou une mère est généralement le père ou la mère »³⁴⁸.

La question se pose par la suite sur l'obligation du cumul de ces trois principes. La réponse se trouve dans les mêmes textes : « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits. » Ainsi, il est raisonnable de déduire que si le fait de la possession d'état est jugé apparent, l'exigence ne portera pas forcément sur le nombre d'indices. L'arrêt de la Cour de Cassation du 6 mars 1996³⁴⁹ réaffirme ce principe³⁵⁰.

Le conflit encore vif sur la nécessité de la possession d'état dès la naissance. Avant l'Ordonnance de 2005, l'auteur³⁵¹ pensait qu'il pouvait entrevoir l'obligation de la possession d'état à partir de la naissance de l'enfant par les termes utilisés « ...l'individu a toujours porté le nom », exposés par l'ancien article 311-2 du Code civil. Pourtant, l'Ordonnance enlève le terme « toujours », laissant l'interrogation sur le point du départ de la possession d'état. D'après Pierre MURAT, le nouvel article 311-1 « n'est pas si sévère »³⁵². D'autres auteurs partagent cette opinion : « la suppression de

³⁴⁸ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p.452, n°503.

³⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 1996, n°94-14969.

³⁵⁰ La continuité doit être appréciée en fonction de l'ensemble des faits de diverses natures dont la réunion indique le rapport de filiation, sans qu'il soit nécessaire que chacun d'entre eux, considéré isolément, ait existé pendant toute la durée de la période considérée; il n'est pas davantage nécessaire à l'établissement de la possession d'état que soient réunis tous les éléments.

³⁵¹ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p. 457, n°510.

³⁵² Pierre MURAT, *op.cit.*, p.642, n°211.164.

l'adverbe « toujours » invite à considérer qu'une possession d'état peut se constituer après la naissance »³⁵³.

426. Hormis les éléments constitutifs de la possession d'état prévus par l'article 311-1 du Code civil, « [celle-ci] doit être continue, paisible, publique et non équivoque »³⁵⁴.

Pour ce qui est de la continuité, elle montre une preuve majeure concernant la possession d'état de l'enfant. L'accent est mis notamment sur la durée de la possession d'état au lieu de la fréquence. Plus concrètement, la possession d'état doit être constante et de longue durée.

Or, la loi ne précise pas la date du début ni la durée minimum de la possession. Les jurisprudences sont intervenues pour donner plus de précisions. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1992³⁵⁵, le juge a déclaré en ces termes : « la continuité que doit présenter la possession d'état n'implique pas nécessairement une communauté de vie ou des relations constantes, qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier, compte tenu des circonstances de la cause, si les faits qui, réunis, indiquent le rapport de filiation, peuvent être relevés habituellement ». De ce fait, au regard de la circonstance spécifique, le juge peut prononcer une possession d'état à court terme. Par exemple, en l'espèce, selon un arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2005³⁵⁶, le demandeur, né d'une femme ayant accouché sous X, souhaitait faire établir la possession d'état à l'égard d'un condamné à mort exécuté en 1957 qu'il n'avait pas connu, étant âgé de trois ans au moment de l'exécution. La Cour de cassation a reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir donné de base légale à sa décision, parce que ce dernier considérait isolément chacun de ces faits sans avoir recherché à savoir si, précisément et compte tenu qu'un temps très bref s'était écoulé entre la naissance de l'enfant, alors que le condamné était déjà emprisonné, et l'exécution de celui-ci, ces écrits étaient confortés par l'ensemble des faits invoqués par le demandeur.

³⁵³ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p.457, n°510.

³⁵⁴ C.civ., art. 311-2.

³⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1992, n°90-15313.

³⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, n°03-19274 ; Dr. famille 2006, comm. 2, note Pierre MURAT.

b. La constatation de la filiation par la possession d'état

427. La possession d'état est un fait juridique. En vue de faire produire l'effet juridique sur la filiation, il existe deux voies auxquelles les personnes peuvent recourir : d'une part, par l'acte de notoriété, lequel ne possède pas de caractère juridictionnel. De ce fait, ni la délivrance ni le refus ne sont susceptibles de recours; d'autre part, par l'action en constatation de la possession d'état, qui « est une véritable action d'état ouverte à tout intéressé »³⁵⁷ (v. infra n°458 et s).

428. Si la constatation est demandée par l'un des parents ou par l'enfant, ceux-ci ont le droit de demander au juge que leur soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire.

Au cours de la procédure, au moins trois témoins doivent être désignés. Si nécessaire, le juge est habilité à demander d'autres informations contribuant à prouver une réunion de faits.

En cas de refus de la délivrance de l'acte de notoriété, les demandeurs n'ont pas de possibilité de faire recours selon l'alinéa 5 de l'article 317 du Code civil. Mais ce refus ne met aucune entrave à la constatation de la possession d'état par jugement aux termes de l'article 330 du Code civil.

429. L'acte de notoriété a été créé par la loi de 1972. Son idée majeure, après de nombreuses réformes, a été conservée. Enfin, l'Ordonnance de 2005 est intervenue ultérieurement; elle visait à renforcer la fiabilité de la constatation de la possession d'état. Ainsi, une légère modification a été faite tant sur la compétence du juge que sur le délai de prescription.

Auparavant, le juge des tutelles était le seul à posséder cette compétence judiciaire en application de l'ancien article 311-3 du Code civil, sans que soit précisée la prescription de la demande. À partir de l'année 2005, l'article n'exigeait plus que le juge des tutelles soit le juge compétent.

³⁵⁷ Pierre MURAT, *Acte de notoriété ou action en constatation de la possession d'état : pas de subsidiarité de la seconde voie par rapport à la première*, Dr. famille 2009, comm. 89.

Parallèlement, il faut noter que la prescription de la constatation par acte de notoriété est de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu ou encore si ce dernier est décédé avant la déclaration de naissance. Cette limite du délai est issue de l'Ordonnance de 2005 pour la stabilité de la filiation et la sécurité juridique.

En effet, dans la version d'origine, le décès du parent prétendu n'était pas visé à cet article. Le manquement de cette mention entraînait des inconvénients, car on avait du mal à cibler le point de départ de la prescription en cas de décès. En même temps, il était inapproprié de se référer à la cessation de possession d'état, car le décès du parent prétendu ne faisait pas cesser tous les éléments constitutifs de la possession d'état, tels que *Nomen et Famace*.

Enfin, la loi de 2009 tranche cette ambiguïté en ajoutant que la prescription visée par l'article 317 du Code civil concerne également le décès du parent prétendu. Désormais, le point de départ semble plus clair.

430. Une fois que la filiation est établie par l'acte de notoriété, elle doit être rendue publique; ainsi, elle est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Ce formalisme est exigé depuis la loi du 8 janvier 1993³⁵⁸.

Sous-section II. L'ignorance du mode d'établissement de la filiation en Chine

431. Au contraire du législateur français, l'établissement de la filiation n'attire malheureusement pas l'attention du législateur chinois, car ce dernier a la volonté de privilégier le mariage. Tout d'abord, il importe de se demander s'il serait utile d'introduire ce système dans le droit chinois (Paragraphe 1). Dans l'affirmative, nous tenterons de dégager certaines propositions sur un tel régime en tenant compte de celui de la France (Paragraphe 2).

³⁵⁸ L. n°93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

Paragraphe 1. Les intérêts de la mise en place des modes d'établissement de la filiation

432. Il est étonnant de constater que, malgré l'effort de protection de la filiation par le législateur chinois, le développement des dispositions soit défailant sur son établissement. Aucune loi ou Interprétation judiciaire n'abordent ce point.

433. À notre avis, le manquement de ce système en Chine et la création de la modalité en France sont liés à leurs anciennes conceptions quant à la filiation. Sous l'influence de la religion chrétienne et des mœurs françaises de l'époque, le mariage distinguait deux statuts principaux des enfants : les enfants naturels et les enfants légitimes. Un principe majeur de l'établissement de la filiation, fondé sur la situation familiale des parents, a alors été dégagé. De même, pour donner un statut légal à l'enfant hors mariage, la filiation par la reconnaissance a été créée, afin que l'enfant né hors mariage puisse bénéficier d'une subvention à la charge de son père véritable. Au fil du temps, avec la sécularisation du mariage et le changement de la moralité, une série de mesures ont été mises en place pour égaliser le statut des enfants. Or, le législateur français conserve ces modes en vue d'établir la filiation de l'enfant issu du mariage ou non.

En suivant cette évolution, nous observons que l'existence de ce genre de modalité en vigueur en France, repose sur l'ancien système au nom du caractère sacré du mariage ; cette modalité a évolué et s'est améliorée avec le temps, tout en s'adaptant à l'aspiration et au développement juridique actuel. Si, jadis, sa création était fondée sur le sacrement du mariage, sa conservation vise aujourd'hui à mettre au clair une filiation dans différents cas. En revanche, sous l'ancien droit chinois, le statut des parents, mariés ou non, n'entraînait aucune incidence sur la filiation. Mais l'inégalité visait en particulier les enfants de la première épouse du père et ceux des concubines. Cette différence a été rapidement effacée après le premier droit du mariage en 1950, où le mariage « polygame » n'était plus autorisé. De ce fait, le droit chinois n'avait pas de contexte juridique impérieux pour créer les modes d'établissement de la filiation comme en France.

434. Or, au regard de l'environnement juridique de la Chine actuelle, il semble qu'il soit important d'établir ce système de filiation. Cette nécessité ne se fonde pas sur la

volonté de favoriser le mariage, comme c'était le cas du système pluraliste français, mais sur le besoin de compléter le régime judiciaire à propos de la filiation.

Tout d'abord, la détermination de la filiation constitue une base incontournable pour d'autres lois, notamment celle sur l'autorité parentale. Si l'on ne dispose d'aucun moyen pour confirmer la paternité et la maternité, comment peut-on appliquer une série de droits et de devoirs étroitement liés à la parenté.

Par la suite, en pratique, l'attestation de naissance de l'enfant délivrée par l'hôpital où la mère a accouché met en lumière la maternité. Concernant la paternité, il appartient à la mère de désigner, sur cette attestation, le nom du père. Cependant, une telle attestation ne semble pas fiable pour confirmer la paternité car, d'une part, aucun officier du bureau des affaires civiles ni aucun juge compétent n'intervient pour vérifier l'identité du père ou de la mère ; d'autre part, lorsque la mère désigne le nom du père, il peut arriver que ce dernier ne soit pas le véritable géniteur de l'enfant, et qu'il s'agisse d'une fausse identité.

Enfin, au regard de l'ampleur du concubinage de la Chine d'aujourd'hui, les enfants naturels sont plus nombreux qu'auparavant. Cette tendance risque de persister dans les années à venir. Si, en cas de filiation d'un enfant reliée à un mariage, la maternité et la paternité semblent moins incertaines, l'incertitude monte lorsque les enfants sont nés hors mariage. Comme il n'existe aujourd'hui aucune loi sur ce sujet, il est difficile de connaître la maternité, et plus encore la paternité.

Pour ces raisons, il est impératif de créer des modes d'établissement de la filiation dans le droit chinois afin de compléter le régime actuel et de faire fonctionner au mieux d'autres lois susceptibles d'être appliquées.

Paragraphe 2. La proposition possible pour le droit chinois

435. Après avoir présenté précisément chaque modalité de l'établissement de la filiation en France, nous pouvons avoir l'idée d'un système opportun en Chine. Mais, avant tout, il importe de dégager les principes de ces méthodes.

D'après XUE Ninglan et XIE Yanfang, le principe de l'établissement de la filiation devrait être fondé sur « l'intérêt supérieur des enfants et l'équilibre entre la vérité biologique et la stabilité d'identification »³⁵⁹.

S'agissant du premier point, cela signifie que le législateur devrait favoriser la protection maximale des enfants. Autrement dit, le mode d'établissement de la filiation servirait à optimiser ses intérêts et non ceux de ses parents. Concernant le deuxième point, il illustre qu'au moment d'établir la filiation, l'existence du lien du sang devrait, *a priori*, être mise au premier rang, mais elle ne serait pas toujours une règle d'or dans l'établissement de la filiation, car cette dernière se fonderait non seulement sur la sincérité du lien du sang, mais aussi sur la confirmation de la loi. Par conséquent, l'existence du lien du sang ne serait pas le noyau de la filiation, puisque la loi chercherait, en même temps, des indices s'appuyant sur la stabilité de l'identification de l'enfant et sur le lien affectif.

436. Ainsi, il serait opportun de nous inspirer du régime juridique de la France pour concevoir certaines modalités appropriées d'établissement de la filiation dans le droit chinois, tout en évitant les dispositions non compatibles ou inappropriées.

Ce que nous remarquons, c'est qu'avec l'Ordonnance de 2005, on a supprimé le statut des enfants légitimes et des enfants naturels en France; cependant, au fond, l'importance du mariage dans l'établissement de la filiation n'est pas radicalement effacée. Celui-ci joue encore un rôle considérable, notamment dans l'établissement de la paternité, car la présomption de paternité ne vise que le mari de la mère et non son partenaire ou son compagnon. Si le mariage produit des effets plus complets que d'autres modalités de l'union, il n'est pas opportun d'étendre ce caractère aux filiations, car l'égalité des enfants doit signifier non seulement que ceux nés hors mariage profitent des mêmes droits que ceux issus du mariage, mais qu'ils partagent aussi les mêmes modes d'établissement de la filiation.

Pour cette raison, les auteurs chinois, comme CHEN Wen³⁶⁰, proposent d'appliquer sans différence la présomption de paternité aux enfants issus d'un mariage et d'une

³⁵⁹ XUE Ninglan et XIE Yanfang, *Reconstruction et réflexion du régime de l'établissement de la filiation basé sur la 3^{ème} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage*, Journal de l'école des filles, No.2, avril, 2011, p.14.

³⁶⁰ CHEN Wei, *op.cit.*, n°154, p. 428.

union de fait. Or, il apparaît que cette proposition ne soit pas très opérationnelle, car, malgré tout, le concubinage, qui demeure une union libre, est moins stable que le mariage ; ainsi la présomption devient moins vraisemblable pour établir une paternité hors mariage, notamment en cas de la vie tumultueuse de la mère non mariée sans astreinte du devoir de fidélité.

D'autre part, l'insertion de l'établissement de la filiation par la possession d'état semble nécessaire. Ce mode correspond parfaitement au principe selon lequel la filiation se fonde non uniquement sur le lien du sang, mais aussi sur l'affection réciproque. Par conséquent, lorsque les éléments constitutifs de la possession d'état sont réunis, la filiation établie sur la réalité sociologique ou affective peut même remplacer les liens du sang.

La création d'un nouveau régime n'est effectivement pas facile ; il faut avoir une vision globale pour tenir compte des situations actuelles et prévoir les tendances. Il appartient donc au législateur chinois de faire des efforts en vue de compléter la loi sur la filiation.

Section II. Le droit commun des actions concernant la filiation

437. La filiation est un lien juridique qui se fonde sur une relation naturelle. *A priori*, la filiation est établie entre l'enfant et ceux qui lui donnent naissance. Forcément, tout enfant a des parents biologiques. Toutefois, en pratique, la situation se présente d'une manière plus complexe. La liberté de choisir d'être le père ou la mère bouleverse l'essentiel de la filiation. Au contraire, le droit de connaître l'origine biologique des enfants lutte en même temps contre cette liberté. De même, lors de la filiation concurrente, la paternité, dans la majorité des cas, risque d'être remise en cause. Par conséquent, les éléments extérieurs transforment la filiation en un lien juridique extrêmement compliqué, surtout en cas de conflit de la filiation. Ainsi, pour sortir d'un dilemme, à certaines occasions particulières, les intéressés ont le droit d'agir en justice pour que le juge tranche les problèmes. Néanmoins, au regard des statuts patrimonial et extrapatrimonial issus d'une filiation, ainsi que de son rôle fondamental dans une famille, il est nécessaire d'être vigilant sur toutes les actions ayant pour objet de bouleverser la filiation.

Dans la partie suivante, avant de faire la comparaison du régime des actions relatives à la filiation dans les deux pays, nous présenterons, tout d'abord, les règles générales de chaque régime.

Sous-section I. La diversité des actions en France

438. En droit français, deux types d'actions sont destinés à la filiation.

Il s'agit d'une part, des actions qui établissent en justice un lien de la filiation, lorsqu'aucune paternité ou maternité n'est fondée (Paragraphe 1). D'autre part, ce sont les actions qui ont pour objet de détruire en justice une filiation légalement établie (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'action aux fins d'établissement de la filiation

439. En France, l'Ordonnance de 2005 a pour objet d'établir une égalité absolue, quelles que soient les circonstances de la naissance des enfants, en réunissant les deux régimes en un seul. Cette simplification se présente aussi dans des actions. Dorénavant, ils ne subsistent que deux types d'actions : les actions fondées sur la vérité biologique (A) et celles basées sur la réalité sociologique et affective (B).

A. Les actions fondées sur la vérité biologique

440. Avant de commencer cette partie, il est nécessaire de rappeler que la condition de l'enfant fait obstacle aux actions en recherche de maternité ou de paternité. Selon l'article 352 du Code civil, le placement en vue de l'adoption fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance. De plus, la filiation légalement établie empêche l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait, lorsqu'elle n'a pas été contestée en justice³⁶¹. Enfin, « nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation, lorsque la possession d'état conforme à titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement »³⁶².

³⁶¹ C.civ., art. 320.

³⁶² C.civ., art. 333, al. 2.

a. L'action en recherche de maternité

441. S'agissant de l'action en recherche de maternité, il est nécessaire tout d'abord d'en connaître les conditions générales, comme la qualité du demandeur ou la prescription (1). En outre, il convient d'estimer la façon de surmonter l'obstacle en cas d'accouchement sous X (2).

1. Les conditions de l'action

442. Un principe est posé : l'enfant qui est dépourvu du titre de possession d'état peut demander en justice une action en recherche de maternité. Ce principe a pour objet de stabiliser la paix dans la famille et de ne pas s'immiscer dans les actions en contestation de la filiation.

443. Aujourd'hui, l'article 325 du Code civil encadre le régime de l'action en recherche de maternité : seul l'enfant a le droit de recourir à ce type d'action. En cas d'enfants mineurs, la loi distingue deux situations sur le fondement de l'article 328 du Code civil : lorsque la filiation est établie auprès d'un père, celui-ci a la faculté d'exercer l'action en recherche de maternité au nom de l'enfant; en revanche, lorsqu'aucune filiation n'est établie, ou si le père se trouve dans l'impossibilité d'agir en justice, l'action est intentée par le tuteur conformément à l'alinéa 2 de l'article 408 du même code.

444. Si l'enfant est décédé, l'action peut être exercée par les héritiers avant l'expiration du délai imparti pour agir. Ces derniers peuvent également poursuivre l'action déjà engagée, à moins qu'il n'y ait eu désistement ou péremption d'instance³⁶³. En revanche, en raison du caractère personnel d'une telle action, elle n'était pas, auparavant, transmissible aux héritiers. Cette exigence a été atténuée depuis la loi de 1971, puis abrogée avec l'Ordonnance de 2005.

445. À l'instar des autres actions en droit français, une prescription est également imposée à l'action en recherche de maternité : les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle

³⁶³ C.civ., art. 322.

réclame. *A priori*, la date court dès la naissance de l'enfant. Dans l'esprit du droit commun, ce délai est suspendu pendant la minorité des enfants.

Ce délai de prescription semble raisonnable. D'un côté, au-delà de cette durée, l'action ne peut plus s'attaquer à la mère prétendue. De l'autre, ce délai donne à l'enfant une durée suffisante pour prendre connaissance de sa situation et décider d'intenter ou non une action.

446. Une fois que l'action est jugée recevable, le demandeur est tenu de montrer la preuve liée à deux points essentiels : le fait de l'accouchement et l'identité de la mère prétendue.

Afin de convaincre le juge, le demandeur doit justifier cette preuve par tout moyen, y compris par l'expertise biologique. Or, étant donné le système de la sécurité sociale, l'usage des techniques scientifiques, comme les empreintes génétiques, est strictement soumis à certaines conditions. Par exemple, le juge est la seule personne compétente pour faire exécuter une mesure d'instruction permettant d'identifier un individu au regard de l'article 16-11 du Code civil.

447. En réalité, l'action en recherche de maternité est marginale. Si la mère a la volonté d'établir la filiation, elle la désigne dans l'acte de naissance de l'enfant après l'accouchement en vertu de l'article 311-25 du Code civil. En revanche, en cas d'accouchement sous X, l'action en recherche de maternité devient délicate (2).

2. L'action en cas d'accouchement sous X

448. Avant la réforme de la loi du 16 janvier 2009³⁶⁴, l'accouchement sous X était une fin de non recevoir au regard de l'ancien article 325 du Code civil. À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité était admise. Mais l'action était bloquée lorsque la mère demandait que le secret de son admission et de son identité fût préservé au moment de l'accouchement.

³⁶⁴ L. n°2009-61 du 16 janv. 2009 ratifiant l'ord. n°2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

449. La fin de non-recevoir avait pour objet de protéger les femmes sous accouchement anonyme. Or, la protection des informations de la mère signifiait que le droit de l'enfant de connaître sa vie d'origine était bafoué. De ce fait, pour équilibrer les intérêts des deux parties, la loi du 22 janvier 2002³⁶⁵ a ouvert une porte aux enfants en leur permettant d'accéder aux informations sur leur naissance. Elle a même instauré le Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP), afin de faciliter concrètement la recherche de maternité.

Pourtant, il semble que la clé de cette porte était toujours dans la main de la mère car, en lisant les articles, elle était invitée à accepter de laisser des traces de l'accouchement dans l'établissement de santé pour permettre un jour que son identité soit dévoilée. Dans le cas contraire, on ignorait l'accouchement et la maternité de l'enfant demeurait mystérieuse.

La constitutionnalité de cette loi a effectivement été soulevée en 2012³⁶⁶ par M.A, né d'un accouchement anonyme. Sa demande de connaître l'identité de sa mère a été refusée par la décision du CNAOP du 22 décembre 2010. M.A. a saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours en annulation de cette décision et a soulevé le caractère inconstitutionnel des articles L147-6 et L222-6 du CASF qui la justifiaient. Le Conseil constitutionnel a déclaré les articles conformes à la Constitution³⁶⁷.

Au fond, la loi de 2002 n'était pas favorable à la recherche de la maternité. Le seul avancement a été que, selon l'article L147-6 du CASF, l'identité de la mère peut être

³⁶⁵ L. n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

³⁶⁶ Cons. const., déc., n°2012-248 16 mai 2012 QPC: JurisData n°2012-010789 ; JO 17 mai 2012.

³⁶⁷ Il énonce que par l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. D'autre part, par l'article L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles, le législateur a entendu faciliter la connaissance par l'enfant de ses origines personnelles. En permettant à la mère de s'opposer à la révélation de son identité même après son décès, les dispositions contestées visent à assurer le respect, de manière effective, à des fins de protection de la santé, de la volonté exprimée par celle-ci de préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant. Par ailleurs, les dispositions contestées n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles de protection de la santé et n'ont pas davantage porté atteinte au respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Les articles L. 147-6 et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles sont conformes à la Constitution.

révélee après sa mort, à condition qu'elle n'ait pas exprimé une volonté contraire. Ainsi donc, à quoi sert cet accord implicite du levé du secret après la disparition de la mère ?

450. La loi du 16 janvier 2009 s'oppose, en fin de compte, à la fin de non-revoir de l'accouchement sous X. Désormais, malgré la volonté de la mère, les enfants ont la possibilité de connaître leur origine. Or, nous craignons parallèlement que la suppression de la fin de non-recevoir viole la volonté de la mère : en vue de dissimuler la grossesse et la maternité, elle recourait, auparavant, à l'accouchement sous X. Maintenant, la permission de l'action en recherche de maternité bouleverse sa volonté originale. Ainsi, le conflit entre la découverte de l'origine des enfants et le secret de la mère est à nouveau à l'ordre du jour.

451. Nous avons constaté qu'il serait nécessaire d'introduire l'accouchement sous X en Chine pour éviter de nombreux abandons d'enfants (v. supra n°411). La question qui serait naturellement posée serait la suivante : l'action formée par ce type d'enfant pour connaître son origine est-elle recevable? À mon avis, au regard des circonstances sociologiques de la Chine, il serait préférable de prévoir la fin de non-recevoir de l'accouchement sous X. Si un tel caractère empêchait l'enfant de connaître l'identité de sa mère, l'ouverture de l'action en cas d'accouchement sous X entraînerait plus d'inconvénients. D'une part, comme en France, les intérêts de la mère seraient atteints; d'autre part, la possibilité de l'action en recherche de maternité découragerait l'adoption des enfants issus d'un accouchement anonyme au motif que les adoptants auraient peur que l'enfant les abandonne lorsqu'il trouverait sa mère biologique, car, selon la philosophie traditionnelle, la filiation par le sang est prioritaire par rapport à la filiation adoptive. Par conséquent, afin de sécuriser la famille adoptive et de rassurer les parents adoptifs, l'action en recherche de maternité sous l'accouchement de X devrait être irrecevable en Chine.

b. L'action en recherche de paternité

452. L'ouverture de l'action en recherche de paternité était plus difficile que celle en recherche de maternité. À plusieurs reprises, la barre pour accéder à une telle action a été progressivement levée (1), jusqu'à l'Ordonnance de 2005 où l'accès est devenu libre, sans tabou (2).

1. De l'interdiction à l'ouverture libre de l'action

453. Si la situation des actions en recherche de maternité reste marginale, celle en recherche de paternité, notamment hors mariage, est plus courante.

454. Sous l'ancien droit, la recherche de la paternité était libre, mais l'effet de l'action ne produisait aucune vocation successorale, à l'exception du droit alimentaire. Avec le Code civil, la recherche de paternité a été prohibée, sauf en cas d'enlèvement pendant la période légale de conception de la mère.

L'action en recherche de paternité a été officiellement créée par la loi du 16 novembre 1912. Pourtant, le régime de cette action était extrêmement sévère, au fond, l'action était encore une fin de non-recevoir. Jusqu'en 1972, l'action en recherche de paternité pour les enfants naturels était largement ouverte par rapport aux lois précédentes. Cinq cas d'ouverture étaient prévus pour recourir à cette action aux termes de l'ancien article 340 du Code civil³⁶⁸.

La liste était limitative sans aucune prorogation. Ainsi, tout autre cas ne figurant pas sur cette liste constituait encore une fin de non-recevoir.

La fin de non-recevoir a été supprimée avec la loi de 1993 par une petite phrase ajoutée : « la preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves ». Même si cette loi a généralisé l'action de recherche de paternité, en raison de l'exigence de preuves, elle empêchait tout de même sa recevabilité. Par conséquent, « l'innovation de cette loi se bornait [...] à ne pas écarter d'autres indices éventuels que les anciens cas d'ouverture ne permettaient pas d'accueillir »³⁶⁹. Enfin, l'Ordonnance de 2005 a harmonisé les actions de paternité qui s'ouvraient indifféremment à tous les enfants, quel que soit leur statut.

³⁶⁸ 1° Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception ; 2° Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ; 3° Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque ; 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ; 5° Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père.

³⁶⁹ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p.549, n°610.

2. L'action en recherche de paternité postérieure à l'Ordonnance de 2005

455. L'action en recherche de paternité, aujourd'hui, est sous l'emprise de l'article 327 du Code civil. Elle obéit au même régime que l'action en recherche de maternité sur le profil du demandeur, le délai de prescription et les preuves à apporter.

456. À l'issue de la loi de 1993, hormis l'enfant, la mère avait aussi la possibilité d'agir contre le père prétendu. L'action devait, à peine de déchéance, être exercée dans les deux années suivant la naissance. La mère pouvait exercer l'action pendant la minorité de l'enfant, et ce dernier pouvait encore l'exercer pendant les deux années suivant sa majorité³⁷⁰. La prescription de l'action était critiquée à cause du court délai pour agir, plus particulièrement pour les enfants, car ils n'avaient que deux ans à partir de leur majorité.

L'Ordonnance de 2005 a remédié à ce défaut en disposant que l'action en recherche de paternité était réservée uniquement à l'enfant. Par ailleurs, l'action lui est ouverte pendant dix années qui suivent sa majorité. Par conséquent, la mère a la faculté d'intenter l'action au nom de son enfant, si celui-ci est mineur. Dès qu'il devient majeur, il dispose d'encore dix ans pour rechercher en justice sa paternité jusqu'à ce qu'il atteigne vingt-huit ans. Le prolongement de la prescription permet à l'enfant d'avoir un temps suffisamment long pour bien réfléchir à sa décision.

457. Enfin, l'effet des actions en recherche de maternité ou de paternité est déclaratif. Cela signifie que si les actions sont affirmées en faveur du demandeur, la filiation sera rétroactivement établie. Par ailleurs, aux termes de l'ancien 340-5 du Code civil, « le tribunal [pouvait], à la demande de la mère, condamner le père à lui rembourser tout ou partie de ses frais de maternité et d'entretien pendant les trois mois qui ont précédé et les trois mois qui ont suivi la naissance, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels elle pourrait prétendre en application des articles 1382 et 1383 ». En raison du « développement de la prise en charge par la sécurité sociale de ce type de dépense »³⁷¹, la possibilité de réparation n'a pas été reprise par l'Ordonnance de 2005.

³⁷⁰ C.civ., ancien, 340-4.

³⁷¹ Vincent BONNET, *op.cit.*, p. 88.

B. Les actions fondées sur la réalité sociologique et affective - action en constatation de la possession d'état

458. En ce qui concerne la constatation de la possession d'état, hormis la constatation par acte de notoriété qui est offerte à chacun des parents ou à l'enfant en présence de trois témoins, la constatation de possession d'état peut également être faite par des actions ouvertes aux tiers. Une constatation judiciaire montre un résultat plus stable et durable que celle par acte de notoriété, car elle ne peut être remise en cause ultérieurement par une action en contestation.

459. En effet, l'action en constatation de la possession d'état se différencie des autres actions dans le cadre de la filiation. Elle fait l'objet de constater un état dont l'enfant jouit déjà. Elle ne s'assimile pas à une action typique, il s'agit simplement d'un constat judiciaire. Il suffit que le demandeur démontre l'existence d'éléments constitutifs d'une possession d'état pendant la procédure (v. supra n°425 et s).

460. Concernant les titulaires des demandeurs, l'article 330 du Code civil précise que « la possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt ». Le champ des demandeurs se révèle plus large que la constatation extrajudiciaire.

Plus spécialement, l'action en constatation de la possession d'état prolonge le délai de prescription sur l'établissement de la filiation par la possession d'état, car le délai pour faire un acte de notoriété ne porte que sur cinq ans. Grâce à l'existence de l'action, les intéressés, qui se trouvent écartés de la constatation extrajudiciaire en raison de la brièveté du délai, peuvent agir en justice pour faire un constat judiciaire. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris³⁷² a réaffirmé ce principe : « l'article 330 du Code civil qui prévoit, dans le cadre des actions aux fins d'établissement de la filiation, que la possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai prévu à l'article 321 du même code, n'instaure d'autre fin de non-recevoir que celle prévue par l'article précité, à l'exclusion de toute autre, aucune disposition de

³⁷² CA Paris, 22 janv. 2009, n°08/12806: JurisData n°2009-000195 ; Dr. famille 2009, comm. 89, note Pierre MURAT.

l'ordonnance n'imposant au demandeur de n'engager cette action qu' à l'issue du délai laissé pour faire dresser un acte de notoriété aux mêmes fins. »

Paragraphe 2. Les actions en contestation de la filiation et action à fins de subsides

461. En France, les modes d'établissement de la filiation sont extrajudiciaires. Ils reposent sur la probabilité, la vraisemblance du fait, ainsi que sur la volonté des parents prétendus. Il est possible que la filiation ne soit pas établie par le père ou la mère biologique pour plusieurs motifs : la stabilité de la famille ou la dissimulation de l'un des parents. De plus, à l'époque où les statuts des enfants étaient différents, le lien du droit a détrôné la vérité biologique plusieurs fois.

Aujourd'hui, malgré l'égalité de tous les enfants, il s'avère nécessaire de trouver un moyen permettant non seulement de mieux faire coïncider le lien de droit et le lien de sang, mais aussi d'ouvrir une possibilité aux intéressés de s'opposer à une filiation. Les actions en contestation de la filiation poursuivent ces objectifs.

A. Les actions liées à la mise en cause d'une filiation

462. Avant d'aborder le sujet de cette partie, il importe tout d'abord de faire la distinction entre l'action en contestation et l'action en nullité. En effet, l'action en contestation remet directement en cause le lien de la filiation, tandis que l'autre s'attache aux « éléments juridiques dont résultait la filiation établie »³⁷³. En conséquence, leurs effets divergent. Concernant l'action en contestation, si une telle contestation était prononcée, son effet serait déclaratif, c'est pourquoi la filiation attaquée a été rétroactivement supprimée. En revanche, pour l'action en nullité, dans l'hypothèse où les actes relatifs n'avaient pas été légalement formés, la filiation pourrait être établie par un autre mode.

463. En réalité, l'action en contestation de la filiation provoque de grands inconvénients tant sur la paix familiale que sur la stabilité de l'état de l'enfant, puisque le but essentiel de cette action est de détruire directement le lien de la filiation établie.

³⁷³ Alain BENABENT, *op.cit.*, 900, p.381, n°900.

Son effet est perturbant. Une filiation qui ne correspond pas à la vérité biologique est rétroactivement effacée, comme si elle n'avait jamais existé.

464. Le fond de l'action repose sur la contestation d'un lien qui ne concerne pas les parents biologiques.

Plus concrètement, s'agissant de l'action en contestation de maternité, il faut prouver que la mère n'a pas accouché de l'enfant. Quant à l'action en contestation de paternité, l'alinéa 2 de l'article 332 du Code civil indique que « la paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ». Nous remarquons curieusement que la filiation de paternité établie par la possession d'état n'est pas prévue. Nous pensons qu'il s'agit d'une erreur de rédaction puisque, dans les articles suivants, cette situation est bien prise en compte.

465. Sur les actions en contestation de la filiation établie, au regard des textes rédigés dans le Code civil, il convient de les distinguer en deux parties : la contestation de la filiation établie par un titre corroboré par la possession d'état (a) et la contestation de la filiation établie par la non-conjonction d'un titre et d'une possession d'état (b). Selon les différents contextes, les conditions d'ouverture de l'action varient, s'ouvrant de plus en plus largement au regard du niveau de la stabilité de la filiation.

a. La contestation de la filiation établie par un titre corroboré par la possession d'état

466. L'action en contestation de la filiation établie par un titre corroboré par la possession d'état fait partie des états les plus stables, parce que le regroupement d'un titre et d'une possession d'état rend la filiation plus vraisemblable. Les conditions d'ouverture de cette action sont donc strictes.

467. En premier lieu, hormis le ministère public, seul l'enfant et l'un de ses parents prétendus ont le droit de recourir à cette action en application de l'article 333 du Code civil. Du côté du défendeur, si le père conteste sa paternité ou la mère, sa maternité, l'action est contre l'enfant. À l'inverse, le défendeur est l'un des parents contre qui l'enfant agit.

468. En second lieu, l'action devient irrecevable, lorsque l'enfant jouit d'une possession d'état conforme à son acte de naissance ou à son titre de reconnaissance, depuis au moins cinq années. Cependant, le ministère public peut contourner cette date en cas de fraude ou d'indices tirés des actes eux-mêmes, la rendant invraisemblable au regard de l'article 336 du Code civil.

En effet, l'intervention du ministère public vise toute la filiation également établie, peu importe le regroupement du titre avec la possession d'état. Bien que le texte ne précise pas le délai pour agir, il est convenable de le soumettre au délai commun de l'action relative à la filiation. Aux termes de l'article 321 du Code civil, le délai porte sur dix ans « à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou [qu'elle] a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté ». Ce délai dépasse en effet le délai d'action de cinq ans dès que la possession d'état a cessé ou depuis le décès du parent dont le lien de filiation est contesté.

469. Le délai bref sécurise non seulement la famille mais aussi les enfants. De plus, il illustre la volonté du législateur français de privilégier la vérité sociologique lorsque la filiation apparaît vraisemblable. La rigueur de ces conditions met éventuellement un obstacle au fait qu'un des parents met en cause une filiation à l'expiration de ce délai; mais, le juge, en pratique, octroie une porte de sortie en accentuant sur la qualité et la durée de la possession d'état de cinq ans³⁷⁴.

Il ne faut pas négliger le fait que la nature de la possession d'état n'est pas invincible : un père sociologique ne peut plus contester une filiation, bien qu'il se désintéresse d'un enfant qui n'est pas le sien au-delà de cinq ans, en raison de son ignorance de la vérité biologique ou de la découverte tardive de cette réalité, comme dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence³⁷⁵. En l'espèce, le délai était écoulé pour le premier enfant âgé de 8 ans au moment de l'assignation en contestation de paternité, alors que pour le deuxième, âgé de quatre ans et dix mois, la filiation était attaquant. En conséquence, si l'action avait bien été fondée après l'affirmation de l'expertise biologique et les preuves incontestables, les deux frères auraient été traités

³⁷⁴ C.cass. 1^{er} Ch., 15 mai 2013, n°11-27125.

³⁷⁵ CA Aix-en-Provence, 6e ch., sect. B, 24 sept. 2009, n°08/07265 : JurisData n°2009-018218 ; Dr. famille 2010, comm. 59, note Pierre MURAT.

différemment. Un s'attache à l'ancienne filiation de paternité, alors que l'autre s'en détache. Ce traitement différent répond bien à l'esprit du législateur visant à stabiliser l'état de la famille. Il provoque en revanche un trouble plus grave dans la vie de ces deux frères et de celle du demandeur. Comme Pierre MURAT l'analyse, « cette affaire montre en définitive les limites de toute loi : le législateur ne peut tout prévoir et il faut laisser au juge le soin de traiter des cas particuliers. Tout au plus peut-on redonner un peu de souplesse à un système actuellement sans doute trop rigide »³⁷⁶.

b. La contestation de la filiation établie par non-conjonction d'un titre et d'une possession d'état

470. Nous pouvons distinguer la contestation de la filiation établie en présence d'un titre seul de la contestation de la filiation établie en présence d'une possession d'état seul.

471. D'une part, la filiation légalement établie par le titre seul « présente une vraisemblance bien moindre »³⁷⁷. Le champ d'attaque devient, en conséquence, plus large. Le régime de cette action en contestation est encadré par l'article 334 du Code civil. Toute personne intéressée a la faculté de former une demande en justice en vue de détruire la filiation suspecte.

Par ailleurs, le délai de prescription est soumis à dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. Ce délai sera suspendu pendant toute la minorité des enfants³⁷⁸.

472. D'autre part, en cas de filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété sans titre, l'objet de l'action est de contester la possession d'état. Cette action profite du même champ des titulaires que l'action en contestation d'un seul titre, sur le fondement de l'article 335 du Code civil.

³⁷⁶ Pierre MURAT, *Quand la fin de non-recevoir à l'action en contestation de paternité, tirée d'une possession d'état de plus de cinq ans d'état, divise la fratrie*, Dr. famille 2010, comm. 59.

³⁷⁷ Pierre MURAT, *op.cit.*, p.703, n°213.341.

³⁷⁸ C.civ., art. 321.

473. L'action reste recevable pendant dix ans à compter de la délivrance de l'acte. Avant la loi de 2009, le délai de prescription était de cinq ans. En vue de s'harmoniser avec le délai décennal de la tierce opposition formée contre la possession d'état constatée par le jugement, ce délai a été reporté.

474. Au regard du même article, le demandeur se charge de rapporter une preuve contraire. Plus concrètement, la constatation par acte de notoriété est une simple présomption fondée sur la bonne foi des parents qui prétendent être les parents véritables. Ainsi, pour renverser cette filiation, il faut deux preuves : 1) soit le demandeur montre que la filiation de paternité ou de maternité du moment ne correspond pas à la vérité biologique; 2) soit il met en cause la possession d'état elle-même, lorsque tous les éléments essentiels ne sont pas réunis.

475. La possession d'état constatée par jugement semble plus compliquée. Comme cette constatation passe à l'autorité de la chose jugée, elle ne peut généralement pas être remise en cause ultérieurement.

Or, selon la nature de cette constatation, une possibilité est envisagée sur le fondement de l'article 324 du Code civil : concernant les jugements rendus en matière de filiation, les parties ont le droit de former une tierce opposition dans le délai de dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou qu'elle a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté³⁷⁹.

476. Une fois que l'action en contestation est confirmée par le juge, la filiation attaquée est détruite, ce qui signifie qu'elle est rétroactivement annulée, comme si elle n'avait jamais été établie. Les conséquences bouleversantes de l'action risquent fortement d'agiter les enfants sur le plan personnel.

Quant à leur nom, l'article 61-3 du Code civil tranche sur cette question. La solution semble assez raisonnable : « l'établissement ou la modification du lien de filiation n'emporte le changement du nom de la famille des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement ».

³⁷⁹ C.civ., art. 321.

Par ailleurs, même si l'effet de la disparition de la filiation attaquée est absolu, dans l'intérêt de l'enfant, ou plutôt pour abaisser la brutalité d'une telle action, le tribunal peut fixer les modalités des relations de l'enfant avec un tiers³⁸⁰.

B. L'action spécifique en France : l'action à fins de subsides et son absence en Chine

477. L'action à fins de subsides est « une action alimentaire ouverte en l'absence de la filiation paternelle envers celui ou ceux qui ont eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période de conception et envers lesquels il existe donc une possibilité paternelle »³⁸¹. De ce point de vue, deux éléments de cette action peuvent se différencier d'autres actions dans le domaine de la filiation :

D'un côté, cette action n'est exercée que contre le père soupçonné, de l'autre, son but n'est pas fondé sur l'établissement de la filiation paternelle, mais sur la condamnation indemnitaire.

478. Dans l'ancien droit, en raison des différents régimes entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, malgré l'affirmation de la paternité, l'enfant ne pouvait profiter que de l'obligation alimentaire imposée sur son père véritable. Cette obligation était aussi considérée comme un abaissement de la distinction des différents statuts des enfants.

Par la suite, le Code Napoléon a supprimé toute action en justice en faveur de l'enfant naturel. En revanche, les jurisprudences semblaient moins sévères en entendant imposer au père naturel de verser à sa fille des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 du Code civil.

La générosité des jurisprudences a finalement conduit à la promulgation de la loi du 15 juillet 1955³⁸² qui a instauré l'obligation alimentaire sans prononcer l'établissement de la filiation auprès du père éventuel.

³⁸⁰ C.civ., art. 371-4.

³⁸¹ Alain BENABENT, *op.cit.*, p.492, n°1191.

³⁸² L. n°55-934 du 15 juill. 1955 Reconnaissance des enfants naturels.

Officiellement, l'action à fins de subsides, créée par la loi du 3 janvier 1972, a été maintenue même après la réforme de la filiation de l'Ordonnance du 4 juillet 2005.

a. Le régime applicable et les effets de l'action à fins de subsides

479. Avant tout, il importe de savoir que l'action n'est pas ouverte à tout le monde. En application de l'article 342 alinéa 1 du Code civil, une telle action est ouverte à tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, incluant les enfants adultérins ou incestueux. Toutefois, pendant la minorité de l'enfant, la mère dispose du droit d'intenter l'action au nom de celui-ci.

480. Quant au défendeur, il doit avoir eu des relations avec la mère pendant la période légale de la conception, sa situation familiale, celle de la mère biologique, ou le fait qu'il y ait eu un empêchement au mariage importent peu.

481. Pendant la procédure, la seule preuve essentielle est fondée sur l'existence d'un rapport sexuel pendant la période légale de la conception (180-300 jours avant la naissance). En revanche, le défendeur, quant à lui, a le droit d'apporter la preuve contraire pour montrer l'impossibilité de sa paternité, comme la santé, l'ADN, etc.

482. Le délai de l'action a été modifié par la loi du 16 janvier 2009 qui a aligné l'action à fins de subsides sur l'action en recherche de paternité hors mariage. La prescription est fixée pendant dix ans après la majorité de l'enfant ou pendant toute sa minorité, sa mère ou son tuteur pouvant agir en justice à sa place.

483. Concernant les effets, par rapport à d'autres actions, ils sont apparemment moins dérangeants pour l'ordre familial. Aucune conséquence sur les plans extrapatrimoniaux ne sera entraînée par son prononcé, car l'objectif d'une telle action ne vise pas à affirmer ni à contester un père probable, « sa condamnation ne se justifiera ni par sa faute ni par sa paternité possible [...] mais par le risque juridique qu'il a pris en se livrant à des relations sexuelles »³⁸³. En conséquence, seul un effet limité dans les rapports pécuniaires serait imposé envers le défendeur sous le contrôle du juge,

³⁸³ Jean CARBONNIER, *op.cit.*, p.1438, n°642.

484. Les subsides se règlent sous forme de pension et non de capital. Leur montant est fixé, selon les besoins ainsi que la situation actuelle, par rapport aux ressources et à la situation familiale du débiteur en vertu de l'alinéa 1 de l'article 342-2 du Code civil. Par ailleurs, concernant la durée de la pension, elle couvre non seulement la minorité de l'enfant, mais elle peut aussi « être due après la majorité de l'enfant, s'il est encore dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable à faute »³⁸⁴. Quoiqu'il en soit, la somme de la pension reste modifiable

b. L'avenir de ce type d'action en France

485. L'action à fins de subsides a été initialement créée pour que les enfants naturels puissent accéder au droit alimentaire et que la rigueur de l'impossibilité d'établissement de la paternité à cette époque puisse être réduite. .

Dès la loi du 3 janvier 1972, l'égalité entre l'enfant légitime et l'enfant naturel a été accentuée. De plus, cinq cas étaient ouverts à l'enfant naturel, afin qu'ils puissent agir en justice pour établir la paternité. Ces deux avancements de la filiation amputent l'intérêt de l'action à fins de subsides. Pourtant, cette dernière restait significative auprès des enfants naturels qui se trouvaient en dehors de ces cinq situations.

486. Or, au fil du temps, jusqu'à la promulgation de l'Ordonnance de 2005, l'égalité entre les deux statuts des enfants est devenue totale. Le seuil visant l'action en recherche de paternité a été levé. À partir de ce moment-là, une question s'est naturellement posée : quel est l'intérêt de maintenir l'action à fins de subsides ?

Effectivement, la réglementation de l'action à fins de subsides, aujourd'hui, « a perdu de sa cohérence, parce qu'elle s'est éloignée de son fondement initial »³⁸⁵. En outre, le père éventuel dans l'action à fins de subsides peut, à présent, devenir le père véritable grâce aux techniques scientifiques. En conséquence, dans la majorité des cas, le constat de la filiation est plus attendu que celui de la probabilité de la filiation, notamment au motif du désir inhérent des enfants à la paternité.

³⁸⁴ C.civ. art. 342-2, al. 2.

³⁸⁵ Solange MIRABAIL, *Repenser l'action à fins de subsides*, Dr. famille 2011, étude 19.

487. Si l'action à fins de subsides a survécu après la réforme de 2005 et la modification de 2009, c'est parce qu'elle constitue le dernier espoir pour les enfants incestueux. En outre, en cas d'agressions et d'atteintes sexuelles, elle peut faire sortir la femme-victime de la situation embarrassante.

Elle permet également à la mère de procurer un choix libre à l'enfant. Lorsque ce dernier devient majeur, il peut lui-même prendre la décision d'établir la filiation avec son père. Entre-temps, l'allocation du père éventuel peut décharger le stress de la mère au niveau économique, car « la chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité »³⁸⁶.

488. Il faut remarquer, en revanche, que la filiation et les subsides ne sont pas cumulables, « les effets d'une paternité légalement établie remontant à la naissance, l'obligation d'entretien pèse sur les parents à compter de cette date, de sorte que l'action aux fins de subsides n'[est] plus recevable »³⁸⁷.

489. En droit chinois, il n'existe pas d'action à fins de subsides en matière de filiation pour deux raisons principales : l'une est liée à l'ancien système, l'autre affecte l'actualité judiciaire.

D'une part, le contexte de la création de l'action à fins de subsides comme sous l'Ancien Régime français n'existe pas en Chine. Le mariage n'était pas un moyen exclusif pour établir la paternité, de sorte que les enfants adultérins et ceux des concubines pouvaient, malgré tout, être reconnus par le père, et l'obligation alimentaire était naturellement à la charge de ce dernier.

D'autre part, de nos jours, la création de l'action à fins de subsides ne semble toujours pas impérative. Aujourd'hui, si ce type d'action est conservé dans le droit français, c'est parce qu'il est le seul moyen efficace dont les filiations incestueuses peuvent bénéficier, au motif que les enfants issus d'une telle union ne peuvent établir une filiation bilinéaire par souci d'ordre public et de généalogie.

³⁸⁶ C.civ. art. 342-8.

³⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, n°05-18.644, F-D, Mokrane A. c/ Nina N. et a.: JurisData n°2006-033634, Dr. famille 2006, comm. 186, note Pierre MURAT.

Néanmoins, nous nous demandons si une telle impossibilité cause une discrimination sur ce type d'enfants. Il semble que la réponse soit malheureusement positive. D'après Ségolène PERRIN, « l'enfant incestueux est [...] le dernier discriminé de notre droit [français]. » Malgré tout, le fait que l'enfant peut garder la relation avec un tiers sous réserve de l'autorisation du juge³⁸⁸, atténue indirectement cette rigueur.

Au contraire, en Chine, à défaut d'un texte législatif qui interdit la filiation incestueuse absolue, un couple incestueux peut devenir les parents d'un enfant issu d'une telle union.

Nous considérons que cette possibilité ne se fonde pas sur la tolérance du législateur chinois, car le droit du mariage prévoit clairement l'empêchement au mariage. De plus, le régime de cet empêchement est plus restrictif que celui de la France (v. supra n°93). Ainsi, nous pouvons déduire qu'une telle possibilité n'est qu'un oubli, et non une volonté de la loi.

À mon avis, il serait nécessaire que le législateur chinois intervienne pour combler cette lacune en précisant l'interdiction de l'établissement de la filiation incestueuse absolue. En même temps, pour compenser cette catégorie d'enfants qui ne peuvent établir de filiation bilinéaire, il serait opportun de prévoir une sorte d'action qui se rapproche de celle à fin de subsides comme en France.

Sous-section II. Les actions relatives à la filiation en Chine

490. Le législateur chinois semble plus avancé sur ce sujet que sur le régime de l'établissement de la filiation. Un article est prévu à la 3^{ème} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage en 2011 afin d'encadrer les actions en matière de filiation (Paragraphe 1). Cependant, faute de précision et de dispositions auxiliaires, certains inconvénients ont été découverts en comparant ce régime avec celui de la France (Paragraphe 2).

³⁸⁸ C.civ., art. 371-4, al. 2.

Paragraphe 1. Une nouveauté issue de l'« Interprétation judiciaire » de 2011

491. En dépit de l'ignorance sur l'établissement de la filiation, le législateur chinois s'est intéressé, récemment, aux actions de la filiation. En 2011, la 3^{ème} « Interprétation » sur le droit du mariage a été publiée par la Cour Populaire Suprême; un article a été conçu pour être appliqué à l'action à la fin de l'établissement de la filiation ainsi qu'à l'action en contestation de la filiation :

L'alinéa 1 de l'article 2 de l'« Interprétation » de 2011 indique que, lorsque l'un des époux fait une demande en justice pour confirmer l'inexistence de la filiation en rapportant les preuves nécessaires, si le défendeur ne montre pas les preuves contraires et refuse le test génétique, le juge peut en déduire l'inexistence de la filiation.

L'alinéa 2 de l'article 2 de la même « Interprétation » expose qu'une partie impliquée qui agit en justice pour la confirmation d'une filiation doit fournir les preuves nécessaires. À l'opposé, si le défendeur n'a pas de preuves contraires et qu'il refuse le test génétique, le juge peut en déduire que la filiation est bien fondée.

Nous avons l'impression que ces deux articles concernent deux objectifs complètement différents, alors que les termes sont presque identiques.

492. Quoi qu'il en soit, nous pouvons constater une certaine diversité sur les titulaires de ces deux actions.

S'agissant de l'action en contestation de la filiation, l'un des parents peut agir contre l'autre parent. En ce qui concerne l'action aux fins d'établissement de la filiation, le champ des titulaires est relativement ambigu. Les termes « la partie impliquée » font supposer que la demande peut également être formée par l'enfant ou toute personne qui y trouve un intérêt. Cette déduction a été affirmée par les jurisprudences. En pratique, l'enfant peut agir en justice pour demander l'établissement de la filiation³⁸⁹.

493. Quant à la prescription visant les actions de la filiation, la 3^{ème} « Interprétation » de 2011 reste muette. Dans ce cas, nous pensons que c'est la prescription du droit commun qui réagit. Aux termes de l'article 135 du Code civil de la RPC, la prescription

³⁸⁹ T. peuple de base du district de Shao à la province de Hunan, 22 avril 2013, (2013)新民初字第112号.

de l'action civile est de deux ans, sauf si la loi prévoit autrement. L'article 137 du même code ajoute que la prescription court à compter du moment où la victime est au courant du préjudice qu'elle a subi. Ce délai maximum est de 20 ans à partir du moment où ce dommage a eu lieu.

Paragraphe 2. La comparaison entre les actions relatives à la filiation dans les deux pays.

494. Il existe de nombreux points divergents entre les actions en Chine et en France dans le cadre de la filiation. Concernant les règles générales des actions, le législateur des deux pays prévoit un régime très différent au regard des titulaires des demandeurs, ainsi que sur le délai de prescription (A). De plus, à travers les dispositions chinoises, nous nous apercevons que l'expertise biologique joue un rôle notable dans les actions relatives à la filiation. Paradoxalement, à la différence de la loi française, aucune loi chinoise ne prévoit le régime de l'expertise biologique pour mettre en lumière sa mise en œuvre. Cet oubli constitue une entrave dans son application, soit aux actions aux fins d'établissement de la filiation, soit aux actions en contestation de la filiation (B).

A. Les différences sur les règles générales des actions en matière de filiation

495. En Chine comme en France, deux formes d'action sont prévues par la loi : l'action aux fins d'établissement de la filiation et l'action en contestation de la filiation. L'étude de leurs régimes propres dans la partie précédente nous a permis de trouver certaines différences concernant leurs règles, dans ces deux pays.

496. Tout d'abord, pour ce qui est de l'action en recherche de maternité et de paternité en France, elle est exclusivement réservée à l'enfant. Mais, en Chine, ce type d'action semble s'ouvrir à tous ceux qui y trouvent un intérêt. À notre avis, dans ce cadre, il est raisonnable de réserver uniquement ce droit à l'enfant seul sous l'emprise de son intérêt supérieur, car l'effet d'une telle action est de faire établir une filiation entre celui-ci et un parent probable, l'enfant ayant naturellement la faculté de décider tout seul, s'il a la volonté de chercher sa mère ou son père. Dans l'hypothèse où une autre personne agit en action pour lui imposer d'établir une filiation contre son gré, ce fait porte atteinte à l'état de l'enfant ainsi qu'à la paix familiale.

497. De plus, s'agissant de l'action en contestation de la filiation, le droit français détermine les profils des demandeurs au regard de la vraisemblance de la filiation. Concrètement, la conformité entre le titre et la possession d'état rendent la filiation plus solide, tandis que celle établie par non conjonction d'un titre et d'une possession d'état paraît plus fragile; ainsi, pour les titulaires du droit d'agir, dans la première situation est plus stricte que la deuxième.

En droit chinois, en l'absence de modes d'établissement de la filiation, les différentes situations, dans le cadre de l'action en contestation de la filiation ne sont pas divisées, et un seul des époux a le droit d'agir. Le législateur chinois en utilisant le terme « époux », illustre que l'action n'est réservée qu'au couple marié, et non à celui hors mariage. Cependant, le juge a étendu les titulaires d'une telle action à l'un des concubins. Selon un arrêt du tribunal de Liuyang dans la province de Hunan³⁹⁰, en l'espèce, une femme a remis en cause la paternité de son ancien compagnon. Le juge a rendu une décision sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 2 de l'« Interprétation » de 2011 en exposant, que « la filiation issue d'une union de fait [pouvait] également être contestée par l'un des concubins ». Au regard du développement du concubinage en Chine ces dernières années, les enfants issus d'une union de fait sont plus nombreux qu'auparavant. Pour cette raison, nous proposons d'utiliser les termes « un des parents » à la place de « l'un des époux », ce qui permet d'élargir le champ des titulaires dans la loi.

498. Par ailleurs, nous observons que l'objet d'une action en contestation de la filiation en Chine est favorable à l'un des époux qui souhaite se débarrasser du rôle paternel ou maternel, lorsqu'il se rend compte qu'il n'est pas le parent biologique de l'enfant. S'agissant d'un tiers, à savoir d'une personne prétendant être le parent véritable, il peut former directement une action aux fins d'établissement de la filiation, car aucune loi n'interdit une telle action, même en présence d'une paternité ou d'une maternité.

Cette possibilité risque de porter gravement atteinte à la stabilité d'une filiation, aussi qu'à l'intérêt des enfants, lorsqu'il existe un lien affectif très fort entre l'enfant et

³⁹⁰ T.people de Liuyang à la province de Hunan, 1^{er} avril 2013, (2013)浏未民初字第00002号.

le parent dont le lien de filiation est contesté. De plus, une telle atteinte s'avère plus grave encore, quand la prescription maximale porte sur 20 ans.

En France, la filiation légalement établie fait obstacle à l'instauration d'une autre filiation qui la contredirait, tant qu'elle n'a pas été contestée, de sorte qu'une filiation également établie doit être contestée avant d'être rétablie, même si ces deux actions peuvent être jointes. Toutefois, la chronologie doit être respectée. Au contraire, en droit chinois, en l'absence de modes d'établissement de la filiation encadrés par la loi, chaque filiation existante reste précaire, étant susceptible d'être renversée soit par l'action en contestation de la filiation, soit par l'action aux fins d'établissement de la filiation.

499. Enfin, le droit français prévoit différents délais pour les actions, alors qu'en Chine, à défaut de précision, nous en déduisons que c'est la prescription civile qui s'applique. Mais nous avons conscience qu'un tel délai général laisse de nombreuses ambiguïtés dans l'action relative à la filiation.

Tout d'abord, le début de la prescription n'est pas assez clair. Sous l'emprise de la mauvaise foi du demandeur, pour ne pas faire exclure l'action, celui-ci peut toujours prétendre venir de connaître le préjudice. Il semble alors que le délai de prescription de deux ans soit, au fond, inapplicable. Le demandeur a toujours la possibilité de contourner la limite de la date. En droit français, le délai est pertinent et objectif. Il encourt à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou qu'elle a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. Par ailleurs, l'action en contestation est définitivement fermée, y compris aux principaux intéressés, pour la simple raison qu'une possession d'état conforme au titre dure cinq ans.

En revanche, personne ne peut échapper au délai de prescription maximale en Chine. Nous nous demandons si cette durée, qui est largement plus longue que celle de la France, peut troubler la stabilité d'une famille et bouleverser la vie d'un enfant plusieurs années après ? Il serait donc convenable de prévoir un délai de prescription dédié aux actions sur la filiation dans le droit chinois.

500. En résumé, le régime chinois sur les actions à l'égard de la filiation est insatisfaisant. L'accent est mis sur la vérité biologique, peu importe la situation de la filiation existante. Une fois qu'un tiers prouve qu'il est le parent véritable de l'enfant, la

filiation est défaite. Pire, à cause de l'ambiguïté du délai de la prescription, elle est susceptible d'être attaquée pendant 20 ans.

À notre avis, en vue de protéger l'intérêt des enfants et la stabilité de la filiation, le juge devrait refuser la remise en cause de la filiation en tenant compte des situations telles que la durée et le lien affectif. Mais, au fond, tous ces inconvénients proviennent de l'ignorance de la modalité judiciaire de l'établissement de la filiation en droit chinois. Si une filiation a été établie dans le cadre de la loi, elle serait inattaquable, sauf dans les cas autorisés par la même loi, comme c'est le cas en France.

B. Le régime de l'expertise biologique et la conséquence de son refus

501. Grâce au progrès scientifique, le mystère biologique est éclairci notamment par l'expertise biologique. Ces techniques sont aussi prises en compte par le juge dans le procès judiciaire. Cependant, par rapport au régime complet du droit français, le droit chinois reste silencieux à ce sujet, bien qu'en pratique, dans les actions relatives à la filiation, l'expertise biologique occupe une place importante (a). En outre, nous nous intéressons à la conséquence tirée du refus de l'expertise génétique (b).

a. Le non-encadrement de l'expertise génétique en Chine

502. Dans les lois chinoises, aucun texte n'encadre le régime de l'expertise biologique, tandis que l'article 2 de la 3^{ème} « Interprétation » donne indirectement un rôle notable au test génétique dans l'action de la filiation, puisque le refus de se soumettre à l'ordonnance entraîne un jugement négatif.

503. En France, le progrès scientifique a été pris en compte par le législateur dès 1994. Les lois dites de bioéthique³⁹¹ ont été promulguées pour éclaircir l'influence des nouvelles techniques médicales. Ces lois ont été modifiées avec le temps, et elles constituent aujourd'hui un système intégral.

Selon le droit français, l'expertise biologique est spécialement encadrée par l'article 16-11 du Code civil. Au regard des textes, l'exécution de la technique

scientifique, à l'occasion d'une action, est soumise à l'ordonnance du juge. Ce principe reste également cohérent par rapport à l'article 10 du Code de procédure civile : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. » Néanmoins, la seule décision du juge n'est pas suffisante, le consentement de l'intéressé devant être préalablement et expressément recueilli.

504. En droit chinois, la seule disposition sur la technique scientifique est intervenue en 1987; c'est une « Réponse judiciaire » de la Cour Populaire Suprême sur la désignation de la technique des antigènes des leucocytes humains (HLA) (« Réponse » de 1987). Le juge avait prévu certains règlements sur cette nouvelle technique notamment les conditions de son ouverture, en énonçant qu'il devait accepter la demande, dès lors que deux parties étaient d'accord. Si la demande était formée par une partie et que les enfants avaient plus de trois ans, le juge était tenu de prendre en considération certaines circonstances avant d'émettre l'ordonnance.

L'abstention du juge sur l'ouverture de cette technique est logique, parce que la certitude de la HLA n'est pas inattaquable. Son taux de probabilité est de 90%. Même si ce chiffre montre un progrès satisfaisant dans l'histoire des sciences techniques, il n'est pas suffisant si on le prend comme preuve essentielle dans l'action de la filiation. Pour cette raison, selon la « Réponse » de 1987, le juge devait en même temps chercher d'autres preuves afin de consolider le résultat de la HLA.

De nos jours, la technique médicale avance. La HLA a été remplacée par l'acide désoxyribonucléique (ADN) dont le taux de probabilité atteint 99,99%.

505. En comparant ces deux techniques, la fiabilité de l'ADN rappelle que la « Réponse » de 1987 ne s'applique plus à la 3^{ème} « Interprétation » de 2011³⁹², puisque le souci de sa mise en œuvre a disparu.

³⁹¹ L. n° 94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³⁹² En ce sens, V. LAI Hongmei, *le rôle de l'ADN dans l'action relative à la filiation*, Science juridique de Hebei, vol.31.No.3, janv. 2013, p.135.

En suivant les jurisprudences³⁹³ postérieures à la promulgation de la 3^{ème} « Interprétation », lorsque le consentement bilatéral n'est pas requis sur la demande du test d'ADN, le juge ordonne la mesure sans tenir compte de l'âge de l'enfant car, dans l'article 2 de ladite « Interprétation », il n'a aucune influence sur la décision du juge, ce qui ne correspond pas, en effet, à la « Réponse » de 1879. Ainsi, nous pensons qu'une telle « Réponse » n'est plus applicable aujourd'hui.

L'abandon de la « Réponse » de 1987 retire l'espoir de connaître l'attitude du juge concernant les nouvelles techniques médicales. Aucune loi ne règle ce sujet, le juge du fond a, normalement, le pouvoir souverain d'interpréter les articles. En parallèle, aucune loi, aucune jurisprudence ne mentionne le refus justifié de la demande d'ADN. Le juge accepte *a priori* toutes les demandes.

506. En Chine, l'inquiétude montre que l'action de la filiation risque d'entrer dans une impasse, car le juge respecte la technique scientifique. Un arrêt du tribunal populaire de Hanshou, en province de Hunan, daté du 26 mai 2013³⁹⁴, rend cette préoccupation plus présente. En l'espèce, le demandeur a montré une analyse d'ADN comme étant l'unique preuve permettant de faire annuler rétroactivement la filiation de paternité. Le résultat a indiqué qu'il n'était pas le père véritable du défendeur. Ainsi, le juge a confirmé cette action en contestation en prononçant que « la filiation se base sur le lien du sang et que l'analyse d'ADN est la plus fiable parmi les preuves ».

Le juge de cet arrêt attribue un rôle essentiel au test de l'ADN sans avoir tenté de chercher d'autres indices. Cette orientation est dangereuse. L'administration de la preuve de la filiation a été détrônée par le test scientifique. La décision n'est absolument pas convaincante. Toutefois, il est difficile de s'en défendre en raison de l'absence d'un régime d'expertise biologique en Chine. Par conséquent, afin de « sauver » la réputation du juge du fond qui devient, aujourd'hui, le « porte-parole » de l'expert biologique, en quelque sorte, il est indispensable d'organiser un système judiciaire sur ce point.

³⁹³ T. peuple de base du district du Dingcheng du Changde dans la province du Hunan, 27 avril 2012, (2011) 常鼎民初字第1087号.

T. peuple de base du comité du Fengjie à Chongqing, 8 août, 2012, (2012) 奉法民初字第 02315号.

³⁹⁴ T. peuple de base du district du Hanshou dans la province du Hunan, 26 mai 2013, (2013) 汉民初字第436号.

507. De nombreux auteurs expriment les solutions pour apaiser l'inquiétude entraînée par le caractère incomplet de l'article 2 de la 3^{ème} « Interprétation » de 2011. À titre d'exemple, CHEN Biao considère que « la preuve de l'analyse de l'ADN ne se présente que comme une option facultative. Le juge doit s'occuper d'examiner avant tout les preuves offertes par les deux parties. Sur la base de preuves, s'il l'estime nécessaire, le test de l'ADN pourra alors être introduit »³⁹⁵.

b. La conséquence du refus de l'expertise biologique

508. Selon une autre innovation de la 3^{ème} « Interprétation », le refus de la demande de l'expertise biologique a une conséquence considérable sur l'action³⁹⁶, alors qu'auparavant, aucune déduction n'était admise :

Le juge, dans l'arrêt du tribunal du peuple intermédiaire de Changde, dans la province de Hunan, en 2010³⁹⁷, a énoncé : « la présomption qui se base sur l'article 75 de l'"Interprétation judiciaire" sur la procédure civile de 2004³⁹⁸ est mal fondée, parce qu'au regard de la "Réponse" de 1987, les deux parties doivent donner volontairement leur consentement sur le fait de recourir à l'expertise biologique, de sorte que le refus du test ADN n'induit pas, en lui-même, la non-paternité et la non-maternité de la filiation ».

Paradoxalement, aujourd'hui, le refus de la demande d'expertise biologique coûte cher à l'une des parties à l'action, entraînant directement un résultat défavorable. Effectivement, le principe de la déduction du refus dans l'action de la filiation est l'étendue de l'article 75 de ladite « Interprétation » de 2004³⁹⁹. Si jadis, le juge considérait le mal fondé de l'article 75 sur la déduction du refus de la désignation de la

³⁹⁵ CHEN Biao, *L'obligation de l'expertise biologique dans l'action de la filiation*, Science juridique moderne, vol.32, No.1, janv. 2010, p.87.

³⁹⁶ T. peuple de base du district du Licheng du Punian dans la province du Fujian, 23 avril 2013, (2013) 荔民初字第634号.

³⁹⁷ T. peuple intermédiaires du Changde dans la province du Hunan, 22, mars, 2011, (2010) 常民一终字第500号.

³⁹⁸ S'il est montré qu'une des parties dispose d'une preuve en sa défaveur et elle ne la présente pas sans motif légitime, et si l'autre partie réclame qu'une telle preuve serait désavantageuse pour son propriétaire, le juge peut accepter cette déduction.

³⁹⁹ En ce sens, V. ZHOU Chenghong, *Le principe de la déduction sur le refus du test ADN dans l'action de la filiation*, Revue de l'université de l'économie et du droit de Henan, No.3, 2012, p.130.

HLA, il peut aujourd'hui trouver le bon fondement de cette déduction dans l'article 2 de la 3^{ème} « Interprétation » de 2011.

509. Le silence du droit français sur le refus justifié de l'expertise biologique n'est pas dérangeant, car de nombreuses jurisprudences sont rendues par le juge pour lever le voile. La conclusion est pertinente : on peut refuser de se soumettre à l'expertise biologique sans subir l'incidence.

Le premier arrêt ayant tranché cette question a été rendu par la Cour de cassation du 28 mars 2000⁴⁰⁰. Le juge a déclaré que « l'expertise biologique [était] de droit en matière de filiation, sauf s'il exist[ait] un motif légitime de ne pas y procéder ». Cet arrêt n'a pas suivi les jurisprudences antérieures comme celui de la Cour de cassation du 6 juin 1999. En l'espèce, la demande d'expertise sanguine du demandeur, pour la contestation de la paternité, a été déboutée, ce dernier n'ayant démontré aucune preuve sérieuse qui permettait de mettre en doute sa paternité.

Apparemment, l'arrêt de 2000 pose un important principe ayant une incidence sur tout le contentieux du droit de la filiation. Désormais, de multiples arrêts sont jugés dans ce sens⁴⁰¹. À l'encontre de la partie lacunaire de la Chine, les jurisprudences françaises indiquent clairement qu'il est possible d'échapper à l'expertise biologique par des motifs légitimes.

510. Concernant ces motifs légitimes, il s'agit par exemple de cas où les preuves sont suffisamment présentes. Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2002⁴⁰², en l'espèce, le plaideur a reproché au juge du fond d'avoir prononcé que M.X était son père naturel en refusant d'ordonner une expertise biologique. La Cour a ainsi considéré : « les juges du fond ont estimé que les présomptions et indices graves qu'ils avaient relevés étaient suffisants en eux-mêmes pour établir la paternité [...], sans qu'il soit nécessaire de rechercher d'autres éléments de preuve et notamment de faire droit à la demande d'expertise, superfétatoire en l'occurrence ; qu'ils ont ainsi caractérisé le motif légitime de ne pas y satisfaire ».

⁴⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n°98-12806: JurisData n°2000-001227 ; Dr. famille 2000, comm. 72, note Pierre MURAT.

⁴⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, n°02-18654 et Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2008, n°07-15037

⁴⁰² Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2002, n°00-22466.

Les motifs légitimes ne font pas partie d'une liste limitative, le juge du fond dispose, comme d'habitude, d'une appréciation souveraine au cas par cas. Par exemple, une identité partielle de patrimoine génétique entre deux frères ne constitue pas un motif légitime pour ne pas procéder à cette mesure d'instruction⁴⁰³.

Il convient de dire que, si le refus n'est pas accompagné de motifs légitimes ou d'indices graves, ce refus peut constituer en soi un indice, mais le juge ne fait pas reposer la décision sur la seule déduction tirée de ce refus. Comme Anaïs GABRIEL le constate, « le refus, non justifié par un motif légitime, ne peut être assimilé à un aveu, il constitue malgré tout un élément de présomption et peut former la conviction des juges »⁴⁰⁴.

511. En comparant la conséquence tirée du refus de l'expertise biologique, le droit français fixe deux principes : d'une part, il existe toujours un motif qui peut justifier un tel refus ; d'autre part, un refus non justifié constitue un indice, mais ne rend pas directement une décision défavorable contre l'auteur du refus. Cependant, ces deux principes ne sont pas pris en compte par le législateur chinois; le rôle de l'expertise biologique risque donc de faire oublier l'essentiel du travail du juge.

Ainsi, nous considérons qu'il est plus raisonnable de prévoir la possibilité du refus d'une telle demande sans provoquer d'inconvénient, lorsque le test porte atteinte à la santé de l'enfant ou qu'une partie a déjà montré d'autres preuves suffisantes pour éclairer la situation. Par conséquent, le juge serait tenu tout d'abord d'estimer le contentieux à l'aide des preuves fournies ; dans le cas où aucune partie ne pourrait donner de preuves convaincantes ou d'autres situations impératives, il ordonnerait un test génétique.

512. En conclusion, l'article 2 de la 3^{ème} « Interprétation » du droit du mariage est une innovation qui complète la lacune totale de l'action de la filiation en Chine. Nous nous contentons de constater la tendance et les efforts du législateur en la matière. Mais, par rapport au développement des dispositifs en France, le décalage est encore important.

⁴⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2009, n°08-18.223, JurisData n°2009-049077 ; Dr. famille 2009, comm. 127, note Pierre MURAT.

⁴⁰⁴ Anaïs GABRIEL, *Refus de se soumettre à l'expertise biologique et autres présomptions et indices graves*, Dr. famille 2009, comm. 40.

Chapitre II La filiation face aux techniques scientifiques et à la politique de l'enfant unique

513. La filiation assure la continuité d'une famille. De l'Antiquité jusqu'aujourd'hui, les parents luttent contre la stérilité. Auparavant, l'adoption était la seule solution pour apaiser le trouble des couples en mal d'enfant. De nos jours, grâce au progrès scientifique, l'espoir ressurgit.

De nombreuses techniques médicales ont été découvertes et s'appliquent à la procréation d'une manière efficace. Pourtant, ces nouvelles techniques soulèvent des questions non seulement morales mais aussi juridiques. Par conséquent, lorsqu'on applaudit à l'évolution scientifique qui améliore la qualité de la vie, il faut aussi s'assurer que le droit est adapté à son développement et que les techniques scientifiques ne risquent pas de perturber l'ordre social. Pour cette raison, certaines sont prohibées.

514. En outre, le planning familial, en Chine, a suscité de nombreux débats en raison de la démocratie et des droits de l'homme, dès son application en 1982. La politique de l'enfant unique relève, pour la première fois, le défi sur la filiation de la famille. La critique résonne encore dans le monde entier.

Il importe de connaître les contextes de sa création pour mieux comprendre pourquoi ce régime a été conçu en Chine. Quelles sont les véritables dispositions ? Les résultats sont-ils satisfaisants ? Enfin, ce système doit-il être maintenu à l'avenir ?

Section I. La filiation médicalement assistée

515. En France comme en Chine, la filiation est l'un des sujets essentiels de la famille. Comme Alain BENABENT l'affirme, « le désir de descendance est au plus profond de l'instinct humain et le souci de vaincre ou contourner la stérilité n'a pas changé depuis les temps bibliques »⁴⁰⁵.

Dans l'Antiquité chinoise, la femme n'était chargée que d'assurer la perpétuation du lien du sang surtout du lien masculin. Même la loi justifiait la répudiation, lorsque la

⁴⁰⁵ Alain BENABENT, *op.cit.*, p.387, n°950.

femme n'accouchait d'aucun enfant mâle. De nos jours, la sanction a disparu, mais le désir persiste.

Actuellement, avec l'avancée scientifique, la procréation artificielle est pratiquée. L'infécondité n'est plus une question qui empêche les couples d'avoir un enfant biologique.

516. En France, sur le plan social, deux éléments méritent d'être soulignés dans l'évolution de la procréation médicalement assistée :

En 1982, le premier bébé éprouvette, prénommé Amandine, a vu le jour. Ce succès a déclenché le recours à la fécondation in vitro (FIV). « Depuis le début de la technique, près de 200.000 enfants auront été conçus par FIV en France à la fin de l'année 2008 »⁴⁰⁶.

En 1973, les deux premiers centres d'étude et de conservation du sperme (CECOS) ont été créés. Ils font partie du service public depuis 1992. Les deux objectifs principaux sont d'une part de mettre en œuvre les solutions pour assurer les couples ayant des problèmes de stérilité et d'autre part de gérer les dons de sperme, permettant ainsi au couple receveur de procréer et de congeler les gamètes ou embryons dans des circonstances spécifiques, par exemple lorsqu'un traitement entraîne un risque futur pour la fertilité.

517. Sur le plan juridique, les lois dites de bioéthique ont été promulguées en 1994. Il s'agit précisément de deux lois. L'une vise le respect du corps humain⁴⁰⁷, l'autre encadre l'utilisation de ses produits et l'assistance médicale à la procréation⁴⁰⁸. En 2004, la loi relative à la bioéthique⁴⁰⁹ a été adoptée après trois ans de travaux préparatifs. Elle vise essentiellement à « renforcer, en la clarifiant, la procédure existante d'assistance médicale à la procréation, tout en effectuant quelques avancées sur des questions

⁴⁰⁶ Le point. fr, *200.000 bébés-éprouvette en France*, 13 janvier 2009.

<http://www.lepoint.fr/actualites-societe/2009-01-13/200-000-bebes-eprouvette-en-france/920/0/306265>.

⁴⁰⁷ L. n°94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain.

⁴⁰⁸ L. n°94-654 du 29 juill. 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁴⁰⁹ L. n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

précises»⁴¹⁰. Comme le progrès scientifique avance rapidement, afin de rattraper ce rythme, la dernière réforme est intervenue en 2011⁴¹¹.

518. En Chine, l'avancée scientifique a évolué aussi vite qu'en France. La première congélation de sperme, ayant pour objet d'offrir du sperme normal aux personnes infertiles, a été réalisée en 1981. Deux ans après, le premier enfant est né. En 1988, six ans après la France, le premier bébé éprouvette a vu le jour dans la province de Hunan.

519. Sur le plan juridique, la « Réponse » du ministère de la santé de 1989⁴¹² a formellement interdit de déterminer le sexe du bébé par techniques médicales et d'utiliser l'insémination artificielle d'une manière abusive. Le contexte de la « Réponse » est fondé sur l'exécution de la politique de l'enfant unique. À ce moment-là, dans les villages sous-développés, les garçons étaient plus attendus que les filles. Les gens se sont donc servis de la technique médicale pour connaître le sexe de leur bébé pendant la grossesse. Si c'était une fille, on avait recours à l'avortement pour s'assurer que la femme ne donne naissance qu'à un bébé de sexe masculin. Cela a entraîné un déséquilibre entre les hommes et les femmes.

En 2001, une série de réglementations en vue de mettre de l'ordre au niveau des techniques médicales pour la procréation a été publiée par le ministère de la santé : « Règlementation sur l'organisation des techniques de la procréation assistée (OTPA) » ; « Règlementation sur l'organisation de la congélation des gamètes mâles (OCGM) » ; « Règlementation sur la technique de la procréation assistée (TPA) » ; « Règlementation sur les critères et l'organisation des techniques de congélation des gamètes mâles (COTCGM) » et « Règlementation sur principes généraux de la procréation assistée et l'éthique sur la congélation des gamètes mâles (PGPAECGM) »⁴¹³.

⁴¹⁰ Blandine MALLET-BRICOUT, *L'assistance médicale à la procréation dans la loi « bioéthique » du 6 août 2004 : quelques avancées... dans la continuité*, Dr. famille 2004, alerte 46.

⁴¹¹ L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique.

⁴¹² La « Réponse » du ministère de la santé sur l'interdiction de la confirmation du sexe du bébé par la technique médicale et de l'abus de la technique de l'insémination artificielle du 9 mai 1989.

⁴¹³ « 人类辅助生殖技术管理办法 » ; « 人类精子库管理办法 » ; « 人类辅助生殖技术规范 » ; « 人类精子库基本标准和技术规范 » ; « 人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则 ».

Sous-section I. Les techniques reconnues

520. La création des nouvelles techniques médicales contribue à réaliser le souhait pour les couples infertiles, d'avoir un enfant. Toutefois, en vue de ne pas bouleverser l'ordre public et l'éthique, certaines techniques sont strictement interdites, tant en France qu'en Chine, alors que d'autres sont admissibles, telles que la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux ou l'insémination artificielle. Il convient de les distinguer en deux parties: celles dites endogènes qui se déroulent au sein du couple et celles dites exogènes qui ont besoin de l'intervention d'un tiers (donneur).

521. Il faut souligner que la technique du don d'embryons, qui est effectuée en France, à condition que ceux-ci soient accueillis par un autre couple, n'est pas admissible en Chine, d'après l'article 6 de la 3^{ème} partie de la « Réglementation PGPAECCGM ». Cette interdiction s'harmonise avec le régime judiciaire de la Chine où l'on distingue la filiation par le sang de la filiation par adoption. Si l'on autorisait le don d'embryons, l'enfant issu de cette technique se trouverait dans une situation délicate, car, d'une part, il ne disposerait pas de lien de sang avec la femme qui l'a mis au monde ni avec le mari de cette femme; d'autre part, il ne serait pas approprié de considérer qu'il s'agit d'une filiation adoptive. Ainsi, afin d'éviter cette situation embarrassante, on préfère ne pas faire apparaître ce genre de filiation atypique.

En France, au regard des conséquences complexes de cette technique, son application est soumise à une décision de l'autorité judiciaire dans le but de veiller aux qualités des receveurs sur « les plans familial, éducatif et psychologique. L'autorisation d'accueil est délivrée pour une durée de trois ans renouvelable »⁴¹⁴.

522. De plus, en France comme en Chine, le don de gamètes est gratuit. Ceux-ci ne peuvent pas être utilisés à des fins commerciales ou industrielles. Par ailleurs, l'équipe médicale est tenue de garder secret le lien d'identité entre les receveurs et les donneurs. Enfin, pour réduire la probabilité de consanguinité envers les générations futures, la loi française précise que le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de dix enfants; le nombre était de cinq avant la réforme

⁴¹⁴ C. santé publ., art. L. 2141-6, al. 2.

de 2004, alors que le nombre de dons est limité à cinq selon les dispositifs délivrés par le ministère de la santé de la Chine.

Paragraphe 1. Les conditions du recours à la procréation assistée

523. La procréation assistée ne fait pas simplement partie d'une technique médicale, ses conséquences étant étroitement liées à la filiation. Pour harmoniser les droits et ne pas déranger l'éthique traditionnelle, les conditions de fond et de forme doivent être respectées pour accéder aux PMA dans les deux pays.

A. Condition de sexe

524. En France, selon le Code de la santé publique, un couple hétérosexuel marié ou non peut recourir à la PMA à condition que les membres soient tous les deux vivants. Les célibataires en sont exclus.

525. Malgré l'adoption du mariage pour tous, issue de la loi du 17 mai 2013, la porte de la PMA reste fermée aux couples homosexuels. Le débat sur l'ouverture totale de la PMA a été soulevé pendant le vote. Le législateur se trouvait dans une situation quelque peu embarrassante : s'il avait refusé l'accès, pour homosexuels, aux PMA en légalisant leur mariage, il aurait existé une discrimination dans l'accès à la parenté. En outre, l'interprétation du mariage serait devenue en même temps paradoxale.

En revanche, s'il avait accepté, la gestation pour autrui (GPA) aurait été une technique incontournable pour réaliser cette possibilité ; ainsi un élément discordant avec cette technique interdite aux couples hétérosexuels serait apparu.

526. Finalement, la partie en question du Code de la santé publique n'a pas été modifiée à l'occasion de la promulgation de la nouvelle loi. Il en résulte que l'égalité réclamée à travers cette réforme reste abstraite : Les couples homosexuels peuvent passer à la mairie pour déclarer leur union, tandis que leur statut n'est pas totalement identique à celui des couples hétérosexuels. D'après Benoît de BOYSSON, « des époux,

quels qu'ils soient, doivent avoir les mêmes droits puisqu'ils sont placés dans le même statut »⁴¹⁵.

De surcroît, bien que l'article L 2141-2 du Code de la santé publique prévoie que la PMA a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple, la loi exige que le caractère pathologique de l'infertilité doive être médicalement diagnostiqué. Mais, en réalité, « l'orientation sexuelle des individus n'affecte pas leur fécondité »⁴¹⁶.

527. Nous nous demandons si, un jour, tous les couples pourront en profiter. En cas de réponse négative, quelles sont les entraves qui barrent le chemin à « la PMA pour tous » en France?

Tout d'abord, nous affirmons que la crainte ne vient pas du lien imprécis entre la parenté et la procréation naturelle, puisque « le jour où les premières lois de bioéthique sont venues encadrer la procréation médicalement assistée autologue et avec tiers donneur, [...] a eu lieu, juridiquement, la dissociation entre la procréation naturelle et la parenté »⁴¹⁷.

La préoccupation n'émane pas non plus de la rupture anthropologique, parce que l'ouverture de l'adoption aux homosexuels mariés bouleverse l'anthropologie traditionnelle : un enfant adopté peut avoir deux pères ou deux mères (v. infra n°608).

Ainsi, il semble que le motif de ne pas laisser les couples homosexuels accéder à la PMA vient plutôt de l'inquiétude du désordre du régime actuel. Si on les y avait autorisés, le droit de parenté ne serait qu'en faveur des couples de femmes via la technique de l'insémination artificielle avec le sperme d'autrui. À l'inverse, la seule technique offerte aux couples entre deux hommes est la GPA, qui n'est pas admissible en France, l'élargissement de l'accès à la PMA risque de mener à un traitement différent entre les couples hétérosexuel et homosexuels. En vue de réaliser le droit à l'enfant pour tous, il serait préférable d'autoriser la GPA ; de même, au nom de l'égalité juridique, il faudrait l'autoriser aux couples hétérosexuels. Autrement dit, pour réaliser la « PMA

⁴¹⁵ Benoît de BOYSSON, *L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels: quelles perspectives*, Dr. famille 2013, dossier 25.

⁴¹⁶ Claire NEIRINCK, *Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt*, Dr. famille 2012, repère 8.

⁴¹⁷ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La loi doit-elle être bonne pour tous ?* Dr. famille 2013, repère 1.

pour tous », il faudrait non seulement élargir son accès, mais aussi modifier la liste des techniques admissibles.

En résumé, en raison de la complexité de la situation, le législateur n'a pas touché au sujet de la PMA au moment de l'élaboration du projet du « mariage pour tous ». Toutefois, afin d'atténuer le désir des couples homosexuels, la nouvelle loi leur permet d'adopter des enfants pour établir une filiation sociologique.

528. En Chine, la PMA ne s'ouvre qu'aux couples mariés, tandis que les couples non mariés ou célibataires ne sont pas autorisés à accéder à la PMA. Les demandeurs de la procréation assistée marquent un point de plus sur le fait que le législateur chinois a la volonté de privilégier le mariage. Plus précisément, afin d'encourager les couples à se marier, il procure de nombreux avantages aux mariés, mais non aux concubins. Pourtant, il ne faut pas négliger que l'exclusion des couples non mariés de la PMA nuit à leur droit à la procréation (v. infra n°541).

B. D'autres conditions obligatoires

529. À part les conditions de sexe pour accéder à la PMA, le demandeur est tenu de respecter les autres (a). De plus, le consentement non vicié doit impérativement être donné pour montrer la volonté du donneur, ainsi que la sincérité du demandeur (b).

a. Les conditions concernant le demandeur

530. Selon le droit français, les couples qui recourent à la PMA doivent atteindre l'âge de procréer, ce qui implique que les demandeurs trop jeunes ou trop vieux ne sont pas éligibles pour ne pas toucher l'ordre naturel des générations.

En Chine, comme la PMA ne s'ouvre qu'aux couples mariés, le seuil de l'âge est conforme à celui légal du mariage : 22 ans pour l'homme et 20 ans pour la femme.

Nous observons qu'aucune disposition, ni en Chine ni en France, ne donne le seuil de l'âge maximum. Nous supposons que pour la femme, il s'agit de l'âge de la ménopause, qui fixe la fin de la fécondité. Pour l'homme, il n'existe pas de critère, mais le CECOS et la « Règlementation OCGM » fixent à quarante-cinq ans la limite d'âge des donneurs de sperme. Toutefois, il n'est pas opportun de constater que l'âge maximum

pour l'homme demandeur est de quarante-cinq ans. Par conséquent, il appartient à l'équipe médicale d'apprécier l'âge raisonnable de la procréation assistée au regard des conditions physiques de chaque demandeur.

531. En outre, avant la réforme de 2011, en France, le droit imposait aux couples non mariés d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans⁴¹⁸. Cette condition n'est désormais plus nécessaire, car les couples mariés, pacsés ou en concubinage profitent des mêmes conditions sans discrimination pour accéder à la PMA.

532. Par ailleurs, avant la mise en place d'une technique médicale, l'équipe de soin se chargeait d'informer les couples sur les dispositifs juridiques liés à la PMA, la possibilité d'échec ou de réussite, les risques, la procédure, indiqués par l'article 2141-10 du Code de la santé publique, ainsi que par l'article 1-3 de la 3^{ème} partie de la « Règlementation PGPAECGM ».

533. À la différence du droit chinois, le couple, en France, dispose de trois mois de réflexion avant de confirmer la demande. À notre avis, un tel délai de réflexion semble nécessaire, parce que le recours à la PMA est une décision considérable. Cette importance est fondée non seulement sur le risque éventuel de l'opération, mais surtout sur les conséquences graves provenant de la PMA : le changement de la structure familiale, l'établissement de la filiation, l'apparition d'une série de devoirs s'attachant aux autorités parentales. De ce fait, pour s'assurer que le couple est prêt à accepter ces incidences afin d'éviter une décision imprudente, un délai de réflexion entre un mois et trois mois semble impératif d'être introduit en Chine.

b. Le consentement

534. La mise en œuvre d'une PMA est une décision importante, puisqu'il s'agit d'une procédure difficile tant physique que physiologique. Il faut que les couples s'entraident et s'encouragent pour réaliser leur projet parental. En outre, la naissance de l'enfant est liée à une série de responsabilités juridiques, de sorte qu'un consentement libre et clair doit être exprimé par écrit pour montrer la détermination des couples demandeurs.

⁴¹⁸ C. santé publ., ancien, art. L. 2141-2, al. 3.

535. En droit français, concernant la procréation assistée endogène, le consentement lucide doit être préalablement donné à l'équipe médicale chargée de la mise en œuvre de la procréation.

Or, concernant la procréation exogène, le formalisme du consentement est accru. D'une part, non seulement le consentement préalable doit être exprimé, mais il doit aussi être donné sous une forme authentique, devant un juge ou un notaire, et ces derniers sont tenus d'informer les demandeurs des conséquences tirées de leur acte à propos de la filiation, en application de l'alinéa 1 de l'article 311-20 du Code civil. Il est à noter que « le consentement [...] donné au juge ou au notaire s'ajoute à celui qui est recueillie par l'équipe médicale »⁴¹⁹. De ce fait, nous pouvons constater que le consentement, dans le cadre de la procréation exogène, est plus complexe que celui de la procréation endogène, car la première technique fait intervenir un tiers. En outre, biologiquement, la filiation porte sur la vérité biologique auprès d'un des parents. Afin de donner plus de sécurité à une filiation postérieure contre le regret d'un parent après le succès d'une PMA, en tenant compte de l'importance du consentement dans la fin de recevoir de l'action, la rigueur d'un tel consentement paraît raisonnable.

536. D'autre part, le tiers donneur doit exprimer son consentement sur le fait. S'il fait partie d'un couple, l'accord de l'autre membre doit être recueilli par écrit. Les consentements « peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes »⁴²⁰. En cas de don d'embryons, les membres du donneur doivent également s'entendre sur le fait. Si l'un meurt, c'est au membre survivant de consentir à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple en vertu de l'article L 2141-5 du Code de la santé publique français.

537. Nous nous intéressons au fait de savoir comment la PMA se déroule, en cas de décès de l'un des membres du couple, de divorce, de séparation de corps, de cessation de la communauté de vie ou encore, de révocation par écrit du consentement.

Avant la promulgation de la loi de 2004 en France, le débat était vif, spécialement en cas de décès de l'un des couples. La décision du juge était controversée.

⁴¹⁹ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p.792, n°848

⁴²⁰ C.santé. publ., art. L. 1244-2 al. 1^{er}.

En 1984, la juridiction a été saisie dans l'affaire « Parpalaix »⁴²¹, où le juge a ordonné au CECOS à la veuve de restituer les paillettes de sperme de son mari décédé, tandis que, dans un arrêt du TGI de Rennes du 30 juin 1993⁴²², le juge a déclaré en ces termes : « les dispositions législatives qui régissent l'enfance et la parenté ne créent pas de droits ou d'obligations des parents sur le jeune embryon. Le législateur civil n'a donc pas entendu anticiper l'autorité parentale et l'épouse ne peut ni s'en prévaloir, ni se prévaloir de ce que son mari aurait exercé, seul ou conjointement, ou voulu voir exercer une autorité de ce type ». Pour ce motif, la demande de réimplantation de l'œuf fécondé par la mère a été rejetée, à défaut de l'accord du mari, celui-ci étant décédé de mort accidentelle.

Depuis la loi de 2004, la question semble éclaircie. L'alinéa 3 de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique prévoit avec pertinence que le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation, font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons.

Nous pouvons constater que les couples doivent être vivants à toutes les étapes du processus, malgré l'effort de la doctrine et du Comité Consultatif National d'Éthique qui suggérait dans l'avis n°67 du 27 janvier 2000, une nouvelle rédaction de l'article L 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique pour autoriser à réaliser le transfert des embryons après le décès de l'homme qui devait expressément consentir, de son vivant, à la poursuite du processus d'assistance médicale à la procréation après son décès.

538. En Chine, le consentement des demandeurs doit être recueilli par écrit après un entretien avec l'équipe médicale, que la technique soit endogène ou exogène. Pour autant, les demandeurs doivent consentir à accepter une opération pour réduire la

⁴²¹ TGI Créteil, 1re ch., 1er août 1984 : JurisData n°1984-041539 ; Gaz. Pal. 1984, 2, p. 560, concl. Lesec ; JCP G 1984, II, 20321, note Corone ; RTD civ. 1984, p. 703, obs. J. Rubellin-Devichi. – Adde X. Labbée, L'insémination artificielle pratiquée après la mort du donneur : Gaz. Pal. 1984, 2, doct. p. 401

⁴²² TGI Rennes, 30 juin 1993, 1re ch. civ. : JurisData n°1993-605679 ; JCP G 1994, II, 22250, note Claire NEIRINCK.

procréation en un seul fœtus⁴²³, afin de ne pas déroger à la politique de l'enfant unique (v. infra n°580 et s).

À l'instar du régime français, ce consentement est également révocable à tout moment. De plus, la révocation n'a pas d'influence négative sur une éventuelle PMA ultérieure, selon l'article 3 du second chapitre de la partie 1 de la « Réglementation PGPAECGM ».

539. En cas de décès d'un des membres ou de divorce, le sort des gamètes reste mystérieux en Chine, car aucun dispositif ne prévoit sa destination. S'il est logique d'en déduire que, lors de la dissolution du mariage, le consentement est tacitement caduc, puisque « l'ex-femme n'a plus le droit ni le devoir d'accoucher d'un enfant de son ex-mari »⁴²⁴. Le décès d'une partie, en fait, pose un problème (v. infra n°550).

En outre, aucun dispositif n'exige la vitalité des demandeurs pendant tout le processus en droit chinois. Ainsi, une PMA post-mortem est admissible, car elle ne trouble pas l'éthique. À l'inverse, certains juristes s'y opposent en rétorquant qu'il n'est pas juste, pour l'enfant, de naître sans paternité. De surcroît, le décès d'un des membres du couple met fin à la vie matrimoniale et la femme retrouve son statut de célibataire. En conséquence, la PMA post-mortem devrait être écartée.

À défaut de support juridique, aucune réponse ne peut être donnée aujourd'hui. Ainsi, WANG Zhaihua propose de prévoir « la possibilité d'une PMA à condition que le membre décédé ait exprimé clairement la validité de son consentement, même après son décès »⁴²⁵. En réalité, le silence du législateur chinois sur le sujet risque de provoquer certains inconvénients, notamment, des doutes par rapport à la filiation d'un enfant né de la PMA (v. infra n°548 et s).

540. S'agissant du tiers donneur, son consentement est obligatoirement exprimé par écrit, en Chine. En revanche, il a le droit de le révoquer avant ou après le don. S'agissant du dernier cas, il est tenu de restituer les allocations, ainsi que les frais de la

⁴²³ Règlementation OTPA, 2^{ème} partie, art. 2.

⁴²⁴ CHEN Jianning, *Le statut juridique des enfants issus d'une PMA*, Journal de l'école normale de LinYi, vol.31, No.2, avril 2009, p.92.

⁴²⁵ En ce sens, V. WANG Zhaihua, *Recherches sur les questions juridiques de la PMA*, L'université des économies de Nanjing. L'académie 6, No. 2, févr. 2011, p. 194.

congélation au regard des articles 1 et 2 du 2^{ème} chapitre de la partie 2 de la « Règlementation PGPAECGM ».

Pourtant, lorsque le donneur est marié, aucun article n'impose le consentement de l'autre membre du couple, en droit chinois, au nom de la liberté individuelle. L'esprit du ministère de la santé est de respecter le principe du droit à disposer du corps (v. infra n°559).

541. En comparant les conditions d'accès à la PMA des deux pays, nous trouvons que le champ des bénéficiaires en Chine est plus limité que celui en France, car le couple non marié n'est pas autorisé à recourir à la procréation assistée. À mon avis, une telle exclusion prive le droit à la procréation des couples en concubinage, notamment ceux qui sont écartés du mariage, en raison du non respect des conditions de fond. L'incidence s'avère plus grave par le fait que le nombre de personnes écartées du mariage est supérieur à celui en France, les éléments de fond étant, plus rigoureux en Chine, sur l'âge, l'empêchement ou encore sur l'état de santé des futurs couples.

542. De plus, concernant le consentement, le droit chinois partage beaucoup de points communs avec le droit français. Hormis une diversité porte sur le caractère dualiste du modèle du consentement en France, alors qu'en Chine, quelle que soit la nature de la procréation, le consentement préalable est donné à l'équipe médicale. L'uniformité du consentement facilite probablement la procédure. Toutefois, l'accord devant l'équipe médicale semble relativement léger par rapport à la gravité des conséquences sur les plans social et juridique issus de la procréation assistée. Il conviendrait de faire venir une personne compétente plus professionnelle et qui serait chargée de donner des renseignements sur les incidences juridiques, comme le juge ou l'agent du bureau des affaires civiles. Cela peut également rappeler l'importance d'un tel consentement à la PMA.

D'un autre côté, la dualité du consentement n'est pas satisfaisante en France. Elle est critiquée par Pierre MURAT. D'après lui, une telle modalité du consentement *a priori* « risque de créer des lourdeurs, des divergences de régime et des incertitudes »⁴²⁶.

⁴²⁶ Pierre MURAT, *Respect et protection du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès*, JCI. Civil Code, Art. 16 à 16-14, Fasc. 40.

Au regard de son importance dans la fin de recevoir de l'action⁴²⁷, selon lui, il « aurait été préférable de décider que le consentement soit donné en sa forme authentique »⁴²⁸.

Au regard des avantages et des points faibles des deux modes de consentement, dans les deux pays, compte tenu de son poids en matière de PMA, il serait préférable, à notre avis, que l'accord soit donné sous une forme authentique en France, et reçu par le juge ou l'officier du bureau des affaires civiles, en Chine.

Paragraphe 2. Les questions issues de la PMA

543. La généralisation de la technique de la PMA alourdit certaines questions juridiques, notamment celle de la filiation, puisque la conception de l'enfant par la PMA se différencie de celle par voie traditionnelle : la fécondation naturelle est remplacée par l'assistance extérieure. En parallèle, la notion de parenté biologique issue de certaines techniques, surtout exogènes, complique la parenté juridique.

A. L'établissement de la filiation issue de la PMA

a. L'établissement de la filiation en France

544. Le droit français n'envisage pas clairement le fait que les modes généraux d'établissement de la filiation s'appliquent également aux enfants issus de la PMA. En l'absence de statut séparé, nous en déduisons que les règles générales sont applicables. Il convient de distinguer deux points : la filiation d'un enfant né d'une PMA endogène et celle d'un enfant né d'une PMA exogène.

545. Concernant un enfant issu d'une procréation assistée endogène, la question de la filiation s'avère moins complexe, car les couples sont les parents biologiques. Lorsqu'ils se marient, la filiation maternelle est établie par l'acte de naissance de l'enfant où figure le nom de la mère. Parallèlement, la paternité est fondée sur la présomption au regard de l'article 312 du Code civil. *A priori*, l'action en contestation de paternité n'est pas possible, sauf si le mari de la mère peut prouver que la naissance de l'enfant ne provient

⁴²⁷ C.civ., art. 311-20.

⁴²⁸ Pierre MURAT, *op.cit.*, n°426.

pas de la procréation assistée effectuée entre lui et sa femme, mais du rapport charnel de sa femme avec un tiers.

Quant aux couples hors mariage, la présomption de paternité est écartée. En général, le concubin a la faculté d'établir la filiation par voie de reconnaissance, étant le père biologique de l'enfant issu de la PMA. Lorsqu'il n'a pas la volonté de reconnaître son propre enfant après avoir consenti à une PMA, sa responsabilité est engagée envers la mère et l'enfant en vertu de l'alinéa 4 de l'article 311-20 du Code civil. Sinon, la filiation paternelle peut être judiciairement déclarée par l'action en recherche de paternité.

546. S'agissant de l'établissement de la filiation d'un enfant issu d'une procréation assistée exogène, la situation semble plus délicate, car, avant tout, un des couples ou les deux (l'accueil de l'embryon) ne sont pas les parents biologiques, un tiers donneur est le parent véritable au sens biologique. De ce fait, un principe essentiel est dégagé sur le fondement de l'article 311-19 du Code civil : « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur. » L'exclusion de la vérité biologique ne se fonde pas sur la priorité de la vérité sociologique comme pour la possession d'état, mais sur l'ordre public, car le tiers donneur fait gratuitement un don et son acte est purement médical, n'ayant pas la volonté de s'engager dans un lien juridique.

Si les couples sont mariés, la modalité de l'établissement de la filiation est similaire à celle de la PMA endogène. La maternité est établie par l'acte de naissance de l'enfant et le mari de la femme devient naturellement le père de l'enfant, en présence d'un tel acte où son nom est désigné. À défaut de la désignation de son nom sur l'acte, le mari peut toujours établir la filiation par la reconnaissance. En cas d'un couple non marié, le père ne peut que recourir au mode de la reconnaissance.

547. Or, en vue de protéger la paix de la famille et l'intérêt de l'enfant contre le regret d'un des couples, toute action aux fins d'établissement de la filiation et en contestation de la filiation est interdite, de sorte que la reconnaissance de la paternité, dans la plupart des cas, devient irrévocable. Une fois qu'il fait la déclaration, il ne peut plus agir en

justice pour la remise en cause de la filiation établie. Cependant, il existe deux exceptions à cette rigueur.

D'une part, la filiation d'un enfant qui n'est pas issu de la PMA peut être remise en cause. Pourtant, dans le cadre d'un enfant né grâce à un don de sperme, l'action en contestation de la filiation n'est pas facile en raison de l'anonymat du tiers donneur et de l'absence de lien de sang entre le père et l'enfant. Les caractères génétiques du tiers donneur ne peuvent être connus, il est alors difficile de savoir s'ils sont compatibles avec ceux de l'enfant. De ce fait, le mari, le pacsé ou le compagnon de la mère qui consent à une PMA rentre dans un dilemme où la paternité est susceptible de lui être imposée par l'action en recherche de la paternité, bien qu'il ne soit pas le père génétique de l'enfant.

D'autre part, l'action relative à la filiation peut être formée contre la filiation d'un enfant issu de la PMA, lorsque le consentement est privé d'effets par le décès de l'une des parties, par le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, ou encore par la révocation d'un consentement sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 311-20 du Code civil.

b. L'établissement de la filiation en Chine

548. En dépit des progrès scientifiques en Chine, aucune loi n'a encore été rédigée pour traiter la question sur la filiation de la PMA, hormis une réponse issue de la Cour Populaire Suprême⁴²⁹ à la demande du tribunal du peuple élevé dans la province de Henan⁴³⁰, en 1991. La question a été soulevée concernant la filiation d'un enfant issu d'un don de gamètes au moment du divorce des époux, car tous deux avaient la volonté de garder l'enfant. Le juge du fond voulait savoir si le mari était le père de l'enfant, après la rupture du lien matrimonial avec la mère de ce dernier, bien que la conception s'appuie sur les gamètes du tiers.

⁴²⁹ (91) 民他字第12号, la réponse sur la filiation d'un enfant né d'une PMA après le divorce des époux demandeurs.

⁴³⁰ 冀法(民)(1991)43号, la question concernant la manière de déterminer la filiation d'un enfant issu de la PMA, après le divorce des époux.

La Cour Populaire Suprême a répondu que, dans l'hypothèse où une décision de procréation médicalement assistée serait prise pendant la vie matrimoniale avec le consentement du couple, le statut de l'enfant serait assimilé à celui de l'enfant né par procréation naturelle pendant le mariage. De cette réponse, nous pouvons dégager deux principes sur la filiation en matière de PMA ; d'une part, tout lien entre l'enfant et le tiers donneur doit être exclu; d'autre part, avec l'accord conjoint, l'enfant né de la PMA doit être considéré comme l'enfant propre de ces deux époux.

549. Le champ de la réponse est relativement limité, ne visant qu'une seule question. En réalité, les questions ont tendance à se multiplier : tout d'abord, celle de savoir, si des actions relatives à la filiation peuvent être engagées. Selon la réponse de la Cour Suprême Populaire, nous pouvons déduire que l'action aux fins de la filiation ou en contestation de la filiation est écartée, si les couples ont donné leur consentement auprès de l'équipe médicale avant la réalisation de la PMA. Nous ne savons pas, cependant, si cette interdiction sera levée dans le cas du décès, du divorce, de la séparation des époux, ou de la révocation de l'un d'entre eux avant l'opération de la PMA, car le droit chinois ne prévoit nulle part que le consentement est susceptible d'être privé des effets dans telle ou telle situation, comme c'est le cas en droit français.

550. À notre avis, en vue d'éviter ces inconvénients, il importe de prévoir la privation des effets du consentement en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou de cessation de la communauté de vie, avant la réalisation de la PMA.

Si la privation des effets du consentement était encadrée, elle permettrait au père d'échapper à une paternité par l'action en contestation de la filiation. Mais, en tenant compte du texte d'une telle action prévue par l'alinéa 1 de l'article 2 de la 3^{ème} « Interprétation », nous découvrons que cette action ne s'adapte pas à l'enfant issu de la procréation assistée. Au regard du rôle important de l'expertise biologique dans une telle action, nous avons conscience que son point-clé porte sur l'existence de la vérité biologique.

Toutefois, l'enfant issu de la PMA exogène ne dispose naturellement pas d'un lien de sang avec un des époux, mais avec un tiers donneur, exclu du lien juridique avec l'enfant, selon la réponse de la Cour de 1991. En cas de PMA endogène, si le conjoint de la mère est le père véritable de l'enfant, il ne pourrait pas non plus invoquer cette

action sur le fondement de la privation des effets de son accord avant la réalisation de l'opération. Ainsi, pour permettre à un père, dont le consentement est privé d'effets, d'intenter une action sans qu'il y ait d'obstacles, il serait convenable de prévoir des actions relatives à la filiation issue de la PMA, dont l'accent ne devrait pas être mis sur le lien de sang mais sur le consentement sans qu'il soit privé d'effets.

551. Concernant la filiation dans le cadre de la PMA, les législateurs des deux pays partagent certains points communs : en raison de l'ordre public, aucun tiers donneur ne sera engagé dans la responsabilité; De plus, le consentement pertinent du couple à la procréation assistée empêche toutes les actions relatives à la filiation. Cependant, au motif que le droit chinois ne prévoit pas la disparition de l'accord en cas de décès, de divorce, ou de séparation des conjoints, certains problèmes sont apparus.

De surcroît, bien que le droit chinois souligne la lucidité du consentement à la procréation assistée, faute de la disposition appropriée, la victime aura du mal à contester la filiation, elle devra donc subir une fausse paternité ou une autorité paternelle à laquelle, elle ne consent pas.

Or, comme en Chine, seules les couples mariés ont le droit d'accéder à la PMA ; cela implique que les questions à propos de la filiation sont moins compliquées. Sans le régime du mode d'établissement de la filiation, l'enfant né pendant la vie matrimoniale devient tout d'abord le descendant du couple (la réponse de la Cour chinoise de 1991 se fonde aussi sur ce principe), de sorte que le père ne puisse plus échapper à son rôle, lorsqu'il donne son accord sur la PMA.

Pour les couples hors mariage, la présomption de paternité ne s'applique plus en France. L'homme doit prendre l'initiative de reconnaître l'enfant. La crainte se lève, s'il n'a plus la volonté de le reconnaître. Heureusement, le législateur français a pensé à cette situation en prévoyant qu'une déclaration judiciaire de la paternité pouvait être prononcée sur le fondement de l'alinéa 5 de l'article 311-20 du Code civil.

Nous trouvons que, malgré la complexité de la réalité en France, son système actuel ne laisse que peu de questions sur la filiation de la PMA. Le législateur chinois, en revanche, ignore totalement l'influence de cette nouvelle technique dans le régime judiciaire ; de nombreux problèmes restent donc à résoudre.

B. L'anonymat du tiers donneur

552. Le principe de l'anonymat n'intervient qu'en cas de procréation assistée qui fait venir un tiers étranger. Selon les dispositions des deux pays, elles se mettent d'accord sur la nature anonyme du tiers donneur. En outre, il est formellement interdit d'établir la filiation à son égard⁴³¹. Toutefois, le débat reste vif, en Chine et en France, sur la levée de cet anonymat.

Le motif de l'anonymat du tiers donneur est fondé sur la protection de son identité pour éviter la pénurie des dons. Il contribue également à la « filiation la moins complexe possible »⁴³². De même, il ne faut pas oublier que la nature anonyme du tiers donneur assure la paix de la famille.

Le régime de l'anonymat concernant la PMA semble être du côté du tiers donneur, car sa volonté porte sur la contribution purement médicale et une telle générosité ne doit pas être attaquée ultérieurement.

553. Il est à souligner qu'en France, comme en Chine, le principe de l'anonymat n'est pas absolu. Plus précisément, l'anonymat du tiers donneur, en France, ne demeure qu'entre le receveur et le demandeur. En cas de nécessité thérapeutique, l'institution médicale a la possibilité d'être renseignée sur certaines informations du tiers donneur en application de l'article L1211-5 du Code de la santé publique.

En Chine, deux cas exceptionnels sont prévus selon l'article 6 du 2^{ème} chapitre de la partie 2 de la « Règlementation TPA ». D'une part, les personnes impliquées peuvent accéder à certaines informations du donneur et du receveur en montrant un motif justifié. D'autre part, l'anonymat peut être aussi écarté sous la demande de l'autorité judiciaire. Dans ces deux cas, l'autorisation du responsable de la banque de gamètes est obligatoire. Soulignons aussi qu'il s'agit d'une levée partielle, parce que l'information sur l'état civil du donneur et du receveur ne doit pas être divulguée.

⁴³¹ C.civ. art. 311-19 et Règlementation « PGPAECGM », Partie 2, 3^{ème} chapitre, art. 1^{er}.

⁴³² Jean-René BINET, *Anonymat du don de gamètes : toujours pas de violation du droit au respect de la vie privée*, Dr. famille 2013, comm. 113.

554. En comparant le champ du principe de l'anonymat dans les deux pays, nous nous apercevons que celui en France est plus étendu qu'en Chine où le receveur a accès à certaines informations du tiers donneur avec un motif justifié, ou inversement. Mais, le problème est le grand doute au sujet des motifs justifiés : pour quelle raison les intéressés sont-ils autorisés à déroger au principe de l'anonymat? Faute de précision, la décision appartient au responsable de la banque de gamètes. Une préoccupation monte dans la crainte que ce dernier abuse de son pouvoir.

Selon nous, il importerait de combler la lacune sur les motifs justifiés pour accéder aux informations sur le donneur et le receveur. Par la suite, il faudrait confier la mission du responsable de l'organisme au juge ou à l'officier du bureau des affaires civiles pour s'assurer qu'une telle autorisation comporte des raisons impératives et ne porte atteinte à la vie privée du receveur ou du donneur.

555. Nous remarquons que la France exige également le principe de l'anonymat dans la législation. Une telle interdiction met un obstacle à l'action en contestation de la filiation dans le cadre de la PMA exogène, lorsque le demandeur soupçonne que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée, mais d'un adultère de la mère. Une telle action risque de se heurter à l'anonymat du tiers donneur. La protection de l'intérêt de ce dernier nuit quelque fois à celui de l'autre partie, qui subirait une fausse paternité.

En vue d'harmoniser les intérêts entre les deux parties, nous pensons à l'autorisation d'une levée partielle de l'anonymat à l'instar de la situation en Chine, comme l'empreinte génétique du tiers donneur hormis son identité, sous réserve de l'ordonnance du juge, lorsque celui-ci l'estimerait nécessaire.

556. Malgré tout, en Chine et en France, l'identité du receveur ou du demandeur ne peut en aucun cas relever du tiers, en raison de l'ordre public. Cependant, nous ne pouvons pas négliger le fait que cette impossibilité empêche les enfants nés de la PMA de connaître leur origine et de détecter d'autres enfants issus du même donneur dans les deux pays.

557. En France, les enfants issus de la PMA tentent de connaître leur vérité biologique selon l'arrêt du tribunal administratif de Montreuil du 14 juin 2012⁴³³. Cependant, le juge a justifié le refus de CECOS sur la demande d'un enfant issu de la PMA pour accéder à l'identité du tiers donneur, en affirmant que « la règle de l'anonymat du donneur de gamètes répond à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur, n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne ainsi conçue ».

La non-dérogação au principe de l'anonymat du tiers donneur à la vie familiale a récemment été confirmée par l'avis du Conseil d'État du 13 juin 2013⁴³⁴. Il a accentué sur la compatibilité de la nature anonyme avec l'article 8 de la CEDH en exposant qu'« aucune discrimination, au sens de ces stipulations, ne frappe l'enfant issu d'un don de gamètes en matière d'accès à de telles données », « tout en garantissant le respect des droits et libertés d'autrui ».

Le débat ne semble cependant pas clos, malgré l'avis du Conseil d'État. Toutefois, les auteurs restent discrets, car la levée du secret sur l'identité des personnes impliquées est à double tranchant. D'après Younes BERNAND⁴³⁵, « la levée de l'anonymat s'accompagne [...] toujours d'une double exigence : sécuriser la filiation des parents d'intention et protéger le donneur contre toute velléité de lui faire endosser la paternité de l'enfant ». Si cette double exigence pouvait être assurée, l'ouverture d'informations « identifiantes » ou « non identifiantes » pourrait un jour être mise en place.

Il est possible de faire référence au régime d'accouchement sous X : sous réserve de l'accord du donneur, les enfants auraient la possibilité de connaître les informations qu'il aurait laissées, lorsqu'ils deviendraient majeurs. Cette suggestion contribuerait à assurer l'équilibre entre le désir des enfants de connaître leur origine et la protection de la tranquillité du tiers donneur.

558. En Chine, la question essentielle de la révélation de l'identité des tiers donneurs est identique : comment apaiser le conflit entre le droit des enfants et les intérêts des tiers donneurs ? De même, comment effacer la crainte des parents sociologiques ?

⁴³³ TA Montreuil, 14 juin 2012, n°1009924: JurisData n°2012-012516, JCP G 2012, 802, Jean-René BINET.

⁴³⁴ CE, avis, 13 juin 2013, n°362981: JurisData n°2013-011962, Dr. famille 2013, comm. 113, note. Jean-René BINET.

⁴³⁵ Younes BERNAND, *La place du tiers géniteur*, Dr. famille 2013, dossier 26.

Les auteurs tiennent à ce que le tiers donneur ne s’immisce en aucun cas dans la filiation des enfants issus de la PMA, parce que la levée du secret de son identité bouleverserait plus ou moins la stabilité de la famille et la relation harmonieuse entre les parents et l’enfant.

En revanche, par souci de mariages consanguins entre les futures générations, d’autres juristes⁴³⁶ suggèrent l’accès à l’identité des tiers donneurs. Mais, nous considérons que la probabilité d’occurrences est faible en Chine, puisque le recours aux gamètes d’un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants. Ce n’est donc pas un motif convaincant pour autoriser la levée de l’identité du tiers donneur.

559. En prenant en considération les débats dans les deux pays sur la levée de l’identité du tiers donneur, les opinions sont diverses. Il semble que, pour l’instant, la solution parfaite n’ait pas encore été trouvée.

Les deux pays se penchent sur la protection des tiers donneurs qui offrent leurs gamètes d’une manière complètement gratuite, dans le but de pallier la stérilité des couples. Par conséquent, il n’est pas juste de les mettre dans une situation embarrassante pour répondre à leur générosité, notamment en Chine : le consentement du conjoint du tiers donneur n’est pas nécessaire (v. supra n°540). Il est certain que la révélation de son identité menacera la relation conjugale. Ainsi, avant de trouver une mesure équilibrée, il ne faudrait pas qu’il y ait trop d’inconvénients dans le seul but de satisfaire à la curiosité de l’enfant par rapport à son origine.

Sous-section II. Les techniques contestées – la maternité pour autrui

560. Tant en France qu’en Chine, certaines techniques sont complètement prohibées, comme le clonage et la mère porteuse. Contrairement à l’interdiction de clonage dont la technique réalise la reproduction des organismes vivants pour obtenir des êtres génétiquement identiques, le débat sur la pratique de la maternité pour autrui est encore houleux, aujourd’hui, dans les deux pays.

⁴³⁶ Fang Dejing, *La réflexion sur l’éthique des enfants issus de la PMA*, Journal chinois sur la sexualité humaine, vol.22, No.1, janv, 2013, p.94.

561. La mère porteuse est une notion générale qui contient effectivement deux catégories :

d'un part, la gestation pour autrui en France et la gestation complète pour autrui en Chine. Cette technique permet de concevoir un enfant avec les gamètes du couple, pour des raisons de santé ou de non-volonté de la part de la femme. Il appartient à une autre femme de s'engager à porter et à accoucher de l'enfant. Dans ce cas, nous pouvons distinguer deux modalités de mères : la mère porteuse et la mère biologique.

La deuxième catégorie est la maternité de substitution en France et la gestation partielle pour autrui en Chine. Ici l'achèvement de la conception dépend des gamètes mâles d'un homme dont la femme est stérile. Une femme tiers sera inséminée artificiellement avec son sperme et accouchera. Dans cette hypothèse, biologiquement, la mère porteuse est la mère génétique de cet enfant.

Paragraphe 1. Le régime actuel de la mère porteuse

562. Que ce soit la gestation pour autrui (la gestation complète pour autrui) ou la maternité de substitution (la gestation partielle pour autrui), elles sont formellement interdites en France et en Chine. En vertu de l'article 16-7 du Code civil, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » sous l'abri de l'ordre public⁴³⁷. Cette interdiction est rappelée plusieurs fois dans les normes délivrées par le ministère de la santé en Chine⁴³⁸.

563. En cas de violation, plusieurs catégories de sanction peuvent être imposées dans les deux pays.

Selon le droit français, la maternité pour autrui constitue la substitution volontaire de l'enfant, ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant. Au regard de l'article 227-13 du Code pénal, trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende sont exigés. En outre, aux termes de l'alinéa 1 de l'article 227-12 du Code pénal, « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité,

⁴³⁷ C.civ., art. 16-9.

⁴³⁸ « Règlementation OSPA », art. 3, al. 2 ; « Règlementation TPA » 3^{ème} partie, art. 5 ; « Règlementation PGPAECGM », partie 1, 3^{ème} chapitre, art. 5.

les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître seront punis de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ». Cette peine est doublée, lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif. Ce dernier vise *a priori* les agences intermédiaires.

Or, la peine ne peut frapper les couples qui accomplissent toutes les démarches à l'étranger où la maternité pour autrui est autorisée, selon l'article 113-2⁴³⁹ et l'article 113-6⁴⁴⁰ de Code pénal. En conséquence, nous ne pouvons pas vraiment compter sur les punitions pénales des couples en mal d'enfant qui accèdent à cette pratique dans un autre pays.

En Chine, au regard de l'article 22 de la « Règlementation OTPA », la pratique de la maternité pour autrui est punie de 30 000 yuans d'amende (3750 euros) avec un avertissement de l'administration sanitaire. De plus, un emprisonnement de cinq ans peut être prononcé lors de l'abandon des enfants⁴⁴¹. Cependant, sans précision du législateur, il n'est pas certain que le fait de remettre un enfant à quelqu'un d'autre constitue un abandon.

564. Au regard des mesures punitives dans les deux pays, nous trouvons qu'elles ne sont pas vraiment performantes pour différentes raisons.

D'abord, les sanctions françaises sont moins efficaces, lorsque les couples font appel à une mère porteuse à l'étranger car, par la limite de la loi, dans l'espace, l'application du droit pénal national ne peut pas s'étendre à d'autres pays où la maternité pour autrui est valable. En Chine, face à l'ambiguïté des dispositions du Code pénal de la RPC et à la faiblesse de la sanction du règlement, la punition n'apparaît pas, non plus très frappante.

⁴³⁹ La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République.

L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire.

⁴⁴⁰ La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.

Elle 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.

⁴⁴¹ Code pén., RPC, art. 261.

Finalement, les activités de la maternité pour autrui persistent encore dans les deux pays. Si les Français choisissent d'aller dans d'autre pays pour chercher une mère porteuse en éludant la sanction du droit pénal, les Chinois trouvent ce service dans les marchés noirs locaux qui deviennent de plus en plus nombreux depuis ces dernières années.

565. En effet, les préoccupations de la mise en œuvre de la mère porteuse sont au nombre de quatre :

En premier lieu, l'application de la mère porteuse porte éventuellement atteinte à l'indisponibilité du corps humain. Cette préoccupation a été soulignée à l'occasion de l'arrêt fondateur de la mère porteuse en France⁴⁴². En l'espèce, une convention par laquelle une femme s'engageait, à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance a été annulée au motif de la violation du principe d'indisponibilité du corps de l'humain. À défaut de textes consacrant ce principe, à l'époque, le juge invoquait les articles 6 et 1128 du Code civil. En Chine, l'indisponibilité du corps humain est aussi reconnue. Aux termes de l'article 98 du droit civil, « les citoyens jouiront des droits de vie et de santé. ». Même si l'accent est mis sur la vie et la santé, dans un sens général, on peut déduire que « la santé » implique aussi l'indisponibilité du corps humain.

Nous nous demandons cependant, quel est le champ d'application de l'indisponibilité du corps de l'humain. Si la loi autorise le don d'organes dans des conditions strictes ou le don de sang dans les deux pays, le fait de la mère porteuse peut-il être considéré comme une branche de l'emprunt d'organes, en quelque sorte ? D'après JIAN Ming⁴⁴³, le développement de la technique médicale contribue à élargir la notion de la disponibilité du corps de l'humain. Par conséquent, le droit de disposer du corps tient non seulement à son intégrité mais aussi à sa disponibilité tout en ne lésant pas les intérêts des autres. Pour cette raison, il semble inapproprié d'interdire la mère porteuse sur le fondement de ce principe.

⁴⁴² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20105, Bull. ass. plén. 1991, n°4 ; JCP 1991, II, 21752, concl. Dontenwille, note F. Terré ; D. 1992, p. 417, rapp. Y. Charrier, note D. Touvenin.

⁴⁴³ En ce sens, V. JIAN Ming, *La protection juridique de la mère porteuse ainsi que les enfants issus de cette technique*, Journal de l'école normal du Hubei (Philosophie et science), vol. 32, No. 1, 2012, p.82-83.

566. En second lieu, la pratique de la maternité pour autrui risque d'instrumentaliser la femme gestatrice et de dégrader son statut au sein de la société. Dans de nombreux cas, celle qui accepte de porter l'enfant d'autrui reçoit en contrepartie une grosse somme d'argent. Quelquefois, dans les marchés noirs, la santé, les diplômes ou les critères physiques de la mère porteuse sont pris en compte par les demandeurs comme ceux de la rémunération, d'autant plus que, dans certains couples riches, la femme s'en sert pour éviter la grossesse et l'accouchement.

567. En troisième lieu, la pratique de la mère porteuse risque de provoquer des questions délicates en raison d'éléments inattendus, comme par exemple la pratique d'une interruption volontaire de grossesse (IVG). En cas d'insémination artificielle de gamètes, la mère porteuse n'est pas la mère biologique, si l'autorisation lui est ouverte ? De plus, si pendant la grossesse, les époux commanditaires renoncent au projet parental pour diverses raisons, alors que l'IVG n'est plus autorisée, quel sera le sort du bébé ? Enfin, les époux d'intention pourront-ils engager la responsabilité de la mère porteuse, si l'enfant né handicapé, du fait de ses mauvaises habitudes pendant la grossesse ?

568. Finalement, la mère porteuse provoque non seulement un trouble mais aussi une agitation, notamment sur la maternité, puisque « la pratique des mères porteuses introduirait la confusion au cœur de la notion même de maternité et susciterait l'avènement d'une nouvelle catégorie d'enfants, les enfants nés de mère indéterminée »⁴⁴⁴.

En France, l'accouchement est pris en compte pour désigner la mère. Ce principe peut se retrouver dans l'alinéa 2 de l'article 325 du Code civil⁴⁴⁵. Le fait de l'accouchement est la preuve essentielle pour établir la maternité. Dans le cadre de la gestation pour autrui ou de la maternité de substitution, c'est la femme gestatrice qui est censée être la mère véritable et non la femme commanditaire.

En droit chinois, c'est plutôt l'existence du lien de sang qui désigne la maternité. C'est la raison pour laquelle, dans les actions relatives à la filiation, le test d'AND, qui peut confirmer le lien de sang avec l'enfant, devient une preuve notable. Ainsi, il

⁴⁴⁴ Aude MIRKOVIC, *Mère porteuse : maternité indéterminée*, Dr. famille 2009, étude 24.

⁴⁴⁵ L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché.

faudrait distinguer deux situations: en cas de gestation complète pour autrui, la femme commanditaire serait la mère de l'enfant; en cas de gestation partielle pour autrui, ce serait celle qui porterait l'enfant et qui donnerait son ovule qui serait la mère. Cependant, cette deuxième hypothèse semble contradictoire avec la réponse issue de la Cour Populaire Suprême de 1991 sur la filiation issue de la PMA où le tiers donneur est exclu de la filiation juridique.

569. La réponse que nous induisons des dispositions juridiques françaises semble pertinente et cohérente. L'accouchement fait naître la maternité, que ce soit dans le cadre de la procréation naturelle ou de la procréation assistée; de cette façon, *a priori*, en aucun cas la maternité n'est établie auprès de la mère d'intention. En revanche, il est difficile de trouver une réponse dépourvue de précision sur ce sujet en Chine, car les droits actuels et la réponse judiciaire qui permettent d'éclairer la situation sont contradictoires vis-à-vis de la maternité en présence de mère porteuse. Cela conduit directement à des solutions divergentes sur la question : si la mère porteuse n'a pas la volonté d'établir la maternité, la mère d'intention le peut-elle, vis-à-vis de l'enfant qu'elle n'a pas mis au monde?

Au regard des jugements rendus en France, la situation apparaît en défaveur de la mère commanditaire. Dans un arrêt du TGI de Lille du 22 mars 2007⁴⁴⁶, le juge affirme que le refus de transcrire l'acte de notoriété du Ministère public à la demande de la femme commanditaire stérile, n'a pas commis une voie de fait et n'a pas agi en contrariété avec l'intérêt de l'enfant, car la possession d'état est viciée par l'infraction aux règles d'ordre public. De plus, les trois arrêts⁴⁴⁷ rendus le 6 avril 2011 confirment encore une fois, la détermination de la législation française par rapport à sa prohibition. Le juge a aussi approuvé le refus du juge du fond de transcrire un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère « fondée sur la contrariété au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes l'ordre public international françaises », bien qu'un jugement étranger ait reconnu la maternité et la paternité du couple français, conformément à la loi de l'État américain.

⁴⁴⁶ TGI Lille, 22 mars 2007, n°04/06873: JurisData n°2007-338352 ; Dr. famille, comm. 122, note Pierre MURAT.

⁴⁴⁷ Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n°09-66.486 : JurisData n°2011-005611.; Cass. 1re civ., 6 avril 2011, n°09-17.130 : JurisData n°2011-005607 ; Cass. 1re civ., 6 avril 2011, n°10-19.053 : JurisData n°2011-005609. Dr. famille 2011, étude 14, note Claire NEIRINCK.

Par ailleurs, l'adoption est jugée inadmissible par la mère d'intention, selon un arrêt de l'assemblée plénière du 31 mai 1991⁴⁴⁸, il s'agissait d'une femme qui était atteinte d'une stérilité irréversible ; son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, avait porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu. Dès sa naissance, l'enfant ne disposait que de la paternité. La demande formulée par la femme du père pour l'adoption plénière de cet enfant a été acceptée par la Cour d'appel, mais l'arrêt a été cassé par le juge de la Cour de cassation. D'après lui, une telle adoption n'était « 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 ».

La mère d'intention semble être privée de presque toutes les voies pour établir la maternité, en France. Mais, si la jurisprudence lui ferme la porte, une autre disposition lui ouvre une fenêtre. En vertu des articles 377 et 377-1 du Code civil, elle peut bénéficier d'une délégation de l'autorité parentale. En cas de séparation du couple, elle serait autorisée à garder le contact avec l'enfant qui a le droit d'entretenir des relations personnelles avec un tiers. La modalité des relations est soumise à la décision du juge au regard de l'intérêt de l'enfant en application de l'article 371-4 du Code civil. Sinon, « l'interdiction de l'adoption simple de l'enfant mineur par le conjoint à la suite d'une gestation pour autrui ne fait pas obstacle à une éventuelle adoption simple, de leur part, de l'enfant devenu majeur »⁴⁴⁹.

En Chine, en l'absence de positions judiciaires et de textes correspondants, il est impossible de connaître l'aptitude du juge concernant la filiation d'un enfant né d'une mère porteuse.

En pratique, la mère porteuse est, tout d'abord, considérée comme la mère par le fait que son nom est enregistré sur l'attestation de naissance de l'enfant délivrée par l'hôpital où elle a accouché. Pourtant, comme le droit chinois ne prévoit pas que l'accouchement attribue la maternité, la mère commanditaire peut demander d'établir une filiation en justice sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 2 de la 3ème

⁴⁴⁸ *op.cit.*, n°442.

⁴⁴⁹ Claire NEIRINCK, *La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né*, Dr. famille 2011, étude 14.

« Interprétation judiciaire » en faisant détruire la maternité en cas de gestation complète pour autrui, car elle est la mère biologique de l'enfant. Sinon, en cas de gestation partielle pour autrui, la mère commanditaire peut tout à fait adopter l'enfant de son mari, car aucun droit et aucune jurisprudence ne lui interdit d'adopter l'enfant de son mari.

570. Au regard du sort de l'enfant né d'une mère porteuse, grâce à l'abondante jurisprudence, la situation est très claire en France : la mère commanditaire n'a pas le droit d'établir la maternité avec l'enfant issu d'une mère porteuse. En outre, le législateur français ferme toute possibilité prévisible, y compris la voie de l'adoption. Cette solution est en accord avec le principe de prohibition de la maternité pour autrui.

571. En Chine, il s'agit d'« une zone grise ». En dépit de l'interdiction de cette pratique, la loi ne prévoit pas l'exclusion de la maternité de la mère d'intention. Par conséquent, l'action aux fins d'établissement de la filiation et l'adoption lui permettent d'accéder à la maternité.

La situation est plus inquiétante en Chine qu'en France. D'une part, le silence du droit laisse une grande interrogation sur le sort de l'enfant ; d'autre part, grâce à l'adoption et à l'action, un couple commanditaire peut contourner tous les inconvénients en ayant une filiation légale. En résumé, il existe une incohérence entre l'interdiction de la mère porteuse et la pratique, ce qui ne permet pas d'empêcher cette assistance en Chine.

Paragraphe 2. Vers la légalisation ou la prohibition continue ?

572. La maternité pour autrui est le fruit du progrès scientifique. Sur le plan de la technique médicale, elle rallume l'espoir chez les époux en mal d'enfant. Bien qu'elle soit clairement prohibée, le débat sur son application est toujours vif dans les deux pays.

573. En Chine, contrairement à la pénurie des jurisprudences, les propositions des juristes sont assez riches. On peut les distinguer en deux camps : le pour et le contre.

Tout d'abord, il faut souligner que, parmi les adeptes, certains⁴⁵⁰ restent plus discrets que d'autres en proposant de n'ouvrir ce régime qu'à la gestation complète pour autrui (gestation pour le compte d'autrui) et non à la gestation partielle pour autrui (maternité de substitution) par souci de promulguer la filiation avec l'anéantissement de la filiation biologique. À la différence des inséminations artificielles des gamètes, ce type de mère porteuse s'engage non seulement à consacrer ses ovules, mais aussi à porter cet enfant pendant plusieurs mois. Sur le plan biologique, elle est la mère véritable. Sur le plan psychologique, il est cruel de casser le lien du sang d'une manière brutale surtout dans un pays où la vérité biologique occupe une place suffisamment importante.

En tenant compte de l'actualité, les époux d'aujourd'hui, en Chine, sont toujours fidèles à la famille traditionnelle dont l'un des objectifs est d'avoir un enfant lié par le sang. Malgré la voie de l'adoption, le désir ne baisse pas pour autant. Mais, à cause de la pollution, du stress, du mode de vie, environ 40 millions de Chinois sont infertiles⁴⁵¹.

Ainsi, s'il existe une possibilité de réaliser le désir, il est irrésistible, pour eux, d'y recourir. C'est aussi la raison pour laquelle les marchés noirs proposant les services de la mère porteuse explosent, bien que cette technique soit formellement interdite par les règlements du ministère de la santé. Par conséquent, « face au désir des époux et à la prospérité des marchés illégaux, l'interdiction ne semble pas opportune, d'autant plus qu'il est difficile de l'écarter radicalement »⁴⁵².

En outre, certains auteurs soutiennent la pratique de la mère porteuse en se fondant sur le droit à la procréation. Selon CHEN Ailin, « le droit à la procréation ne dépend pas de la santé des époux. Qu'ils soient stériles non, ils disposent de ce droit de manière

⁴⁵⁰ WU Guoping, *Le régime et l'effet juridique de la convention de la gestation complète pour autrui*, Journal de l'université de science politique et droit de Shanghai, vol 28, No.4, juillet 2013, p.46 et ZENG CaiLin, *La réflexion sur la mère porteuse entre le droit et la réalité*, Journal de l'institut du mass media vocationnel technique, vol. 13, No.2, mars 2013, p.89.

⁴⁵¹ GUI Juan, *le nombre d'infertilités en Chine est quatre fois supérieur à celui qui existait il y a 20 ans*, Xinhua wang, 12 déc. 2012.

<http://news.qq.com/a/20121202/000525.htm>

⁴⁵² MA Tianzhu, *Les conditions de légalisation et la définition de la maternité pour autrui*, Le droit et le citoyen, No.10, 2011, p.23.

égale »⁴⁵³. Par ailleurs, le mode de procréation fait partie de ce droit ; ainsi, les couples infertiles sont libres de choisir d'avoir un enfant par le biais d'une mère porteuse. En conséquence, « l'interdiction de la mère porteuse risque de violer le droit à la procréation de la femme demandeuse et de la mère utérine »⁴⁵⁴.

574. Pour ces motifs, les auteurs souhaitent ouvrir la pratique de la mère porteuse. Les conditions des demandeurs ou des mères porteuses devraient être prévues par la loi. À titre d'exemple, seuls les couples stériles pourraient accéder à cette technique. Concernant la mère utérine, elle devrait être mariée et avoir au moins un enfant⁴⁵⁵.

Avant tout, une convention de maternité pour autrui serait indispensable. Les deux parties se chargeraient d'exprimer leur consentement non vicié au moment de la signature dans l'agence intermédiaire ; son organisation serait précisément encadrée par la loi. Du fait de la gravité d'une telle convention, il serait préférable d'établir un organisme qui aurait pour mission de contrôler chaque demande⁴⁵⁶ ; les conditions et les effets de la mise en œuvre de cette technique seraient bien stipulés dans la convention pour protéger les intérêts des deux parties.

Ensuite, afin de ne pas instrumentaliser la femme gestatrice et de ne pas non plus commercialiser les enfants, la mise en place de la maternité pour autrui devrait être gratuite. En revanche, en raison des sacrifices de la mère porteuse, il conviendrait de lui verser une allocation en acceptant toutes les charges pendant la grossesse.

575. D'un autre côté, les opposants critiquent le fait que l'intervention de la mère porteuse dénature la gestation en brisant le processus de la procréation. Parallèlement, la pratique de la mère porteuse dissocie le mariage, la conception, la mère biologique ainsi que la mère porteuse. Une telle technique contredit également le caractère sacré de la procréation et nuit à la dignité de la personne humaine.

⁴⁵³ Chen Ailin, *La discussion sur la question juridique de la convention de la mère porteuse*, Journal de l'université du Radio & TV du Ning Bo, vol 10, No.1, mars.2012, p.68.

⁴⁵⁴ JIAN Ming, *op.cit.*, n°443, p.82.

⁴⁵⁵ En ce sens, V. WU Guoping, *op.cit.*, n°450, p.49.

⁴⁵⁶ En ce sens, V. LI Xiaoning, ZHANG Xiaomin, XU Huan, *La possibilité de la légalisation de la mère porteuse*, Vision légale, mars, 2013, p.245.

Par ailleurs, il est absurde de transférer le droit de procréation à un tiers. Au fond, c'est un échange rémunéré. Peu importe le motif de paiement : le dédommagement ou les frais du service, « sa finalité est de rendre un service de la gestation à la mère d'intention »⁴⁵⁷.

576. Malgré tout, nous trouvons qu'il est important de publier une loi soit pour confirmer les règlements du ministère de la santé soit pour les autoriser en prenant en considération de multiples propositions des juristes sur ce point, en Chine. Le plus urgent est de prévoir un régime pour la mère porteuse en répondant aux questions relatives à la filiation, en raison de la popularité du marché noir en Chine. À mon avis, la maternité pour autrui est une technique très attractive pour les couples en mal d'enfant, notamment en Chine, où la procréation occupe encore une place considérable. On doit profiter du succès scientifique pour rendre les gens plus heureux. En outre, par rapport à d'autres techniques interdites comme le clonage, celle de la mère porteuse occasionne des problèmes moins graves, à condition qu'on prévoie un régime particulièrement précis en tenant compte de chaque détail, tels que la convention de la maternité pour autrui, les conditions du couple commanditaire et de la mère porteuse, les conséquences de la rupture de la grossesse, etc.

577. En France, la tentative de légaliser la mère porteuse est plus concrète. À part les propositions des auteurs et de multiples jurisprudences, le 25 juin 2008, un rapport sur la maternité pour autrui a été rendu au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois du Sénat⁴⁵⁸ autorisant la gestation pour autrui sous des conditions strictes, en tenant compte de l'ampleur de cette pratique, soit en secret soit à l'étranger. Selon ce rapport, il y aurait entre soixante et cent couples recourant chaque année au service d'une mère de substitution.

Le rapport défend un par un les points préoccupants provoqués par l'autorisation de la maternité pour autrui.

Concernant la protection du corps humain, il invoque l'article 16-6 du Code civil et l'article 16-3 du Code civil : il est possible de porter atteinte à l'intégrité du corps

⁴⁵⁷ LI Xiaonong, *La convention de la gestation pour autrui et le phénomène de la mère porteuse*, Le droit de la santé en Chine, vol.19, No.6, sept. 2009, p.58.

⁴⁵⁸ Rapp. Sénat, N°421, 2007-2008, sur la maternité pour autrui.

humain en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ; il conclut que « le corps humain se trouve ainsi exclu de la sphère marchande, mais pas de tout commerce juridique »⁴⁵⁹.

Ensuite, il souligne que « l'obligation de gratuité interdirait la marchandisation »⁴⁶⁰, précisant que « la maternité pour autrui n'est [...] pas en elle-même contraire au principe de dignité de la personne humaine et devrait pouvoir être admise dès lors qu'aucune transaction financière ne serait autorisée et qu'elle serait vécue comme un don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi »⁴⁶¹.

Enfin, compte tenu de l'affection attachée à l'enfant né, il prévoit même la possibilité, pour la mère utérine, de déclarer sa volonté trois jours à partir de l'accouchement.

La proposition du groupe du travail sénatorial n'a pas été retenue dans le projet de loi examiné par le Parlement en avril 2011.

578. Un an après la publication de ce rapport, le conseil d'État⁴⁶² a rendu un avis défavorable à la légalisation de la mère porteuse notamment en raison de deux points :

D'une part, l'intérêt des enfants serait en danger à cause de l'abandon par la mère gestatrice, et le traumatisme risque donc de l'accompagner toute sa vie. Bien que selon le groupe du travail du sénat, « la maternité pour autrui ne constitue pas un abandon, puisque l'enfant, loin d'être brutalement et tragiquement délaissé par ses parents, est au contraire fortement désiré dès sa conception, et accueilli par ses parents intentionnels dès sa naissance »⁴⁶³.

D'autre part, l'intérêt de la mère porteuse peut être menacé. Physiologiquement, il serait difficile de se séparer de l'enfant dont la femme accouche, car « selon de nombreuses études, le lien mère-enfant se construit dès avant la naissance »⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ *op.cit.*, n° 458, p. 57.

⁴⁶⁰ *op.cit.*, n° 458, p. 58.

⁴⁶¹ *op.cit.*, n° 458, p. 60.

⁴⁶² Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique, étude adoptée par l'Assemblée plénière*, 9 avril 2009.

⁴⁶³ *op.cit.*, n° 458, p. 62.

⁴⁶⁴ *op.cit.*, n° 458, p. 64.

Sociologiquement, le fait de choisir d'être la mère porteuse aurait une influence négative tant sur ses propres enfants que sur sa famille.

579. Au regard des opinions des juristes supporteurs dans les deux pays, l'accroissement de la maternité pour autrui pratiquée en secret constitue l'une des raisons importantes visant son ouverture d'une manière vigilante. Pourtant, nous nous demandons si ce motif mériterait d'« ébranler le fondement même de la filiation, la maternité, liée à la mise au monde de l'enfant »⁴⁶⁵.

Concernant la prospective de la pratique de la maternité pour autrui dans les deux pays, que ce soit une interdiction absolue ou une autorisation conditionnelle, la réponse reste en suspens. Nonobstant les inconvénients provoqués, il est indéniable que cette technique contribue à réaliser l'aspiration des couples inféconds.

Or, la faisabilité de ces pratiques semble encore illusoire. À titre d'exemple, les supporteurs chinois et français proposent la gratuité du service de la maternité pour autrui. Pourtant, « la seule prise en charge des frais et le seul dédommagement de la femme s'apparentent très facilement à une rémunération [...] en pratique, la femme peut recevoir un "cadeau" en remerciement. Il est évident que le cadeau en question (une voiture, un voyage) fait le plus souvent partie intégrante du contrat. La loi qui interdit la rémunération peut donc être très facilement contournée et n'est pas une garantie »⁴⁶⁶. De plus, comment établir un compromis entre les intérêts des enfants et les désirs des couples commanditaires ? Comment assurer l'équilibre entre la mère d'intention et la femme gestatrice, lorsque cette dernière ne veut plus remettre l'enfant ou qu'elle désire renoncer à effectuer le projet parental du couple tiers pendant la grossesse ?

Ces questions, parmi d'autres, constituent le socle de la pratique de la maternité pour autrui. Il s'agit d'un travail très lourd et les législateurs des deux pays ne semblent pas prêts à répondre à ces questions, puisqu'une fois que la brèche serait ouverte, d'autres inattendues surgiraient.

⁴⁶⁵Aude MIRKOVIC, *op.cit.*, n°444.

⁴⁶⁶Aude MIRKOVIC, *À propos de la maternité pour autrui*, Dr. famille 2008, étude 15.

Section II. L'incidence de la planification familiale en Chine

580. En Chine, la politique démographique s'applique pendant une trentaine d'années, ayant traversé de nombreuses censures. Elle est surtout critiquée par les militants des droits de l'homme.

Le système du contrôle des naissances est l'objet des contextes socio-économiques. Durant ces années, les résultats sont satisfaisants. Néanmoins, de nombreux problèmes demeurent cachés derrière la victoire de cette politique. C'est la raison pour laquelle plusieurs propositions sont apparues pour l'assouplissement.

Sous-section I. Le régime actuel

581. Des questions se posent avant tout : quelles sont les raisons de la rédaction de ce fameux planning familial? Sur le plan juridique, quelles sont ses dispositions exactes? Enfin, en tant que régime innovant, a-t-il atteint ses objectifs ?

Paragraphe 1. Les raisons de la politique de l'enfant unique

582. La raison essentielle de sa promulgation est issue de l'inquiétude de la surpopulation de la Chine en 1970, qui atteignait huit cents millions d'habitants, ayant suivi le slogan «人多力量大 » (plus d'habitants, plus de puissance) et une promotion pour la «光荣妈妈 » (la mère qui accouchait de plus de dix enfants obtenait un certificat d'honneur), afin d'encourager la procréation, car, au début de la libération de la Chine, la population n'était que de quatre cents millions d'habitants.

Ces chiffres de 1970 préoccupaient le gouvernement. Plus particulièrement, en raison de l'encouragement de la procréation dans les années 50-60, l'accroissement de la natalité semblait déjà hors contrôle à cette époque, au regard du taux de natalité qui atteignait 5,83%. À la même époque, la population en France était de 50 528 219⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ INSEE, *Composantes de la croissance démographique, France métropolitaine*.

http://www.insee.fr/fr/themes/detail.asp?ref_id=bilan-demo®_id=0&page=donnees-detaillees/bilan-demo/pop_age3.htm

d'habitants, étant presque 160 fois inférieure à celle de la Chine, et le taux de natalité n'était que de 1,6% entre 1970-1975⁴⁶⁸.

583. Par ailleurs, la surpopulation a conduit à la baisse de la qualité de vie à plusieurs niveaux (sécurité sociale, éducation, chômage, logement, etc.). Elle touchait aussi le développement économique, de sorte que les incidences étaient incompatibles avec les « quatre modernisations » introduites par ZHOU Enlai en 1962 et concrétisées par DENG Xiaoping en 1979. L'objet de cette réforme était d'améliorer la qualité de vie du peuple.

Paragraphe 2. Les dispositifs concernant le système du contrôle des naissances

584. Avec l'ampleur de la population et la nécessité d'un développement économique, dès décembre 1973, la politique « 晚、稀、少 » (mariage tardif, 25 ans pour l'homme et 23 pour la femme; naissances peu rapprochées : la durée de la naissance d'une famille s'écartait plus de quatre ans; peu nombreuses : deux enfants maximums issus d'un foyer) a été mise en place.

La politique de l'enfant unique, introduite dans la Constitution depuis 1978, est mentionnée deux fois dans le droit du mariage de 1980, l'alinéa 3 de l'article 2 et l'article 12, une fois par allusion, avec l'encouragement du mariage et à la procréation « tardifs »⁴⁶⁹.

Afin de continuer à appliquer la politique démographique et à la mettre à jour, en 2002, le droit de la population et du planning familial est né. La finalité de cette politique a été réaffirmée : « elle est fondée sur la possibilité de réaliser un développement harmonieux entre la population et l'économie, la société, les ressources, l'environnement »⁴⁷⁰.

585. Par ailleurs, il importe de souligner que cette politique est limitée à l'appartenance à une ethnie et à l'origine. Elle vise particulièrement l'ethnie Han qui

⁴⁶⁸ Fabienne DAGUE, *La population de la France, une croissance sans précédent depuis 1946*, t, Division enquêtes et études démographiques, Insee, N° 444 – avril 1996.

⁴⁶⁹ Droit du mariage de 1980, art. 5.

⁴⁷⁰ Droit de la population et du planning familial, art. 1^{er}.

présente 91,59% de la population totale⁴⁷¹. Concernant l'ethnie minoritaire, la politique de natalité est relativement moins sévère. À cet égard, la réglementation de la population et du planning familial de la région autonome Zhuang du Guangxi a énoncé que « les couples "non-Han" [étaient] autorisés à avoir un deuxième enfant à condition que la population de leur ethnie aient été inférieurs à dix millions »⁴⁷².

En outre, le système de contrôle des enfants est moins sévère pour ceux qui possèdent le livret de famille rural car, chez les paysans, le niveau d'éducation est largement moins élevé et certaines traditions, comme la priorité des garçons sur les filles persistent encore. Il est difficile dans les campagnes d'appliquer radicalement la politique de l'enfant unique ; certaines mesures d'atténuation ont alors été mises en place. À titre d'exemple, la province de Jiangsu permet à la femme rurale d'accoucher d'un deuxième enfant, lorsque son mari n'a pas de frères et que le premier enfant est une fille⁴⁷³.

586. Par la suite, afin de promouvoir et de contrôler le planning familial, une série de mesures a été mise en place.

D'un côté, le droit de la population et du planning familial prévoit des récompenses visant les mariages tardifs et les couples ayant un enfant unique. Concernant le mariage tardif, l'âge est encadré par le gouvernement local. D'après l'article 24 de la réglementation de la population et du planning familial de Shanghai⁴⁷⁴, le seuil de l'âge est de 25 ans pour les garçons et de 23 ans pour les filles. Sur l'accouchement tardif, le premier bébé naît en général, lorsque la mère a plus de 24 ans.

Par ailleurs, les moyens de récompense sont variables. Les couples qui se marient tard profitent de plus de congés⁴⁷⁵. Ceux qui respectent la politique de natalité obtiennent un certificat avec une récompense dont le montant varie en fonction des réglementations administratives de chaque province⁴⁷⁶. À Shanghai, ceux qui se marient

⁴⁷¹ Les chiffres issus du 5^e recensement de la RPC en 2000.

<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/renkoupucha/2000pucha/html/10201.htm>

⁴⁷² L'acte de la population et du planning famille de la région autonome Zhuang du Guangxi, art. 14-7.

⁴⁷³ L'acte de la population et du planning famille de Jiangsu, art. 23-4.

⁴⁷⁴ L'acte a été adopté par le 12^{ème} comité permanent de l'Assemblée populaire de Shanghai le 31 déc. 2003.

⁴⁷⁵ Droit de la population et du planning familial, art. 25.

⁴⁷⁶ Droit de la population et du planning familial, art. 26.

tardivement bénéficient de plus de 7 jours que les autres⁴⁷⁷ et les congés pour l'accouchement sont majorés de 30 jours⁴⁷⁸. D'un autre côté, ce droit fixe des sanctions affectant surtout ceux qui fabriquent frauduleusement le certificat de l'enfant unique⁴⁷⁹ ou l'établissement médical⁴⁸⁰ qui procède à l'avortement forcé ou qui se sert des techniques médicales pour détecter le sexe de l'enfant⁴⁸¹.

587. En ce qui concerne les couples eux-mêmes, l'administration locale est habilitée à mettre en place des mesures disciplinaires, comme les soutiens sociaux⁴⁸². Cette sanction administrative est aujourd'hui problématique à cause de sa destination mystérieuse. En 2013, après 11 ans de travail, le bureau d'audit national a publié un rapport montrant le désordre du soutien social en Chine. Dans certaines provinces, cette mesure disciplinaire devient une cause de corruption. Quant à son montant, selon l'organisation des soutiens sociaux à Shanghai, les charges sont fixées à la moitié des revenus annuels en moyenne⁴⁸³. Cependant, elles s'alourdissent, lorsque les couples ont plus de deux enfants, jusqu'à six fois leurs revenus annuels⁴⁸⁴.

Sous-section II. Les perspectives de la politique de l'enfant unique

588. La limitation des naissances a fait baisser la population en Chine. Potentiellement, elle a, en même temps, augmenté la qualité de vie. Elle a aussi contribué à réduire les charges de la famille. Par conséquent, les enfants peuvent profiter d'une meilleure éducation et de meilleures circonstances de croissance que leurs parents pourront leur offrir. En quelque sorte, la politique de l'enfant unique correspond à l'idée de l'eugénisme.

⁴⁷⁷ L'acte de la population et du planning familial, art. 33, al. 1^{er}.

⁴⁷⁸ L'acte de la population et du planning familial, art. 33, al. 2.

⁴⁷⁹ Droit de la population et du planning familial, art. 36.

⁴⁸⁰ Droit de la population et du planning familial, art. 37.

⁴⁸¹ Concernant le premier fait, si le profit illégal était au-delà de cinq mille yuans, de deux à dix fois d'un tel montant de l'amende serait imposé ; si le projet illégal était de moins de cinq mille yuans, une amende de cinq mille jusqu'à vingt mille yuans serait prononcée. S'agissant du second fait, l'amende est variable entre deux et six fois le profit illégal dont le montant est de plus de dix mille yuans. Lorsque ce profit est inférieur à dix mille yuans, l'amende est de moins de trente mille yuans.

⁴⁸² Le soutien social vise spécialement les couples qui dérogent à la politique de l'enfant unique en allouant une partie d'investissement du gouvernement pour le besoin des services publics. Il fait partie des charges administratives d'une manière obligatoire.

⁴⁸³ Dispositifs de l'organisation des soutiens sociaux du Shanghai, art. 5.

Or, il ne faut pas négliger que de multiples problèmes sont survenus en raison de sa mise en place. Au fil du temps, ces inconvénients sont devenus de plus en plus gênants (Paragraphe 1). Ainsi, une question se pose naturellement sur la nécessité de la conservation de la politique démographique aujourd'hui (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les problèmes provoqués

589. L'essor économique à ce jour est l'un des fruits de l'application de la politique de l'enfant unique. Par ailleurs, elle contribue à résoudre la crise de la pénurie alimentaire dans les années 80. Toutefois, ce système juridique a rompu l'ordre naturel, engendrant aussi certains problèmes sensibles.

590. D'abord, le planning familial est à l'origine de vieillissement de la population, car la politique du contrôle des naissances n'est pas rétroactive.

Au fil du temps, cette population vieillissante risque d'alourdir les charges de l'État dans les années à venir. Selon le bilan du sixième recensement, en 2011, la proportion des 60 ans atteint 13,26%, le chiffre ayant augmenté de 2,93% par rapport au dernier recensement en 2000⁴⁸⁵.

Si le vieillissement démographique est un problème mondial, il semble être plus grave en Chine. À titre comparatif, en France, il aura fallu 115 ans (de 1865 à 1980) pour que la proportion de personnes âgées passe de 7 à 17 %, tandis qu'en Chine, ce délai est écourté à 27 ans (de 2000 à 2027) pour voir la proportion des 60 ans passer de 10 à 20 %⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Dispositifs de l'organisation des soutiens sociaux du Shanghai, art. 7.

⁴⁸⁵ Yingjiesheng.com, *le reportage du sixième recensement : l'accélération de proportion de personnes âgées*. 17 janv. 2011.

<http://topic.yingjiesheng.com/shehuixuelunwen/renkou/060VUH32012.html>

⁴⁸⁶ Who information, *le vieillissement de la population : un problème majeur pour la santé publique*, aide-mémoire N°135.

<https://apps.who.int/inf-fs/fr/am135.html>

Soulignons en même temps que l'augmentation de la population vieillissante conduit directement et simultanément à la pénurie de main-d'œuvre. Ce problème risque de toucher fortement le développement économique de la Chine dans les années à venir.

591. En outre, la politique du planning familial provoque le déséquilibre entre les sexes. Comme dans les provinces sous-développées où les garçons sont plus attendus que les filles, les couples pratiquent l'IVG pour s'assurer que le seul enfant à qui ils donneront naissance soit un garçon. Bien que soient interdites toutes les pratiques de techniques médicales ayant pour objet de connaître le sexe de l'enfant pendant la grossesse, compte tenu des sanctions⁴⁸⁷ et des contrôles moins stricts, les femmes sont aujourd'hui moins nombreuses que les hommes. En suivant cette tendance, si aucune mesure préventive n'est mise en place, en 2020, 40 millions d'hommes ne pourront pas trouver de femme⁴⁸⁸. Par ailleurs, le déséquilibre des sexes risque d'aggraver la prostitution et d'entraîner le trafic de filles dans les villages lointains.

La politique démographique incite également les faits d'abandon ou d'infanticides des filles nées, les intérêts supérieurs des enfants sont ainsi lésés.

592. De surcroît, la limitation des naissances minimise la structure familiale de la Chine : deux parents et un enfant constituent aujourd'hui la structure classique. D'une part, cette composition contribue à rapprocher les membres de la famille; d'autre part, elle alourdit la responsabilité des enfants et le système de la sécurité sociale.

593. En vue d'atténuer la politique sévère du planning familial, de nombreuses réglementations locales de la population et du planning familial adoptées par les assemblées populaires locales et leurs comités permanents autorisent les couples à avoir un deuxième enfant, lorsque le premier est une fille, sous certaines conditions, ce qui montre une discrimination abusive entre les garçons et les filles.

Ce qui est paradoxal, c'est que d'un côté, on s'inquiète du déséquilibre des sexes en raison de l'inégalité du statut entre la fille et le garçon dans les villages moins

⁴⁸⁷ « Règlementation OTPA », art. 22-4 prévoit que l'utilisation de la technique pour le besoin de connaître le sexe des enfants serait punie de 30,000 yuans d'amende (3750 euros) avec l'avertissement de l'administration sanitaire.

⁴⁸⁸ Online.SH, *le déséquilibre de sexe en Chine : en 2020, plus de 40 millions d'hommes auront du mal à trouver une femme*, 28 févr. 2012.

http://news.online.sh.cn/news/gb/content/2012-02/28/content_5156231.htm

développés, de l'autre, on encourage indirectement l'existence de cette discrimination. Parallèlement, elle apparaît aussi dans les profits offerts aux couples qui se marient tard ou aux femmes qui accouchent tard.

Paragraphe 2. L'avenir du système

594. De nos jours, le problème de la surpopulation est moins grave. Le taux de natalité est passé de 20% à moins de 10% de la population mondiale. Si ce rythme est suivi, dans une dizaine d'années, l'Inde pourra détrôner la Chine⁴⁸⁹. En revanche, les problèmes issus de ce régime sont inquiétants. C'est la raison pour laquelle nous nous demandons s'il est nécessaire de conserver le planning familial.

595. L'augmentation de la population ne fait plus partie des principales inquiétudes de la société. D'après WANG Lintian, « à ce jour, la politique de l'enfant unique atteint déjà son objectif. Toutefois, face au risque d'une deuxième naissance de la surpopulation en Chine, il faut continuer à appliquer la politique actuelle. Or, il importe d'ajuster ce système en s'adaptant à la tendance du développement de la population ainsi qu'à l'évolution de la société »⁴⁹⁰.

596. En réalité, sur le fondement de l'article 18 du droit de la population et du planning familial de la RPC, il est possible que les réglementations locales tempèrent la politique de l'enfant unique en autorisant les couples, sous certaines conditions, à avoir un deuxième enfant. À titre d'exemple, au regard de la réglementation de la population et du planning familial de Shanghai, les membres des couples étant eux-mêmes des enfants uniques peuvent avoir deux enfants⁴⁹¹. Ainsi, nous affirmons qu'aujourd'hui, la politique de l'enfant unique n'est plus une priorité de l'État.

Une décision du Comité central (CC) du Parti communiste chinois (PCC) a été prise le 12 novembre 2013, lors de la troisième session plénière du 18e CC du PCC. Cette décision a apporté quelques réformes dans plusieurs domaines : le marché

⁴⁸⁹ Chinanews.com, *L'Inde aurait la plus grande population au monde en 2028*, 12 juil. 2009.

<http://www.chinanews.com/gj/gj-ywdd/news/2009/07-12/1771463.shtml>

⁴⁹⁰ WANG Lintian, *Réorganisation d'une manière appropriée du planning familial en Chine*, Revue de connaissance et des économies, No. 10, 2010, p.90.

⁴⁹¹ L'acte de la population et du planning familial, art. 25 (-).

économique, l'éducation, la retraite, etc. Elle a notamment ouvert la possibilité au couple, dont l'un des membres n'est pas un enfant unique, d'avoir un deuxième enfant.

597. En revanche, il n'est pas question de supprimer le contrôle des naissances. Nous pouvons penser que l'atténuation de la rigueur d'un tel régime sera une tendance inéluctable en raison des contextes sociaux dans les années à venir. Pourtant, par crainte de l'explosion de la population comme dans les années 70, le système du contrôle des naissances existera toujours en Chine.

SOUS-PARTIE II. LA FILIATION ADOPTIVE

598. En France, l'adoption se définit comme « un lien de filiation d'origine exclusivement volontaire entre deux personnes qui, normalement, sont physiologiquement étrangères »⁴⁹². Selon Jean CARBONNIER, « la filiation adoptive est une filiation purement juridique, reposant sur la présomption d'une réalité non pas biologique, mais effective : à la demande d'une personne, le droit établit artificiellement entre elle et une autre personne un rapport de père (ou de mère) »⁴⁹³.

En Chine, l'adoption est « le fait juridique, l'enfant d'un tiers sera considéré comme le propre enfant de l'adoptant par l'institution, de sorte que tous les droits et devoirs s'attachant aux parents naturels sont dévolus aux parents adoptifs »⁴⁹⁴.

Tant en Chine qu'en France, l'adoption est une mesure efficace visant à satisfaire les couples en mal d'enfant.

À la différence de la filiation naturelle, la filiation issue de l'adoption dépend de la volonté des adoptants. Ainsi, elle est nommée parfois filiation élective ou filiation fictive en France, et filiation imitée⁴⁹⁵ en Chine

599. L'adoption existe depuis longtemps dans le système juridique en France comme en Chine. Il est nécessaire de remonter aux origines pour connaître les anciens régimes de l'adoption, ce qui nous permettra de comprendre ce qu'il en est aujourd'hui.

En France, l'adoption date du droit romain. Son objectif se fondait tant sur la conservation du nom qui risquait de s'éteindre, que sur la continuation du culte des ancêtres. Sous l'ancien droit de la France, l'adoption a curieusement disparu. Nous supposons que sa notion était incohérente avec le régime de l'Église où l'accent était mis sur la pureté de la race et sur le rôle important de la parenté spirituelle issue du caractère sacré du mariage ; la préférence était donc donnée aux enfants légitimes.

⁴⁹² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2007.

⁴⁹³ Jean CARBONNIER, *op.cit.*, p. 1109, n°512.

⁴⁹⁴ Ming Xun, *Droit de la famille et de la succession*, Université de la presse du Wuhan, 2011, p. 161.

⁴⁹⁵ 拟制血亲.

Il a fallu attendre la promulgation du Code civil où l'adoption a enfin été officiellement rétablie avec un régime très restreint. Elle n'était ouverte qu'aux personnes âgées de plus de cinquante ans qui n'avaient pas ni enfant ni descendant, et seuls les enfants majeurs étaient adoptables.

La Première Guerre mondiale (1914-1918) a été à l'origine d'orphelins de tout âge en France. Afin de faire adopter plus largement ces derniers, la loi du 19 juin 1923 est intervenue et a assoupli les conditions des adoptés en ouvrant l'adoption aux mineurs. En même temps, l'âge minimum des adoptants a été rebaisé à 40 ans.

Seize ans plus tard, un décret-loi dit « Code de la famille » relatif à la famille et à la natalité française a vu le jour, à savoir le 29 juillet 1939.⁴⁹⁶ Depuis, « des réformes successives, au cours du XXe siècle et au début du XXIe, ont étendu et assoupli les conditions de l'adoption »⁴⁹⁷ : la loi du 23 avril 1949, l'ordonnance du 23 décembre 1958, la loi du 21 décembre 1960 etc.

La loi du 11 juillet 1966 a apporté une grande réforme sur la réorganisation de l'adoption. L'objet était d'« empêcher des refus abusifs de la part de la famille naturelle et de limiter ses recours contre la légitimation adoptive »⁴⁹⁸. Cette loi significative a donné une nouvelle physionomie de l'adoption, différente de l'ancienne, en distinguant l'adoption plénière de l'adoption simple, tout en supprimant la légitimation adoptive. Elle a ensuite été modifiée par la loi du 22 décembre 1976. Plus tard, la loi du 5 juillet 1996 a été rédigée dans le but de « rendre les conditions et les procédures d'adoption plus simples, plus sûres et plus justes »⁴⁹⁹.

Trois lois sont récemment intervenues pour régler l'adoption. La loi du 22 janvier 2002 ouvre la possibilité de l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État. Celle du 4 juillet 2005 a apporté une réforme au niveau technique et n'a pas touché le fond d'adoption. Désormais, « les pratiques d'agrément ont été harmonisées; l'information et l'accompagnement des familles adoptives et des enfants

⁴⁹⁶ Pierre MURAT, *op.cit.*, p.737, n°220.12.

⁴⁹⁷ Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *op.cit.*, p.177.

⁴⁹⁸ Jean-Pierre GUITTON, *op.cit.*, p.155.

⁴⁹⁹ Rapp. AN, n° 2449, 1995-1996.

concernés ont été améliorés »⁵⁰⁰. En 2013, l'autorisation du mariage homosexuel par la loi du 17 mai a réajusté la structure traditionnelle de l'adoption. D'une certaine façon, cette réforme « contient une mini-réforme des textes propres à l'adoption »⁵⁰¹.

600. En Chine, dans les archives de la dynastie Xia (-2205 à - 1767), nous trouvons déjà la trace des pratiques de l'adoption. Au cours des dynasties suivantes, elle est devenue un fait plus fréquent.

Sous l'Ancien Régime de la Chine, deux catégories d'adoption ont été consignées d'après « Les Chroniques des Trois Royaumes · les royaumes de Wu »⁵⁰².

D'une part, la famille sans postérité masculine avait le droit d'adopter des garçons portant le même nom que le père adoptif. En revanche, cette adoption n'était autorisée qu'au sein du clan afin de ne pas disperser la fortune, parce qu'à l'issue de ce type d'adoption, l'adopté disposait de droits successoraux. En contrepartie, il s'engageait à pratiquer le deuil à la mort des parents adoptifs. Mais, le droit interdisait rigoureusement les adoptions des filles et des garçons qui ne portaient pas le même nom que celui du père adoptif.

D'autre part, les enfants délaissés de moins de trois ans étaient adoptables. À l'encontre de l'effet du premier type d'adoption, l'enfant adopté ne profitait que du droit alimentaire imposé aux parents adoptifs. En revanche, aucun droit de succession n'était exigible.

Après l'établissement de la RPC, le droit du mariage a été promulgué en 1950. L'adoption n'était pas prévue dans cette loi. Trente ans après, à l'occasion de la deuxième réforme du droit du mariage, un article de loi indiquait : « L'État protège la filiation adoptive légitime. S'agissant des droits et des devoirs entre les parents adoptifs et les enfants adoptés, ils se réfèrent à ceux de la filiation biologique. En revanche, tous les droits et devoirs envers les parents naturels disparaissent. »⁵⁰³

⁵⁰⁰ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p.676, n°731.

⁵⁰¹ Pierre MURAT, *L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué*, Dr. famille 2013, dossier 24.

⁵⁰² « 三国志·武帝纪 » est la chronique historique officielle couvrant la fin de la dynastie Han et la période des Trois Royaumes de Chine (220-280).

⁵⁰³ Droit du mariage, ancien art. 20.

Le 1^{er} avril 1992, le droit de l'adoption entré en vigueur, vingt-neuf articles ont été consacrés d'une manière plus précise en visant les conditions des adoptés et des adoptants, les procédures de l'adoption, etc. Afin de compléter et d'assouplir le régime de l'adoption, la loi de 1992 a été amendée en 1998. À titre d'exemple, l'âge de l'adopté est passé de 35 ans à 30 ans. La publicité est alors devenue obligatoire avant l'ouverture de l'adoption d'un enfant abandonné.

601. En comparant les évolutions historiques de l'adoption des deux pays, les trajets de la philosophie de la filiation adoptive nous semblent identiques. Sous l'Ancien Régime, l'adoption était considérée comme une mesure visant à maintenir la perpétuation de la filiation et du nom de famille, mais sous l'empire du droit canonique, l'adoption dont les effets contrariaient le dogme catholique, a été écartée pendant un certain temps, en France.

Nous observons qu'à cette époque, les conditions étaient strictes, si selon le droit chinois, l'adopté devait être issu de la même famille que l'adoptant ou qu'il devait avoir moins de trois ans, le droit français prévoyait une adoption très particulière : seul l'enfant majeur était adoptable.

Au fur et à mesure, le droit contemporain s'est dégagé de l'ancienne physionomie de l'institution. En parallèle, les objectifs de l'adoption se sont multipliés, l'adoption étant devenue une mesure permettant de réaliser les désirs des couples ou des individus. Cependant, au regard des différentes cultures et des contextes divers des sociétés, nous prendrons en considération certaines diversités sur le régime actuel de l'adoption dans les deux pays.

Chapitre I. Les similitudes de l'adoption dans les deux pays

602. En France, le statut de l'adoption plénière se rapproche de la modalité unique de l'adoption en Chine. Cependant, il faut souligner qu'un tel rapprochement n'est pas total. Compte tenu de leurs dispositions respectives, il n'est pas difficile de trouver des différences qui rendent un régime plus complet que l'autre.

Section I. Les règles générales

603. En vue d'accéder à l'adoption, d'une part, les adoptants doivent être conformes aux conditions légales. D'autre part, le droit prévoit la qualité de l'enfant adopté (Sous-section I). De plus, pour finaliser une adoption, une procédure est indispensable dans les deux pays (Sous-section II).

Sous-section I. L'établissement d'une adoption (plénière)

604. L'adoption plénière est « la forme la plus répandue de l'adoption »⁵⁰⁴, car ses effets sont assimilés à ceux de la filiation naturelle d'une manière plus complète.

Une fois que l'adoption (plénière) est légalement prononcée, toutes les relations et tous contacts avec la famille naturelle disparaissent. Les droits liés à l'enfant sont également dévolus à la famille adoptive. Au regard de la gravité des effets, le législateur des deux pays traite précisément les conditions visant l'adoptant et l'enfant adopté.

Paragraphe 1. Les conditions relatives aux adoptants

605. La loi sur l'adoption des deux pays reste assez vigilante concernant le profil des candidats à l'adoption. S'agissant de l'adoptant, il devient le père ou la mère sociologique de l'enfant adopté. Même s'il est difficile de savoir s'il sera un bon parent, les candidats incapables de jouer ce nouveau rôle sont exclus grâce à la délimitation du seuil d'accès. Cela décharge le lourd travail du juge en France et de l'officier du bureau des affaires civiles en Chine, qui sont tenus de prononcer l'adoption.

⁵⁰⁴ Patrick REFALO, *Guide juridique de l'adoption*, Éd. ASH, 2011, p. 19.

En outre, sachant que toutes les adoptions « ne sont pas animées des mêmes intentions »⁵⁰⁵, il n'est pas possible de prévoir un régime pour couvrir toutes les motivations de l'adoption. Il en résulte qu'en droit chinois comme en droit français, on encadre les titulaires des adoptants au regard de leur situation familiale.

A. En France

606. En France, l'adoption conjugale non séparée de corps est possible à condition que les couples aient plus de vingt-huit ans et que cette union dure au moins deux ans, elle était auparavant de cinq ans. « Cette condition de délai s'interprète moins comme une présomption de stérilité du couple, que comme un gage de maturité »⁵⁰⁶.

Il est étonnant que l'adoption plénière ne soit pas ouverte aux couples pacsés ni aux couples en concubinage, car le droit français se montre tolérant et généreux à l'égard des régimes du PACS et du concubinage. Plus concrètement, sur le sujet de la filiation, les pacsés et les concubins sont autorisés à accéder à la PMA comme les couples mariés. À l'opposé, sur l'adoption, l'interdiction étant totale, le législateur n'a pas envie de laisser de possibilité, même infime.

607. Néanmoins, tout le monde n'est pas convaincu de cette prohibition. Le 9 juin 2011, une proposition de loi⁵⁰⁷ a été déposée au Sénat dans le but d'autoriser l'adoption aux partenaires liés par un PACS ou aux concubins, proclamant qu'il existait une discrimination, puisque « ces dispositions ont pour effet d'obliger les couples adoptants à organiser leur vie de famille dans le contexte du mariage »⁵⁰⁸. Par ailleurs, cette interdiction conduisant à l'adoption d'un enfant de son partenaire entre dans une impasse en raison de l'interprétation stricte de l'article 343 du Code civil⁵⁰⁹. Mais une telle proposition n'a finalement pas été retenue.

⁵⁰⁵ Valérie BALLAND et Isabelle CORPART, *L'adoption*, ASH, 2000, p. 19.

⁵⁰⁶ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 409, n°1006.

⁵⁰⁷ Prop. de loi sénat n°596, 2010-2011, autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou des concubins.

⁵⁰⁸ Prop. de loi, *op.cit.*, n°507.

⁵⁰⁹ L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.

608. Quoi qu'il en soit, le législateur français est fermement opposé à l'élargissement des conditions des adoptants. Nous constatons que l'enjeu n'est pas fondé sur l'empêchement de l'homoparentalité, car dès la promulgation du mariage homosexuel en 2013, les deux hommes ou les deux femmes mariés sont entrés dans le champ d'application de l'article 343 du Code civil. D'après Pierre MURAT, le motif de cette interdiction porte sur le fait qu'en « donn[ant] une famille à un enfant déjà né qui en est privé, il est [...] indispensable de garantir autant qu'il est possible à cet enfant, qui a déjà un passé chargé, la plus grande stabilité possible »⁵¹⁰. En outre, c'est « la conviction de la supériorité morale du mariage et de sa stabilité à une époque de relative rareté de divorce, comme "réceptacle" le plus idéal pour un enfant dépourvu de repères familiaux »⁵¹¹.

En définitive, la restriction se fonde effectivement sur la protection de l'intérêt des enfants adoptés, car ils sont mieux protégés dans le mariage. En revanche, au regard de l'instabilité et de la simplicité de la dissolution du PACS ou du concubinage, leur intérêt risque d'être lésé.

Or, le législateur élargit les profils des adoptants d'une manière indirecte par l'autorisation du mariage entre personnes de même sexe, issus de la loi du 17 mai 2013. Dorénavant, les homosexuels mariés peuvent également accéder à l'adoption plénière. Ce type de filiation est effectivement la seule possibilité qui leur est offerte, puisque la loi de 2013 interdit toujours les couples de même sexe à accéder à la PMA.

609. Par ailleurs, l'adoption en France est ouverte également aux individus. Cette possibilité est issue d'une loi de 1966. De même, l'âge des adoptants est passé de trente à vingt-huit ans après la mise en place de cette loi. Une exception est prévue par l'article 343-2 du Code civil : en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, l'âge minimum n'est plus exigé.

Lorsque les individus sont mariés en non-séparation de corps, le consentement de l'autre époux est indispensable, à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de

⁵¹⁰ Pierre MURAT, *droit de la famille*, 5^e éd., 2010, p.653, n°221.22.

⁵¹¹ François BOULANGER, *Réflexion sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective)*, Dr. Famille 2008, étude 20.

manifeste sa volonté⁵¹², auquel cas aucune filiation ne sera établie auprès de lui. Dans la plupart des cas d'adoption individuelle, il s'agit de l'adoption d'un enfant biologique du conjoint du moment qui l'a eu d'un premier lit. Concernant cette situation, nous ne pouvons négliger le fait que l'effet de l'adoption plénière risque d'anéantir la filiation de l'ex-conjoint, notamment, en cas d'adoption d'un enfant du conjoint issu d'un précédent mariage dissous par le décès de l'époux. Le fait que l'établissement de l'adoption plénière risque de rompre le lien avec la famille de l'ex-conjoint par décision du conjoint survivant semble cruel.

Compte tenu de ces inconvénients, la loi de 1996 est venue décrire trois cas où l'adoption de l'enfant du conjoint est admissible. Selon l'ancien article 345-1 du Code civil, « l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; 2° lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; 3° lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».

Après la réforme de la loi du 17 mai 2013, une phrase a été rajoutée dans le même article : « l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise [...] lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ». Dorénavant, la situation embarrassante où l'adoptant célibataire se marie après l'adoption plénière est résolue.

610. Enfin, dans tous les cas, la loi exige un écart d'âge entre l'adopté et l'adoptant pour garantir l'aptitude et la maturité de ce dernier. Concernant l'adoption des enfants du conjoint, la différence d'âge exigée porte sur dix ans. Pour le reste, 15 ans de différence est obligatoire. Pourtant, l'article 344 du Code civil ajoute, dans le deuxième alinéa que « le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit l'alinéa précédent ».

611. En réalité, du fait de la pénurie des enfants adoptés en France, les conditions légales des titulaires des adoptants sont plus strictes, surtout pour les enfants confiés aux services officiels. C'est aussi la raison pour laquelle les Français ont tendance à

⁵¹² C. civ., art. 343-1 al. 2.

procéder à l'adoption à l'étranger, sachant que la France faisait partie des six premiers pays d'accueil entre 2007 et 2011⁵¹³.

B. En Chine

612. Dans les deux pays, l'adoption est ouverte aux couples mariés et à tous les individus. Toutefois, nous allons prendre en considération les conditions divergentes de tout adoptant dans les parties suivantes.

613. Avant de préciser chaque statut d'adoption, quatre conditions générales sont stipulées dans le droit de l'adoption.

D'abord, un certain âge est exigé en Chine, garantissant la maturité de l'adoptant. L'article 6-4 du droit de l'adoption énonce que ce dernier doit avoir au moins 30 ans. Ce seuil était de 35 ans avant l'amendement du droit en 1998. À l'instar de la situation française, l'adoption d'un enfant du conjoint n'est pas soumise à la condition d'âge⁵¹⁴.

614. Par la suite, trois conditions spécifiques ont été soulignées, lesquelles ne sont pas présentés en droit français.

La première condition est que les adoptants ne peuvent avoir d'enfant au moment de l'adoption. Cette condition porte notamment sur deux points : la crainte du fait que l'adoptant traite différemment l'enfant adopté et l'enfant biologique; le respect de la politique de l'enfant unique. Cette deuxième raison est consolidée par l'article 8 de l'alinéa 1 du droit de l'adoption : l'adoptant ne peut adopter qu'un seul enfant.

Or, de nos jours, avec l'évolution sociologique et le développement des individus, la finalité de l'adoption ne poursuit pas seulement la consolation de la stérilité. Le souci d'un traitement différent entre l'enfant adopté et l'enfant biologique ne suffit pas pour justifier cette condition abusive qui, d'un côté, exclut les adoptants animés par d'autres intentions que le problème de procréation et, de l'autre, provoque le déséquilibre entre le nombre de demandes et celui des enfants adoptés. En France, pendant un certains

⁵¹³ Principes évolutions de l'adoption internationale en France depuis 2007.

http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/evolution_adoption_internationale_cle846a1d.pdf

⁵¹⁴ Droit de l'adoption, art. 14.

temps, l'enfant biologique de l'adoptant constituait aussi une entrave à l'adoption. Depuis la loi du 22 décembre 1976, cette condition a été abrogée, mais le tribunal doit vérifier si l'adoptant n'est pas de nature à compromettre la vie familiale, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 353 du Code civil.

La deuxième raison ne semble pas convaincante non plus. Tout d'abord, il faut souligner que la notion de la procréation d'un enfant à naître et celle de l'adoption de l'enfant né ne sont pas soumises à la même philosophie, car la réduction du nombre d'enfants par adoptant, et l'exclusion de l'adoptant, ayant des descendants, ne contribuent pas à baisser la population du peuple (objectif du planning familial).

Il n'est donc pas opportun d'avoir prévu cette condition qui s'appuie sur la politique démographique, même si l'article 6-1 et l'article 8 de l'alinéa 1 du droit de l'adoption ont pour objet de s'harmoniser avec le planning familial. Aujourd'hui, le contrôle démographique devient de moins en moins strict : les parents ont le droit d'avoir deux enfants sous certaines conditions. Par ailleurs, il est indéniable de constater que « l'élargissement des profits de l'adoptant, pouvant alors adopter plus de deux enfants et l'autorisation d'adopter pour une personne ayant déjà un enfant, contribuent à décharger la sécurité sociale de l'État »⁵¹⁵.

Or, la condition des non-descendants de l'adoptant n'est pas exigée, si cela concerne un adoptant chinois résidant, d'une manière stable et continue⁵¹⁶, à l'étranger avec un droit de résidence, sous réserve qu'il dispose d'un lien collatéral avec l'enfant adopté jusqu'au deuxième degré inclus⁵¹⁷, ou si cela concerne de l'adoption d'un enfant handicapé ou délaissé, accueilli par le service Children Welfare sans connaissance quant à son origine md. En effet, cette deuxième dérogation ouvre aussi la possibilité, pour l'adoptant, d'avoir plusieurs enfants⁵¹⁸. Une telle exception nous permet de penser que l'alinéa 1 de l'article 8 du droit de l'adoption et la non-présence d'enfants de l'adoptant n'ont plus d'intérêt. Plus précisément, si une personne ou un couple adopte des enfants accueillis par le service Children Welfare, les conditions de non-descendance (article 6-

⁵¹⁵ BAI YinYan, *L'amélioration du régime de l'adoption en Chine*, La science sociologique, S2, 1998, p.71-72.

⁵¹⁶ 华侨, Hua Qiao.

⁵¹⁷ Droit de l'adoption, art. 7, al. 2.

⁵¹⁸ Droit de l'adoption, art. 8, al. 2.

1 du droit de l'adoption) et d'un seul enfant par un adoptant ou par un couple adoptant (alinéa 1 de l'article 8 du droit de l'adoption) ne s'imposent plus.

Nous considérons qu'il serait préférable de supprimer la restriction selon laquelle un adoptant ou un couple adoptant ne peut adopter qu'un seul enfant et la condition de la non-présence de l'enfant biologique de l'adoptant en tenant compte des défauts entraînés par cette condition.

Or, au regard des inconvénients éventuels provoqués par l'arrivée d'un enfant adopté dans la famille de l'adoptant qui a déjà un enfant biologique, nous pouvons nous référer au régime de la France en laissant l'officier du bureau des affaires civiles vérifier si l'adoption est susceptible de compromettre la vie de sa famille.

615. Pour ce qui est de la deuxième condition spécifique concernant l'état de santé de l'adoptant, aux termes de l'article 6-3 du droit de l'adoption, celle-ci n'est pas possible pour ceux qui souffrent de maladies considérées comme inopportunes à l'adoption. Cette condition rappelle une des conditions du mariage en Chine⁵¹⁹, rencontrant les mêmes problèmes au cours de l'application : elle risque de provoquer le refus abusif de l'adoption, car le législateur ne précise pas la liste des maladies exclues de l'adoption.

De plus, si quelques maladies sont susceptibles d'être écartées du mariage au motif de la santé de l'autre conjoint sain (v. supra n°62), à défaut de précision, nous ne savons pas si, parmi elles, certaines, qui ne portent pas atteinte à la santé de l'enfant adopté, telles que les maladies vénériennes, empêchent d'adopter. Par ailleurs, aucun texte n'exige le certificat médical prénuptial de l'adoptant ; cette condition semble sans effet, lorsque la maladie de l'adoptant est peu évidente, comme par exemple, les maladies contagieuses.

616. La troisième condition particulière vise l'aptitude de l'adoptant. Selon l'article 6-2 du droit de l'adoption, il doit être capable d'élever et d'éduquer l'enfant adopté. Cela soulève une disposition abstraite : quels sont les indices exacts pour qu'un adoptant soit conforme à cet article? S'agit-il de la rémunération, du contexte d'éducation des adoptants ou d'autre chose? Quoi qu'il en soit, à défaut d'explication pertinente, la

⁵¹⁹ Droit du mariage, art. 10-3.

question reste ouverte. Comme l'officier de l'état civil se charge de faire inscrire l'adoption, en Chine, nous comptons sur lui pour examiner le bon respect de ces conditions légales.

Il faut remarquer que, lorsqu'il s'agit de l'adoption d'un enfant du conjoint, ces quatre conditions ne sont plus imposées.

617. À part les conditions générales, le droit chinois prévoit d'autres conditions au regard des différentes situations familiales de l'adoptant.

En Chine comme en France, l'adoption est ouverte au couple marié. En revanche, aucune durée pour la vie matrimoniale n'est exigée. Une fois que les couples correspondent aux conditions légales, ils sont accessibles à l'adoption.

618. À propos de l'adoption pour le célibataire, si l'adoptant est un homme qui adopte une fille avec qui il n'a pas de ligne collatérale jusqu'au deuxième degré inclus, une différence d'âge de 40 est prévue par le droit de l'adoption par souci de pédophilie. Une telle condition provoque effectivement certains inconvénients : d'abord, elle prive le droit de l'adoptant de choisir librement l'adopté. Ensuite, cette condition met tous les hommes adoptants dans la liste des criminels potentiels, dérogeant à l'égalité entre l'homme et la femme. Par ailleurs, le crime est aussi fréquent sur l'enfant ayant le même sexe que l'adoptant. L'écart de l'âge ne semble pas être efficace pour détruire cette probabilité. Enfin, cette condition ne contribue pas, au fond, à protéger l'intérêt de l'enfant, car l'adoptant âgé (un homme qui adopte une fille de 14 ans doit avoir au moins 54 ans) ne serait pas capable de s'occuper de la fille adoptée.

La crainte du législateur repose sur des hypothèses qui se produisent rarement. Mais, une chose est certaine, c'est que cette condition écarte de nombreux adoptants masculins qui veulent adopter un enfant en toute bonne foi.

619. Par ailleurs, à l'instar du droit français, l'adoption d'un enfant du conjoint fait aussi partie de l'adoption individuelle. Toutefois, le droit chinois semble moins complet qu'en France sur ce sujet, car il ne prévoit que la possibilité de ce type d'adoption sans régime strict :

D'un côté, si le consentement de l'ex-conjoint survivant est suffisant pour faire adopter son propre enfant par l'époux actuel du père ou de la mère véritables, le droit ne précise pas la façon d'organiser l'adoption en cas de décès du conjoint : le désintérêt des autres membres de la famille du conjoint décédé est-il obligatoire ? Aux termes de l'article 14 du droit de l'adoption, « l'enfant peut se faire adopter par le conjoint de l'un des parents biologiques après avoir eu le consentement de l'autre parent ». Il apparaît que le consentement de l'ex-conjoint est indispensable pour faire adopter l'enfant biologique par le nouveau conjoint de son ex-mari ou de son ex-femme. Il en résulte que l'adoption d'un enfant du conjoint risque d'entrer dans une impasse, lorsque le consentement de l'autre parent ne peut être acquis au motif du décès. Pour cette raison, il serait préférable de préciser toutes les hypothèses au lieu d'insister sur l'accord de l'autre époux.

620. Il existe une autre divergence à l'égard de l'adoption individuelle : contrairement aux dispositifs français, en Chine, l'adoptant marié est uniquement autorisé à accéder à l'adoption conjugale⁵²⁰. Nous pensons qu'il est délicat d'attribuer l'autorité parentale à un seul époux en Chine, tandis que les époux français sont plus indépendants grâce à la conscience individuelle, aucun problème n'étant posé, lorsqu'un conjoint adopte un enfant sous réserve de l'accord d'un autre époux.

Paragraphe 2. Les conditions relatives aux adoptés

621. Il est certain que tous les enfants ne sont pas susceptibles d'être adoptables. Ils s'attachent en priorité aux parents véritables. Par conséquent, certains éléments sont imposés aux profils des enfants adoptés, notamment leur âge et leur statut familial.

A. L'âge et le consentement des adoptés

622. En droit français, l'âge de l'enfant devient un seuil essentiel qui distingue l'adoption plénière de l'adoption simple.

Au regard de l'alinéa 1 de l'article 345 du Code civil, les enfants au-delà de quinze ans sont écartés de l'adoption plénière. Or, une dispense est prévisible lorsqu'un enfant

⁵²⁰ Droit de l'adoption, art. 10, al. 2.

âgé de plus de quinze ans « a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge. L'adoption plénière lui sera ouverte pendant sa minorité et dans les deux ans suivant sa majorité »⁵²¹.

623. En droit chinois, l'âge maximum de l'adopté est fixé à 14 ans⁵²². Ce seuil est d'un an inférieur à celui de la France. La différence n'est pas significative.

En revanche, une dérogation de l'âge maximum est prévue en Chine au profit de l'adoption d'inter-famille, lorsqu'elle est demandée par un membre de la famille ayant une ligne collatérale avec l'enfant jusqu'au deuxième degré inclus⁵²³. Sans autre précision, nous en déduisons que l'adoption d'un enfant majeur est possible en cas d'adoption interfamiliale. Par ailleurs, concernant l'adoption de l'enfant du conjoint, la limite d'âge de l'enfant peut également être écartée en vertu de l'article 14 du droit de l'adoption.

624. En comparant l'âge des enfants adoptés en Chine et en France, nous observons que le seuil est fixé plus bas que l'âge de majorité, car les législateurs des deux pays sont d'accord sur le fait que les enfants précoces s'intègrent plus facilement dans une nouvelle famille.

Par ailleurs, l'adoption tardive bousculerait potentiellement la stabilité de la vie, les habitudes des enfants. Au niveau psychologique, elle troublerait également l'identité de soi-même. De ce point de vue, le troisième alinéa de l'article 345 du Code civil prévoit que le consentement personnel de l'adopté ayant plus de treize ans doit être donné. En Chine, l'enfant de plus de dix ans doit consentir à une adoption en vertu de l'article 11 du droit de l'adoption.

625. Or, par rapport au droit français, nous avons conscience que le droit chinois est favorable à l'adoption interfamiliale (ayant une ligne collatérale avec l'enfant jusqu'au deuxième degré inclus), certaines dérogations étant soumises à ce type d'adoption, puisqu'en Chine, les gens se méfient encore de la filiation adoptive, croyant que le lien

⁵²¹ C.civ., art. 345, al.2.

⁵²² Droit de l'adoption, art. 4.

⁵²³ Droit de l'adoption, art. 7.

du sang renforce la relation familiale entre les parents et les enfants sans lequel la filiation deviendrait fragile. De ce fait, le législateur prend en considération cette tradition en s'efforçant d'encourager l'adoption dans les familles pour éviter un deuxième traumatisme des enfants, ce qui répond tant à la moralité qu'à la situation actuelle en Chine.

En France, le droit favorise relativement l'adoption de l'enfant du conjoint en ôtant l'obligation de la condition de l'âge de l'adoptant⁵²⁴.

Concernant l'adoption interfamiliale, elle n'a pas une place préférentielle en pratique, « soit qu'elle les juge voulues pour des raisons, fiscales, étrangères à l'adoption, soit qu'elle les juge inopportunes, notamment en raison de trouble psychologique »⁵²⁵.

Le droit français autorise un champ d'adoption interfamiliale plus large que celui admis en Chine : un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré sur le fondement de l'article 348-5 du Code civil, de sorte qu'à l'issue de l'adoption, la grand-mère deviendra la mère de l'adopté. En conséquence, « l'adoption interfamiliale perturbe profondément la famille et cette perturbation est avérée dans l'ordre symbolique, en psychanalyse, ajouter un lien de filiation à des liens préexistants est donc très destructurant »⁵²⁶.

B. Les statuts familiaux des enfants adoptables

626. Le statut familial de l'enfant constitue le noyau de l'adoption. En général, les enfants qui se trouvent dans la situation de « vide familial »⁵²⁷ sont susceptibles d'être adoptés.

⁵²⁴ C.civ., art. 343-2.

⁵²⁵ François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p. 710, n°765.

⁵²⁶ Dominique FENOUILLET, *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. famille 2003, chron. 29.

⁵²⁷ Alain BENABENT, *op.cit.*, p. 413, n°1013.

a. L'adoptabilité de l'enfant en France

627. En vertu de l'article 347 du Code civil, trois catégories désignent les enfants adoptables et chaque catégorie dispose d'un régime propre.

En premier lieu, les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption sont adoptables. Autrement dit, il s'agit d'un enfant issu d'une famille défailante. Le régime de cette catégorie est encadré par les articles 348 et suivants du Code civil.

En effet, « le droit de consentir à l'adoption relève des pouvoirs que confère l'autorité parentale »⁵²⁸. Parallèlement, ces pouvoirs de parenté constituent une véritable exception au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Lorsqu'un enfant a établi une filiation auprès de son père et de sa mère, le consentement de ces derniers doit impérativement être présent. En cas de décès ou d'impossibilité de manifester la volonté de l'un des parents ou encore si l'un a perdu ses droits d'autorité, le consentement d'un seul parent est suffisant. Lorsqu'un enfant dispose d'une seule filiation envers un des parents, son consentement est indispensable pour l'adoption.

Le conseil de famille est tenu de consentir à l'adoption après avis de la personne qui prend soin de l'enfant, si les auteurs sont tous dans l'impossibilité de manifester la volonté, qu'ils sont décédés, qu'ils ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale, ou encore si aucune filiation avec les parents biologiques n'est établie.

Le consentement de l'adoption est un acte solennel. Les intéressés, soit les parents, soit l'un d'eux, soit le conseil de famille, déclarent leur consentement devant un notaire français ou étranger, ou devant des agents diplomatiques ou consulaires français. Plus particulièrement, lorsque l'enfant a été remis au service de l'ASE, le consentement peut être reçu par le service.

628. Une exception est prévue à l'article 348-5 du Code civil, afin d'éviter les trafics des enfants : « sauf le cas de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au

⁵²⁸ Valérie BALLAND et Isabelle CORPART, *op.cit.*, p. 36.

sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, 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 ou à un organisme autorisé pour l'adoption. »

629. Par ailleurs, en raison de la gravité des effets de l'adoption, le droit français autorise la nature révocable de ce consentement pendant deux mois. Ceux qui donnent le consentement seront informés de la possibilité de la révocabilité. Dans l'hypothèse où les demandeurs regrettent leur choix d'origine, il leur suffit d'envoyer une lettre recommandée avec avis de réception à la personne ou au service de l'ASE qui a reçu ce consentement pour la remise de l'enfant. Si la volonté n'est pas écrite, la demande verbale produit aussi l'effet révocable du consentement. Il faut souligner que le retrait du consentement par l'un des parents produit un plein d'effet sur le refus de l'adoption. Ces deux mois s'assimilent à une durée de réflexion, de sorte qu'avant que le délai soit écoulé, l'enfant ne sera pas placé pour être adopté.

Au-delà des deux mois, la restitution de l'enfant est aussi possible à condition qu'il ne soit pas déjà placé en vue de l'adoption.

Or, le refus du consentement des parents ou du conseil de famille ne se heurtera pas à l'adoption. S'ils se désintéressent de l'enfant au risque de compromettre la santé ou la morale, ce refus sera jugé abusif et l'adoption sera prononcée par le juge plus tard.

630. En second lieu, les enfants déclarés abandonnés sont adoptables.

Ce sont les enfants dont les parents se désintéressent. Un particulier, un établissement ou un service de l'ASE accueille ces enfants, à l'expiration de délai d'un an, il peut demander, devant le TGI, la déclaration d'abandon.

Puis, l'article 350 alinéa 2 du Code civil explique que les parents qui se comportent comme ceux « qui n'ont pas entretenu avec [l'enfant] les relations nécessaires au maintien de liens affectifs » peuvent être considérés comme désintéressés. Mais en tout cas, il faut que le requérant montre une preuve suffisante pour prouver le désintérêt des parents.

Il est à souligner que le désintérêt d'un des parents ne suffit pas pour que le juge déclare l'abandon judiciaire, lorsque l'enfant a établi une filiation avec les deux parents.

À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2003⁵²⁹, le simple consentement à l'adoption de l'enfant ne constitue pas un élément suffisant pour caractériser le désintéret du père, bien que la mère ait manifesté un désintéret important depuis plusieurs années. La requête a été rejetée au motif que « la déclaration judiciaire d'abandon exige que l'enfant ait été délaissé par ses deux parents ».

631. À la différence des enfants pour lesquels les pères et mères ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption, en cas de désintéret de parents, l'intention exprimée de reprendre l'enfant ou la demande de sa nouvelle ne suffit pas pour freiner la procédure de la déclaration d'abandon.

Avant la loi de 2005, la grande détresse des parents pouvait mettre un obstacle à la déclaration. Cependant, cette possibilité a été supprimée, puisque, d'une part, l'intéret des enfants reste prioritaire par rapport à celui des parents, d'autre part, le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation souverain au regard des différentes situations.

Une autre dérogation a été conservée. Selon l'article 350 alinéa 4 du Code civil, l'abandon n'est pas déclaré si, au cours de l'année, un membre de la famille a demandé d'assumer la charge de l'enfant, à condition que cette demande soit conforme à l'intéret de ce dernier.

En effet, la déclaration d'abandon ne rompt pas la filiation originale. Elle met toutefois un point de départ de l'adoptabilité de l'enfant, sans consentement des parents. La tierce opposition est possible dans le cas où il existe un dol, une fraude ou une erreur sur l'identité des enfants⁵³⁰.

632. En troisième lieu, les pupilles de l'État sont adoptables. L'article L224-4 du CASF éclaire ce sujet. Les enfants ayant ou non une filiation sont susceptibles d'être adoptés au regard des différents contextes.

En l'absence d'une filiation, les enfants qui ont été recueillis par le service de l'ASE au delà de deux mois, les orphelins pour lesquels la tutelle n'est pas organisée et qu'ils ont été recueillis par le service de l'ASE depuis plus de deux mois, les enfants qui

⁵²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2003. n°01-10849.

⁵³⁰ C.civ., art. 350, al. 6.

sont déclarés abandonnés par le juge, et, enfin, les enfants dont les parents sont retirés totalement de l'autorité parentale et qui ont été confiés au service de l'ASE, peuvent être qualifiés de pupilles de l'État.

En présence d'une filiation, les enfants peuvent être qualifiés de pupilles de l'État, lorsque leurs parents consentent expressément à les faire adopter en tant que pupilles de l'État depuis plus de deux mois ; ou les enfants ont été remis à l'ASE depuis plus de six mois en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat par l'un des deux parents sans que l'autre parent, durant ce délai, n'ait manifesté l'intention d'en assurer la charge.

b. L'adoptabilité de l'enfant en Chine

633. Le droit de l'adoption prévoit également trois catégories d'enfants susceptibles d'être adoptables : les orphelins de père et de mère, les enfants dont les identités des parents ne sont pas connues, les enfants dont les parents ne sont pas capables de les élever en raison de difficultés particulières.

634. À propos de la dernière catégorie, une question se pose : dans quel cas, juge-t-on l'inaptitude des parents qui ont l'intention de faire adopter leur enfant, en raison de difficultés particulières?

En l'absence de précision juridique à cet égard, au regard des jurisprudences rendues⁵³¹, nous pouvons en déduire que le facteur économique fait partie d'un faisceau d'indices. En pratique, les parents doivent montrer un certificat prouvant l'existence d'une difficulté spéciale pendant la procédure. Pourtant, comme cette attestation est délivrée par un comité de résidents, sa fiabilité ainsi que la compétence de cet organisme s'avèrent préoccupantes, surtout par rapport aux intérêts des enfants. Par conséquent, il nous semble que le champ d'application et la délimitation de cette catégorie d'enfants adoptables prévue par le droit chinois demeurent ambigus. Ainsi, il serait préférable de faire appel à un juge ou à un service plus compétent pour vérifier si les parents se trouvent vraiment dans une situation difficile pour maintenir la filiation avec l'enfant.

⁵³¹ T. peuple de base du district de Bagongshan de Huainan dans la province de l'Anhui, 15 août, 2012, (2012) 八民一初字第00334号.

Toutefois, en vertu de l'article 7 du droit de l'adoption, une dispense de l'article 4-3 est prévue en cas d'adoption interfamiliale. Plus précisément, les parents sont autorisés à consentir à l'adoption de leur enfant par un adoptant qui dispose d'une ligne collatérale jusqu'au deuxième degré inclus, même s'ils ne sont pas inaptes à l'élever en raison de difficultés particulières. Cette dérogation marque un point de plus concernant l'aptitude du législateur chinois favorisant l'adoption interfamiliale.

Mais il ne faut pas négliger que cette dispense ouvre la possibilité aux parents de faire adopter leur fille, afin de retrouver l'espoir de concevoir un garçon en éludant la politique de l'enfant unique. Par conséquent, il serait nécessaire de délimiter certaines conditions spécifiques, comme dans le cas où les parents qui font adopter leur enfant à un membre de la famille ne peuvent pas avoir un deuxième enfant, pour écarter la discrimination fondée sur le sexe.

635. Ensuite, les enfants abandonnés, dont l'identité des parents n'est pas connue, pourront être adoptés après avoir été placé au service Children Welfare. Pour qualifier les enfants délaissés, une attestation doit être délivrée par le bureau de police. À défaut, une publicité est indispensable pour retrouver les parents de l'enfant à la charge du bureau de l'enregistrement ou du service Children Welfare pendant 60 jours. À l'expiration de cette durée, les enfants seront considérés comme abandonnés si les parents ou d'autres tuteurs ne sont pas venus les reconnaître⁵³².

636. Enfin, sur le fondement de l'article 12 du droit de l'adoption, il est interdit au tuteur de l'enfant dont les parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, de consentir à l'adoption, sauf si les comportements de ces derniers menacent la sécurité de l'enfant. En revanche, le droit chinois autorise le tuteur de l'orphelin de père et de mère à consentir à l'adoption⁵³³. De même, lorsqu'ils sont reçus par le service Children Welfare, ce dernier est tenu de donner son consentement⁵³⁴ pour que l'enfant soit adopté.

637. En comparant les situations des enfants à adopter dans les deux pays, nous sommes conscients que le champ de l'adoptabilité des enfants en Chine est plus étroit qu'en France, car, contrairement à la pénurie des enfants adoptables, face à de multiples

⁵³² L'article 9-2 de la procédure de l'adoption modifiée en 1996.

⁵³³ Droit de l'adoption, art. 5-1.

demandes d'adoption en France, les enfants délaissés ou les orphelins de père et de mère sont plus nombreux qu' en Chine : En 2011, 2 345 enfants avaient le statut de pupille de l'État en France, alors qu'en même année, 721 000 enfants étaient adoptables en Chine ⁵³⁵, ce chiffre étant 274 000 en 2005 et le taux d'augmentation ayant atteint 24% pendant seulement cinq ans. En vue de restreindre cette tendance, le législateur chinois s'est efforcé d'encadrer un régime assez rigoureux sur l'adoptabilité de l'enfant. C'est aussi la raison pour laquelle, en droit chinois, le consentement des parents ne permet pas de faire adopter les enfants, sauf en cas d'adoption interfamiliale ou si les parents véritables se trouvent dans une difficulté particulière.

De plus, à la différence des dispositions françaises, le droit chinois n'indique pas que les enfants puissent être déclarés abandonnés par le juge sans consentement des parents. En cas de désintérêt de ces derniers, l'autorité parentale serait totalement retirée par le juge ⁵³⁶. Celui-ci peut, par la suite, désigner un tuteur au regard d'un ordre (grands-parents, sœurs ou frères de l'enfant, amis ou proches des parents) prévu à l'article 14 de l'« Interprétation judiciaire » sur l'application du Code civil de la RPC délivrée par la Cour Populaire Suprême du 26 janvier 1988.

À notre avis, le désintérêt des parents paraît plus raisonnable comme condition nécessaire pour ouvrir l'adoption de l'enfant, car ce comportement montre la volonté des parents de ne pas entretenir de lien affectif avec lui. En revanche, l'incapacité d'élever des enfants en raison de la situation difficile des parents s'assimile plutôt à une condition extérieure. Il ne suffit pas de présenter un motif raisonnable pour l'adoption.

Pour ces raisons, certains auteurs chinois, comme XU Minhui proposent de se référer à la catégorie spécifique en France en tenant compte de la situation actuelle de la Chine. Selon lui, il serait préférable « d'autoriser le juge à déclarer l'abandon des enfants, lorsque les parents se sont manifestement désintéressés ou que leur

⁵³⁴ Droit de l'adoption, art. 5-2.

⁵³⁵ Child Welfare in China – Stocktaking Report 2011 , Construct Child Welfare System in Accordance with China's Medium Level of Economic Development.

http://www.bnu1.org/uploads/soft/1_110601085027.pdf

⁵³⁶ Droit de mineur, art 53.

comportement menacent les intérêts des enfants en raison de ces caractères agressifs et des mauvaises habitudes comme la toxicomanie, l'alcoolisme, etc. »⁵³⁷

Sous-section II. La procédure de l'adoption (plénière)

638. Tant en Chine qu'en France, l'adoption ne produit ses effets qu'après la procédure encadrée par la loi. Elle fait partie d'une étape-clé. Néanmoins, en comparant les procédures dans les deux pays, nous allons voir qu'il existe beaucoup de divergences.

Paragraphe 1. La procédure dans les deux pays

639. Il est convenable de diviser la procédure d'adoption en France en deux phases : la phase préparatoire et la phase juridique, alors qu'en Chine, la procédure est plus simple. Avant de comparer ces deux processus de manière précise, il est nécessaire de connaître leur déroulement.

A. La procédure en France

640. Avant de détailler ces deux parties de la procédure, il ne faut pas négliger le fait qu'une phase administrative est avant tout exigée, lorsque l'adoption affecte certaines catégories des adoptés.

En vertu de l'article 353-1 du Code civil, lors de l'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, un agrément est nécessaire au moment de la procédure définitive de l'adoption.

La loi du 4 juillet 2005⁵³⁸, complétée par deux décrets, n°2006-981 du 1^{er} août 2006⁵³⁹ et n°2006-1272 du 17 octobre 2006⁵⁴⁰, a unifié les modalités uniques de l'arrêté.

⁵³⁷ XU MinHui, *La comparaison du droit de l'adoption en Chine et en France*, Journal du Zhaoqing université, vol.25, No, 6, déc. 2004, p.33.

⁵³⁸ L. n°2005-744 du 4 juill. 2005 portant réforme de l'adoption.

⁵³⁹ D. n°2006-981 du 1er août 2006 relatif à l'agrément des personnes souhaitant adopter un pupille de l'État ou un enfant étranger et modifiant le code de l'action sociale et des familles.

Auparavant, la diversité des modalités était « nuisible surtout dans le cadre de l'adoption internationale, où les autorités des pays d'origine des enfants trouvaient peu lisibles les agréments français »⁵⁴¹.

641. La procédure de la demande est également soigneusement encadrée par le CASF. La demande doit être faite auprès du président du conseil général de son département de résidence. S'il habite à l'étranger, deux possibilités lui sont ouvertes, soit le département où il résidait avant, soit celui d'un département dans lequel il a conservé des attaches. Une fois que la demande est prise en compte, le président du conseil général se charge de faire une enquête sur les plans familial, éducatif et psychologique du demandeur pour vérifier si le profil du requérant correspond aux besoins et à l'intérêt de l'enfant adopté.

642. La décision est prise par le président du conseil général après consultation d'une commission dont la composition est fixée par voie réglementaire dans un délai de neuf mois à compter de la demande.

D'après l'article L225-4 du CASF, tout refus ou retrait doit être motivé. Or, les seules raisons de l'âge, de la situation matrimoniale ou de l'orientation sexuelle ne suffisent pas pour heurter la délivrance. À l'opposé, les incidences affectant « la condition d'accueil, matérielles, morales et psychologiques de l'enfant »⁵⁴², provoquées par ces situations, peuvent être considérées comme un motif justifié.

643. Toutefois, la décision du refus ou du retrait d'agrément est atténuée par la possibilité de former une nouvelle demande après trente mois, selon l'article L225-5 du CASF.

Par ailleurs, l'agrément perd lui-même le poids de la rigueur depuis la loi du 5 juillet 1996. À partir de ce moment-là, l'absence de l'agrément ne conduit pas au rejet de la demande de l'adoption, pourvu que le tribunal estime que les requérants soient aptes à accueillir l'enfant et qu'une telle adoption soit conforme à son intérêt.

⁵⁴⁰ D. n°2006-1272 du 17 oct. 2006 relatif aux modèles d'arrêté et de notice pour l'agrément des personnes souhaitant adopter un pupille de l'État ou un enfant étranger.

⁵⁴¹ Pierre MURAT, *op.cit.*, p.770, n°221.264.

⁵⁴² François TERRE et Dominique FENOUILLET, *op.cit.*, p.712, n°769.

644. Cet abaissement permet, d'une part, de laisser un espoir au demandeur jusqu'au moment de la décision définitive, d'autre part, d'harmoniser la procédure entière de l'adoption. Autrement dit, seul le juge a le droit de décider de prononcer ou non l'adoption.

645. Un agrément délivré est valable pendant cinq ans. Cependant, chaque année, les personnes agréées doivent se manifester pour renouveler leur demande. En outre, chaque agrément ne fait l'objet que d'une adoption pour accueillir un ou plusieurs enfants simultanément. Il sera caduc à compter de l'arrivée au foyer d'au moins un enfant français ou étranger, ou de plusieurs simultanément au regard de l'article L225-2 du CASF.

646. Or, l'exécution de l'agrément ne semble pas satisfaisant. Le critique de Jean-Marie COLOMBANI, dans son rapport sur l'adoption⁵⁴³, nous permet d'éclaircir les difficultés soulevées par l'agrément. D'abord, il dénonce sa faible sélectivité. De plus, de nombreux agréments non actifs sont toujours valables, parce que « les conflits généraux sanctionnent rarement cette omission en retirant les agréments pour diverses raisons ». Par conséquent, il nous semble que cette réalité fait perdre un point à la valeur de l'agrément aujourd'hui. Finalement, il appartient au juge de prononcer l'adoption, la présence d'un agrément ne faisant que partie d'un faisceau d'indices qui seront pris en compte au moment de la procédure juridique.

a. La phase préparatoire

647. Elle contient le placement en vue de l'adoption. Les enfants déclarés abandonnés, les pupilles de l'État ou les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption seront remis, d'une manière effective, aux futurs adoptants sur le fondement de l'article 351 alinéa 1 du Code civil.

Après tout, le placement n'est pas une condition indispensable à l'adoption, si bien qu'il n'intervient ni dans le cas d'une adoption intrafamiliale ni pour l'adoption d'un enfant de plus de deux ans pour lequel les parents biologiques ont donné expressément leur accord en faveur d'un tiers désigné.

⁵⁴³ Jean-Marie COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, 2008.

648. Le placement faisait auparavant partie d'une des innovations de la loi de 1966. C'est un fait concret de la remise de l'adopté dans la famille d'accueil. Au fond, il s'agit, en quelque sorte, d'une période transitoire ou d'une période d'essai portant sur différents objectifs :

D'abord, elle permet à l'enfant de s'habituer à sa nouvelle vie et de commencer à s'intégrer dans sa nouvelle famille. Quant à l'adoptant potentiel, il peut s'adapter aux caractères et aux habitudes de l'enfant. Grâce au placement, l'organisme qui a confié l'enfant peut vérifier si celui-ci s'entend bien avec l'adoptant potentiel et si ce dernier le traite d'une manière correcte, car le déroulement du placement est sous le contrôle de l'organisme et son commentaire est pris en compte par le juge dans la décision de l'adoption prononcée ultérieurement.

649. Le placement en vue de l'adoption dure six mois au minimum et aucune loi ne mentionne sa durée maximale. Ce délai ne semble pas abusif, car l'adoption produit un effet assez bouleversant tant sur le statut de l'enfant que sur le plan de la famille de l'adoptant. Par conséquent, une période d'essai relativement longue rassure le juge et l'organisme. Pendant ce temps, ceux-ci peuvent prendre le temps de voir si l'enfant s'intègre bien dans sa nouvelle famille d'une part, et si l'adopté est capable de gérer la relation avec ce nouveau membre, d'autre part. Quoi qu'il en soit, les conflits ne se produisent qu'avec le temps. Aucune solution n'apparaît plus efficace que celle-ci.

650. Enfin, que ce soit par décision définitive du juge du TGI, ou que le placement cesse par lui-même, il sera mis fin au placement en vue de l'adoption. Si le tribunal refuse de prononcer l'adoption ou dans le cas de l'interruption, les effets de ce placement sont rétroactivement résolus⁵⁴⁴.

b. La phase juridique

651. Le placement en vue de l'adoption n'aboutit pas forcément à une adoption. En revanche, la dernière phase juridique joue un rôle considérable. À l'inverse d'autres procédures devant le tribunal, l'action aux fins de l'adoption présente un caractère

⁵⁴⁴ C.civ., art. 352, al. 2.

gracieux, « car le tribunal n'intervient pas pour trancher un litige mais pour opérer un contrôle »⁵⁴⁵.

652. Cette procédure est chronologiquement prévue par le Code de procédure civile. Elle consiste en trois étapes : la requête, l'instruction du dossier ainsi que le jugement d'adoption.

La demande est obligatoirement formée par requête. Dans le cas où elle vise un adopté qui a été accueilli avant l'âge de quinze ans dans le foyer du requérant, ce dernier peut lui-même former une requête à l'intention du procureur de la République. Elle sera alors transmise au tribunal aux termes de l'article 1168 alinéa 2 du Code de procédure civile.

Par la suite, le juge est tenu de prendre une décision dans les six mois à compter du dépôt de la requête ou de sa transmission. Cette condition semble pourtant moins présente, car aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect. Par conséquent, elle devient un vœu pieux pour rappeler au juge de prendre une décision dans un délai raisonnable en contournant un retard excessif et donner un cadre serein le plus vite possible aux enfants adoptés.

Après avoir reçu la requête, le juge est chargé tout d'abord de vérifier les conditions légales des personnes impliquées. Ensuite, afin de s'assurer que les intérêts des enfants sont bien préservés, il dispose également du droit d'étaler une enquête sociale ou d'entrer en communication avec le service de l'ASE ou l'organisme. Le cas échéant, les propres enfants de l'adoptant potentiel seront entendus.

653. Concernant le jugement de l'adoption, trois résultats sont prévisibles :

Avec l'accord du requérant, l'adoption simple peut être prononcée à la place de l'adoption plénière, si le juge considère que le premier correspond mieux à l'intérêt des enfants au regard de l'article 1173 du Code de procédure civile. Cette possibilité ouvre un troisième jugement en plus du refus et de l'acceptation de la demande.

⁵⁴⁵ Valérie BALLAND et Isabelle CORPART, *op.cit.*, p. 47.

La diversité des résultats permet au juge de trouver une meilleure solution dans la procédure de l'adoption, notamment pour les enfants adoptés.

654. La voie de recours est ouverte dans les quinze jours de la notification de la décision en cas de refus de la demande. Même le ministère public a le droit de faire appel d'après l'article 1176 du Code de procédure civile. Le pourvoi en cassation est également ouvert dans les deux mois de la notification de l'arrêt d'appel⁵⁴⁶.

655. Concernant la requête du procureur de la République, la décision prononçant l'adoption plénière sera transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté. Lorsque ce dernier est né à l'étranger, la décision est transcrite sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères. Certaines informations prévues par l'article 354 alinéa 3 du Code civil doivent être indiquées dans la transcription. Pourtant, aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant ne sera mentionnée. Enfin, la transcription tient lieu d'acte de naissance pour l'adopté.

656. En même temps, une tierce opposition à l'encontre du jugement est ouverte; elle s'ouvre sans limitation particulière quant aux personnes admises à l'exercer. Son délai de prescription porte sur trente ans⁵⁴⁷. Cette mesure laisse une ultime possibilité aux parents véritables de l'enfant de faire annuler l'adoption. Cependant, pour des raisons de tranquillité de la famille adoptive et de sérénité de l'enfant adopté, cette voie ne laisse pas beaucoup d'espoir à ceux qui ont la volonté de se faire restituer leur propre enfant, car seuls une fraude ou un dol imputable à l'adoptant peuvent être invoqués⁵⁴⁸. En effet, le régime strict de la tierce opposition est souvent critiqué en raison du sacrifice éventuel des parents véritables. En aucun cas, ces derniers peuvent formuler une telle opposition contre l'intermédiaire, s'il y en a eu⁵⁴⁹.

Par ailleurs, concernant la fraude ou le dol imputable, la liste est non-exhaustive. Il appartient au juge de les apprécier souverainement au cas par cas. À titre d'exemple, lorsque le but visant à créer un lien de filiation est détourné, la fraude peut être

⁵⁴⁶ NCPC, art. 612.

⁵⁴⁷ NCPC, art. 586, al. 1^{er}.

⁵⁴⁸ C.civ., art 353-2, al. 1^{er}.

⁵⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1973 : JCP G 1974, I, 17689, E.-S. de la Marnière ; Bull. civ. 1973, I, n°278

constituée⁵⁵⁰; également, la tierce opposition est recevable, lorsque l'adoptant a pratiqué des manœuvres dolosives qui ont mené la juridiction à statuer dans un sens que l'adoption ne peut être admise. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 17 mai 2004⁵⁵¹, les conditions égales de l'adoption n'ont pas été réunies : ni le consentement de l'adopté, ayant plus de 13 ans, ni celui de son père biologique n'ont été exprimés. De plus, au moment du prononcé de l'adoption, l'adoptant n'avait pas atteint les 30 ans exigés par la loi française. Ainsi, l'adoption plénière a été annulée à la demande de l'adoptée elle-même.

B. La procédure en Chine

657. Suite au droit de l'adoption promulgué en 1992, des « Mesures pour l'enregistrement de l'adoption pour les citoyens chinois » ont été rédigées par le Ministère des affaires civiles en 1993. Elles ont été modifiées six ans plus tard. Cette procédure de 1999 est encore valable aujourd'hui. À l'encontre des dispositifs français, la procédure de l'adoption fait partie de la liste des missions du bureau des affaires civiles au-delà des districts.

658. Au regard de l'article 10 des « Mesures » de 1999, la procédure de l'adoption en Chine consiste en trois étapes :

En premier lieu, le requérant doit se rendre personnellement au bureau des affaires civiles pour faire une demande d'adoption. S'agissant de l'adoption conjugale, les deux époux sont tenus d'être présents. En cas d'absence de l'un des conjoints, la procuration authentique de l'adoption doit nécessairement figurer⁵⁵². À propos du département, il est précisé que lorsqu'il concerne les orphelins accueillis par le service Children Welfare, la demande sera faite dans le département où se situe ce service. Pour adopter les enfants abandonnés sans filiation reconnue, il faut que les requérants aillent au département où ces enfants ont été retrouvés⁵⁵³.

⁵⁵⁰ CA Aix-en-Provence, 6e ch., sect. A, 5 sept. 2006, Françoise B. c/ Pierre G. et a. : JurisData n°2006-315175 ; Dr. famille 2007, comm. 54, note Anaïs GABRIEL.

⁵⁵¹ CA Nancy, 17 mai 2004, n°03/01053 : JurisData n°2004-247691, Dr. famille 2005, comm. 28, note, Pierre MURAT.

⁵⁵² « Mesures pour l'enregistrement de l'adoption pour les citoyens chinois », art. 5.

⁵⁵³ « Mesures pour l'enregistrement de l'adoption pour les citoyens chinois », art. 3 et art. 4.

Si l'adopté potentiel a plus de 10 ans, il doit également être présent au moment de la demande devant le bureau des affaires civiles en vertu de l'article 5 alinéa 2 des « Mesures ». La présence de l'adopté permet à l'officier de vérifier son consentement.

659. Avant de procéder à l'adoption, les requérants se chargent de préparer une série de documents pour les déposer le jour même de la demande.

Dans tous les cas, une lettre de demande d'adoption mentionnant son motif, la promesse de ne jamais maltraiter ou délaisser l'adopté, etc.,⁵⁵⁴ doit être déposée. Parallèlement, la pièce d'identité, le livret de famille des requérants, l'attestation valable pendant trois mois, incluant les informations sur les personnes comme l'âge, la situation familiale, les ressources, etc., délivrée par Danwei (unité du travail) ou le comité local⁵⁵⁵, sont indispensables.

Après, sont prévues les pièces spécifiques visant les différents statuts des enfants susceptibles d'être adoptés sur le fondement de l'article 9-1,2 des « Mesures » de 1999.

S'il s'agit d'un orphelin accueilli par le service Children Welfare, l'attestation de décès des parents des enfants, celle du consentement donné par cet organisme, le consentement écrit par le tuteur, doivent être déposés.

Si c'est un enfant abandonné, l'adoptant est tenu de montrer un certificat issu du bureau de police. À défaut de ce certificat, la publicité à la fin de recherche des parents de l'enfant délaissé pendant 60 jours à la charge du bureau des affaires civiles ou du Children Welfare doit être effectuée. Enfin, le consentement de l'organisme qui a recueilli l'enfant est également nécessaire.

660. En second lieu, l'officier est chargé de vérifier la complétude, la validité, les conditions légales des adoptés et des requérants. Le cas échéant, il peut faire une enquête sur la demande aux termes de l'article 10-2 des « Mesures » de 1999.

661. Finalement, trente jours après la demande, il faut que le bureau des affaires civiles enregistre l'adoption répondant aux dispositifs prévus par le droit en émettant le certificat de l'adoption, de sorte que l'adoptant peut procéder à une série de

⁵⁵⁴ « Mesures pour l'enregistrement de l'adoption pour les citoyens chinois », art. 6.

modifications importantes, comme le livret de famille, auprès du bureau de police. Le cas contraire, le refus doit être motivé et l'agent doit communiquer ce motif aux requérants.

Paragraphe 2. Réflexions sur les procédures des deux pays

662. En tenant compte de ces deux procédures d'adoption, nous observons une grande différence au niveau procédural. En Chine, l'adoption relève d'un processus administratif, alors qu'en France, il appartient au juge de prononcer l'adoption.

En Chine, la nature administrative de la procédure semble plus rapide que celle en France. Pendant trente jours, une décision peut être prise. Au contraire, le juge peut prolonger ce délai jusqu'à six mois sans force d'exécution en France.

663. Une question se pose ensuite : la procédure de l'adoption compte-t-elle sur sa rapidité ? En effet, les différentes natures de procédure des deux pays nous rappellent la procédure du divorce par consentement mutuel. L'avantage de ce type de divorce par voie administrative repose tant sur l'autonomie des couples que sur le fait que les membres d'un couple qui ne s'aiment pas peuvent rapidement sortir d'une vie matrimoniale malheureuse; de ce fait, nous n'arrivons pas à trouver une bonne raison pour la rapidité de la procédure de l'adoption.

La rapidité n'est, en général, pas compatible avec l'efficacité. Si le bureau des affaires civiles insiste pour accélérer la procédure de l'adoption en mettant éventuellement en danger l'intérêt des enfants adoptés, les incidences induites seront plus graves que celles provoquées par une procédure moins rapide.

664. Avant tout, nous constatons que la protection de l'intérêt des enfants est le principe essentiel dans la procédure de l'adoption en France. La délivrance de l'agrément, le placement en vue de l'adoption servent à assurer les intérêts des adoptés. En outre, ce principe n'est manifeste que sur le texte du droit commun. Pendant la

⁵⁵⁵ «Mesures pour l'enregistrement de l'adoption pour les citoyens chinois », art. 7.

procédure juridique, le juge est tenu d'utiliser tous les moyens pour garantir les intérêts des enfants.

Au contraire, en Chine, ce principe n'est pas privilégié dans le droit de l'adoption ni dans les « Mesures » de 1999, de sorte que l'officier du bureau des affaires civiles ne s'engage qu'à vérifier la validité, la complétude des documents déposés par les requérants et les conditions légales. Ainsi, il est raisonnable d'en déduire que le but de l'enquête prévue par ces « Mesures » ne se borne qu'à confirmer les documents et non l'intérêt des enfants.

665. Ensuite, selon le droit chinois, l'enfant dont les parents se trouvent dans une difficulté extrême pour l'élever est susceptible d'être adoptable. Cette catégorie de l'adoption entre dans un domaine assez ambigu en l'absence de précision du terme « difficulté ». Faute de moyens d'enquête et du pouvoir limité, l'officier risque d'accepter une demande qui ne répond pas à l'idée du législateur. Finalement, c'est toujours l'intérêt de l'enfant qui sera lésé. Il peut arriver que pour échapper au système démographique de la Chine, un couple donne, voire vende sa fille pour qu'elle soit adoptée.

666. Compte tenu des inconvénients encourus par la procédure administrative, notamment les risques concernant les intérêts des enfants, il est approprié de s'inspirer du régime français en permettant la coexistence entre la procédure administrative et la procédure juridique. D'après XU Minhui, « l'officier du bureau des affaires civiles transmettrait la demande au tribunal après le premier contrôle et le juge aurait le dernier mot sur l'adoption »⁵⁵⁶.

667. Également, hormis le contrôle du juge, le droit français énonce, en même temps, les autres régimes pour renforcer la protection de l'intérêt des enfants que le droit chinois ignore.

L'exigence de l'agrément visant l'adoption de certaines catégories des enfants constitue une mesure efficace. Bien qu'il perde de la rigueur dans la décision du juge, sa

⁵⁵⁶ Xu Minhui, *op. cit.*, n°537, p.33.

délivrance est, malgré tout, un indice considérable pour que le juge prenne une décision. Il peut être réputé comme étant une double protection de l'intérêt des enfants adoptés.

En Chine, à défaut d'agrément, une attestation émise par le Danwei ou le comité local sur les situations civile et sociale des requérants montre une valeur équivalente. Cependant, la fiabilité de ces deux unités est douteuse, car ce ne sont pas des personnes aptes. Sans surveillance, ils peuvent donner une attestation sans vraiment connaître la situation du requérant. Par ailleurs, même s'ils ont la volonté de bien faire leur travail, l'absence de moyens d'enquête comme la présence du président du Conseil général en France, ne pas pouvoir aller plus loin et connaître certaines informations plus détaillées, notamment en cas de dissimulation intentionnelle du demandeur. Par conséquent, cette attestation ne peut devenir une protection efficace pour les enfants adoptés.

668. En outre, à la différence de la procédure de l'adoption en France, celle en Chine ne dispose pas de phase préparatoire : le placement en vue de l'adoption.

En fait, la remise effective de l'adopté aux futurs adoptants est une mesure efficace et directe pour estimer si l'adoptant est capable de devenir le père ou la mère de l'enfant. En parallèle, pendant le placement en vue de l'adoption, l'enfant peut commencer à s'habituer à ses parents potentiels. Si, à l'expiration d'un certain temps, il s'aperçoit qu'il ne s'entend pas avec eux, il peut en parler à l'officier au moment de la procédure finale. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs chinois suggèrent d'introduire cette période dans la procédure.

Selon WANG Geya, « en vue d'approfondir la connaissance mutuelle et de stabiliser la relation de l'adoption, le placement est utile pour une durée allant de trois à six mois »⁵⁵⁷. Elle propose également d'autoriser les parents ou l'organisme qui confie l'enfant à rendre visite à l'adopté pendant cette période. Enfin, son déroulement sera surveillé par l'agent du bureau des affaires civiles comme un indice permettant de prendre une décision. De même, WU Guoping⁵⁵⁸ et XU Minhui⁵⁵⁹ partagent la même opinion.

⁵⁵⁷ WANG Geya, *La réflexion et la réorganisation de l'adoption en Chine*, BeiFangLunCong, No.6, 2006, p.57-58.

⁵⁵⁸ WU Guoping, *La réflexion sur l'amélioration du régime de l'adoption en Chine*, Journal de l'institut de science politique et droit de Fujian, No.4, déc. 2007, p.43.

⁵⁵⁹ Xu Minhui, *op.cit.*, n°537, p.33.

669. En définitive, la protection de l'intérêt de l'enfant n'est malheureusement pas traduite dans la procédure chinoise. À la différence de la France où il y a pénurie d'enfants adoptés, leur nombre, en Chine, est plus élevé que la demande; le législateur chinois préfère alors prévoir une procédure simplifiée en vue d'encourager l'adoption pour décharger le stress financier du service Children Welfare.

Néanmoins, il ignore que cette procédure risque de mettre l'intérêt des enfants en danger. À notre avis, l'enfant à adopter est plus fragile, car il a déjà subi un traumatisme ; il a donc besoin de plus de protection et d'attention pour s'assurer qu'il ne risque pas de souffrir d'une deuxième blessure psychique. Le législateur chinois doit bien réfléchir afin d'introduire une procédure plus favorable à l'enfant, au lieu de penser simplement à faciliter le processus pour les adoptants.

Section II. Les effets de l'adoption plénière

670. S'agissant des effets de l'adoption, le droit français et le droit chinois partagent une partie similaire, notamment à propos des conséquences envers la famille naturelle et la famille adoptive. À l'opposé, une divergence concernant la révocabilité de l'adoption distingue ces deux régimes.

Sous-section I. Les effets sur la famille biologique et la famille adoptive des deux pays

671. L'adoption (plénière) produit un effet sur les deux familles dont l'une a un lien de sang antérieur au prononcé juridique de l'adoption, l'autre a tendance à créer une nouvelle filiation qui se substitue à la première. « En réalité, elle se superpose au lien de sang, la fiction de la loi est qu'elle l'élimine, pour n'être plus à l'avenir par l'effet de ce remplacement que le seul et unique lien juridique.»⁵⁶⁰

672. À propos du départ des effets de l'adoption (plénière), les dispositifs des deux pays ne sont pas identiques. Selon l'article 355 du Code civil, « l'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption ». Cependant, elle commence à être ressentie au jour de l'enregistrement de l'adoption dont l'officier du

⁵⁶⁰ Alain BENABENT, *op.cit.*, p.443, n°286.

bureau des affaires civiles a la charge en Chine, au regard des articles 15 et 23 du droit de l'adoption.

Quoi qu'il en soit, en France comme en Chine, l'adoption ne produit ses effets que dans le futur. Cela signifie que l'adopté peut conserver ce qu'il a acquis avant sans avoir besoin de le restituer.

673. Le principe de l'effet de l'adoption (plénière) porte sur le terme de « substitution ». Concrètement, il présente une rupture du lien avec la famille biologique (A) ainsi qu'une création du lien avec la famille adoptive (B).

Paragraphe 1. La rupture de la relation avec la famille biologique

674. La rupture du lien de l'adopté avec la famille d'origine affecte l'enfant dont la filiation est établie ou connue. S'agissant des enfants délaissés, aucune filiation n'est connue ou établie, de sorte que l'adoption n'a d'effets que sur la famille adoptive.

675. Dans les deux pays, à l'issue de l'adoption (plénière), l'enfant adopté coupe juridiquement presque tous les liens avec la famille naturelle, se présentant non seulement sur la disparition de la filiation avec les parents biologiques, mais aussi sur le changement et le transfert du plan personnel (l'adoption apporte éventuellement un nouveau baptême à l'enfant adopté), social (l'autorité parentale et l'obligation alimentaire disparaissent), patrimonial (l'adopté perd le droit de succession auprès de la famille d'origine).

676. En même temps, deux exceptions aux effets absolus de l'adoption plénière sont connues en droit français.

Tout d'abord, concernant l'adoption de l'enfant du conjoint, l'effet de l'adoption plénière devient partiel, car ce type d'adoption laisse subsister la filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par les deux époux aux termes de l'article 356 alinéa 2 du Code civil.

Or, cette exception fait perdre potentiellement un des parents biologiques de l'adopté. En cas de décès de ce dernier, les grands-parents seraient privés de leurs petits-enfants par la décision unilatérale de l'autre parent. Ainsi, d'une part, l'article 345-1 du

Code civil réduit le champ de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint. D'autre part, la famille de l'ex-conjoint peut recourir au juge des affaires familiales, lequel est habilité à fixer les modalités de relation avec l'enfant sous l'emprise de son intérêt. La loi du 17 mai 2013 précise que cette exception vise en particulier ce qui « a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables »⁵⁶¹. De ce fait, nous constatons que la « rupture des liens juridiques n'est en effet pas nécessairement synonyme de rupture des liens personnels »⁵⁶².

En Chine, il est également possible d'adopter l'enfant du conjoint. Néanmoins, aucun article ne précise que l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation à l'égard de ce conjoint et de sa famille, comme indiqué par l'alinéa 2 de l'article 345 du Code civil en France. Par conséquent, *a priori*, le lien sera coupé avec le parent biologique de l'enfant adopté, par contre, la filiation sera rétablie auprès du conjoint actuel de ce parent au regard de l'effet de l'adoption.

Apparemment, tel n'est pas le motif du législateur chinois. Cette conséquence ne répond pas non plus à l'espoir du parent biologique de l'enfant. À notre avis, c'est plutôt un oubli de la part de législation, parce qu'en réalité, le parent biologique et son conjoint sont tenus de prendre l'autorité parentale de l'enfant après l'adoption. De ce fait, il doit insérer cette exception dans le droit de l'adoption en vue d'harmoniser la disposition avec sa pratique réelle.

677. La deuxième exception est issue du souci biologique. Au regard de l'article 356 alinéa 1^{er} du Code civil, l'empêchement au mariage est maintenu, même si l'enfant adopté n'appartient plus à la famille biologique. Toutefois, à défaut d'enregistrement ou de mention, ce maintien reste théorique. Le contrôle de l'interdiction de l'inceste tombe sur les tiers par voie d'opposition au moment du mariage.

En droit chinois, l'absence de cette exception implique la disparition de l'empêchement au mariage dans la famille naturelle. Nous pensons qu'il s'agit d'une omission du législateur, parce que ce genre d'empêchement en Chine se fonde plutôt sur

⁵⁶¹ C.civ., art. 371-4.

⁵⁶² Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 786, n°221.411.

l'eugénisme qui se conforme à la politique des enfants unique (v. supra n°93) ; apparemment, l'autorisation du mariage avec les membres de la famille d'origine s'oppose au principe d'eugénisme. La législation doit figurer cette dérogation dans le droit de l'adoption, sinon, le droit civil sur ce sujet reste incohérent.

678. En comparant les effets de l'adoption à l'égard de la famille biologique dans les deux pays, bien que leurs effets soient similaires, le législateur français traite ce sujet d'une manière plus globale en prévoyant deux exceptions; même si l'interdiction du mariage au sein de la famille d'origine est plutôt symbolique, elle montre l'aptitude du législateur français qui reste en harmonie avec le principe de la prohibition de l'inceste.

Ces deux exceptions sont ignorées par le législateur chinois. Il faut souligner que la non-mention ne manifeste pas sa volonté sur l'autorisation de ce type de mariage ni la rupture de lien avec le parent biologique après que l'enfant a été adopté par le conjoint de ce dernier. Ainsi, afin de combler ces lacunes, il importe de prévoir ces deux dérogations dans la rupture de la relation avec la famille liée par le sang, en se référant aux dispositions françaises.

Paragraphe 2. L'assimilation de la filiation adoptive à une filiation biologique

679. Tant en Chine qu'en France, le principe de substitution de l'effet de l'adoption se manifeste parfaitement dans la famille adoptive. Tous les droits et devoirs émanant de la rupture du lien avec la famille d'origine seront récréés dans la famille adoptive.

680. Tout d'abord, concernant le nom de l'adopté, à l'instar des enfants biologiques, ce dernier entrant dans la famille adoptive, prend le nom des adoptants. À la différence de la France, en Chine, une personne ne peut porter qu'un seul nom; ainsi, dans le cadre de l'adoption conjointe, l'enfant prend le nom de famille choisi par les époux : le nom de l'un d'entre eux.

En France, hormis cette possibilité, celui-ci peut également porter le nom de deux adoptants dans l'ordre choisi par eux. À défaut de la déclaration conjointe, le nom de l'adopté sera fixé comme suit : « celui-ci prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun

d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. »⁵⁶³ Après la loi du 17 mai 2013, une autre hypothèse qui était admissible, a été abrogée : en cas d'adoption par une personne seule ou mariée, le nom de son conjoint pouvait lui être donné, alors qu'aucun lien de filiation n'a été établi à son égard.

Ensuite, en Chine comme en France, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu à l'adoptant (aux adoptants). En parallèle, l'adopté mineur doit être entretenu par son ou ses parents adoptifs comme doit l'être tout mineur par ses parents.

681. Enfin, l'enfant adopté bénéficie de droits successoraux auprès de la famille adoptive. Plus précisément, après le dépôt de la requête en France et le prononcé de l'adoption en Chine, l'adopté peut profiter des droits successoraux, non seulement à l'égard de son parent adoptif (ou ses parents adoptifs), mais aussi des autres membres de la famille. À l'inverse, après le décès de l'adopté, la famille adoptive dispose du même droit, s'il ne laisse pas d'enfants ou de conjoint survivant.

682. En comparant les effets de l'adoption concernant la famille adoptive, nous remarquons que le régime du droit chinois semble être en harmonie avec celui du droit français, parce que les deux pays ont la volonté de substituer une filiation élective à la filiation biologique, dans le but d'égaliser tous les statuts des enfants.

Sous-section II. La question de la révocabilité de l'adoption

683. En tenant compte des effets de l'adoption (plénière), nous pouvons confirmer la similitude de certaines dispositions dans les deux pays.

Pourtant, une grande divergence apparaît sur le caractère irrévocable de l'adoption plénière en France (Paragraphe 1) et la révocabilité conditionnelle de l'adoption en Chine (Paragraphe 2).

⁵⁶³ C.civ., al. 4, art. 357.

Paragraphe 1. Le principe du caractère irrévocable de l'adoption en France.

684. L'irrévocabilité de l'adoption plénière est prévue par l'article 359 du Code civil qui illustre effectivement trois sens :

D'abord, l'adoption plénière, une fois prononcée, par le juge après être passée en force de chose jugée, ne peut pas être retirée par la même décision juridique. Cette irrévocabilité s'étend à la fermeture de toute l'opposition, hormis à la tierce opposition en cas de fraude ou de dol imputable à l'adoptant (v. supra n°656). Ensuite, la famille biologique de l'adopté ne peut pas regretter sa décision en demandant la restitution. Enfin, l'adoptant ne peut pas non plus retirer sa volonté en restituant l'enfant pour une nouvelle adoption.

685. La rigueur de ce principe, d'une part, contribue à stabiliser la filiation fictive qui paraît plus fragile que la filiation par procréation; d'autre part, comme l'adoption se base sur le consentement exprès non vicié de la famille d'origine et de l'adoptant, il n'y a pas de raison justifiée pour renverser l'accord exprimé antérieurement.

Pour ces raisons, les juges français restent résolus face à la tentative de révocation de l'adoption comme dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 novembre 2001⁵⁶⁴. En l'espèce, les adoptants sont mal fondés à demander la nullité de la légitimation adoptive pour vice du consentement sous prétexte que persuadés que les parents biologiques de l'adoptée demeureraient inconnus. Ils auraient été trompés lorsqu'elle a eu la possibilité de les retrouver avec l'aide de l'administration. Sous l'empire de l'article 359 du Code civil, le juge a prononcé l'irrévocabilité de la demande.

686. Or, deux dérogations au caractère irrévocable de l'adoption plénière sont énoncées par le droit commun.

En premier lieu, lors du décès de l'adoptant ou des deux adoptants, une nouvelle adoption peut être prononcée; ou encore après le décès de l'un d'entre eux, la possibilité d'une nouvelle demande s'ouvre au nouveau conjoint du survivant au regard de l'article 346 alinéa 2 du Code civil.

⁵⁶⁴ CA Paris, 1, section C, 22 nov. 2001, n°2000/11517.

Pourtant, l'enfant ne devient pas automatiquement adoptable, lorsque l'adoptant ou les deux adoptants décèdent car, dans ces cas, l'enfant est considéré comme orphelin, de cette façon, pour procéder à une nouvelle adoption comme pupille d'État, le consentement du conseil de famille est indispensable selon l'article 349 du Code civil. Au fond, cette dérogation de révocabilité n'est pas une vraie dérogation au sens strict.

687. En second lieu, en présence d'un motif grave, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière sera prononcée à l'issue de la loi du 5 juillet 1996⁵⁶⁵. Cette exception est comme « une passerelle vers l'adoption simple »⁵⁶⁶. Elle permet « exceptionnellement de parvenir à la création d'un double lien, mais de manière successive, généralement inégalitaire et surtout conditionnelle »⁵⁶⁷.

Toutefois, la loi française ne précise pas clairement son champ d'application, surtout les termes « motif grave ». Par conséquent, cette interrogation ne peut qu'être précisée petit à petit par la jurisprudence.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 25 mars 2005⁵⁶⁸, le juge a expliqué que « la recherche des motifs graves doit se faire *in concreto* et au regard du seul intérêt de l'enfant ». En l'espèce, l'enfant a été ré-adopté par l'ex-compagne du père adoptif qui a assumé toute seule la charge éducative et affective de l'enfant en raison du désintérêt du père adoptif. Par conséquent, une adoption simple a été prononcée par le juge selon l'article 360, alinéa 2 du Code civil.

Paragraphe 2. La révocabilité conditionnelle de l'adoption en Chine

688. Contrairement au principe irrévocable du droit français, le régime du droit chinois est plus complexe. Lorsque les adoptés sont mineurs, l'adoption reste irrévocable, mais il existe deux exceptions. En revanche, concernant les adoptés majeurs, l'adoption devient révocable en se soumettant aux conditions légales.

⁵⁶⁵ C.civ. art. 360, al. 2.

⁵⁶⁶ Valérie BALLAND et Isabelle CORPART, *op.cit.*, p. 63.

⁵⁶⁷ Pierre MURAT, *Adoption simple sur adoption plénière : les conditions*, Dr. famille 2004, comm. 219.

⁵⁶⁸ CA Versailles, 1^{ère} Ch., section 1, 25 mars 2004, n°03/05625.

A. Les motifs de révocation

689. En raison de la gravité des effets de la révocation de l'adoption, les motifs de la demande doivent être justifiés. Afin de protéger l'enfant mineur, seules deux possibilités sont permises pour déclarer la révocation (a). Quant à l'enfant majeur, les motifs sont plus nombreux sous l'emprise du principe de la mésentente inconciliable entre l'adopté et l'adoptant (b).

a. Les deux dérogations à l'irrévocabilité de l'adoption des enfants mineurs

690. Tout d'abord, sur le fondement de l'article 26 du droit de l'adoption, pendant la minorité de l'adopté, l'adoption est irrévocable, sauf s'il existe un accord par écrit entre l'adoptant et la personne responsable du placement de l'enfant. Si l'enfant est âgé de plus de dix ans, son consentement personnel à cette révocation doit être requis (v. infra n°691).

Le droit accorde une grande facilité à la famille biologique et à la famille adoptive pour décider de la révocabilité de l'adoption. À titre d'exemple, les parents biologiques, qui ont placé leur enfant en adoption au motif de difficultés économiques extrêmes prévues à l'article 4-3 du droit de l'adoption, peuvent demander sa restitution, dès lors que leurs conditions financières se sont améliorées, sous réserve de l'accord de la famille adoptive.

691. Or, nous ne pouvons pas nier que cette possibilité met l'enfant adopté dans une situation extrêmement instable, celui-ci ayant déjà vécu une période bouleversante au moment de la première adoption risque d'expérimenter une deuxième fois un trouble.

Si l'enfant a moins de dix ans, il n'a pas d'autre choix que de se soumettre à la décision des autres. S'il a plus de dix ans, il serait cruel de lui imposer de prendre une telle décision. Sa vie risque d'être bousculée s'il ne connaît pas sa véritable identité avant la restitution. De plus, rétablir un lien affectif avec la famille naturelle plusieurs années après est aussi une source de préoccupation.

Dans le cas de la convention conclue entre le service Children Welfare et la famille adoptive, l'effet révocable change le statut de l'enfant adopté : il se retrouve orphelin sans aucune filiation. Ce changement peut nuire à son développement. Pour cette raison,

l'auteur propose que « cette exception ne soit pas appliquée, si l'enfant a été accueilli par le service Children Welfare »⁵⁶⁹.

692. Une deuxième exception est prévue au même article : l'adopté mineur pourra être restitué à la demande de la personne responsable du placement de l'enfant, lorsque l'adoptant n'exerce pas les droits qui lui sont attachés ou s'il maltraite et délaisse l'adopté mineur. Les deux parties peuvent se mettre d'accord pour procéder à la restitution. En cas de désaccord, une action peut être intentée.

Cette exception rencontre effectivement une impasse dans la pratique. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 26 du droit de l'adoption, seule la personne qui a consenti à l'adoption peut demander la révocation, à savoir le tuteur de l'orphelin, le service social ou les parents biologique. En réalité, au motif de la rupture de la relation entre l'adopté et la famille biologique. De plus, le droit ne prévoit nulle part la possibilité du droit de visite après le prononcé de l'adoption ; nous nous demandons comment la personne responsable du placement de l'enfant peut-elle surveiller ou être informé de l'actualité des enfants. Une telle révocation semble donc très théorique.

Même si la révocation est prononcée, quel sera le sort de l'enfant? Au regard de l'effet de la révocation, la filiation sera normalement rétablie avec ceux qui l'ont abandonné. Si les difficultés économiques des parents biologiques ne se sont pas améliorées, l'enfant restitué risque d'être abandonné une deuxième fois par ses propres parents.

Si l'idée du législateur chinois repose sur la protection de l'intérêt de l'adopté mineur, celui-ci ne songe pas à l'exécution des dispositions. En revanche, si la loi autorisait le droit de visite à la famille biologique pour faciliter cette dérogation, ce droit de visite ne contribuerait pas à la tranquillité de la famille adoptive, mais se heurterait à l'intégration de l'enfant dans la nouvelle famille.

693. En réalité, ces deux exceptions de l'adoption prévues par l'article 26 du droit de l'adoption sont rarement demandées. En revanche, quand l'adopté devient majeur, des

⁵⁶⁹ WU Guoping, *op.cit.*, n°558, p.43.

problèmes d'harmonie familiale apparaissent au sein de la famille adoptive et ils entraînent souvent la révocation de l'adoption.

b. Le principe de la révocabilité de l'adoption des adoptés majeurs

694. D'après le droit chinois, l'adoption est révocable dès que l'enfant adopté devient majeur. S'il s'entend mal avec ses parents adoptifs jusqu'à ne plus pouvoir vivre ensemble, l'adoption peut être révoquée par la convention. Le cas échéant, le juge peut intervenir⁵⁷⁰.

Selon l'article 30 alinéa 1 du droit de l'adoption et de nombreux arrêts tranchés, la mésestente inclut également la maltraitance, la violence⁵⁷¹, l'abandon ou le désintérêt⁵⁷², imputables à l'adopté majeur envers les parents adoptifs. La liste a tendance à être étoffée avec de multiples jurisprudences qui sont rendues.

695. À notre avis, la mésestente, considérée comme un motif de la révocation de l'adoption, ne semble pas appropriée, car à partir du prononcé de l'adoption, le parent adoptif se substitue aux parents biologiques. Toutefois, aucune loi n'autorise à cesser la filiation en cas de mésestente avec les parents véritables en Chine. Ce principe n'est donc pas compatible avec la volonté du législateur concernant la substitution totale de la famille biologique par la famille « artificielle ».

696. Compte tenu des multiples jurisprudences rendues par le juge, nous observons, que dans la majorité des cas, ce sont les adoptants qui demandent la révocation de l'adoption lorsque les enfants adoptifs ne les entretiennent pas. En effet, une telle situation se produit aussi dans la famille par procréation où les parents ne peuvent pas rompre la filiation avec leur enfant biologique; ils peuvent néanmoins agir en justice⁵⁷³

⁵⁷⁰ Droit de l'adoption, art. 27.

⁵⁷¹ T. peuple de base du comité Taoyuan dans la province du Hunan, 27 juin 2013, (2013) 桃民初字第 604 号.

⁵⁷² T. peuple de base du comité du Heng à la région autonome Zhuang du Guangxi, 30 juill. 2012, (2012) 横民一初字第 997 号.

⁵⁷³ T. peuple de base du district de Baihe à la province de Shanxi du 3 mai 2012, (2012) 白民初字第 00164 号.

pour que le juge impose aux enfants de verser les frais d'entretien sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 22 du droit du mariage⁵⁷⁴.

De ce fait, en vue d'harmoniser la filiation adoptive avec les effets de l'adoption, il serait convenable d'interdire ce type de révocation. Par ailleurs, si l'enfant n'entretient pas ses parents adoptifs, ces derniers peuvent lui faire respecter cette obligation par justice comme peuvent le faire les parents génétiques.

B. La procédure et la conséquence de la révocation de l'adoption

697. D'un côté, une révocation peut être demandée par le consentement mutuel de l'adopté et de l'adoptant (ou des adoptants). Dans ce cas, la révocation doit être enregistrée auprès du bureau des affaires civiles où l'adoption a été prononcée. En vertu des articles 12 et 13 des « Mesures » de 1999, le demandeur doit montrer la pièce d'identité, le livret de famille de l'adopté et de l'adoptant, le certificat d'adoption, ainsi que la convention de la révocation de l'adoption. L'officier du bureau des affaires civiles retire le certificat en lui remettant le certificat de la révocation après en avoir examiné les conditions légales. D'un autre côté, une adoption peut également être révoquée en action, lorsque les deux parties ne sont pas d'accord sur le fait. Dans ce cas, il appartient au juge de prononcer la révocation.

698. À partir du moment où cette révocation est enregistrée, la filiation avec la famille originale est reprise. Quand l'enfant atteint la majorité, il peut choisir de rétablir ou non la filiation avec sa famille biologique⁵⁷⁵.

699. Mais le droit reste encore très vague sur les détails. Par exemple, quel est le sort des enfants qui ont été accueillis par le service Children Welfare? Après la révocation, retournent-ils au service social pour attendre une nouvelle adoption? Parallèlement, un autre problème majeur se pose : que feront- les enfants qui ont plus de 14 ans et moins de 18 ans après la révocation? À compter de ce moment-là, ils se trouvent dans une situation embarrassante, car ils sont encore mineurs mais ils ne correspondent plus à la condition de l'âge de l'adopté en Chine. Ce serait une des raisons permettant de

⁵⁷⁴ Au cas où les parents ne rempliraient pas le devoir d'élever leurs enfants, les mineurs ou les enfants incapables de vivre de manière indépendante sont en droit de leur demander de payer les frais d'entretien.

repandre sérieusement l'ensemble des dispositions sur la révocabilité de l'adoption, afin de remédier au caractère lacunaire de ce régime.

700. Enfin, le droit chinois prévoit une pension à la charge des enfants majeurs sur le fondement de l'article 30 du droit de l'adoption :

L'ancien adopté majeur est tenu de payer une pension aux parents adoptifs, si ces derniers n'ont pas de ressource économique en raison de leur âge ou de leur état de santé. La nature de cette allocation reste mystérieuse, car, suivant l'effet de la révocation, l'adopté ne dispose d'aucun lien filial avec les parents adoptifs. Plus précisément, ces derniers redeviennent pour lui, les étrangers ; nous voyons donc mal au nom de quoi l'adopté verserait une pension à ses anciens adoptants.

Par ailleurs, la modalité d'une telle compensation peut aussi prendre, en pratique, la forme d'une rente viagère⁵⁷⁶. Nous remarquons que la pension ici s'assimile à l'obligation de frais d'entretien à la charge des enfants envers leurs parents, reposant sur le fait de récompenser les parents adoptifs qui les ont élevés. Cependant, ce fondement n'est plus approprié après la révocation de l'adoption. Ainsi, pour protéger les intérêts des parents adoptifs avec un bon fondement, il est plus raisonnable que ces derniers soient récompensés en demandant une pension en justice sans révoquer l'adoption. En outre, il nous semble que la protection est plus complète en matière de filiation, car quels que soient l'état de santé ou l'âge des parents, l'enfant majeur doit les entretenir.

701. De surcroît, si la maltraitance ou l'abandon imputable à l'adopté majeur sont invoqués en tant que motifs justifiés de révocation de l'adoption, les parents adoptifs peuvent lui demander de rembourser tous les frais quotidiens ou d'éducation qu'ils ont dépensés lors de la période d'adoption. Cette forme de compensation sera à la charge des parents biologiques, s'ils prennent l'initiative de demander la révocation, sauf si les parents adoptifs ont maltraité ou délaissé l'adopté au regard de l'article 30 alinéa 2 du droit de l'adoption.

⁵⁷⁵ Droit de l'adoption, art. 29.

⁵⁷⁶ T. peuple de district de Bagongshan à la province de Anhui, 13 sept. 2013, (2013)八民一初字第00099号.

702. En comparant le régime non révocable de l'adoption plénière en France et le régime de la Chine, nous constatons que la révocabilité de l'adoption en Chine entraîne l'instabilité des enfants. Cette agitation porte gravement atteinte à leur intérêt.

Lorsqu'ils sont encore mineurs, la révocation par consentement mutuel entre l'adopté et l'adoptant place l'enfant adopté dans une position délicate. Comment un enfant qui a déjà été abandonné une fois et qui est rejeté une deuxième fois par les parents adoptifs peut-il supporter ces deux traumatismes ? L'adoption n'est pas une transaction. L'adoptant ou les parents biologiques doivent assumer les conséquences tirées du consentement exprimé sur l'adoption. La révocation, dans ce cas, dégrade, d'une certaine façon, la sincérité de l'adoption elle-même. Compte tenu des inconvénients issus de la révocation de l'adoption par consentement mutuel (v. supra n°691), il serait important de la supprimer, au nom de l'intérêt de l'enfant. Pour cette raison, le droit français interdit fermement l'irrévocabilité de l'adoption plénière

703. Le motif de la deuxième exception à l'irrévocabilité de l'adoption porte sur la protection des enfants mineurs contre le désintérêt, la maltraitance ou l'abandon imputable aux parents adoptifs. Cependant, cette exception demeure contradictoire avec l'effet de l'adoption (v. supra n°692).

Selon le droit français, en présence d'une de ces situations nuisibles à l'enfant adopté, le retrait de l'autorité parentale pourrait être ordonné, comme s'il s'agissait des parents biologiques. En cas d'échec d'une adoption plénière, celle-ci peut être convertie par voie de justice en adoption simple.

Par ailleurs, à la différence du droit français, le droit chinois ne mentionne pas l'exception à l'irrévocabilité de l'adoption lors du décès des parents adoptifs. En général, dans la famille liée par le sang, les grands-parents, les grands frères ou sœurs, ainsi que les proches sont susceptibles d'être les responsables légaux de l'enfant à condition qu'ils en soient capables. Ici, nous ne pouvons négliger la situation extrême où tous en seraient incapables.

704. En résumé, en droit chinois, que ce soit la révocation conditionnelle ou la révocation de l'adoption d'un adopté majeur, le législateur chinois croit que ce qu'il fait, c'est de protéger les intérêts des enfants adoptés ou ceux des parents adoptifs âgés.

Néanmoins, il n'est pas conscient qu'il éloigne la filiation adoptive de la filiation biologique, bien qu'il réclame une similitude complète entre ces deux types de filiation.

De plus, après avoir analysé chaque cas de révocation de l'adoption ainsi que les conséquences, nous constatons que les dispositifs incomplets sur ce sujet entraînent de nombreux inconvénients, notamment une lacune sur le sort de l'enfant mineur de plus de 14 ans qui sera écarté de l'adoption après la révocation.

À notre avis, il faudrait assurer au mieux la stabilité d'une adoption tant en préservant l'intérêt des enfants et assimilant le régime de la filiation adoptive avec celui de la filiation biologique, sachant que tous les motifs susceptibles d'entraîner la révocation de l'adoption en Chine pourraient se référer au régime de la filiation biologique. Par exemple, en cas de maltraitance des parents adoptifs, une personne autorisée à devenir le représentant légal de l'enfant peut faire une demande en justice pour prendre l'autorité parentale ; de même, en cas de non versement des frais d'entretien de l'adopté majeur, les parents adoptifs peuvent également intenter une action en justice pour lui faire respecter son devoir.

De ce fait, le principe irrévocable de l'adoption devrait être prévu, sauf dans des cas impératifs, comme par exemple, lorsque les parents adoptifs sont décédés et qu'aucun proche n'est capable de le prendre en charge.

Chapitre II. L'adoption simple

705. En Chine comme en France, une adoption (plénière) est prévue par la loi. En droit français, hormis l'adoption plénière, Une adoption simple avec un régime moins sévère s'applique parallèlement. L'histoire de l'adoption simple est aussi ancienne que celle de l'adoption plénière, toutes deux étant issues de la grande réforme de 1966.

706. Le système dualiste de l'adoption permet d'un côté d'être bénéfique pour les adoptés quel que soit leur âge, y compris les enfants majeurs; de l'autre, il permet de répondre aux diverses finalités de l'adoption.

En vertu de l'article 345 alinéa 2 du Code civil, l'adoption simple sert de tremplin à l'adoption plénière : lorsque l'adopté a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint l'âge de 15 ans, l'adoption plénière peut être demandée ultérieurement pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité.

Par ailleurs, en cas de non accès à l'adoption plénière au motif de la limite d'âge, l'enfant majeur reste en revanche accessible à l'adoption simple. De ce point de vue, cette dernière sert à compléter le champ que l'adoption plénière, d'une certaine façon, exclut.

707. Malgré tous ces avantages, l'adoption simple n'est pas un choix prioritaire pour les candidats à l'adoption. Elle est choisie, dans la majorité des cas, comme projet secondaire, lorsque les conditions légales de l'adoption plénière ne sont pas réunies.

Section I. Le dispositif de l'adoption simple en France

708. Verticalement, il est convenable de comparer les dispositifs de l'adoption simple avec ceux de l'adoption plénière (Sous-section I). Horizontalement, il sera intéressant de voir si ce régime en France est adapté à la situation en Chine (Sous-section II).

Sous-section I. Les conditions et la procédure de l'adoption simple

709. Le régime de l'adoption simple partage de nombreuses dispositions avec celui de l'adoption plénière. Leurs divergences reposent en revanche sur les effets.

710. Quant à l'âge de l'adoptant, à la durée du mariage des adoptés, à la différence d'âge entre l'adopté et l'adoptant, le régime de l'adoption simple renvoie aux articles relatifs à l'adoption plénière. De même, lorsque l'enfant a plus de 13 ans, il doit consentir personnellement à l'adoption simple.

Une divergence des deux types d'adoption est basée sur l'âge de l'adopté, puisqu'en cas d'adoption simple, toute personne, quel que soit son âge, peut y accéder⁵⁷⁷. Au contraire, l'adoption plénière n'est ouverte qu'à l'enfant ayant moins de 15 ans, hormis une exception prévue par l'article 345 du Code civil.

711. Malgré l'exigence similaire à l'adoption plénière, la conséquence n'est pas identique au motif que la condition de l'âge de l'adopté est moins stricte que l'adoption plénière. Ainsi, il arrive qu'un majeur qui se marie ou qui a des enfants est adopté. Dans ce cas, aucun droit n'indique que les consentements du conjoint ou des enfants de l'adopté doivent être acquis, même si l'adoption simple apporte certains changements, tels que la relation familiale, l'état civil de l'adopté. Ce dernier changement provoquerait directement une influence sur le nom des enfants de l'adopté, pourvu que l'un de ses parents dont il porte le nom accepte de modifier le nom à l'occasion de l'adoption simple.

Grâce à la précision de l'article 61-3 alinéa 2⁵⁷⁸ du Code civil, l'enfant majeur ne sera pas obligé de changer de nom si c'est contre son gré. En revanche, le changement de nom s'étend de plein droit aux enfants de l'adopté, lorsqu'ils ont moins de 13 ans en application de l'article 61-2 du Code civil.

712. Quant à l'adoptabilité de l'enfant mineur, le législateur renvoie également à la partie de l'adoption plénière (de l'article 346 à 350 du Code civil). Trois catégories des personnes sont susceptibles d'être adoptables : 1) les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ; 2) les pupilles de l'État ; 3) les enfants déclarés abandonnés. Nous constatons donc que les critères d'adoptabilité ne sont pas moins souples que ceux de l'adoption plénière.

⁵⁷⁷ C.civ., art. 360.

⁵⁷⁸ L'établissement ou la modification du lien de filiation n'emporte cependant le changement du nom de famille des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement.

S'agissant des personnes majeures, elles ne sont plus sous l'autorité de leurs parents ni de la tutelle d'un conseil de famille, elles consentent elles-mêmes à leur adoption. Ce principe a été confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2013⁵⁷⁹. En l'espèce, l'opposition du père d'une fille majeure n'a pas empêché l'adoption simple de cette dernière, car selon l'article 348 du Code civil, « le consentement des parents à l'adoption simple de l'adopté majeur, qui n'est plus placé sous leur autorité, n'est pas requis. »

713. À propos de la procédure de l'adoption simple, ce sont les mêmes articles 1161 à 1171 du Code de procédure civile qui s'appliquent, sauf si l'adoption simple ne dispose pas de la phase préparatoire comme le placement en vue de l'adoption.

Sous-section II. Les effets de l'adoption simple

714. Effectivement, l'adoption simple se distingue de l'adoption plénière, en particulier sur ses effets. D'une part, elle ne casse pas le lien avec la famille d'origine (Paragraphe 1); d'autre part, elle est susceptible d'être révoquée pour motifs graves (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La coexistence entre les liens de la famille adoptive et les liens de la famille biologique

715. « Les mêmes causes ne produisent pas toujours les mêmes effets »⁵⁸⁰. C'est le cas de l'adoption simple comparée à l'adoption plénière.

716. À l'encontre des effets de la substitution de la famille biologique par celle adoptive émanant de l'adoption plénière, l'adoption simple maintient le lien avec la famille d'origine. Par conséquent, les effets sur les plans extra patrimonial et patrimonial se différencient de ceux de l'adoption plénière. Parallèlement, les conséquences sur la division de certains effets, tels que le droit successoral ou l'autorité

⁵⁷⁹ Cass. 1^{er} civ., 20 mars 2013, n°12-16401, Dr. famille 2013, n°67, note Claire NEIRINCK.

⁵⁸⁰ Richard CRONE, Mariel REVILLARD, Bertrand GELOT et Georges DAUBLON, *L'adoption aspects internes et internationaux*, Defrénois, 2006, p. 92.

parentale, sont arrangées par le législateur français dans les articles 363 à 369 du Code civil.

Tout d'abord, sur l'autorité parentale, cette dernière est dévolue à l'adoptant qui est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, « à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité »⁵⁸¹.

717. Ensuite, l'enfant adopté garde le nom de sa famille d'origine. En même temps, l'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Cependant, le tribunal peut, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant. Mais les solutions seront variables selon les différentes situations qui sont encadrées par l'article 363 du Code civil.

De nombreuses jurisprudences sont rendues sur ce point et nous éclairent sur la question non mentionnée dans cet article. Selon un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 2010⁵⁸², l'article 363 du Code civil, qui prévoit la possibilité de substituer le nom de l'adoptant à celui de l'adopté, n'exclut pas la possibilité pour le juge de décider que le nom d'origine de l'adopté suivra celui de l'adoptant.

Ou encore, dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 février 2005⁵⁸³, le juge a critiqué l'arrêt de la Cour d'appel qui décidait que l'un des enfants adoptifs portait le nom de la famille d'origine. Il a considéré que la loi ne prévoyait pas expressément la possibilité pour l'adopté de conserver son seul nom d'origine, la solution du juge du fond ayant donc violé l'article 363 du Code civil. De ce point de vue, nous avons l'impression que le juge de la Cour de cassation interprète les termes de l'article 363 d'une manière particulièrement stricte.

⁵⁸¹ C.civ., art. 365, al. 1^{er}.

⁵⁸² Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2010, n°09-15.092, FS-P+B+I: JurisData n°2010-017649; Dr. famille 2010, comm. 186, note Jacques MASSIP.

⁵⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 22 févr. 2005, n°03-14.332: JurisData n°2005-027074 ; Dr famille 2005, comm. 72, note Pierre MURAT.

718. En ce qui concerne l'empêchement au mariage, il touche aussi bien la famille naturelle que la famille adoptive. Concernant cette dernière, aux termes de l'article 366 du Code civil, le mariage est prohibé : 1) entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; 2) entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; 3) entre les enfants adoptifs du même individu ; 4) entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

Néanmoins, « les prohibitions au mariage portées aux 3° et 4° ci-dessus peuvent être levées par dispense du Président de la République, s'il y a des causes graves. La prohibition au mariage portée au 2° ci-dessus peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée »⁵⁸⁴.

719. Enfin, sur l'obligation alimentaire, l'adoptant prend en charge l'obligation alimentaire de l'adopté. En revanche, l'adopté doit des aliments à l'adoptant, s'il est dans le besoin. Comme le lien issu de l'adoption simple, n'est pas détruit, il semble raisonnable que l'adopté doit également des aliments aux parents biologiques, s'ils ont besoin. Cette hypothèse justifie que les parents biologiques sont tenus de lui fournir les aliments, s'il ne peut les obtenir de l'adoptant⁵⁸⁵.

720. Quant au plan patrimonial, l'article 364 alinéa 1^{er} figure que « l'adopté reste dans la famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires ». S'agissant du droit successoral dans la famille adoptive, la solution semble plus complexe. Nous pouvons distinguer deux parties : l'adopté dans la succession de l'adoptant (l'article 368 du Code civil) et la succession de l'adopté (l'article 368-1 du Code civil):

D'une part, l'adopté et ses descendants ont une vocation successorale dans la famille de l'adoptant. En revanche, ils n'ont pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant. Cela est compréhensible, car le consentement de ces derniers n'est pas nécessaire pour l'adoption simple. Par ailleurs, l'adopté ne rentre pas comme celui de l'adoption plénière dans la famille adoptive.

D'autre part, en cas de décès de l'adopté, deux situations sont prévisibles :

⁵⁸⁴ C.civ., art. 366, al. 3, 4.

Si l'adopté laisse des descendants ou son conjoint, sa succession est soumise au droit commun. Si l'adopté ne laisse pas ni descendants ni conjoint, sa succession remonte pour connaître son origine : les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers ; les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants ; s'il existe des surplus, ils se divisent par moitié entre la famille d'origine et la famille adoptive.

721. Il est indéniable que l'effet de la destruction de l'adoption plénière protège mieux la stabilité de la famille adoptive que l'adoption simple. Mais la conséquence de l'élimination du géniteur est quelquefois cruelle. Ainsi, il nous semble que l'adoption simple est une sorte de compromis, laquelle s'adapte à certains besoins.

722. Or, en raison de la facilité du régime de l'adoption simple, il faut bien en vérifier la finalité pour écarter le détournement de l'institution. En principe, quelle que soit la forme de l'adoption, le but final est de créer un lien filial. Par conséquent, si une adoption simple est demandée pour d'autres objectifs, la demande est susceptible d'être rejetée. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2011⁵⁸⁶, le juge a annulé une adoption simple par la tierce opposition en rappelant que « l'adoption simple [avait] pour objet non pas de renforcer des liens d'affection ou d'amitié entre deux personnes ayant des relations sexuelles mais de consacrer un rapport filial ». En l'espèce, il s'agissait d'une adoption simple entre concubins qui voulaient contourner les règles civiles régissant les donations entre vifs.

En ce qui concerne le « motif » qui peut être justifié comme un détournement de l'institution, il relève du pouvoir souverain des juges du fond. Il nous semble que le but secondaire de l'adoption n'empêche pas qu'elle ait des visées affectives. À titre d'exemple, même si une adoption simple privait les droits successoraux des autres neveux, elle pourrait se fonder malgré tout sur un rapport d'affection suffisante entre

⁵⁸⁵ C.civ., art. 367.

⁵⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2011, n°10-13996.

l'adoptant et l'adoptée (sa nièce)⁵⁸⁷. De même, le juge a justifié une adoption simple qui visait à éviter l'expulsion de l'adopté pour séjour irrégulier sur le territoire français car, selon la Cour, cet objectif n'était pas incompatible avec la réalité de la volonté de créer un lien filial avec l'adopté⁵⁸⁸.

Paragraphe 2. La nature révocable de l'adoption simple

723. L'adoption simple comporte un intérêt limité par le caractère révocable, qui est contraire à l'effet lourd de l'adoption plénière liée à la non-révocabilité.

724. Sur le fondement de l'article 370 du Code civil, les profils des demandeurs de la révocation sont limités soit par l'adopté soit par l'adoptant. Lorsque l'adopté est mineur, le ministère public ou les parents biologiques ou, à défaut, un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent demander la révocation. Néanmoins, si l'adopté a moins de 15 ans, l'adoptant ne peut pas demander la révocation.

Cette limite d'âge est fixée au motif que le législateur pense que l'adopté au-delà de 15 ans devient moins fragile psychologiquement, étant capable de subir un deuxième abandon. Pourtant, une telle déduction n'a pas l'air très convaincante. Selon Pierre MURAT, il semble plus raisonnable d'attendre au moins que l'adopté soit majeur⁵⁸⁹.

725. S'agissant des causes de la révocation, le terme « motif grave » utilisé par l'article 370 du Code civil sera interprété par le juge du fond. À travers certaines jurisprudences rendues, nous pouvons constater que les rapports sexuels avec l'épouse du père adoptif⁵⁹⁰ et l'absence d'affection réciproque entre l'adoptant et l'adopté⁵⁹¹ sont considérés comme des motifs graves.

726. À la différence de l'hypothèse de la révocation de l'adoption en Chine, seul le juge est habilité à prononcer la révocation. S'il estime qu'aucun indice montré par le

⁵⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, n°04-10839.

⁵⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1996, n°94-10693

⁵⁸⁹ En ce sens, V. Pierre MURAT, *op.cit.*, p. 805, n°222.241.

⁵⁹⁰ CA Grenoble, Ch. des urgences, 15 déc. 2004, n°04/00152.

⁵⁹¹ CA Limoges, 21 nov. 1996, GF / F: JurisData n°1996-047034 ; Dr. famille 1997, comm. 136, note Pierre MURAT.

demandeur ne relève du motif grave, l'adoption simple ne peut pas être révoquée, même si l'adoption et l'adopté sont d'accord sur la révocation. À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 9 septembre 2010⁵⁹², la reprise des liens entre le père biologique et l'adoptée, ainsi que le divorce de l'adoptant avec la mère de l'adoptée n'ont pas été considérés comme des motifs graves malgré la requête formée par le père adoptif et l'accord exprimé par la fille adoptée, puisque le juge a considéré : « le fait que les relations entre l'enfant adopté et son père adoptif aient pu se distendre, du fait même de l'autonomie acquise par l'enfant dans sa vie personnelle, ne fait pas disparaître la circonstance que le père adoptif a élevé cet enfant depuis l'âge de six ans et pourvu à son entretien et à son éducation, créant ainsi pendant des années des relations authentiquement filiales, indépendantes de l'évolution de la situation familiale.»

727. Une fois la demande de révocation de l'adoption simple acceptée, la décision est mentionnée en marge de l'acte de naissance ou de la transcription du jugement d'adoption dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée.

Afin de ne pas compliquer l'action de la révocation de l'adoption simple, le droit prévoit que la révocation produit ses effets vers l'avenir sauf la modification des prénoms⁵⁹³. Cela signifie que tous les profits que l'adopté a acquis de la famille adoptive n'ont pas besoin d'être restitués.

Par ailleurs, au jour du prononcé, le lien entre l'adopté et la famille adoptive sera effacé non rétroactivement et la famille liée par le sang reprendra l'autorité parentale et l'obligation alimentaire. Parallèlement, le droit successoral des biens de l'adoptant, et l'empêchement au mariage au sein de la famille adoptive disparaissent.

Section II. La signification de l'introduction de l'adoption simple en Chine

728. En Chine, il existe un seul mode d'adoption qui ne s'ouvre qu'aux enfants de moins de 14 ans. Au-delà de cet âge, la procédure leur est fermée sauf l'adoption interfamiliale ou l'adoption de l'enfant du conjoint.

⁵⁹² CA Versailles, 1^{ère} Ch., 1, sect., 9 sept. 2010, n°10/00487 :JurisData n°2010-016180, comm.185, note Claire NEIRINCK.

Ce régime laisse deux situations délicates : dans la plupart des cas, les mineurs âgés de plus de 14 ans, et de moins de 18 ans ne peuvent pas être adoptés. Ensuite, les majeurs ne sont plus susceptibles d'être adoptables. Par conséquent, les auteurs comme WANG Geya proposent d'« élargir la condition de l'âge en incluant tous les mineurs, critiquant que la condition étroite de l'âge de l'adopté limite la voie de l'adoption d'une part, et qu'elle ne contribue pas à satisfaire à l'espoir de l'adoption, d'autre part»⁵⁹⁴.

Si nous acceptons d'élargir la condition de l'âge de l'adopté en incluant tous les mineurs de chaque tranche d'âge, les majeurs resteraient toujours exclus de l'adoption en dehors des deux cas exceptionnels.

729. En effet, une forme d'adoption dont les effets ressemblent à l'adoption simple a été pratiquée sous le nom de Jiantiao (兼祧) à la fin de la dynastie Ming et lors de la dynastie Qing en Chine (1644-1911). Concrètement, une famille sans descendance masculine pouvait accueillir le fils d'une autre famille. Dans la majorité des cas, ces deux familles faisaient partie du même clan. L'homme a conservé le lien avec ces deux familles. Il était tenu d'épouser deux femmes qui étaient entrées respectivement dans les deux foyers pour perpétuer la ligne masculine. Ce système peut être considéré comme la base de l'adoption simple en Chine. Néanmoins, en raison de son caractère féodal, cette forme n'a pas été prise en compte par le législateur chinois au moment de l'élaboration du droit de l'adoption.

730. Aujourd'hui, c'est le moment de penser à créer l'adoption simple afin de compléter le droit de l'adoption.

D'abord, le droit chinois autorise la révocation de l'adoption d'un enfant mineur, lorsqu'il se fait maltraiter ou abandonner par ses parents adoptifs ou lorsque la personne responsable du placement de l'enfant se met d'accord avec les adoptants (ou l'adoptant) sur le principe révocable de l'adoption. Néanmoins, le législateur ignore que l'enfant retourné au service social, ayant dépassé le seuil de l'âge de l'adoption, n'est plus adoptable. D'une part, il est privé du droit d'avoir une famille adoptive, d'autre part,

⁵⁹³ C. civ., art. 370-2.

⁵⁹⁴ WANG Geya, *op.cit.*, n°557, p.57.

cette ignorance alourdit la charge du service Children Welfare en Chine, signifiant qu'il appartient au service social d'élever les enfants jusqu'à leur majorité. De ce fait, l'introduction de l'adoption simple résoudrait ces deux inconvénients en prolongeant l'âge de l'adopté.

Ensuite, cette forme pourra atténuer la douleur de la famille d'origine. Plus particulièrement en Chine, la difficulté des parents est l'un des motifs permettant de faire adopter leurs enfants. En réalité, la volonté des parents adoptifs n'est pas assez pertinente. Leur but, dans la plupart des cas, est de souhaiter que l'enfant puisse recevoir une meilleure éducation ou une bonne qualité de vie dans une autre famille.

Ainsi, il apparaît inapproprié qu'une adoption repose sur des raisons économiques, notamment en Chine où le lien du sang occupe une place considérable. Par conséquent, l'introduction de l'adoption simple pourra faire un compromis, car elle contribuerait d'une part à décharger le stress financier des parents d'origine en ne brisant pas le lien avec les enfants et d'autre part, en ouvrant plus de choix aux adoptants.

Enfin, concernant la troisième finalité de l'adoption simple, il s'agirait surtout de personnes âgées. L'ouverture de l'adoption des majeurs deviendrait un choix attractif pour ces personnes. Cette idée « 养儿防老 » (avoir un enfant pour que ce dernier entretienne ses parents lorsqu'ils ont vieilli) est inévitable pour que les Chinois souhaitent avoir leur propre enfant ou en adopter un. Ainsi, l'adoption simple permettrait aux personnes âgées après le décès de leur enfant biologique, d'avoir la possibilité d'adopter un majeur, ou de compenser leur regret en absence de descendance.

De plus, cet adopté majeur serait tenu de s'occuper d'eux. Lors du décès de l'adoptant, il ferait le deuil comme s'il était son véritable enfant. Selon la tradition chinoise, il est significatif d'avoir un enfant qui fasse le deuil. En parallèle, il ne faut pas négliger que la création de l'adoption simple pourra décharger la sécurité sociale de la Chine où le vieillissement de la population est devenu un véritable casse-tête ces dernières années, en raison de la pratique de la politique de l'enfant unique.

731. En comparant le régime de l'adoption dans les deux pays, malgré la similitude de certaines dispositions, comme les effets de l'adoption (pléniaire) ou quelques conditions

légales de l'adoptant et de l'adopté, nous avons l'impression qu'une grande diversité résulte de l'objectif différent des dispositions relatives à l'adoption :

En Chine les intérêts des enfants adoptés ne constituent pas l'essence des textes ; en revanche, les accents sont mis : 1) sur la restriction du nombre d'enfants à adopter, ce qui se traduit par l'interdiction du consentement des parents à faire adopter les enfants, même s'ils s'en désintéressent ; 2) sur le respect de la planification familiale, ce qui est manifesté par la restriction du nombre d'enfants adoptés par une adoption ou par l'exclusion de l'adoptant ayant des enfants biologiques; 3) sur l'encouragement de l'adoption, ainsi, une procédure administrative relativement simple est envisagée. Pire encore, en vue d'attribuer un régime souple de l'adoption, les enfants mineurs peuvent être restitués lorsque la famille biologique et la famille adoptive se mettent d'accord.

Or, en droit français, le législateur s'efforce de concevoir un régime d'adoption en respectant notamment le principe de l'intérêt supérieur des enfants, une telle idée ayant traversé les conditions des adoptants, jusqu'à l'irrévocabilité de l'adoption. En particulier, avant de passer devant le processus juridique, la plupart des enfants adoptés doivent être placés en vue de l'adoption chez les adoptants potentiels.

De plus, la forme unique de l'adoption, en Chine, témoigne d'une grosse lacune par rapport aux intérêts des enfants : au-delà de 14 ans, ils ne sont pas susceptibles d'être adoptables sauf deux exceptions. Une telle ignorance va à l'encontre de la protection des mineurs, notamment, elle se manifeste comme autant plus défavorable dans le cas où un adopté restitué au Service Children Welfare ne peut plus se faire adopter après la révocation en raison de la limite d'âge.

En résumé, il est indispensable que le législateur chinois réfléchisse sur l'amélioration du régime actuel de l'adoption en tenant compte des défauts et des inconvénients que nous avons traités dans cette partie. On ne peut pas compter sur quelques lois pour parfaire un régime relativement complexe et important. Vu les nombreuses lois votées concernant l'adoption en France, nous constatons qu'il reste encore beaucoup de trajet à faire en Chine.

Conclusion

732. L'objet de la présente thèse est de comparer le droit de la famille en France et en Chine en deux grandes parties : la vie de couple et la filiation.

Dans ce travail, nous avons tout d'abord analysé la formation du couple. Nous nous apercevons que les modalités de l'union sont plus nombreuses en France qu'en Chine : à part le mariage, le couple peut aussi choisir le concubinage ou le PACS pour s'unir. Ce système pluraliste permet aux couples d'accéder à un meilleur mode de vie selon leurs besoins, tandis qu'en Chine, le mariage demeure une seule union, connue par le droit malgré de multiples unions de fait en pratique.

Concernant le mariage, le législateur chinois prévoit un régime plus strict. Une telle restriction est manifeste non seulement sur la condition de l'âge, de l'état de santé, et du sexe des futurs mariés, mais aussi sur la non-dérogation de ces conditions rigides. Sans doute, ces exigences nuisent directement à la liberté du mariage.

Contrairement aux conditions de fond sévères du mariage, sa formation est plus simple et plus rapide que celle en France : la célébration ne prend qu'une journée, sans audition préalable ni publication. Cette contradiction entre le régime de fond et le régime de forme pose une question très ponctuelle : comment l'agent du bureau des affaires civiles peut-il vérifier que les couples respectent une série de conditions dans un temps limité.

Dans la deuxième partie sur la vie de couple, nous avons fait une étude comparative sur la dissolution de l'union. Bien que le droit du mariage chinois en 2001 ait apporté plusieurs réformes sur ce sujet, notamment les dommages-intérêts au moment du divorce, il laisse encore des points à améliorer. Si, en Chine, la procédure administrative du divorce par consentement mutuel provoque de nombreux inconvénients, la décision du divorce contentieux ne semble pas facile à prononcer en raison du principe subjectif de la rupture de lien affectif entre les époux. En revanche, en France, le classement du divorce est plus divers et pertinent : les personnes mariées peuvent rompre leur vie matrimoniale par le divorce consensuel, le divorce sur acceptation, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute. De plus, le juge assure l'intérêt de chacun des membres de couple et de l'enfant, s'il y a lieu, dans chaque mode de divorce.

Par ailleurs, même si le législateur chinois prévoit une prestation compensatoire et des dommages-intérêts, leur application est moins généralisée qu'en France, car, d'une part, les couples qui ne sont pas soumis au régime séparatiste du mariage ne peuvent pas profiter des allocations au regard de l'article 40 du droit du mariage. D'autre part, seuls quatre cas sont possibles pour que les victimes demandent réparation au moment du divorce.

En ce qui concerne la filiation par le sang, le régime chinois apparaît lacunaire. Aucun texte législatif, aucune interprétation judiciaire ne met en lumière les modes d'établissement de la filiation, alors que le législateur français fait déjà figurer trois modalités non contentieuses pour éclaircir la paternité et la maternité. L'imperfection du régime chinois s'étend également aux actions relatives à la filiation : le législateur reste muet sur le régime de l'expertise biologique, bien que le test génétique joue un rôle notable dans l'action aux fins d'établissement de la filiation et dans l'action en contestation de la filiation.

S'agissant de la filiation adoptive. Même si le droit chinois partage certains points communs avec le droit français sur les effets de l'adoption (plénière) et les conditions des adoptants, nous avons pris en compte la différence à propos de l'effet révocable de l'adoption. En Chine, sous certaines conditions, les enfants mineurs et majeurs risquent d'être restitués à la famille originale. Peu importent les causes de la révocation ; nous avons pu affirmer que les effets d'une telle révocation perturbaient l'état de l'enfant adopté. C'est la raison pour laquelle le législateur français reste déterminé sur l'irrévocabilité de l'adoption plénière. Les incidences du caractère révocable de l'adoption en Chine deviennent encore plus nuisibles à l'intérêt des enfants : lorsque ces derniers ayant dépassé l'âge de 14, ils ne sont plus adoptables en Chine ; Ainsi l'enfant restitués au service Children Welfare au-delà de cet âge se trouve dans une situation délicate.

733. Ce travail de recherche nous permet de remarquer que le régime du droit de la famille en Chine est lacunaire et plus vague que celui en France, car, ce régime contemporain débute tardivement : dès l'établissement de la RPC en 1949, alors qu'en France, grâce à la Révolution de 1789 et à la rédaction du Code civil napoléonien de 1804, le système de vie du couple et celui de la filiation ont évolué dans un sens plus

démocratique. Tout au long de ces années, le législateur français n'a pas cessé de compléter et améliorer ces deux systèmes afin de les adapter à la situation actuelle.

Il ne faut pas négliger que le législateur chinois fait beaucoup d'efforts pour perfectionner le droit de la famille tout en tenant compte des tendances sociologiques. Ainsi, les dommages-intérêts, le devoir de respect et les actions relatives à la filiation ont progressivement été introduits. Or, ces mesures sont loin de parfaire le système. De nombreux défauts sont encore à remédier, et beaucoup de lacunes restent à combler par rapport au droit de la famille français.

Bibliographie

Ouvrages français

- Agnès WALCH, *où va le mariage*, Fayard, 2013.
 - Alain BENABENT, *Droit civil – droit de la famille*, Montchrestien, 2^e éd, 2012.
 - Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *Droit de la famille*, Sirey, 8^e éd, 2011.
 - Catherine HIGY et Frédérique GRANE, *Le temps en droit de la filiation*, Presse universitaires de Strasbourg 2012.
 - Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit de la famille*, Gualino, 2^e éd., 2006.
 - Dominique FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, 3^e éd., 2013.
 - Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010.
 - François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil : La famille*, Dalloz, 8^e éd., 2011.
 - Frédéric DEBOVE, Renaud SALOMON et Thomas JANVILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, 8^e éd., 2012.
 - Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2007.
 - Jean CARBONNIER, *Droit civil : la famille, l'enfant, le couple*, T.II, PUF, 21^e éd., 2002.
 - Jean CARBONNIER, *Droit civil-Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, PUF, 2004.
 - Jean HAUSER, *La filiation*, Dalloz, DL 1995.
 - Jean-Pierre GUITTON, *L'histoire de l'adoption en France*, Publisud, 1993.
 - Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipse, 2^e éd., 2012.
 - Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey Dalloz, 6^e éd., 2013.
 - Patrick COURBE, *Droit de la famille*, Sirey Dalloz, 5^e éd., 2008.
-

- Patrick REFALO, *Guide juridique de l'adoption*, Éd. ASH, 2011.
- Pierre MURAT, *Droit de la famille*, Dalloz, 6^e éd., 2013.
- Richard CRONE, Mariel REVILLARD, Bertrand GELOT et Georges DAUBLON, *L'adoption aspects internes et internationaux*, Defrénois, 2006.
- Thierry GARE, *Droit des personnes et de la famille*, Montchrestien, 3^e éd., 2004.
- Valérie BALLAND et Isabelle CORPART, *L'adoption*, ASH, 2000.
- Vincent Bonnet, *Le droit de la filiation*, L'Harmattan, 2006.

Articles français

- Anaïs GABRIEL, *Refus de se soumettre à l'expertise biologique et autres présomptions et indices graves*, Dr. famille 2009, comm. 40.
- Aude MIRKOVIC, *À propos de la maternité pour autrui*, Dr. famille 2008, étude 15.
- Aude MIRKOVIC, *Mère porteuse : maternité indéterminée*, Dr. famille 2009, étude 24.
- Benoît de BOYSSON, *L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives*, Dr. famille 2013, dossier 25.
- Blandine MALLET-BRICOUT, *L'assistance médicale à la procréation dans la loi « bioéthique » du 6 août 2004 : quelques avancées... dans la continuité*, Dr. famille 2004, alerte 46.
- Caroline SIFFREIN-BLANC, *Le concubinage et la naissance d'un enfant commun ne suffisent pas à caractériser une promesse de mariage*, Dr. famille 2010, comm. 110.
- Catherine PHILIPPE, *Quel avenir pour la fidélité ?* Dr. famille 2003, chron. 16.
- Claire NEIRINCK, *La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né*, Dr. famille 2011, étude 14.
- Claire NEIRINCK, *Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt*, Dr. famille 2012, repère 8.
- Dominique FENOUILLET, *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. famille 2003, chron. 29.
- Élise RALSER, *La maladie du mariage blanc - à propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003*, Dr. famille 2004, chron. 4.
- François BOULANGER, *Réflexion sur la requête en adoption de couples de concubin (étude prospective)*, Dr. Famille 2008, étude 20.
- Géraldine VIAL, *La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009*, Dr. famille 2009, étude 18.
- Hervé LÉCUYER, *Vers une indemnisation plus généreuse du concubin délaissé ?* Dr. famille 2000, comm. 125.
- Jean HAUSER et Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, *effets du divorce. – Conséquences du divorce pour les époux ; Effets d'ordre patrimonial. Sort des avantages matrimoniaux. – Sort des libéralités entre époux*. JCI. Civil Code, Ar. 263 à 265-2, Fasc. 20.
- Jean-René BINET, *Anonymat du don de gamètes : toujours pas de violation du droit au respect de la vie privée*, Dr. famille 2013, comm. 113.

- Laurence MAUGER-VIELPEAU, *L'autonomie du PACS*, Dr. famille 2008, étude 22.
- Lionel MINIATO, *La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité*, Dr. famille 2004, étude 29.
- Louis JOSSERANTED, *le problème juridique de la rupture des fiançailles*, DH 1927, chron. 21.
- Marie LAMARCHE, *Le notaire et le pacte civil de solidarité : précisions et incertitudes du décret du 20 août*, Dr. famille 2012, alerte 49.
- Marie LAMARCHE, *Que restera-t-il du mariage ?* Dr. famille, 2010, alerte 72.
- Olivier LANGLES, *vices du consentement et droit du mariage : une rencontre originale du 27 mars 1998*, JCP, n°13, p.483.
- Pierre MURAT, *Acte de notoriété ou action en constatation de la possession d'état : pas de subsidiarité de la seconde voie par rapport à la première*, Dr. famille 2009, comm. 89.
- Pierre MURAT, *Adoption simple sur adoption plénière : les conditions*, Dr. famille 2004, comm. 219.
- Pierre MURAT, *L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué*, Dr. famille 2013, dossier 24.
- Pierre MURAT, *Quand la fin de non-recevoir à l'action en contestation de paternité, tirée d'une possession d'état de plus de cinq ans d'état, divise la fratrie*, Dr. famille 2010, comm. 59.
- Pierre MURAT, *Respect et protection du corps humain. – Assistance médicale à la procréation. – Accès*, JCI. Civil Code, Art. 16 à 16-14, Fasc. 40.
- Rachel BLOUGH, *Le concubinage, dix ans après*, Dr. famille 2009, étude 19.
- Solange MIRABAIL, *L'établissement e la filiation à l'épreuve de la mort*, Dr.fam. 2010, étude 6, spéc. n°12.
- Solange MIRABAIL, *Repenser l'action à fins de subsides*, Dr. famille 2011, étude 19.
- Sonia DEL ARCO et Jacques LEMOULAND, *Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004*, Dr. famille 2005, étude 5.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Cas de divorce. – Divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage*, JCI. Civil Code, Art. 233 et 234, fasc. unique.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Inaptitude aux relations sexuelles et erreur sur les qualités essentielles*, Dr. famille, 2004, comm. 117.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La constitutionnalité des articles 175-1, 146 et 180 du Code civil*, Dr. famille 2012, comm. 132.

- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La loi doit-elle être bonne pour tous ?* Dr. famille 2013, repère 1.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *la pratique des mariages forcés révélée par la jurisprudence*, Dr. famille 2006, comm.1.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ?* Dr. famille 2003, étude 13.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *La réforme du PACS dans la réforme du droit des successions ?* Dr. famille 2006, repère 3.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *L'autorité judiciaire au secours de la liberté du mariage*, Dr. famille 2004, comm. 46.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Le mariage, un peu, beaucoup... de plus en plus institution d'ordre public ?* Dr. famille 2006, repère 6.
- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *mariage. – organisation de la société familiale. – Communauté de vie*. JCI. Civil Code, Art. 212 à 215, Fasc. 20.
- Younes BERNAND, *La place du tiers géniteur*, Dr. famille 2013, dossier 26.

Ouvrage chinois

- CHEN Wei, *Recherches sur la législation du droit du mariage et du droit de la famille en Chine*, édition du Qun Zhong, 2e éd., 2010.
- FEI Xiaotong, *Régime de la procréation de la Chine*, Peking university press, 1998.
- HU Kangsheng, *Explication du droit du mariage de la RPC*, édition du FaZhi, 2001.
- Huang Songyou, *La compréhension et l'application de la 1^{ère} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage*, édition de la législation chinoise, 2002.
- JIANG Yue et HE Lixin, *La famille, le mariage et le droit de la succession*, édition du Xiamen université, 3^{ème} éd., 2008.
- LI Changjian, ZHANG Jun, *Réponses juridiques sur le mariage, la succession et l'adoption*, édition de l'agriculture de la Chine, 2007.
- LI Mingxun, *Droit de la famille et de la succession*, Wuhan university press, 2011.
- LI Yinhe, *La subculture de l'homosexualité*, l'université Inner Mongolie, 2009.
- MENG Lingzhi, CAO Shiquan et MA Changhua, *La famille, le mariage et le droit de la succession*, Peking university press, 2012.
- XIA Yinlan, *La liberté et la limite du divorce*, Université politique de la Chine, 2007.
- XU Li, *Droit de la famille et droit de la succession*, Peking university press, 2^e éd., 2012.
- YANG Dawen, *Le droit de la filiation*, édition du droit, 2003
- ZHANG Ji, *200 questions sur le nouveau droit du mariage*, Law Press, 2011.

Articles chinois

- BAI Yinyan, *L'amélioration du régime de l'adoption en Chine*, La science sociologique, S2, 1998, p.71-73.
- Chen Ailin, *La discussion sur des questions juridiques de la convention de la mère porteuse*, Journal de l'université du Radio & TV de Ningbo, vol 10, No.1, mars.2012, p.67-71.
- CHEN Biao, *L'obligation de l'expertise biologique dans l'action de la filiation*, Science juridique moderne, vol.32, No.1, janv. 2010, p.86-96.
- CHEN Jianning, *Statut juridique des enfants issus d'une PMA*, Journal de l'école normale de Linyi, vol.31, No.2, avril 2009, p.91-94.
- CHEN Qunfeng, *L'amélioration du régime des dommages-intérêts*, Discussion académiques, No.2, 2006.
- CHEN Xueping, *Réflexion sur introduction du régime de la séparation de corps en Chine*, Journal de l'université de science technique de Wuhan (version en sociologie et science), No. 3, 2002.
- CHEN Yuan, *L'éducation de la famille dans l'antiquité et son influence aujourd'hui*, Journal de l'Institut éducatif du Jiangsu, (science social), vol, 24, No. 2, mars 2008.
- DU Jinsong, *L'analyse des questions juridiques et de l'éthique de la mère porteuse en Chine*, Le droit et la société, déc. 2012, p.278-279.
- FAN Bojian, *L'amélioration de l'adoption en Chine*, Thèse, 2010, L'est de l'université de science politique et droit.
- Fang Dejing, *La réflexion sur l'éthique des enfants issus de la PMA*, Journal chinois sur la sexualité humaine, vol.22, No.1, janv. 2013, p.91-96.
- GUAN Hongyan, *Ajustement du concubinage*, Institut du Binzhou, No.2, 2006.
- HE Qun, *Analyse sur améliorations du divorce par consentement mutuel*, La solution, févr. 2003, p.94-96.
- JIAN Ming, *La protection juridique de la mère porteuse et des enfants issus de cette technique*, Journal de l'école normale de Hubei (Philosophie et science), vol. 32, No. 1, 2012, p.81-85.

- JIANG Hong, *La protection publique dans l'adoption*, Qianyan, No.2, 2007, p.112-114.
- JIANG Xianwen, *Réflexion sur le régime de la prestation compensatoire*, Le journal de l'institut de Hubei (édition de la science sociologique et de la philosophie), No.2, 2000.
- La Chine et le droit, Service juridique de l'Ambassade de France en Chine, Fondation pour le droit continental, N° 1, janvier-février 2008, p.4.
- LAI Hongmei, *le rôle de l'ADN dans l'action relative à la filiation*, Science juridique de Hebei, vol.31.No.3, janv. 2013, p.131-139.
- LEI Mingguang et ZHEN Xiaochuan, *La réflexion sur le divorce par enregistrement en Chine*, Journal d'école nationale de Guizhou (philosophie et science sociologique), No.3, juin 2008, p.26-31.
- LI Hongxiang, *Réorganisation du régime de la prestation compensatoire*, Le droit contemporain, vol. 19, No.6, nov. 2005.
- LI Pei, *L'analyse de l'établissement du régime du concubinage et de la séparation de corps*, Le forum des commerçants, No. 5, 2006.
- LI Xiaoning, ZHANG Xiaomin, XU Huan, *La possibilité de la légalisation de la mère porteuse*, Vision légale, mars, 2013, p.245.
- LI Xiaonong, *La convention de la gestation pour autrui et le phénomène de la mère porteuse*, Le droit de la santé en Chine, vol.19, No.6, sept. 2009, p.58-59.
- LIANG Jihong, *La réflexion sur le principe de la rupture du lien affectif dans le divorce*, Journal de l'université de Xinan jiaotong, No. 5, 2006.
- MA Tianzhu, *Les conditions de légalisation et la définition de la maternité pour autrui*, Le droit et le citoyen, No.10, 2011, p.21-23.
- MENG Dehua, *Le développement et l'amélioration de la prestation compensatoire en Chine*, le journal de l'université politique et juridique de Pékin, No.3, 2009, p.10-14.
- QI Qi, *Discussion sur des questions juridiques de la PMA*, Le droit et l'économie, No.4, 2012, p.166-167.
- SHEN Xiaoyu, *Les défauts et les avantages du divorce par consentement mutuel*, Système légal et social, avril 2008 (II).

- Tsien Tche-hao, *La nouvelle loi sur le mariage et l'évolution du droit de la famille en Chine populaire*. Revue internationale de droit comparé, vol. 33, n°4, Octobre-décembre 1981, p. 1013-1031.
- WANG Aijun, *Comparaison de la filiation sous l'ancien droit romain et l'ancien droit chinois*, Journal de l'université de Jining, vol.30, No.1, févr. 2009, p. 88-91.
- WANG Dibo, *Recherches sur les questions de la prestation compensatoire après le divorce*, Gansu Science sociologique, No. 6, 2004.
- WANG Geya, *La réflexion et la réorganisation de l'adoption en Chine*, Beifangluncong, No. 6, 2006, p.55-58.
- WANG Lintian, *Réorganisation d'une manière appropriée du planning familial en Chine*, Revue de connaissance et des économies, No. 10, 2010, p.90.
- WANG Xiaoting, *Les Défauts et l'amélioration du divorce par consentement mutuel*, Connaissance économique, No.8, 2009 ;
- WANG Zhaihua, *Recherches sur les questions juridiques de la PMA*, L'université des économies de Nanjing. L'académie 6, No. 2, févr. 2011, p. 192-197.
- WU Guoping, *La réflexion sur l'amélioration du régime de l'adoption en Chine*, Journal de l'institut de science politique et droit de Fujian, No.4, déc. 2007, p.40-45.
- WU Guoping, *Le régime et l'effet juridique de la convention de la gestation complète pour autrui*, Journal de l'université de science politique et droit de Shanghai, vol 28, No.4, juill. 2013, p.45-51.
- WU Guoping, *Les défauts et l'amélioration des dispositifs du divorce par enregistrement en Chine*, Le forum des dispositifs judiciaires, vol.26, No.5 sept. 2011, p.23-33.
- WU Xueping, GUO Feng, *L'analyse du system particulier de la protection du mariage du militaire en Chine*, Droit et économie, No.6, 2010, p.81-83.
- XU Minhui, *La comparaison du droit de l'adoption en Chine et en France*, Journal du Zhaoqing université, vol.25, No, 6, déc. 2004, p.30-33.
- XUE Fangqin, *L'analyse des situations juridiques des enfants issus de la PMA*, Le droit et la société, févr. 2007, p.279-280.
- XUE Jinxia, *La réflexion sur le system de la protection du mariage militaire en Chine*, L'histoire de la Partie communiste, nov. 2010, p.39-41.

- XUE Ninglan et XIE Yanfang, *Reconstruction et réflexion du régime de l'établissement de la filiation en basant sur la 3^{ème} « interprétation judiciaire » sur le droit du mariage*, Journal de l'école des filles, No.2, avril 2011, p.13-20.
- XUE Ninglan, *L'amélioration du régime des dommages-intérêts en Chine*, Journal de l'institut des juges nationaux, oct. 2004, p.14-16.
- YAN Jiangfeng, *La fin du droit de secours entre époux après le divorce. La communauté*, juill. 2012, p.49.
- YANG Shantian, ZHANG Xiaoqiao, LIU chuang, *L'analyse des risques potentiels et de l'éthique litigieux de la PMA*, Journal de l'université de science et de technologie de Kunming, vol.13, No.3, juin, 2013, p.9-15.
- YU Zhan, *La réorganisation et les défauts des conditions juridiques de l'adoption en Chine*, Journal de l'université de Foshan (édition science sociale), vol 21, No.4, oct. 2003, p.77-79.
- ZENG Cailin, *La réflexion sur la mère porteuse entre le droit et la réalité*, Journal de l'institut du mass media vocationnel technique, vol. 13, No.2, mars 2013, p.86-90.
- ZHANG HanYan, *La question sur le test génétique dans l'action de la filiation en analysant l'article 2 de la 3^{ème} « Interprétation judiciaire » sur le droit du mariage*, ShanDong Science social, No.5, 2013, p. 98-102.
- ZHANG Jinyong, *L'impasse et le défaut du critère judiciaire de la rupture du lien affectif dans le divorce contentieux*, journal du Gansu Police d'école professionnel, vol. 10, No.4, déc. 2012, p.19-23.
- ZHANG Qiaolin et JIAN Zuping, *La nullité et la révocation du divorce par consentement mutuel*, Journal de l'institut politique et juridique de Tianjin, No.4, 2005, p.72-74
- ZHANG Yingxiu, *Réflexions sur l'amélioration du régime des dommages-intérêts*, Revue de l'université de droit et science politique de l'est de la Chine, No.5, 2008.
- ZHOU Chenghong, *Le principe de la déduction sur le refus du test ADN dans l'action de la filiation*, Revue de l'université de l'économie et du droit de Henan, No.3, 2012, p.126-132.

Table des annexes

| | |
|-----------------------|-----|
| <i>ANNEXE 1</i> | 353 |
| <i>ANNEXE 2</i> | 365 |
| <i>ANNEXE 3</i> | 367 |

ANNEXE 1

I – Droit du mariage de la République populaire de Chine

(adopté le 10 septembre 1980 à la 3ème session de la 5ème Assemblée populaire nationale (APN) et révisé conformément à la décision prise le 28 avril 2001 à la 21ème session du Comité permanent de la 9ème APN sur la révision du droit du mariage de la République populaire de Chine)

Table des Matières

Chapitre I Les dispositions générales

Chapitre II Le mariage

Chapitre III Les rapports familiaux

Chapitre IV Le divorce

Chapitre V Les mesures de secours et la responsabilité juridique

Chapitre VI Les dispositions annexes

Chapitre I Les dispositions générales

Article 1 La présente loi est le principe directeur régissant les rapports familiaux et matrimoniaux.

Article 2 Il faut appliquer le système du mariage sur la liberté du mariage, la monogamie et l'égalité entre l'homme et la femme ;

Protéger les droits et intérêts légitime des femmes, enfants et personnes âgées ;
Pratiquer le planning familial.

Article 3 Il faut interdire le mariage arrangé et mercantile ainsi que d'autres actes intervenant dans la liberté du mariage ; Interdire l'extorsion de biens sous prétexte de mariage ;

Interdire la bigamie. Interdire la cohabitation d'un des deux conjoints avec une autre personne ; Interdire la violence familiale ; Interdire la maltraitance et l'abandon intervenus entre les membres de famille.

Article 4 Les époux se doivent fidélité et respect ; les membres de famille doivent respecter les personnes âgées, aimer les enfants, s'entraider et entretenir les rapports familiaux et matrimoniaux caractérisés par l'égalité, l'harmonie et la civilisation.

Article 5 Le mariage doit être contracté avec le libre consentement total des deux parties, masculine et féminine. Il n'est permis à aucune des deux parties de forcer l'autre, ni à toute autre personne de s'y ingérer.

Article 6 L'âge de mariage est fixé pour l'homme à 22 ans révolus et pour la femme à 20 ans révolus. Il faut encourager le mariage et la procréation tardifs.

Article 7 Le mariage est interdit à ceux ou celles ayant l'un des cas suivants :
1) Les consanguins en ligne directe et les consanguins collatéraux en 3 générations.
2) Les personnes atteintes de maladies médicalement considérées comme inaptes au mariage.

Article 8 Les deux parties, masculine et féminine, qui demandent le mariage doivent aller se faire inscrire elles-mêmes dans le bureau d'enregistrement de mariage. Celui-ci approuve la demande d'enregistrement de celles qui répondent aux stipulations de la présente loi, et leur délivre l'acte de mariage. Après l'obtention de l'acte de mariage, les rapports conjugaux sont immédiatement établis. Ceux qui ne sont pas inscrits lors de leur mariage doivent aller se faire inscrire après.

Article 9 Après l'enregistrement de mariage, selon une convention établie entre les deux

parties, la femme peut devenir membre de la famille de son mari, et le mari, pour sa part également devenir membre de la famille de sa femme.

Article 10 Le mariage est frappé de nullité pour ceux ou celles ayant l'un des cas suivants :

- 1) La bigamie ;
- 2) Les liens de parenté interdits au mariage ;
- 3) Ceux ou celles atteints, avant le mariage, de maladies médicalement considérées comme inaptes au mariage, ne sont pas encore guéris après le mariage.
- 4) Ceux ou celles qui ne sont pas encore en âge légal de mariage.

Article 11 Si une partie s'est mariée par contrainte, elle peut solliciter le bureau d'enregistrement de mariage ou la cour populaire de révoquer ce mariage. Sa demande doit être avancée en l'espace d'un an à partir du jour d'enregistrement de mariage. Si la partie en cause dont la liberté personnelle a été illégalement soumise à des restrictions demande à révoquer son mariage, elle doit présenter sa demande dans l'espace d'un an à partir du jour où elle a repris sa liberté personnelle.

Article 12 le mariage nul ou révoqué reste sans effet du début à la fin. Les parties en cause sont privées de droits et obligations entre les époux. Les biens obtenus pendant la cohabitation doivent être traités par elles par voie de consultations ; en cas d'échec, c'est à la cour populaire de juger conformément au principe consistant à tenir compte de la partie innocente. Le traitement des biens laissés par le mariage nul dû à la bigamie ne peut porter atteinte aux droits et intérêts sur les biens de la partie en cause dont le mariage est légal. Les stipulations de la présente loi sur les parents et leurs enfants sont applicables aux enfants de la partie en cause.

Chapitre III Les rapports familiaux

Article 13 Les époux ont l'égalité de statuts dans la famille.

Article 14 Les deux conjoints ont le droit d'utiliser chacun leur propre nom de famille et leur prénom.

Article 15 Les deux conjoints ont chacun la liberté de prendre part à la production, au travail, à l'étude et aux activités sociales. Aucune d'entre eux ne doit apporter restrictions ni interventions à l'autre.

Article 16 Les deux époux ont le devoir d'appliquer le planning familial.

Article 17 Les deux époux ont le droit de posséder en commun les biens suivants qu'ils ont obtenus durant leur union conjugale :

- 1) Salaires et primes ;
- 2) Bénéfices en provenance de la production et de l'exploitation ;
- 3) Profits dus à propriété intellectuelle ;
- 4) Biens provenant de l'héritage et de la donation, mais excepté la stipulation du 3ème alinéa du 18ème article ;
- 5) D'autres biens que les deux époux devront posséder conjointement.

Les deux époux ont l'égalité de droits pour disposer leurs biens communs.

Article 18 Les biens qui sont conformes à l'un des cas suivants appartiendront à l'une des deux parties :

- 1) Biens pré-nuptiaux d'une partie ;
- 2) Frais médicaux obtenus par une partie ayant reçu des blessures corporelles, subventions et autres allocations accordées au handicapés ;

- 3) Biens qui, conformément au testament ou au contrat sur la donation, n'appartiennent qu'à l'une des deux parties ;
- 4) Objets d'usage courant destinés spécialement à une partie ;
- 5) D'autres biens qui doivent appartenir à une partie.

Article 19 Pour les biens qu'ils ont obtenus durant leur union conjugale et les biens pré-nuptiaux, les deux époux peuvent convenir de les posséder chacun de son côté ou conjointement ou de les posséder en partie chacun de son côté ou conjointement. Le contrat devra adopter la forme écrite. Les stipulations des 17ème et 18ème articles sont applicables aux biens non convenus ou convenus de façon moins précise.

Les conventions établies entre les époux sur les biens obtenus durant leur union conjugale et sur les biens pré-nuptiaux ont force de contrainte pour eux.

Si les deux conjoints ont convenu de disposer chacun de son côté les biens acquis durant leur union conjugale et que l'autre personne soit au courant de leur convention, les dettes contractées à l'extérieur par le mari ou la femme doivent être acquittées avec les biens appartenant au mari ou à la femme.

Article 20 Les époux ont le devoir de s'entretenir mutuellement.

Au cas où l'une des deux parties ne remplirait pas le devoir d'entretien, l'autre partie qui a besoin de se faire entretenir est en droit de lui demander de payer les frais d'entretien.

Article 21 Les parents ont le devoir d'élever et d'éduquer leurs enfants ; lesquels ont à leur tour, le devoir de pourvoir à la subsistance de leurs parents.

Au cas où les parents ne rempliraient pas le devoir d'élever leurs enfants, les mineurs ou les enfants incapables de vivre de manière indépendante sont en droit de leur demander de payer les frais d'entretien.

Au cas où les enfants ne rempliraient pas le devoir d'entretien, les parents inaptes au travail ou vivants dans la gêne ont le droit de leur demander de payer les frais d'entretien.

Il est interdit de noyer et d'abandonner des nouveau-nés et de commettre d'autres actes visant à les blesser ou à les tuer.

Article 22 L'enfant a le droit de porter le nom de famille de son père ou celui de sa mère.

Article 23 Les parents ont le droit et le devoir de protéger et d'éduquer leur enfant mineur. Dans le cas où ce dernier causerait des dommages à l'État, à la collectivité ou à autrui, ses parents ont le devoir d'assumer la responsabilité civile.

Article 24 Les deux conjoints ont le droit de recueillir réciproquement l'héritage de l'autre partie.

Les parents et leurs enfants ont le droit d'hériter réciproquement leurs biens.

Article 25 Les enfants nés hors du mariage jouissent de l'égalité de droits comme les enfants nés dans le mariage, personne ne peut leur nuire et les traiter de façon discriminatoire.

Le père ou la mère de l'enfant illégitime qui ne l'élève pas directement, doit prendre en charge ses frais de vie et d'éducation, jusqu'à ce que l'enfant puisse vivre de manière indépendante.

Article 26 L'État protège les liens d'adoption légitime. Les stipulations concernées de la présente loi sur les rapports entre les parents et leurs enfants sont applicables aux droits et devoirs entre les parents adoptifs et leurs enfants adoptés.

Les droits et devoirs entre les enfants adoptés et leurs propres parents doivent être annulés pour suite de l'établissement des rapports d'adoption.

Article 27 Il faut interdire la maltraitance et la discrimination entre le beau-père et la belle-mère d'un côté et leurs beaux-enfants de l'autre.

Les stipulations de la présente loi sur les liens entre les parents et leurs enfants s'appliquent également aux droits et devoirs entre le beau-père et la belle-mère d'une part et de l'autre les beaux-enfants que ceux-ci élèvent et éduquent.

Article 28 Les grands-parents paternels et maternels ayant la capacité de charges ont le devoir d'élever leurs petits-enfants mineurs dont les parents sont décédés ou inaptes à les élever.

Les petits- enfants ayant la capacité de charges ont le devoir de pourvoir à la subsistance de leurs grands-parents paternels et maternels dont les enfants sont décédés ou inaptes à les entretenir.

Article 29 Les frères et sœurs aînés ayant la capacité de charges doivent remplir le devoir d'élever leurs frères et sœurs cadets mineurs dont les parents sont décédés ou inaptes à les élever. Les frères et sœurs cadets ayant la capacité de charges, qui ont été élevés par leurs frères et sœurs aînés doivent remplir le devoir de pourvoir à la subsistance de ces derniers dépourvus de capacité de travail et de ressources financières.

Article 30 Les enfants doivent respecter le droit au mariage de leurs parents et ne doivent pas intervenir dans leur remariage et leur vie qui s'ensuit. Le droit des enfants consistant à pourvoir à la subsistance de leurs parents ne doit pas se terminer pour suite de la modification des liens conjugaux de ces derniers.

Chapitre IV Le divorce

Article 31 Si les deux conjoints demandent par libre consentement le divorce, leur demande doit être approuvée. Ils doivent présenter leur demande de divorce au bureau d'enregistrement matrimonial. Après avoir confirmé par enquête qu'ils avaient demandé par libre consentement le divorce et réglé d'une manière appropriée le problème sur leurs enfants et leurs biens, le bureau d'enregistrement matrimonial leur délivre l'acte de divorce.

Article 32 Si l'une des deux parties demande le divorce, c'est au département concerné de les réconcilier, ou la partie intéressée intente une action de divorce directement auprès de la Cour populaire.

Au cours de l'examen de l'affaire, la Cour populaire doit procéder à la réconciliation ; si les époux en sont venus à une rupture du lien affectif et que la réconciliation soit inefficace, le tribunal doit approuver le divorce. Après l'échec de la réconciliation, la demande de divorce doit être approuvée, dans l'un des cas suivants :

- 1) La bigamie, ou la cohabitation de l'un des deux conjoints avec une autre personne ;
- 2) La violence familiale, la maltraitance et l'abandon de membre de famille ;
- 3) Les irréductibles de jeux d'argent, d'usage de stupéfiants et d'autres vices ;
- 4) Les époux vivent séparés depuis deux ans pour cause de discorde ;
- 5) D'autres cas entraînant la rupture des liens affectifs.

Si l'une des deux parties a été portée disparue, la demande de divorce présentée par l'autre partie doit être approuvée.

Article 33 La demande de divorce formulée par le conjoint du militaire en service actif doit obtenir l'accord de celui-ci, excepté que ce dernier a commis une faute grave.

Article 34 Pendant la grossesse de la partie féminine, en l'espace d'un an qui a suivi son accouchement et durant six mois qui ont suivi l'interruption de sa grossesse, la partie masculine ne peut demander le divorce, excepté que la conjointe demande d'elle-même le divorce et que la Cour populaire estime indispensable accepter la requête de la partie masculine sur le divorce.

Article 35 Après le divorce, les deux parties, masculine et féminine, qui veulent reprendre volontairement la vie conjugale, doivent se rendre au service d'enregistrement de mariage pour remplir les formalités.

Article 36 Les liens entre les parents et leurs enfants ne doivent pas disparaître par suite du divorce des parents. Après le divorce, les enfants, qu'ils soient directement élevés par leur père ou leur mère, demeurent toujours enfants des deux parties.

Malgré leur divorce, les parents ont toujours le droit et le devoir d'élever et d'éduquer leurs enfants.

Après le divorce, les enfants en période d'allaitement doivent être élevés en principe par leur mère. Si les deux parties ne peuvent parvenir à un accord sur l'entretien de leurs enfants sevrés, c'est à la Cour populaire de juger en tenant compte des droits et intérêts des enfants et des conditions concrètes des deux parties.

Article 37 Après le divorce, à l'enfant élevé par une partie, l'autre partie doit payer en tout ou en partie les frais de la vie quotidienne et de l'éducation. À propos de la quantité des frais à payer et de la durée d'entretien, il appartient aux deux parties de le décider par voie de consultations ; en cas d'échec, c'est à la Cour populaire de rendre un jugement.

L'accord ou le jugement sur les frais de la vie quotidienne et de l'éducation des enfants n'empêche pas ceux-ci de formuler, en cas de nécessité, à l'une des deux parties sa demande rationnelle d'augmenter la quantité des frais fixée par l'accord ou le jugement.

Article 38 Après le divorce, le père ou la mère qui n'est pas directement chargé(e) d'élever l'enfant a le droit de rendre visite à celui-ci, et l'autre partie a le devoir de lui prêter assistance.

La forme et la date quant à l'application du droit de visite doivent être déterminées par les parties intéressées par consentement mutuel. En cas d'échec, il appartient à la Cour populaire de faire un jugement.

La Cour populaire doit interrompre en vertu de la loi le droit de visite du père ou de la mère dont la visite de l'enfant nuit à sa santé physique et mentale. Après la disparition de la cause d'interruption, le droit de visite doit lui être restitué.

Article 39 Au moment du divorce, les biens communs des époux doivent être traités par les deux parties par consentement mutuel ; en cas d'échec, c'est à la Cour populaire de prononcer un jugement en fonction des conditions concrètes des biens, et des droits et intérêts des enfants et de la partie féminine.

Les droits et intérêts dont le mari ou la femme bénéficie dans l'exploitation forfaitaire du terrain familial doivent être protégés en vertu de la loi.

Article 40 Les deux conjoints sont convenus par écrit que les biens obtenus au cours de leur union conjugale appartiennent à chacun de son côté. En cas de divorce, l'un d'entre eux qui a rempli davantage d'obligations en élevant leurs enfants, en s'occupant des vieillards et en assistant l'autre dans son travail, il a le droit de demander une compensation à l'autre qui, de son côté, doit la lui payer.

Article 41 Au moment du divorce, les époux doivent rembourser conjointement la dette qu'ils ont contractée durant la vie conjugale. Si leurs biens communs ne sont pas suffisants pour payer cette dette ou que les biens appartiennent à chacun de son côté, les deux époux doivent s'en acquitter par voie de consultations. En cas d'échec, c'est à la Cour populaire de rendre un jugement.

Article 42 En cas de divorce, si l'une partie est en difficulté financière, l'autre doit lui accorder une aide adéquate en recourant à ses propres biens, y compris le logement. Le moyen doit être décidé par les deux parties par consentement mutuel ; en cas d'échec, il appartient à la Cour populaire de faire un jugement.

Chapitre V Les mesures de secours et la responsabilité juridique

Article 43 Face à la violence familiale et à la maltraitance de membre de famille, les victimes ont le droit de formuler une requête au comité de résidence, au comité des villageois et à l'unité de travail; et ces derniers doivent procéder à la dissuasion et à la réconciliation.

Face à la violence familiale qui est en train d'être exercée, les victimes ont le droit de formuler une requête au comité de résidence, au comité des villageois et à l'unité du travail; ces derniers doivent recourir à la dissuasion et le bureau de police doit mettre fin à cette violence.

Devant la réclamation des victimes, le bureau de police doit infliger une sanction administrative aux auteurs de la violence familiale et de la maltraitance de membre de famille, en vertu des stipulations de la loi sur le contrôle et la sanction de la sécurité publique.

Article 44 En tant que membre abandonné par la famille, la victime a le droit de faire une requête au comité de résidence, au comité des villageois et à l'unité du travail ; et ces derniers doivent procéder à la dissuasion et à la réconciliation.

Si la victime abandonnée par la famille avance une requête, la Cour populaire doit, en vertu de la loi, prononcer un jugement concernant le paiement des frais de nourriture, des frais d'entretien des enfants et de la pension alimentaire des vieillards.

Article 45 Les cas de bigamie, de violence et maltraitance familiales, et d'abandon de membre de famille doivent être poursuivis en responsabilité pénale, en vertu de la loi. Aux termes des stipulations du Code de procédure pénale, les victimes peuvent déposer une plainte à la Cour populaire ; en vertu de la loi, le bureau de police doit ouvrir une enquête, et le parquet populaire, intenter une action publique contre les accusés.

Article 46 La partie innocente a le droit de demander une indemnité, si le divorce est dû aux cas suivants :

- 1) La bigamie ;
- 2) L'une des deux conjoints cohabite avec autrui ;
- 3) L'usage de la violence familiale ;
- 4) La maltraitance et l'abandon de membres de famille.

Article 47 Au cours du divorce, si l'un des deux conjoints cache, déplace, réalise et détruit les biens communs, ou simule une dette dans l'intention de s'approprier les biens de l'autre, nous pouvons au moment du partage des biens communs des conjoints, distribuer à la partie fautive peu ou rien. Après le divorce, l'autre partie qui a découvert

l'acte susmentionné de l'autre, peut intenter un procès auprès de la Cour populaire pour demander une redistribution de leurs biens communs.

Conformément aux stipulations du Code de procédure civile, la Cour populaire peut imposer une sanction à ceux qui ont commis l'acte défini par la clause précédente, visant à entraver le procès civil.

Article 48 Si l'une partie refuse de mettre en application le jugement et la décision sur le paiement des frais de nourriture, des frais d'entretien des enfants et de la pension alimentaire des vieillards et sur le partage des biens, l'héritage des biens et la visite des enfants, la Cour populaire doit, en vertu de la loi, la forcer à les mettre en exécution. Les individus et les unités concernés sont tenus d'assister l'application.

Article 49 Si les autres lois ont des stipulations sur les actes illicites en ce qui concerne le mariage et la famille ainsi que sur la responsabilité juridique, il faut s'y conformer.

Chapitre VI Les dispositions annexes

Article 50 L'Assemblée populaire de la région d'autonomie nationale a le droit d'élaborer les stipulations adaptables, conformément aux conditions concrètes de l'ethnie de cette région sur le mariage et la famille. Avant d'entrer en vigueur, les stipulations adaptables arrêtées par les départements autonomes et les districts autonomes doivent être soumises à l'approbation des comités permanents des assemblées populaires à l'échelon des provinces, régions autonomes et municipalités relevant directement des autorités centrales. Les stipulations adaptables élaborées par les régions autonomes doivent être soumises à l'approbation du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, avant d'entrer en vigueur.

Article 51 La présente loi entre en vigueur à partir du premier janvier 1981.

La « loi de la République populaire de Chine sur le mariage » promulgués le premier mai 1950 sera abrogée le jour de la mise en exécution de la présente loi.

ANNEXE 2

Tableau récapitulatif et comparatif des conditions de fond relatives au mariage dans les deux pays

| | En Chine | En France |
|-----------------|--|---|
| Le consentement | Le mariage doit être contracté avec le libre consentement total des deux parties (art. 5 du droit du mariage) | Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. (C.civ. art. 146) |
| Le sexe | La différence de sexe (art. 2 du droit du mariage) | Le même sexe et le sexe opposé (C.civ., art. 143) |
| L'âge | pour l'homme à 22 ans révolus et pour la femme à 20 ans révolus (art. 6 du droit du mariage) | dix-huit ans révolus (C.civ., art. 144) |
| | Non dérogation | Une dispense d'âge pour « motifs graves » peut être accordée par le procureur de la République (C.civ., art. 145) |
| La santé | Les personnes atteintes de maladies médicalement considérées comme inaptes au mariage (art. 7-2 du droit du mariage) | |

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| La prohibition de l'inceste | Les consanguins en ligne directe et les consanguins collatéraux en 3 générations (art. 7-1 du droit du mariage) | <p>En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne. (C.civ. art. 161)</p> <p>En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs. (C.civ., art. 162) ; Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce. (C.civ., art. 163)</p> |
| | Non dérogation | <p>Une dispense pour « motifs graves » peut être autorisée par le Président de la République (C.civ., art.164) :</p> <p>Entre alliés ; dispense possible lorsque la personne qui a crée l'alliance est décédée ;</p> <p>Entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce</p> |

ANNEXE 3

Tableau récapitulatif et comparatif de l'adoption (plénière) en France et en Chine

| | | En Chine | En France |
|-----------------------------------|----------------|--|---|
| Rupture avec la famille d'origine | | Oui | Oui |
| Révocabilité | | Oui | Non |
| Conditions relatives à l'adoption | Personne seule | <p>-30 ans résolus (art.6-4 du droit de l'adoption)</p> <p>-écart d'âge de 40 ans avec l'adoptée lorsqu'il s'agit d'un adoptant masculin (art.9 du droit de l'adoption).</p> <p>Cette condition peut être dérogée, lorsque l'adoptant dispose d'un lien collatéral avec l'enfant adopté jusqu'au deuxième degré inclus (art.7 du droit de l'adoption)</p> <p>-l'adoptant doit être célibataire (art. 10, al. 2 du droit de l'adoption)</p> | <p>-plus de 28 ans (C.civ., art 343)</p> <p>-l'écart d'âge de 15 ans avec l'adopté (réduction possible) (C.civ.,art. 344)</p> <p>-Célibataire ou marié. Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. (C.civ., art. 343-1, al. 2)</p> |

| | | | |
|---------------------------------------|--------------------------------|---|--|
| | Couple | -Âgés l'un et l'autre de 30 ans. (art.6-4 du droit de l'adoption) | -âgés l'un et l'autre de 28 ans (C.civ., art 343) -l'écart d'âge de 15 ans avec l'adopté (réduction possible) (C.civ.,art. 344) -Deux ans de mariage |
| | Conjoint du parent par le sang | -Condition de l'âge de l'adoptant peut être dérogée (art.14 du droit de l'adoption) | -Écart d'âge : 10 ans (réduction possible pour « justes motifs » (C.civ., art.344) |
| Conditions d'âge relatives à l'adopté | | -Adopté âgé de moins de 14 ans (art.4 du droit de l'adoption) -Condition d'âge peut être dérogée en cas d'adoption interfamiliale (art.7 du droit de l'adoption) ou de l'adoption de l'enfant du conjoint. (art.14 du droit de l'adoption) | - Adopté âgé de moins de 15 ans sauf exceptions. (C.civ., art.345) |
| Enfant adoptable | | - Orphelins de père et de mère. -Enfants dont les identités de leurs parents ne sont pas connues. -Enfants dont les parents ne sont pas capables de les élever en raison des difficultés particulières. (Exception : l'adoption par le conjoint du parent ou l'adoption interfamiliale) | -Pupilles de l'État -Enfant déclarés abandonnés par une décision de justice -Enfants pour lesquels les parents ou le conseil de famille ont donné leur consentement. (cas particulier de l'adoption par le conjoint du parent) |

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Accouchement sous X

- action en recherche de maternité, 448 s.
- droit antérieur, 448, 449,
- droit positif, 408, 450.
- paternité, 410

Action

- à fins de subsides, 477 s.
- aux fins d'établissement de la filiation, 439 s.
- en constatation de la possession d'état, 489 s.
- en contestation de filiation, 462 s.

Adoption (pléniaire)

- adoptant, 605 s.
- agrément, 640 s., 667.
- consentement, 609, 619, 627 s., 658 s, 685, 686.
- effets, 670 s.
- empêchement au mariage, 677.
- enfant adoptable, 626 s.
- placement, 647 s., 668.
- procédure, 638 s.
- révocation, 683 s.
- tierce opposition, 684.

Adoption simple

- condition, 710 s.
- détournement de l'institution 722.
- effets, 714 s.
- révocation 723 s.

tierce opposition, 656.

révocation, 338

Âge

adoption, 609 s., 613, 618, 622 s., 699, 706, 710 s., 724, 728.

mariage, 56 s.

C

Certificat prénuptial, 64 s., 615.

Clause de célibat, 36 s.

Concubinage

développement, 184 s.

effets, 182 s.

éléments constitutifs, 178 s.

enrichissement sans cause, 381.

homosexuel, 180, 189.

indemnisation, 382; 389.

société créée de fait, 380.

D

Devoir du mariage

communauté de vie, 158 s.

fidélité, 162 s.

respect, 166 s.

Divorce

acceptation, 246 s.

adultère, 297 s., 163 s.

altération définitive du lien conjugal, 258 s.

consentement mutuel, 224 s.

convention, 224, 227, 232, 236 s., 240, 242, 247, 252 s.

dommages intérêts, 319 s.,

faute, 262 s.

historique, 218 s.

incapacité, 225.

mesures provisoires, 277, 283, 286, 290.

mesures urgentes, 283, 290.
preuves, 286,
procédure, 229 s.
procédure simplifiée, 289 s.
protection des femmes enceintes et des femmes en période d'allaitement, 299 s.
protection du militaire, 292 s.
rupture du lien affectif, 265 s., 268 s.
tentative de conciliation, 267, 276.

F

Fiançailles

cadeaux, 103 s.
historique, 98 s.
responsabilité, 101 s.

Filiation

expertise biologique, 502 s.,
historique, 393 s.
possession d'état, 422 s.
présomption paternelle, 412 s.
reconnaissance, 416 s.

H

Homosexualité, 68 s., 180, 189, 525 s., 608.

M

Mariage

âge, 56 s.
célébration, 113 s.
consentement, 31 s.
dol, 47 s.
effets personnels, 157 s.
fictif, 118 s.
formalité préparatoire, 106 s.
historique, 18 s.

impuissance, 137
incapacités, 52
liberté, 33 s.
mineur, 58 s., 61.,
polygamie, 5, 84.
publication, 109, 111 s.
santé, 62 s.
sexe, 68 s.
transsexualisme, 78 s.
vice du consentement, 39 s.
violence, 49 s.

Mère porteuse, v. les techniques contestées – la maternité pour autrui.

Ministère public, 50, 125, 133, 136 s., 155 s., 468, 654, 724.

N

Nullité du mariage

action, 145, 151, 154.
cas, 144, 146, 149 s.
effets, 147, 153.

O

Opposition au mariage,

effets, 138 s.
titulaires: 133 s.

P

PACS

empêchement, 197.
enregistrement, 200 s.
incapacités, 198.
résiliation, 367 s.
responsabilité, 373.

Pacte de séparation amiable, 335, 342.

Politique de l'enfant unique, v. incidence de la planification familiale en Chine.

Prestation compensatoire, 303 s.

Procréation médicalement assistée,

anonymat du tiers donneur, 552 s.

condition, 523 s.

consentement, 534 s.

filiation, 544 s.

S

Séparation de corps, 331 s.

Séparation de fait, 346 s.