

Université Paris-Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 24 octobre 2025

La fonction normative du droit de la famille contemporain à la lumière des obligations alimentaires

Thèse de Doctorat / octobre 2025



Clément Colas

Sous la direction de Madame la professeure Dominique Fenouillet

Membres du jury :

Madame la professeure Charlotte Goldie-Génicon (Rapporteur)

Monsieur le professeur Jérémy Houssier

Madame la professeure Anne-Marie Leroyer (Rapporteur)

Monsieur le professeur Laurent Leveneur (Président)

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

A Lola, pour son amour et sa chasse ininterrompue aux adverbes : sans toi, cette aventure n'aurait probablement jamais débuté, et sans ton soutien, elle n'aurait certainement jamais été menée jusqu'à son terme.

A mes parents, ma mère, et mon père, à mes frères, Damien et Gaétan, et à Béatrice, qui sont à la fois un modèle et un accompagnement, dans la vie comme dans le travail. On ne consacre pas un tel travail à la famille sans raison, et le don d'une famille aimante est un cadeau dont la valeur se mesure chaque jour un peu plus.

A Benoit et à mes grands-parents, qui sont si souvent présents dans ces pages.

A Madame la professeure Dominique Fenouillet, enfin, dont l'exigence n'a d'égale que la bienveillance, pour sa confiance, ses conseils et son accompagnement précieux.

Résumé (1700 caractères) :

Cette étude se propose d'interroger l'idée selon laquelle le droit de la famille, à l'heure du développement du pluralisme familial et de l'essor du rôle de l'autonomie de la volonté, aurait perdu, au moins pour partie, sa vocation à exercer une fonction normative. Chacun semblant, désormais, pouvoir faire ses propres choix en matière de vie privée et familiale, notamment en choisissant la forme et l'étendue de son union, il faudrait en conclure que le droit de la famille ne vient plus, aujourd'hui, défendre de modèles. Il deviendrait alors le simple support technique de l'exercice des libertés individuelles en matière familiale. Pour étudier ces phénomènes, nous étudierons plus spécifiquement le cas des obligations alimentaires, support juridique des solidarités intrafamiliales.

Confronter les obligations alimentaires à l'évolution d'une part du droit de la famille, et d'autre part de l'appréhension sociale du groupe familial, permettra ainsi de révéler aussi bien les transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain que les besoins de réforme en matière de solidarité intrafamiliale.

Cette analyse nous conduira à établir qu'en matière de fonction normative de droit de la famille, il faut davantage évoquer une transformation qu'un retrait. Réinvestie, la fonction normative du droit de la famille contemporain, si elle semble s'éloigner de sa vocation initiale à défendre un modèle familial unique, paraît toutefois défendre des modèles comportementaux en matière de vie familiale, articulés autour d'un certain nombre de principes fondamentaux tels que la protection de l'intérêt de l'enfant, la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, ou encore la volonté de pacification des relations intrafamiliales.

Descripteurs : droit de la famille, obligations alimentaires, aliments, normativité, solidarité, famille

Title and Abstract (1700 characters):

This study aims to examine the idea that family law, at a time of growing family pluralism, and of the rise of the role of autonomy of will, has lost, at least in part, its normative function. Now that everyone seems to be able to make their own choices in matters of private and family life, particularly in choosing the form and scope of their union, it must be concluded that family law no longer serves to defend models. It has thus become a mere technical support for the exercise of individual freedoms in family matters. To examine these phenomena, we will study more specifically the case of maintenance obligations, the legal basis for intra-family solidarity.

Comparing maintenance obligations with developments in family law on the one hand and the social perception of the family group on the other will reveal both the changes in the normative function of contemporary family law and the need for reform in the area of intra-family solidarity.

This analysis will lead us to realize that, when it comes to the normative function of family law, it is more accurate to speak of a transformation than a withdrawal. Reinvigorated, the normative function of contemporary family law, while seemingly moving away from its initial purpose of defending a single family model, nevertheless appears to defend behavioral models in family life, based on a number of fundamental principles such as protecting the interests of children, promoting equality between men and women, and seeking to pacify intra-family relations.

Keywords : family law, maintenance obligations, alimony, normativity, solidarity, family

Principales abréviations

A

a. : autres

al. : Alinéa

AJD : Actualité juridique Dalloz

AJ famille : Actualité juridique Famille

AMP : aide médicale à la procréation

AN : Assemblée Nationale

AP : Assemblée plénière

APA : allocation personnalisée d'autonomie

ARIPA : agence de recouvrement et
d'intermédiation des pensions alimentaires

Art : article (d'un code ou d'une loi)

ASF : allocation de soutien familial

ASH : aide sociale à l'hébergement

Ass. plén. : Assemblée plénière

B

Bull : Bulletin de la Cour de cassation

BO : Bulletin officiel

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles
de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin de la chambre criminelle de
la cour de cassation

C

c/ : contre

CAF : Caisse d'allocations familiales

Cass. ass. plén. : Arrêt de l'assemblée plénière de
la Cour de cassation

Cass. ch. mixte : Arrêt de la chambre mixte de la
Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CCC : Contrats, concurrence, consommation

C. Civ : Code civil

CCNE : Comité consultatif national de l'éthique

CE : Conseil d'état

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CGI : Code général des impôts

Chr. : Chronique

Civ : Cassation, chambre civile

CJCE : Cour de justice des communautés
européennes

CNAF : Caisse nationale d'allocations familiales

coll. : collection

Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la cour
de cassation

Comp : Comparé

Contra : Contraire

Conv. EDH : Convention européenne des droits de
l'homme

CPAM : Caisse primaire d'assurance maladie

CPC : Code de procédure civile

Crim : Cassation, chambre criminelle

D

D : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

E

EPHAD : établissement d'hébergement pour
personnes âgées dépendantes

et a. : et autre(s)

et s. : et suivantes

F

fasc. : fascicule

G

GAJ civ. : Grands arrêts de la Jurisprudence civile

Gaz. Pal. : Gazette du palais

GIPA : garantie contre les impayés de pensions
alimentaires

GPA : gestation pour autrui

H

HCFEA : Haut Conseil de la famille, de l'enfance
et de l'âge

I

Ibid. : Au même endroit

Infra : ci-dessous

INSEE : Institut national de la statistique et des
études économiques

J

JAM : Juge aux affaires matrimoniales

J.-Cl : JurisClasseur (civil, pénal...)

JCP : Semaine juridique

JO : Journal officiel

L

Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat

LGDJ : Librairie générale de droit et de
jurisprudence

LPA : Les Petites Affiches

M

mod. : modifié

N

n. : note

n° : numéro

not. : notamment

O

ONU : Organisation des Nations Unies

Op. cit. : *Opere citato*, cité précédemment

Ord. : Ordonnance

P

p. : page

part. : particulièrement

plén. : plénière

préc. : précité

PUF : Presses universitaires de France

R

RDA : Revue de droit d'Assas

RDC : Revue des contrats

Rép. civ. : Répertoire Dalloz de droit civil =
encyclopédie Dalloz

Req. : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour
de cassation

RGD : Revue générale du droit

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit
commercial

RTDSS : Revue trimestrielle de droit sanitaire et
social

S

s. : et suivant(e)s

spéc. : spécialement

T

t. : tome

TLF : Trésor de la langue française

V

v. : voir

Sommaire

Introduction	15

Première partie. L'obligation alimentaire révélatrice des transformations de la fonction normative du droit de la famille.....	55

TITRE 1. Les évolutions du lien familial saisies par l'obligation alimentaire	57

Chapitre 1. Le couple et ses enfants	59

Section 1. Le couple.....	60

Sous-section 1. Le développement du pluralisme conjugal	61

I) Le monisme originel du Code civil.....	62

A) En 1804 : un droit du modèle.....	62

B) L'apparition du pluralisme familial	70

II) Le pluralisme conjugal contemporain.....	74

A) L'apparition du pluralisme conjugal	74

B) Du pluralisme conjugal au pluralisme alimentaire.....	84

Sous-section 2. Vers une obligation alimentaire conjugale unifiée ?	99

I) Le fondement de l'obligation alimentaire	100

A) Un fondement classique : la solidarité.....	100

B) Des fondements alternatifs	104

II) L'opportunité d'une obligation alimentaire unifiée	115

A) Dans le Pacs	115

B) Dans le concubinage	116

Section 2. La filiation.....	120

Sous-section 1. Obligation alimentaire et inégalité originelle des filiations	121

I) En 1804 : un pluralisme inégalitaire	122

II) L'obligation alimentaire, mécanisme modérateur des inégalités	129

Sous-section 2. Obligation alimentaire et égalité contemporaine des filiations	137

I) La consécration de l'égalité des filiations	138

A) Dans la filiation du Titre VII	138

B) Le cas particulier de la filiation adoptive.....	146

1) L'adoption plénière	146

2) L'adoption simple	148

II) Les conséquences de l'égalité des filiations	152

A) Le renouveau partiel des obligés alimentaires	152

B) La transformation de la fonction normative du droit de la famille	153

Conclusion du chapitre 1	156

Chapitre 2. La parenté et les autres acteurs familiaux	159

Section 1. Les limites du cercle des obligés alimentaires	160

Sous-section 1. La construction du cercle des obligés	161
I) Les obligés alimentaires retenus par le Code civil	162
II) Les exclus de la solidarité intrafamiliale	167
A) Les exclusions procédant de la promotion du modèle du mariage	167
1) L'exclusion du couple non marié.....	167
2) La défiance originelle à l'égard des recompositions familiales.....	169
B) L'exclusion des frères et sœurs	177
Sous-section 2. L'obligation naturelle, mécanisme modérateur des exclusions	182
I) L'obligation naturelle : tentative de définition	183
II) L'obligation naturelle et les limites du cercle des obligés.....	189
Section 2. L'opportunité de redessiner le cercle des obligés alimentaires	197
Sous-section 1. Le développement de la parentalité	198
I) Les fonctions de la parentalité.....	200
A) La responsabilité parentale	200
B) L'émergence du couple parental	203
C) La promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes	207
D) Le développement du soutien à la parentalité	209
II) Les effets de la parentalité	213
Sous-section 2. Propositions pour une évolution du cercle des obligés.....	217
I) Par l'élargissement du cercle des obligés.....	218
A) Le cas des frères et sœurs	218
B) Le cas des recompositions familiales	222
1) Les recompositions familiales par mariage	222
2) Les recompositions familiales sans mariage.....	225
3) Vers une obligation beau-parentale d'entretien ?.....	227
a) Le principe.....	228
b) Les modalités.....	232
II) Par l'instauration d'une hiérarchie alimentaire	235
Conclusion du chapitre 2	252
Conclusion du premier titre.....	253
TITRE 2. Les évolutions de la solidarité familiale saisies par l'obligation alimentaire	255
Chapitre 1. L'objet de l'obligation alimentaire.....	258
Section 1. En matière de couple	259
Sous-section 1. <i>De lege lata</i> , le couple marié	260
I) Devoir de secours et contribution aux charges	261
II) Une distinction dépassée ?.....	269
Sous-section 2. <i>De lege lata</i> , le couple non marié.....	273
I) La solidarité opposée aux membres du couple.....	274
II) La solidarité des membres du couple l'un envers l'autre	277
A) Dans le Pacs	277
B) Dans le concubinage	283

Sous-section 3. <i>De lege feranda</i>	292
I) Vers une obligation alimentaire unifiée ?.....	293
II) Pour un pluralisme alimentaire du droit des couples	297
A) Dans le concubinage	297
B) Dans le Pacs	300
Section 2. En matière de parenté	306
Sous-section 1. Le renouveau de la définition des aliments	307
I) L'appréhension vitale originelle	308
II) L'appréhension sociale contemporaine	311
Sous-section 2. L'obligation alimentaire des parents à l'égard des enfants	316
I) Les spécificités originelles.....	317
II) Le renforcement contemporain	321
Conclusion du chapitre 1	328
Chapitre 2. La durée de l'obligation alimentaire	329
Section 1. La protection spécifique du couple marié	331
Sous-section 1. <i>De lege lata</i>	332
Sous-section 2. <i>De lege feranda</i>	348
Section 2. Les palliatifs à l'absence de protection du couple non marié	355
Sous-section 1. <i>De lege lata</i>	356
Sous-section 2. <i>De lege feranda</i>	360
Conclusion du chapitre 2	364
Conclusion du second titre.....	366

Seconde partie. L'obligation alimentaire révélatrice des difficultés de construire une fonction normative systématique..... 369

TITRE 1. La difficulté de construire une fonction normative cohérente en droit civil 371

Chapitre 1. L'obligation alimentaire confrontée à l'essor de la volonté individuelle en droit patrimonial de la famille	373
Section 1. L'obligation alimentaire révélatrice d'une perte de cohérence en droit de la famille	374
Sous-section 1. La tendance commune à l'essor de l'autonomie de la volonté	375
I) L'autonomie de la volonté, un cap assumé.....	376
A) L'exemple du recul de l'immutabilité des régimes matrimoniaux	376
B) L'exemple de la remise en cause de la réserve héréditaire	378
C) La contractualisation de l'obligation alimentaire	381
II) La responsabilité, un corollaire incertain	391
Sous-section 2. Des résultats contradictoires	404
I) Le constat d'une contradiction	405
II) L'explication d'une contradiction	407
Section 2. L'obligation alimentaire révélatrice d'une redéfinition de la fonction normative du droit de la famille.....	412
Sous-section 1. Le lien électif, nouveau paradigme du droit de la famille contemporain ?	413

I) La promotion du lien électif.....	414
II) Le pluralisme axiologique	417
Sous-section 2. Le rôle normatif et régulateur de l'obligation alimentaire	425
Conclusion du chapitre 1	427
Chapitre 2. L'obligation alimentaire concurrencée par l'attention portée aux questions personnelles	429
Section 1. Du point de vue de la parentalité	430
Sous-section 1. Par le développement de la parentalité	431
Sous-section 2. Par l'élargissement de la parentalité à de nouveaux acteurs	435
I) Le statut des grands-parents.....	436
II) Le statut des beaux-parents.....	438
Section 2. Du point de vue des enfants	440
Conclusion du chapitre 2	442
Conclusion du premier titre.....	443

TITRE 2. la difficulté de construire une fonction normative cohérente dans

l'ordonnancement juridique 445

Chapitre 1. Obligation alimentaire et articulation entre le droit de la famille et les autres branches du droit.....	447
Section 1. Le droit de la famille confronté à d'autres approches du groupe familial	448
Sous-section 1. L'approche comptable du foyer.....	449
I) L'exemple de la notion d'enfant à charge	450
II) L'exemple de la prise en compte socio-fiscale des pensions alimentaires	453
Sous-section 2. L'approche psychologique de la famille	458
I) L'exemple de la prestation de serment devant la cour d'assises	460
II) L'exemple du vol commis au sein de la famille	463
A) Les fondements de l'immunité.....	463
B) Les exclus de l'immunité.....	464
Section 2. Le soutien technique apporté au droit de la famille	466
Sous-section 1. L'exécution de l'obligation alimentaire	467
I) L'exécution de l'obligation alimentaire entre incitation et contrainte	468
A) Assurer l'exécution : les procédures civiles d'exécution	468
B) Punir l'inexécution : le droit pénal.....	471
1) Le délit d'abandon de famille	471
2) Le délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité	474
II) L'intermédiation financière, garantie de l'exécution de l'obligation alimentaire.....	479
A) Le mécanisme québécois d'intermédiation financière	479
B) Le mécanisme français d'intermédiation financière	480
1) La genèse du système français	480
2) Les limites du système français	483
a) Les limites symboliques et politiques	483
b) Les limites pratiques	484
Sous-section 2. Le soutien à la solidarité intrafamiliale.....	487

I) Solidarité intrafamiliale et principe de subsidiarité de l'aide sociale	488
A) L'émergence de la solidarité collective	488
B) L'émergence du principe de subsidiarité de l'aide sociale	492
II) Les mesures incitatives à l'exercice spontané de la solidarité intrafamiliale	499
A) La remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale	499
B) L'essor du soutien familial : l'émergence de la figure de l'aidant	501
Conclusion du chapitre 1	512
Chapitre 2. La fonction normative du droit de la famille à l'heure du développement de son rôle instrumental	513
Section 1. Le risque d'une instrumentalisation du droit de la famille : l'exemple de la subsidiarité de l'aide sociale et des recours des fournisseurs d'aliments	517
Sous-section 1. <i>De lege lata</i> : l'obligation alimentaire dévoyée	519
I) Le mécanisme de l'obligation alimentaire dévoyé	520
II) Le mécanisme de l'obligation alimentaire préservé	527
A) Par la résistance technique de l'obligation alimentaire	527
1) La détermination de l'existence et du montant de la dette d'aliments	527
2) L'application de l'adage « aliments ne s'arrangent pas »	529
3) L'application de l'exception d'indignité	532
B) Par l'utilisation de barèmes	533
1) Les barèmes, un élément perturbateur	534
2) Les barèmes, un mal nécessaire	537
Sous-section 2. <i>De lege feranda</i> : un système de solidarité à repenser	544
I) Sans remise en cause de la subsidiarité de l'aide sociale	546
A) Les recours en récupération de l'article L.132-8 du code de l'action sociale et des familles	547
1) Le recours exercé contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune	548
2) Le recours exercé contre la succession du bénéficiaire	550
B) Des voies alternatives : l'exemple de l'hébergement des adultes en situation d'handicap	552
II) Par la remise en cause de la subsidiarité de l'aide sociale	556
Section 2. Le droit de la famille, levier de politiques publiques	566
Sous-section 1. Politisation du droit de la famille et risque de décorrélation de la technique et du symbolique	567
I) Le risque du symbolique sans technique	569
II) Le risque de la technique sans symbole	573
Sous-section 2. Pour une transformation de la fonction normative du droit de la famille	576
I) Le réinvestissement axiologique du droit patrimonial de la famille	577
II) La repatrimonialisation des enjeux familiaux	581
Conclusion du chapitre 2	587
Conclusion du second titre	589
Conclusion	591

<i>Bibliographie</i>	596
<i>Index</i>	619

Introduction

« Le monde semble tellement se disjoindre, qu'on voudrait au moins resserrer les liens individuels pour que tout ne fût pas un à un sur la terre »¹

1. « Notre Règle n'est pas un refuge. Ce n'est pas la Règle qui nous garde, mais c'est nous qui gardons la Règle »². Ainsi s'exprime la Prieure à Blanche de la Force, qui s'apprête à devenir Sœur Blanche, dans le Dialogue des Carmélites. Certes, la Règle dont il est ici question n'est pas la loi, mais la Règle du Carmel. Certes, il n'en va pas de même de la vie d'une communauté religieuse et de celle d'une nation. Pourtant, cette affirmation est profondément évocatrice du rapport, souvent ambivalent, qu'entretient le juriste avec la règle, *a fortiori* dans les pays de tradition civiliste, où la nomophilie côtoie bien souvent la critique de la loi, où on lui prête souvent beaucoup, parfois bien peu, et où son rôle général ne cesse d'être interrogé, ce que résume cette formule : Que peut-on attendre de la loi ? La loi peut-elle servir à forger les Hommes³, leurs habitudes, leurs familles, au creuset de la société, par et pour elle⁴, ou doit-elle, au temps de la postmodernité juridique, se mettre à leur service, accompagnant leurs choix, leurs désirs, leur individualité plutôt que l'intérêt général, se subjectiviser ? Cette question est celle de son rôle social, question classique mais passionnante, et qui nous occupera dans cette étude sous deux angles : celui de la fonction normative du droit, d'une part, qui sera notre objet d'étude, et celui, plus spécifique, du droit de la famille, d'autre part, qui sera notre domaine d'étude.

2. Le point de départ de notre réflexion, dans le cadre de cette étude, est l'idée selon laquelle le droit de la famille, à l'heure du développement du pluralisme familial et de l'essor du rôle de l'autonomie de la volonté, aurait perdu, au moins pour partie, sa vocation à exercer une fonction normative. Chacun semblant, désormais, pouvoir faire ses propres choix en matière de vie privée et familiale, notamment en choisissant la forme et l'étendue de son union, il faudrait en conclure

¹ M^{me} de Staël à son mari, 17 juin 1791, *Correspondance générale*, publ. B. W. Jasinski, t. 1, vol. 2, Paris, 1962, p. 445.

² G. Bernanos, *Dialogues des Carmélites*, spéc. dans sa version mise en musique par F. Poulenc, Acte I, deuxième tableau.

³ Ou, comme le déclarait déjà un chanteur il y a quarante ans, faut-il faire le constat que « Les lois ne font plus les hommes mais quelques hommes font la loi » ? : v. D. Balavoine, *La vie ne m'apprend rien*, morceau issu de l'album *Un autre monde*, Barclay, 1980.

⁴ Ce que semblait espérer Portalis lorsqu'il déclarait que « De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière » : v. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, discours prononcé le 21 janvier 1801*, Confluences, collection Voix de la cité, 2004.

que le droit de la famille ne vient plus, aujourd'hui, défendre de modèles, ni plus largement de valeurs⁵. Il deviendrait, alors, le simple support technique de l'exercice des libertés individuelles en matière familiale. Pourtant, il semble que la réalité soit bien plus nuancée, et qu'en matière de fonction normative de droit de la famille, il faille davantage parler d'une transformation que d'un retrait. Réinvestie, la fonction normative du droit de la famille contemporain, si elle semble s'éloigner de sa vocation initiale à défendre un modèle familial unique, paraît toutefois défendre des modèles comportementaux en matière de vie familiale, articulés autour d'un certain nombre de principes fondamentaux, tels que la protection de l'intérêt de l'enfant, la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, la recherche d'une forme de justice sociale, ou encore la volonté de pacification des relations intrafamiliales, qui s'accompagne d'une volonté d'assurer la protection des individus contre les violences intrafamiliales.

Pour s'en rendre compte, nous adopterons un angle d'étude : celui des obligations alimentaires, support juridique des solidarités intrafamiliales. Confronter les obligations alimentaires à l'évolution d'une part du droit de la famille, et d'autre part de l'appréhension sociale du groupe familial, permettra ainsi de révéler aussi bien les transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain que les besoins de réforme en matière de solidarité intrafamiliale, matière qui peut sembler avoir évolué moins vite que d'autres branches du droit de la famille. Tels seront donc l'objet et le prisme de notre étude, dont il convient, à présent, de préciser les termes.

3. Définition de la notion de normativité. La notion de normativité est de celles qui, bien que couramment utilisées, demeurent malaisées à appréhender. De cette notion, la doctrine juridique n'a pas élaboré de définition univoque, faisant consensus, de telle sorte que des travaux universitaires lui ont même été intégralement consacrés⁶, tant cette notion peut sembler protéiforme et insaisissable. On sait en revanche, ainsi que cela a été clairement énoncé par le Conseil constitutionnel le 29 juillet 2004, qu'une loi doit, en principe, être normative ou du moins « être revêtue d'une portée normative »⁷ pour être constitutionnelle⁸. Néanmoins, d'autres

⁵ Idée résumée par le titre d'un ouvrage dirigée par Madame la professeure Neirick : « la famille que je veux, quand je veux » (v. C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?* 2003, Erès).

⁶ Ce qui ne sera pas l'objet de notre étude, qui ne prétend pas dresser une analyse complète de ce qu'est la normativité juridique : sur cette question, v. F. Brunet, *La normativité en droit*, thèse réalisée sous la direction du professeur Etienne Picard, et soutenue à l'Université Paris I en 2011, Mare & Martin, 2012.

⁷ Conseil constitutionnel, *Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, « Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales »*, spéc. considérant 12 : « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale » ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ».

⁸ Bien que cette question même soit sujette à discussion, notamment s'agissant du cas des lois dites mémorielles, dont la normativité est discutée.

décisions du Conseil constitutionnel⁹ peuvent laisser penser qu'il s'attache avant tout à considérer l'intelligibilité comme un préalable à la normativité. Or, s'il est certain que l'intelligibilité participe de la normativité, et nous aurons l'occasion d'y revenir, elle ne suffit pas à la définir, et il semble que le Conseil constitutionnel n'a pas, pour l'heure, établi de définition de la normativité¹⁰.

Le sens attaché au terme de normativité varie souvent d'une personne à l'autre. Comme le fait remarquer Monsieur le professeur Picod :

« Même si l'on s'en tient à une définition simple selon laquelle la normativité désigne l'aptitude d'une règle à produire des effets normatifs, on rencontre très vite des difficultés de qualification de tels effets qui ont suscité la réflexion de la plupart des théoriciens du droit. Le dénominateur commun des définitions de la norme juridique proposées par la doctrine résulte de sa vocation à prescrire ou à interdire certains comportements. Au-delà de cette définition minimale, on constate de nombreuses divergences au sujet du caractère général de la règle, de son caractère obligatoire et des sanctions qui sont attachées à son non-respect »¹¹.

Le propos peut sembler quelque peu restrictif, notamment en ce qu'il lie strictement la définition de la norme à sa « vocation à prescrire ou à interdire certains comportements ». Or, et nous y reviendrons, il n'est pas certain que toutes les normes correspondent à cette définition. Ainsi, par exemple, d'une norme qui autorise un comportement : une telle norme ne semble ni prescrire¹², du moins pas au sens strict du terme, ni interdire un comportement. Néanmoins, il est particulièrement intéressant en ce qu'il met en évidence la diversité des conceptions qui existent, au sein de la doctrine juridique française, en matière de normativité.

Pour s'en rendre compte, il suffit de consulter les différentes réponses d'universitaires à la question « Qu'est-ce que la normativité ? »¹³. Si la diversité des réponses et des représentations qui les sous-tendent complique l'analyse, elle constitue néanmoins une ressource propice à la réflexion, par l'hétérogénéité et la richesse des conceptions proposées. Les idées principales mises

⁹ Conseil constitutionnel, *Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, « Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école »*, spéc. n°8, où est retenu que l'exigence de normativité imposait notamment au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

¹⁰ Sur cette question, v. V. Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité)*, janvier 2007.

¹¹ F. Picod, « La normativité du droit communautaire », in *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité)*, janvier 2007.

¹² Si ce n'est aux tiers.

¹³ Sondage réalisé dans le cadre de l'ouvrage *La densification normative, découverte d'un processus*, sous la direction scientifique de C. Thibierge, 2013, aux éditions Mare et Martin, et que l'on peut retrouver sur le site internet dédié à cet ouvrage, sous l'onglet « le mini-sondage » [URL : <https://densinformative.sciencesconf.org/resource/page/id/9.html>, page consultée pour la dernière fois le 8 mai 2025].

en évidence par ce sondage et contribuant à une définition de la normativité sont : la capacité à servir de référence et à influencer les comportements humains¹⁴, l'idée selon laquelle la normativité serait sous-tendue par un idéal, un modèle d'affirmation de valeurs¹⁵, ou encore l'idée d'une contrainte, d'une impérativité, associant à la notion de normativité un caractère obligatoire¹⁶. Il faut ajouter, et cette idée est également particulièrement intéressante, qu'un certain nombre de propositions envisagent ou réfutent l'existence d'une forme de gradation de la normativité¹⁷.

Reprenons ces idées dans l'ordre.

4. Normativité et modèle. Intéressons-nous, tout d'abord, au sens commun de la normativité. D'après le *Dictionnaire de l'Académie française*, l'adjectif « normatif » renvoie à ce « Qui se réfère à une norme, une règle, un modèle ; qui a force de règle » mais également à « une discipline qui édicte des règles (comme la logique, l'éthique, l'esthétique) »¹⁸. Le dictionnaire *Trésor de la langue française*, lui, nous indique dans un premier sens qu'est normatif ce « qui a les caractères d'une norme, d'une règle ; qui concerne les normes », et dans un second sens que cet adjectif renvoie à ce « qui fixe, prescrit une norme, émet des jugements de valeur ». Ces deux définitions, généralistes, bien qu'elles ne se recoupent pas entièrement, renvoient à deux manières d'appréhender l'adjectif « normatif ». La seconde, en ce qu'elle renvoie à la capacité d'un ordre ou d'une discipline à édicter des règles, n'est pas celle qui va nous occuper principalement, puisque le propre du droit¹⁹ est d'édicter des normes. En revanche, cette conception évoque aussi le fait

¹⁴ Ainsi, pour n'en citer que quelques-unes, des définitions proposées par P. Brun (« Propriété d'un énoncé à influencer sur les comportements en suscitant un sentiment de contrainte ou d'adhésion »), par F. Brunet (« La normativité est la capacité d'un objet à servir de référence pour le jugement humain »), par M. Mekki (« La normativité est ce qui est susceptible de servir de norme au sens de guide, de direction, de repère... »), ou encore, pour en citer une plus complète, par E. Jeuland (« Pour moi, la normativité juridique est le fait [...] de créer des modèles d'action dans les rapports de droit soit par l'interaction des parties (usages, coutumes) soit par des organes supérieurs (loi, règlement, standard, jurisprudence), ce qui renvoie à la notion de rapport de droit que je pense logiquement antérieure à la norme ; la normativité tout court serait alors l'art de créer des modèles ou des idéaux d'action pour soi-même (morale), pour une organisation (norme managériale), pour une chose (norme technique) »).

¹⁵ C'est notamment le cas de la définition proposée par G. Martin (« La normativité se rattache à ce qui prescrit des comportements, en affirmant des valeurs de natures diverses (managériales, techniques, morales, sociétales) »).

¹⁶ Ainsi de la proposition de C. Bargues (« Pour moi, le terme "normativité" tend à désigner ce qui caractérise une règle ou un comportement, juridiquement ou socialement contraignant »), ou de celle de B. Bonnet (« Caractère de ce qui est impératif, de ce qui relève de la règle, de ce qui fixe un objectif, un sens, qui laisse, le cas échéant, une marge d'appréciation mais qui établit *in fine* une ligne de conduite juridique et sociale »), ou encore de celle de J. Morand-Deville (« Ordonner, permettre, interdire, imaginer, anticiper, créer »), pour n'en citer que quelques-unes.

¹⁷ La proposition la plus éclairante étant peut-être, ici, celle de P. Amselek, trop longue pour être ici reportée en son intégralité, mais qui explique notamment que « le terme "normativité" [lui] paraît dangereux en ce qu'il peut laisser croire, par analogie avec des termes tels que par exemple "luminosité", à une gradation du normatif : comme si le normatif était une propriété intensive, se donnant à des degrés différents, une sorte de "force" d'intensité variable, à l'instar de l'intensité lumineuse des objets. Cette illusion suscitée ou encouragée par une terminologie mal assurée doit être dissipée : le normatif n'est pas susceptible de plus et de moins ; un contenu de pensée est norme - a reçu la vocation instrumentale à servir d'indicateur du possible- ou n'est pas norme. Peu importe que ce contenu de pensée soit plus ou moins apte à remplir la fonction qui lui a été assignée, qu'il soit plus ou moins propre à rendre les services auxquels on l'a destiné, en bref que la norme ainsi constituée soit plus ou moins bien praticable, dotée d'une plus ou moins grande valeur pragmatique ». On retrouve cette idée dans la proposition de N. Molfessis : « Rien. [...] pour moi il ne signifie rien. Après, nous pouvons échanger sur son usage, son rattachement et ses racines kelsenniennes, la variété de ses acceptions dans la dogmatique juridique contemporaine, sa "labilité", son lien avec la juridicité, l'obligatorité, la prescription, la règle de droit, etc. On peut aussi discuter de la pertinence d'une conception de la normativité en degrés, la question de ce qui la constitue, etc. Mais, pour moi, il ne signifie en soi "rien". Seuls ses usages sont instructifs, car ils viennent révéler une conception du droit (chez les "normativistes"), une quête de ce qu'est le droit (dans la recherche de ce qu'est la "norme"), une recherche d'idéal (dans le rattachement de la règle à la norme et le bannissement de la loi non normative) », etc. ».

¹⁸ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} édition.

¹⁹ Du moins dans une conception contemporaine de la notion de droit, qui est celle que nous adopterons ici. Ainsi, dans le *Dictionnaire de l'Académie française* (9^{ème} édition), il est précisé que le nom droit renvoie à un « Ensemble de règles qui sont considérées comme devant régir les

d'émettre un jugement de valeur, ce qui nous intéresse, et nous y reviendrons. On peut également écarter l'idée selon laquelle serait normative toute règle juridique valablement adoptée par un organe compétent, sans quoi la lutte du Conseil constitutionnel contre les lois non normatives n'aurait pas de sens²⁰. La première définition proposée nous intéresse ici davantage. Serait normatif ce qui « a les caractères d'une norme », et on retrouve notamment l'idée, sur laquelle nous allons nous concentrer, de référence à un modèle, de capacité à avoir force de règle. Qu'est-ce, alors, qu'une norme ?

La question a suscité de nombreuses discussions et controverses. Toujours d'après le *Dictionnaire de l'Académie française*, le terme de « norme » vient du latin *norma* (« équerre », puis « règle, loi ») et renvoie dans un premier sens à un « Type, état, comportement qui peut être pris pour référence ; modèle, principe directeur qu'on tire de l'observation du plus grand nombre. Norme esthétique, morale, juridique ». ²¹ Le dictionnaire *Trésor de la langue française*, de son côté, nous indique qu'il s'agit, « [Par référence à un modèle de « type idéal » : la norme prescrit ce qui doit être en se basant sur des jugements de valeur] (d'une) règle, (d'un) principe auquel on doit se référer pour juger ou agir ». La norme serait donc une règle qui permettrait, à partir d'une référence, d'un modèle, de déterminer une manière, pour les individus, d'agir, et pour les juges, de juger.

Ce serait donc la capacité à servir de modèle, d'étalon, qui permettrait de reconnaître la norme²². La métaphore de l'objet de mesure est ici particulièrement adaptée, et ce n'est pas un

relations humaines, qui sont fondées sur les idées de défense de l'individu et de justice, et qui font l'objet de lois et règlements » ou encore à un « Ensemble des règles juridiques en vigueur dans un État, propre à des groupes sociaux ou portant sur des domaines particuliers de la vie économique et sociale ». Dans cette acception contemporaine, le terme de droit renvoie bien principalement à un ensemble de règles, rendant la référence, pour définir la normativité, à la capacité d'un ordre ou d'une discipline à édicter des règles, peu praticable dans le cadre de notre étude. Il ne faut néanmoins pas négliger que dans une conception plus classique, tirée de la philosophie, le terme de droit prenait un tout autre sens, que l'on doit notamment à la pensée aristotélicienne, rapproché du concept de justice, et donc d'une forme de vertu morale. On retrouve ici la conception qui fait du droit, selon la formule du juriste romain Celse, « l'art du bon et de l'équitable » (« *Jus est ars boni et aequi* », v. *Digeste*, I, 1, 1, cité par J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^e éd., Paris, 2000, p. 305), et qui est exposée chez Aristote notamment dans le livre V de son *Ethique à Nicomaque*, not. aux points 4.2 et suivants, mais aussi lorsqu'il distingue les notions de justice distributive (points 7 et suivants) et de justice corrective (points 8 et suivants), et dont on peut également retrouver dans *La République* de Platon, qui consacre de longs développements à la question de la justice. C'est dans cette acception que dans une précédente édition, le *Dictionnaire de l'Académie française* définissait avant tout le terme droit comme « Ce qui est juste. En ce sens on dit, qu'une chose est contre tout droit et raison, pour dire, qu'elle est injuste et déraisonnable. Il signifie aussi Justice » (v. *Dictionnaire de l'Académie française*, 5^{ème} édition, 1798, p. 447). Précisons que le mot droit est ainsi défini par l'Académie française de sa première édition, en 1694, à sa 6^{ème}, qui date de 1835. Apparaît donc une opposition entre deux conceptions : celle qui définit principalement le droit par son contenu, à savoir un ensemble de règles juridiques (conception contemporaine) et celle qui définit principalement le droit par son objectif voire son idéal (conception classique). Nous adopterons dans cette étude une approche contemporaine de la notion de droit, ce qui naturellement ne nous conduira pas à délaisser la question des enjeux philosophiques et éthiques. Pour aller plus loin sur ce sujet, v. M. Villey, *Philosophie du droit - Définitions et fins du droit - Les moyens du droit*, Dalloz, 2001.

²⁰ Concrètement, il s'agit là plus de la question du phénomène normatif que de celle de la normativité proprement dite. A ce sujet, v. V. Champeil-Desplats, préc. : « Un énoncé est normatif, d'un point de vue formel, dès lors qu'il appartient à un ordre ou un système normatif. Il s'agit ici de dissocier nettement l'énoncé et la norme qu'il signifie. Quels que soient la structure et le contenu de l'énoncé (prescriptif ou descriptif, précis ou abstrait), celui-ci est une norme à partir du moment où il a été formulé par les autorités compétentes, conformément aux critères posés par l'ordre juridique dans lequel ces autorités opèrent. Si l'on adopte cette conception, l'exigence de normativité de la loi devient ici absurde puisqu'elle consiste à requérir d'une norme qu'elle soit une norme ».

²¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} édition.

²² Même si certains auteurs ne manquent pas de critiquer cette conception, retenant ainsi que « cette définition *a priori* séduisante, et qui est adaptée pour certains systèmes normatifs comme la morale, pose problème en ce qui concerne le droit: elle semble le réduire à un ensemble de prescriptions

hasard si le terme de « norme » trouve son étymologie dans le terme « équerre » et un synonyme dans le terme « règle » : la norme est, en effet, ce point de comparaison, idéal, qui peut jouer, plus ou moins directement, ce rôle d'être un indicateur d'un modèle, d'un résultat, ou d'un comportement, attendu. Portalis, dans son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, a ainsi recours à la métaphore de l'instrument de mesure, lorsqu'il explique que « le droit est moralement obligatoire ; mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte ; il dirige, les lois commandent ; il sert de boussole et les lois de compas »²³. La normativité renverrait donc à cette capacité de la norme à servir de modèle, et éventuellement à prescrire ou proscrire un comportement²⁴.

On retrouve cette idée sous la plume de nombreux auteurs. Sans revenir sur l'historique de l'apparition et de l'utilisation des termes de norme et de normativité dans la doctrine notamment française²⁵, on peut relever quelques exemples : on pense ici à la distinction opérée par Kelsen²⁶ entre ce qui est de l'ordre du *Sein*, donc du fait, et ce qui est de l'ordre du *Sollen*²⁷, donc de la norme²⁸. Nous pouvons aussi évoquer Motulsky, qui décrivait l'ordre juridique comme « un ensemble de normes de conduite sociale »²⁹, ou encore Monsieur le professeur Jeanmaud, qui affirme que « c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »³⁰. On peut donc retenir que cette idée de modèle,

de conduite (voire à un ensemble de valeurs), négligeant la présence dans tout système juridique moderne de prescriptions d'un autre type, comme par exemple celles investissant des autorités à produire des nouvelles normes », l'auteur préférant que l'on parle de « signification prescriptive d'un acte de volonté ». V. E. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », in *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité)*, janvier 2007.

²³ V. J.-E.-M. Portalis, préc.

²⁴ V. A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990/2 (Volume 25), p. 125-164, étude également disponible au *Recueil Dalloz*, 1990, p. 199, point n°9 : « Situer la norme dans le genre des modèles, c'est mettre en évidence sa nature instrumentale de mesure, d'étalon. Dès lors, la normativité d'une proposition ne tiendrait-elle pas simplement, y compris dans l'ordre des relations et activités humaines, à la fonction d'instrument de mesure assignée à cet énoncé, indépendamment de son objet (une conduite ou autre chose) et plus encore de sa conformation ? La réponse affirmative fait accéder à une conception unitaire, simple en dépit des apparences et fort éclairante, des normes éthiques en général et des règles juridiques en particulier. ».

²⁵ Sur ce point, v. F. Brunet, préc., p. 24 s.

²⁶ V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, spéc. p. 23 s., où est évoqué que « La norme joue de rôle d'étalon de valeur pour les conduites effectives ».

²⁷ *Sein* signifiant en allemand « être » et *Sollen* « devoir être ».

²⁸ Distinction classique mais non exemple de critiques. V. par exemple P. Amserek, « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Philosophiques*, vol.33, n°2, automne 2006, p. 391 : « Kelsen, on le sait, oppose de manière très tranchée, mais bien obscure, le monde des faits, du *Sein*, et le monde des normes, du *Sollen*, du devoir ou devoir-être, - deux mondes mystérieux et irréductibles » (p. 396). L'auteur expliquera plus loin qu'« en alléguant que la norme est un *devoir-être* (*Sollen*), Kelsen cherche à exprimer confusément que ces règles visent à diriger la conduite de ceux à qui elles sont adressées ; mais au lieu de parler de *devoir* ou de *devoir-être*, il aurait été mieux inspiré de parler de *pouvoir faire* : c'est l'idée générique du possible, de la possibilité d'agir qui caractérise plus exactement ces règles [...]. En utilisant le terme de *Sollen* suggéré par l'objectif directif des règles de conduite pour caractériser l'être même de ces règles, leur consistance, Kelsen a été amené à croire que toutes les règles de conduite n'articulent que des obligations, des *Sollen*, et à éliminer laborieusement la catégorie modale des permissions devenue difficilement compréhensible dans son mode de pensée » (p. 400).

²⁹ V. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, Philosophie et Théorie générale du droit, 1948, réimp. Dalloz, 1991, p. 16.

³⁰ V. A. Jeammaud, préc., point n°4.

d'étalon³¹, est partie intégrante de l'essence de la normativité, et participe donc des caractères de la norme évoqués précédemment.

Il semble ici important de se garder de faire de cette affirmation une lecture trop hâtive, et de considérer, par là même, que si une norme est un étalon, ne seraient normes que les énoncés prescrivant ou prohibant un comportement, *stricto sensu*. Comme l'explique Monsieur le professeur Brunet :

« Il est philosophiquement indéniable que les normes juridiques en tant qu'elles participent de la rationalité pratique - qu'elles donnent des raisons *d'agir* - visent toujours *in fine* à influencer sur les comportements. Il faut néanmoins critiquer en détails une telle analyse centrée sur les comportements. Que la normativité juridique soit un instrument du gouvernement des hommes est incontestable. Que la normativité juridique relève de la "raison pratique", c'est-à-dire de la pensée de l'action et donc de la liberté humaine l'est tout autant. Mais ce n'est pas parce que toute norme prétend influencer *en définitive* sur les comportements qu'elle exprime toujours un modèle de comportement. La finalité *pratique* de la norme juridique est une chose ; en est une autre la prétendue possibilité d'épuiser le sens des normes à travers le prisme de la logique déontique, centrée sur le comportement prescrit, interdit, ou permis. [...] Elle confond la visée ultime des normes (influencer sur les comportements humains) avec leur contenu proprement dit, qui ne passe pas nécessairement par la prescription d'un comportement »³².

L'objectif de la norme juridique n'est donc pas de proposer, aussi simplement et directement, des comportements, mais d'esquisser un modèle social, ou du moins d'organiser la vie sociale par le biais institutionnel, et s'il est indéniable que, par là même, les normes juridiques tendent à influencer sur les comportements, cela ne permet pas, pour autant, de réduire la catégorie « normes » aux seuls énoncés prescriptifs de comportement. Comme le résume Monsieur le professeur Jeammaud :

« La reconnaissance de la signification normative d'un énoncé en langage du droit et, par là, sa contribution au gouvernement des actions, ne dépendent pas de la nature de son objet, de ce dont elle "parle" : elle tient à sa vocation de modèle. Aussi, les énoncés qui composent l'ordre juridique étatique français (à ne considérer que son segment légiféré) ont-ils, dans leur immense majorité, signification de normes, sans qu'il soit besoin de se demander s'ils peuvent être traduits en

³¹ V. également, à ce sujet, P. Amselek, « Mettre le droit en valeurs », rapport présenté le 28 novembre 2014 au colloque « La valeur, les valeurs... le droit » organisé par le Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux de la Faculté de Droit de Toulon, évoquant largement la question de la métrologie et de l'utilisation de la règle de droit comme étalon.

³² V. F. Brunet, *préc.*, p. 274.

propositions normatives au sens des logiciens des normes. [...] Il n'est pas question de nier la présence de normes juridiques ayant une conduite pour objet, mais elles ne sont pas la majorité »³³.

Il faut donc, pour avoir un regard holistique sur la norme, d'une part, admettre la validité et l'intérêt du fait de la lier à l'idée de modèle, puisque c'est ce lien qui permet de saisir ce qu'est la normativité, ou plutôt la fonction normative du droit. D'autre part, il faut prendre au sérieux la diversité normative, et donc le fait que chaque norme n'est pas en soi un modèle comportemental : attendre de toute norme qu'elle soit un modèle comportemental reviendrait à confondre la fin (dessiner un modèle) et le moyen (le contenu de la norme).

5. Normativité et système de valeurs. Cette conclusion a pour corollaire que si la normativité repose sur la référence à un modèle, alors on peut approuver la représentation selon laquelle la normativité est sous-tendue par un idéal, un modèle d'affirmation de valeurs. Le choix du modèle est éminemment signifiant, éthique et politique, et c'est particulièrement le cas en droit de la famille, mais aussi en droit pénal ou en matière de bioéthique : parce que la normativité implique l'existence d'un modèle, ou d'un comportement souhaité, elle est nécessairement sous-tendue par un idéal qui s'exprime par le choix effectué. Le fait que l'on retienne que la norme soit un énoncé relevant du *Sollen* au sens kelsenien, du devoir-être, renvoie à l'idée que toute norme exprime une tension³⁴, du *Sein* vers le *Sollen*, la volonté de l'institution édictant la norme de faire tendre le réel vers le modèle. Ce modèle est un modèle idéal, pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Jeammaud, c'est-à-dire l'expression d'un idéal rationnel, « oscillant constamment entre l'idéal d'un monde imaginé et la réalité sociale » et qui, ce faisant, « véhicule des idées, des valeurs et des représentations qu'elle [la normativité juridique] prétend faire réaliser »³⁵.

De plus, tout choix législatif est un choix politique, qui s'effectue par une mise en balance des intérêts. Ce faisant, il porte avec lui la dimension philosophique et éthique que sous-tend la prise de décision politique³⁶. Or, puisque le choix politique est effectué en considération d'un

³³ V. A. Jeammaud, préc., point n°12. L'auteur évoque d'ailleurs, outre les normes établissant des modèles de conduite, citant pour exemple l'article 212 du Code civil, d'autres, qui établissent « des modèles de rapports entre des personnes (art. 312 ou art. 1382 C. civ.), de qualification d'un sujet de droit (art. 488 C. civ.), d'attribution d'une prérogative à un sujet (art. 9 C. civ.), d'effet d'un acte (art. 1165 C. civ.) ou d'une situation de fait (art. 2279 C. civ.) », mais encore « des modèles de choses matérielles (l'état ou l'équipement des véhicules ou l'aménagement des locaux de travail) ou d'instruments spécifiquement juridiques (le régime des écrits contractuels ou celui des effets de commerce) », etc.

³⁴ V. A. Ferrand, « La tension normative : un état à la fois personnel et interpersonnel », in F.-X. Schweyer éd., *Normes et valeurs dans le champ de la santé*. Rennes, Presses de l'EHESS, « Recherche, santé, social », 2004, p. 69.

³⁵ V. F. Brunet, préc., p. 628.

³⁶ Parmi d'autres lectures, on peut citer l'indispensable chapitre VIII du *Flexible droit* du Doyen Carbonnier, intitulé « Morale et droit », qui évoque un certain nombre de questions relevant, justement, du rapport entre droit, morale et éthique. V. J. Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, collection Anthologie du droit, 10^{ème} édition, 2014, p. 94.

ensemble de valeurs, de présupposés éthiques, philosophiques, il est logique que les normes qui en découlent portent en elles les traces de ces valeurs, et que le modèle vers lequel elles tendent reflète le système de valeurs qui a présidé à leur adoption.

Reste que la loi n'est pas utopie, et que la normativité est liée non seulement à un modèle, mais aussi à une réalité, que nous pourrions dire sociale. Cette idée est essentielle en ce qu'on peut supposer qu'une norme qui tendrait vers un idéal qui différerait trop de la réalité pourrait, potentiellement, voir sa normativité, ou du moins son potentiel normatif, affaibli par cette distorsion. C'est ce que la doctrine a pu qualifier de tension, caractéristique de la normativité juridique. L'analogie avec la mécanique, cette branche de la physique qui consiste à étudier « les états d'équilibre et les mouvements des systèmes matériels soumis à des forces »³⁷, peut nous permettre de matérialiser cette idée, et donc de nous la représenter plus aisément. En effet, la mécanique consiste, entre autres, à étudier le comportement d'un corps non soumis à des contraintes extérieures, dans un état primordial, avec son équilibre propre, avant de le soumettre à une ou plusieurs contraintes, afin de le faire parvenir à un nouvel état, que nous dirons final, doté d'un autre équilibre. Le processus normatif suit en quelque sorte cette mécanique : partant de la réalité (état primordial), le législateur entreprend, par la norme (exercice d'une contrainte) d'en modifier l'état afin que la réalité corresponde le plus possible au modèle idéal défendu (état final). L'avantage de cette image est de donner à comprendre quel est le rapport entre les faits et l'action normative : elle permet d'expliquer en quoi la normativité se trouve atteinte lors d'une trop grande différence entre le modèle idéal défendu et les faits, *a fortiori* dans un système démocratique. Plus la différence entre l'état primordial et l'état final recherché est importante, plus le poids de la norme et celui de la contrainte par elle exercée doivent être importants. Or, une trop grande distorsion entre faits et idéaux peut conduire soit à ce qu'atteindre un nouvel état d'équilibre soit tout bonnement impossible, soit à ce que les moyens qu'il serait nécessaire de déployer afin d'y parvenir ne soient pas envisageables ou admissibles dans un État qui ne serait pas autoritaire.

On retrouve cette idée sous la plume de Monsieur le professeur Brunet : « Seul un énoncé juridique qui apparaît plus ou moins *pertinent* peut espérer servir pour juger une situation ou un comportement. Si l'abstraction de la norme n'a plus aucun rapport avec la réalité, alors ce modèle n'aura aucune chance de parvenir à se concrétiser. Autrement dit, l'abstraction n'est jamais suffisante pour le droit, car ce dernier n'est pas un discours purement idéaliste ou utopique ». Et

³⁷ TLF.

l'auteur de préciser : « Une norme est caractérisée par sa concrétisation potentielle : pour que sa valeur normative puisse se réaliser, la norme *doit pouvoir* fournir référence. C'est ce que nous nommerons ici la portée normative, en ce que celle-ci concerne précisément cette capacité à fournir référence et peut donc être définie comme l'ensemble des conditions dans lesquelles une norme entend se réaliser [...]. Il y a dans une norme une part essentielle d'abstraction et de prévision - d'idéal - qui, par définition, échappe à la réalité existante tout en cherchant à avoir prise sur elle »³⁸.

Il y a ici un impératif d'équilibre et de réalisme de la norme, dont Portalis s'est fait l'écho, dans la droite ligne d'un Montesquieu, lorsqu'il déclara, à propos de la tâche du législateur :

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même, qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer »³⁹.

6. Normativité, impérativité, contrainte et sanction. Reste à étudier la question, essentielle, de savoir s'il est nécessaire qu'une règle soit impérative, voire assortie d'une sanction pour déterminer si un énoncé est, ou non, normatif. Cette question est classique et très discutée : ainsi, Durkheim voyait dans la sanction le moyen de distinguer le droit de la morale sociale, et il est classique, dans un ouvrage d'introduction au droit, de dédier à cette question des développements substantiels. Or, d'une part il convient, comme souvent, de bien préciser ce qu'on entend ici par les termes d'impérativité et de sanction, et d'autre part, de veiller à nuancer le propos.

³⁸ V. F. Brunet, préc., p. 204 – 205 (c'est nous qui soulignons).

³⁹ V. J.-E.-M. Portalis, préc.

Dans son *Vocabulaire juridique*, le doyen Cornu définissait l'adjectif normatif comme « [ce] qui énonce une règle, qui est porteur d'une norme », la notion de norme étant ici entendue comme « équivalent de règle de droit, qui évoque non pas l'idée de normalité [...] ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite »⁴⁰. Est donc lié au concept de normativité celui de valeur obligatoire de l'énoncé. Or, il est bien connu désormais que coexistent le droit au sens classique du terme (parfois dit « droit dur »), c'est-à-dire un ensemble de règles obligatoires et contraignantes, et un droit qualifié par les anglo-saxons de *soft law*⁴¹, c'est-à-dire un ensemble de règles non obligatoires⁴² dont la juridicité est discutée⁴³, mais qui ne cesse de se développer depuis une quarantaine d'années.

Pourquoi évoquer ici la *soft law* ? Parce que son existence et son développement ont considérablement renouvelé la manière d'appréhender ce qui fait, d'une part, l'efficace du droit, notamment sous l'angle de la question de la nécessité, ou non, qu'un ensemble de normes soit impératif pour être efficace, et d'autre part, la sanction, qui s'est développée d'une manière tout à fait originale en la matière. Comme nous l'avons évoqué, la *soft law* est caractérisée par sa non-impérativité, et est donc, si les acteurs choisissent d'y recourir, dépourvue de sanction. On pourrait croire, dès lors, que, dépourvues des caractéristiques classiques de la juridicité, ces règles seraient dépourvues d'effet, et donc, d'une certaine manière, de normativité – si l'on reprend l'idée d'une normativité définie comme visant à proposer un modèle, et à modifier l'état de fait initial en vue de le faire tendre vers ce modèle. Or, si l'on prend un exemple précis et de droit interne, à savoir celui des codes de gouvernance des entreprises⁴⁴, on ne peut que constater que la réalité est assez

⁴⁰ V. G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 11^{ème} édition, PUF, 2016, p. 691.

⁴¹ Terme qui connaît de nombreuses traductions dans la doctrine française : droit mou, droit souple, droit flexible, d'où l'emploi, que nous préférons, du terme anglo-saxon, d'autant que la paternité en reviendrait à Lord A. McNair, dans son article « *The Functions and Differing Legal Character of Treaties* », in *British Yearbook of International Law*, 1930. Notons tout de même que dans son cours au Collège de France intitulé « Le relatif et l'universel », M. Delmas-Marty propose la nuance suivante : « En français, le mot a deux traductions : droit mou et droit doux, ce qui pourrait suggérer que la faiblesse du droit, ou sa souplesse si l'on veut rester neutre, peut affecter soit la force obligatoire (l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou), soit la force contraignante (l'intensité des sanctions, entre dur et doux) ». V. le cours accessible en ligne [URL: https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL12983_delmasmarty0203.pdf], page consultée pour la dernière fois le 17 août 2020].

⁴² Défini dans l'étude annuelle que le Conseil d'État lui a dédiée en 2013 comme « l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » : V. Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle, 2013, p. 9.

⁴³ V. not. La critique de P. Weil dans son article « Vers une normativité relative en droit international ? », in *Revue générale de droit international public*, 1982, p. 5. Pour des avis contraires, v. not. P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in *Revue de droit public*, 1982, p. 276 ; ou encore C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559.

⁴⁴ À savoir les codes Afep-Medef et Middenext, prévus par la *Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire* – venant transposer une directive européenne, la directive 2006/46 du 14 juin 2006, v. article L. 225-37-4 8° du Code de commerce.

différente, et que la référence à ces codes, bien que non impérative, s'est beaucoup développée⁴⁵, bien qu'elle demeure très insuffisante⁴⁶. L'analyse est particulièrement vraie en droit international, et *a fortiori* en droit européen, où on assiste, depuis des années, à une densification⁴⁷ et une diversification normative impressionnante où la *soft law* a une place importante.

L'essentiel n'est pas ici, évidemment, de consacrer à la *soft law* un développement trop conséquent, mais d'analyser les conséquences qu'a ce phénomène quant à la définition même de la norme et à la consistance de la normativité⁴⁸. Ce qui s'opère, c'est une redéfinition de la norme même, qui se détache, pour partie, de l'idée même de contrainte. Pour reprendre les mots de Madame la professeure Thibierge :

« Pour les juristes qui ont fait leur la compréhension kelsénienne du droit comme un ordre de contrainte, il est possible de penser qu'« en s'éloignant du registre du commandement, le droit *fait autre chose* que ce qu'on lui demande de faire » ; c'est là un point de vue qui, de manière implicite, identifie le droit au droit dur. On peut aussi penser qu'en s'assouplissant, en devenant moins prescriptif, le droit *fait autrement* ce qu'on lui demande de faire. Que lui demande-t-on en effet ? Quelle est sa fonction ? Organiser la vie des hommes en société, *guider* l'action humaine. [...] Par conséquent, *définir le droit comme un ordre de contrainte, c'est confondre la fin et les moyens du droit*, c'est le définir par son moyen, la contrainte⁴⁹ ; or celle-ci n'est plus qu'un moyen parmi d'autres - certes longtemps privilégié mais plus le seul aujourd'hui -, permettant au droit de remplir sa mission d'organisation et de guidance de l'action humaine »⁵⁰.

Cette remarque semble d'autant plus convaincante lorsqu'on s'interroge sur les conséquences logiques du fait de retenir que l'existence d'une sanction est nécessaire pour caractériser la présence d'une norme. Monsieur le professeur Brunet revient assez longuement sur cette question, exposant l'impossibilité de faire reposer la définition de la normativité d'un énoncé sur l'existence d'une sanction (ici entendue au sens de « sanction de contrainte » ou de « sanction

⁴⁵ Sur cette question, v. A. Couret, « Comply or explain : les destinées françaises du principe », in *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2017, n° 116/8, p. 202 ; ou encore B. Fasterling et J.-C. Duhamel, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », in *Revue internationale de droit économique*, 2009/2 (t. XXIII, 2), p. 129.

⁴⁶ Sur cette question, v. S. Harnay, T. Sachs, K. Deckert, et F. Llenze. *L'efficacité des codes de gouvernance. Perspectives comparées et pluridisciplinaires*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017, not. p. 83 s. [consultable en ligne : URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01701153/document>; page consultée pour la dernière fois le 18 août 2020].

⁴⁷ Pour reprendre l'expression de C. Thibierge dans son article « La densification normative – Découverte d'un processus », in *Dalloz* 2014, p. 834.

⁴⁸ Comme l'expliquait P. Weil, « le fait qu'une règle soit *soft* ou *hard* n'affecte certes en rien son caractère normatif : elle ne cessera pas pour autant [...] d'être une norme juridique ». Notons quand même qu'il excluait de cette catégorie les obligations par lui dites « pré-juridiques », c'est-à-dire non contraignantes (à propos desquelles il déclarait que « les obligations pré-juridiques ne sont ni de la *soft law* ni de la *hard law* : elles ne sont tout simplement pas *law* du tout », v. p. 8) pour n'y inclure que les obligations peu contraignantes. v. P. Weil, préc., p. 8.

⁴⁹ On peut penser ici à la pensée de J. Bentham, et à la phrase ouvrant son *Introduction aux principes de morale et de législation* (1789) : « La nature a placé l'humanité sous la gouverne de deux maîtres souverains, le plaisir et la douleur. C'est à eux, et à eux seuls, de nous indiquer ce que nous devons faire comme de déterminer ce que nous allons faire. Sont attachées à leur trône d'un côté les normes du bien et du mal et de l'autre la chaîne des causes et effets » (phrase citée par P. Amselek, préc., p. 413).

⁵⁰ V. C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », préc.

imposant une contrainte »), ce qui impose d'entendre le mot sanction de manière détachée de l'idée de contrainte ou de punition :

« La sanction n'est justement pas le complément d'effectivité indispensable à la norme, elle n'est pas la récompense ou la peine effectivement infligée en raison du respect ou de la transgression de la norme. Car pour être infligée ou attribuée *effectivement*, la peine ou la récompense nécessitent à leur tour le respect de la norme (ou de la partie de la norme) qui énonce et prévoit une telle sanction. En d'autres termes, si l'on explique la normativité d'une norme A1 par une sanction S1, cette sanction S1 n'est jamais qu'une norme A2, dont la normativité ne peut s'expliquer à son tour que par une nouvelle sanction S2... Il est donc impossible de définir la normativité juridique uniquement par la sanction, puisque *la sanction elle-même n'est qu'une norme*, ou, plus exactement, représente le contenu d'une norme [...]. Si en effet nous cherchons à définir la normativité par la sanction et que la sanction elle-même est définie comme normative, il est bien évident que nous n'avançons pas. Assimiler la sanction à la sanction de contrainte n'y change rien : cela permet seulement de s'écarter du problème, en revenant à la conception classique – et difficilement tenable – qui définit la normativité par la contrainte »⁵¹.

D'où le constat qu'il fait que « le renversement du problème s'impose donc. La sanction est la *conséquence* de la normativité, et non pas un *critère* de définition de celle-ci »⁵². La sanction n'est donc qu'une norme de nature particulière⁵³, si on retient de celle-ci l'idée de sanction de contrainte. Il faut donc distinguer la sanction de la normativité : « toute norme, pour être normative, doit donc être *sanctionnable*, mais non pas nécessairement *sanctionnée* »⁵⁴. On retrouve le même type de raisonnement chez Monsieur le professeur Jestaz, lorsque ce dernier suggère que le terme de « sanction » ne doit pas s'entendre comme synonyme de « punition », mais plutôt comme exprimant le fait que la règle peut servir de support à une action en justice, susceptible de lui donner effet⁵⁵. Plus largement, il ne faudrait voir dans l'existence ou non, d'une contrainte, d'une impérativité, que des modalités différentes de l'exercice d'une normativité, dès lors néanmoins que nous nous trouvons bien dans le cadre d'une norme juridique⁵⁶.

⁵¹ V. F. Brunet, préc., p. 183.

⁵² *Idem*.

⁵³ On pourrait renchérir en citant P. Deumier : « Le cercle vicieux de la définition du droit par sa sanction apparaît dans toute sa désespérante splendeur : les règles de droit sont celles qui sont susceptibles de sanction ; mais quelles sont les règles susceptibles de sanction ? Ce sont les règles de droit. Autrement dit : la règle est-elle juridique parce qu'elle est sanctionnée ou sanctionnée parce qu'elle est juridique ? Si la sanction une fois prononcée permet donc de reconnaître une règle de droit, la possibilité de sanction ne permet pas de définir la règle de droit ». P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2017.

⁵⁴ V. F. Brunet, préc., p. 184.

⁵⁵ V. P. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », in *Dalloz* 1986, Chr. 197 : « La règle juridique serait assortie d'une sanction - et par là digne de porter son nom - à la double condition : qu'elle revête un caractère de précision suffisant pour qu'un plaideur puisse formuler une prétention sur son fondement ; qu'il existe virtuellement un juge pour faire droit à cette prétention, fût-ce d'une manière que l'on a dit à tort symbolique ».

⁵⁶ Ce qui devient, dès lors, certes, une question plus malaisée, car la frontière entre ce qui est une norme juridique et ce qui ne l'est pas devient plus floue et plus poreuse, et dépend essentiellement de l'autorité qui émet la norme, qui peut relever purement de l'auto-régulation sociale mais peut

7. Evidemment, cela ne signifie pas que l'existence d'une sanction ou le caractère impératif ou non d'une règle n'a pas de pertinence lorsqu'il s'agit d'étudier sa normativité, mais cela permet d'en relativiser le caractère essentiel, et de ne plus en faire la condition *sine qua non* de la normativité – ce qui, en soit, correspond à l'esprit et l'étymologie même du terme. On peut en tirer d'autres conséquences, par exemple en dégagant, par la même, de la constatation de l'existence de différents types de normes selon leur caractère impératif, sanctionné ou non, des degrés de normativité, ou comme le propose Madame la professeure Thibierge, une *échelle de densité normative*⁵⁷. Surtout, et c'est là ce qui est le plus important pour nous, cela nous permet d'aborder plus aisément la question de la normativité du droit de la famille contemporain.

En effet, comme nous allons pouvoir le développer plus avant, le droit de la famille contemporain est caractérisé par un certain nombre de tendances qui le marquent et le transforment en profondeur. Citons-en trois, principales : la tendance à l'affirmation du pluralisme des modes de vie (d'où l'aphorisme bien connu et largement invoqué du doyen Carbonnier : « à chacun sa famille, à chacun son droit »⁵⁸) ; la recherche omniprésente d'une égalité toujours plus grande entre les individus ; et enfin la primauté accordée, dans de plus en plus de cas, en droit de la famille contemporain, à l'autonomie de la volonté. Ces tendances ont conduit à l'introduction du concubinage dans le Code civil en 1999, à la création et la réforme – toujours dans le sens d'un rapprochement avec le mariage – du pacte civil de solidarité, à la consécration du mariage dit « pour tous », à la reconnaissance de l'égalité des filiations, etc.

Le droit de la famille n'a plus le même visage qu'en 1804, tel que présenté par Portalis⁵⁹. Il ne s'agit plus de défendre un seul modèle familial, le mariage, porté par un « bon père de famille », ayant vocation à voir naître des enfants déclarés légitimes, dans un but de structuration de la société. Bien au contraire, comme l'a remarqué Carbonnier dans ses *Essais sur les lois*, « la famille est aujourd'hui moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité »⁶⁰. La tendance qui se dessine est celle d'un recentrement des valeurs autour de l'individu, conférant à la volonté individuelle une place de choix, sans que disparaisse la recherche corrélative d'une certaine forme de protection par le droit.

devenir juridique dès lors qu'elle est émise ou du moins prévue, encadrée ou accompagnée par une autorité officielle, comme c'est le cas, par exemple, du code AFEP-MEDEF.

⁵⁷ V. C. Thibierge, préc.

⁵⁸ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Répertoire du notariat Defrénois, 1995, réédité par LGDJ, collection Anthologie du droit, 2014, p. 91.

⁵⁹ V. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX*, 1801.

⁶⁰ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., p. 93.

Dès lors, la normativité, du moins sous sa forme la plus « directe », la plus « dure », est nécessairement remise en question, puisqu'il n'existe plus un seul modèle familial défendu et proposé, et que chacun peut choisir son modèle familial, dont la qualité est laissée à son appréciation individuelle. Les sanctions reculent, l'impérativité de même, les contraintes s'amenuisent. Pour autant, serait-il exact de dire que la disparition d'une telle normativité incarnée par un modèle imposé comme nécessaire et rejetant les autres sous le grief de l'illégitimité, conduit à ce que disparaissent toute vocation et tout effet normatif du droit de la famille contemporain ? Il ne semble pas, et la conception que nous dessinons de la normativité le permet. Tout d'abord parce que le pouvoir accordé à la volonté individuelle n'abroge pas toute normativité : la liberté individuelle s'affirme, certes, mais comme toute liberté, elle est protégée et encadrée. Le pluralisme offre un panel de choix, mais il ne conduit pas à rendre inexistantes les distinctions entre les différentes options. La normativité directe est en recul, mais elle ne disparaît pas pour autant. De plus, lorsque décline la normativité directe, la place demeure, *a fortiori* dans le cadre du droit de la famille, pour d'autres formes de normativité. Ainsi envisagée, la normativité du droit de la famille peut s'effectuer par le jeu de ses différentes fonctions, ou encore de son effet prophylactique⁶¹. Si on définit la normativité comme la capacité à dessiner un modèle de référence, on peut en effet s'appuyer sur ces mécanismes pour mettre en évidence, dans le droit de la famille, une certaine normativité.

8. Les fonctions du droit. Cette question nous renvoie donc à celle des fonctions du droit. Il ne s'agit pas, ici, de reprendre l'interrogation de Monsieur le professeur Commaille : *À quoi nous sert le droit*⁶²?, et de reprendre l'analyse du rôle social du droit. Par « fonctions du droit », nous entendons ici évoquer la question du rôle joué par le droit, en ce qu'il est droit. Ici, nous en retiendrons principalement trois⁶³ : une fonction *symbolique*, une fonction *technique* et bien sûr une fonction *normative*. Sur la fonction normative, nous ne reviendrons pas plus avant, mais nous l'évoquerons pour envisager son rapport aux deux autres fonctions évoquées. A l'exposé de ces fonctions, il faudra en outre en ajouter quelques remarques relatives aux différents modes d'action que peut emprunter le droit : il s'agira, alors, d'évoquer les fonctions *éducative*, *incitative* et *coercitive* du droit.

⁶¹ V. Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 669.

⁶² V. J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?* Folio Essais, 2015.

⁶³ Tout en étant conscient qu'il serait possible d'élargir cette typologie à d'autres fonctions : nous retenons simplement, ici, celles qui nous intéressent le plus dans le cadre de cette étude.

9. La fonction symbolique du droit. L'une des premières fonctions de la loi, et qui participe de manière essentielle de sa fonction normative, est d'assurer une fonction symbolique, c'est-à-dire de renvoyer, par l'exposé et l'explicitation, à un ensemble de grandes règles, de valeurs, de grands principes du pacte social, et ce avant même toute déclinaison technique. C'est en ce sens que « l'acte d'écriture de la loi est le geste fondateur du sens symbolique de la vie commune organisée »⁶⁴. Il s'agit d'effectuer, par le droit, une affirmation d'un système de valeurs, un exposé de principes, ou un attachement à une cause particulière. D'une certaine manière, la fonction symbolique du droit se manifeste lorsque le droit s'empare de lui-même pour indiquer ses préférences, ses intentions. Comme l'exprime Monsieur le professeur Commaille : « La force du droit ne se mesure pas seulement par ce qu'il fait mais aussi par ce qu'il dit ou pense qu'il est, ou encore par ce qu'il ne dit pas. Ce qui est en cause ici n'est pas seulement le registre de l'action, des effets directs, concrets de l'activité juridique, mais celui du *symbolique*. La fonction symbolique du droit est l'un de ses attributs essentiels pour comprendre la nature même de ce qui fonde l'univers juridique lui-même, son identité et le statut auquel il prétend dans le monde social »⁶⁵.

Le rapport entre droit du modèle et droit du symbole, entre fonction normative et fonction symbolique, se manifeste alors tout particulièrement. Lorsqu'elle joue une fonction symbolique, une norme emporte nécessairement un rôle-modèle, puisqu'en affirmant, par le symbole, des valeurs, des principes, le droit vient, nécessairement, dessiner un modèle. Réciproquement, lorsqu'il vient dessiner un modèle, le droit joue nécessairement un rôle symbolique, en ce sens que le symbole est, au sens premier un terme, un « exposé de principes », un « objet sensible, fait ou élément naturel évoquant, dans un groupe humain donné, par une correspondance analogique, formelle, naturelle ou culturelle, quelque chose d'absent ou d'impossible à percevoir »⁶⁶. Dessiner un modèle par des normes, c'est en effet nécessairement utiliser un certain nombre d'objets sensibles que sont les textes normatifs, afin de renvoyer à des comportements, des principes à adopter. Le droit du modèle est donc, par essence, un droit du symbole, et la symbolique est normative.

On peut s'en rendre compte en envisageant des textes essentiellement symboliques. Même si naturellement, la plupart du temps, une norme n'est pas uniquement symbolique, on peut

⁶⁴ E. C. B Bittar., « Sémiotique du Code Civil français : entre sémiotique de l'objet et sémiotique du droit », in *Actes Sémiotiques*, n°125, 2021.

⁶⁵ V. J. Commaille, préc., p. 43

⁶⁶ TLF.

envisager certains textes légaux qui apparaissent comme purement symboliques. Prenons-en pour exemple le cas de la modification de l'article 515-14 du Code civil par la *loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*. Il est désormais affirmé dans le Code civil que « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité ». Cette affirmation n'est pas nouvelle (elle était déjà présente dans l'article 9 de la *loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature*, et par suite dans l'article L. 214-1 du Code rural) et n'entraîne aucune modification du fond du droit en matière de statut juridique de l'animal, puisque l'article 515-14 précise bien que « sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens ». À première vue, donc, il n'y a là aucune solution nouvelle sur le plan technique.

Néanmoins, si l'on se place à présent sur le terrain de la fonction symbolique, le constat est tout autre. Si l'on reprend la formule, bien connue, selon laquelle le Code civil est la « Constitution de la société civile française »⁶⁷, alors les choses sont bien plus claires : en introduisant, dans le Code civil, cette notion d'être vivant doué de sensibilité, l'objectif n'était pas tant de faire évoluer, du moins pas dans l'immédiat, l'appréhension technique du statut juridique de l'animal, mais d'effectuer un acte essentiellement et éminemment symbolique⁶⁸, à savoir l'entrée de l'animal en tant qu'être sensible dans le Code civil, témoignage de l'attention du législateur à la question du bien-être animal. Il convient probablement ici de distinguer ici présent et futur : la symbolique est ici mobilisée à plein, et l'œuvre du législateur en la matière on ne peut plus politique : une telle promotion au sein du Code civil peut être perçue comme annonciatrice d'une future évolution législative dans le sens d'une plus grande protection de la condition animale, comme cela est actuellement en débat, autour de questions aussi diverses que certaines méthodes de chasse, l'expérimentation animale ou encore la corrida. Il y a donc ici bien plus qu'un simple affichage d'une forme de bienveillance à l'égard de la cause animale : le législateur fait, par cette évolution, une forme de « profession de foi » qui pourrait sembler relever de la démarche programmatique, en ce qu'elle est annonciatrice d'une évolution à venir.⁶⁹

⁶⁷ « Suggérée par Demolombe et reprise par Carbonnier » selon F. G. Trébulle, « Et si le Code civil consacrait (enfin) la prise en compte du dommage environnemental ? », in *Environnement* n° 7, Juillet 2012, repère 7, faisant lui-même référence à Y. Gaudemet, « Le Code civil, Constitution civile de la France », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297.

⁶⁸ Comme cela a d'ailleurs pu être abondamment relevé lors des discussions autour de cette disposition. Ainsi a-t-il pu être affirmé que « tout le monde reconnaît ici que cet amendement est purement symbolique – y compris son auteur – car il ne change strictement rien ». V. *Compte-rendu de la 3e séance publique de l'Assemblée nationale du 30 octobre 2014*.

⁶⁹ En témoignent encore une fois les discussions parlementaires : ainsi a-t-il été dit que « ce premier pas est symbolique. Mais la modernité consistera un jour à aller plus loin ». V. *Compte-rendu de la 3e séance publique de l'Assemblée nationale du 30 octobre 2014*.

De tels exemples de textes symboliques ne manquent pas : nous aurions aussi pu penser au cas des lois dites mémorielles, qui n'emportent pas toujours d'autre effet que celui d'affirmer la reconnaissance par la France d'un événement historique donné⁷⁰, ou, dans une certaine dimension, à la disparition de certaines expressions, telles que celle de « bon père de famille », qui fut supprimée du Code civil par l'article 26 de la *Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, et remplacée par le standard de la personne « raisonnable ». Ce choix, qu'on l'approuve ou le regrette, a fait couler beaucoup d'encre⁷¹, mais il a eu, dans les faits, une dimension principalement symbolique.

La fonction symbolique de la loi est essentielle, et elle se manifeste régulièrement, notamment à travers le choix des mots⁷² effectué par le législateur⁷³. C'est en ce sens que Bourdieu affirme, par exemple, que « le droit est [...] la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets »⁷⁴. Evidemment, encore une fois, il ne faut pas distinguer trop nettement les différentes fonctions de la loi. S'il est certain, en effet, que ce n'est pas la disparition de l'expression « bon père de famille » qui va résoudre les problèmes d'inégalité salariale entre les hommes et les femmes, de violences conjugales ou modifier la réponse judiciaire aux violences sexuelles, on ne peut pas, pour autant, en déduire que cette évolution ne sert à rien. En effet, lorsqu'une autorité investie d'un pouvoir législatif ou réglementaire décide de s'emparer d'un sujet, ou d'une cause, en explicitant un attachement particulier à un ensemble de valeurs, elle a une démarche éminemment normative, en ce qu'elle affiche clairement, parfois plus que dans une norme plus technique, le modèle qui lui semble souhaitable, vers lequel elle tend, ce qui a en outre une vertu éducative, et pourrait avoir un effet plus évident qu'il n'y paraît, par exemple, peut-on l'imaginer, en incitant d'autres autorités, les juges, ou encore la société civile, à s'engager en ce sens⁷⁵.

⁷⁰ On peut notamment penser, ici, à la *Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*, dont l'article unique dispose que « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 », ce qui fut d'ailleurs vivement dénoncé par une partie de la doctrine, par exemple par Guy Carcassonne, lequel exposait dans son article « La loi dénaturée », dans *Le Point* du 30 avril 1999, p. 19, que « La loi a pour vocation d'exprimer une volonté, de la traduire en normes, et non pas de dresser des constats ou de manifester des vœux, si légitimes et bien intentionnés soient-ils. [...] Si l'on n'y prend garde, la loi peut devenir ainsi l'exutoire à toutes les rancœurs légitimes, et on les sait innombrables. Le Parlement se verra sommé, au lieu de définir le légal et l'illégal, de dire le vrai. [...] On connaissait déjà les lois de pure circonstance. Voilà que l'on commence à découvrir les lois de pure complaisance ».

⁷¹ Il serait compliqué de recenser tous les articles ayant évoqué cette question, tant dans la presse spécialisée que dans la presse généraliste (ce qui est déjà remarquable en soi). Citons néanmoins : J.-L. Halpérin, « La suppression de l'expression « bon père de famille » », in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 536 ; J. Huet, « Adieu bon père de famille », in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 505 ; F. Rome, « Bonne mère ! », in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 201 ; ou encore L. Bloch, « C'est le bon père de famille que l'on assassine ! », in *Responsabilité civile et assurances* n° 3, Décembre 2014, alerte 8. Pour ajouter un exemple issu de la presse généraliste, v. R. Rivaïs, « Comment le "bon père de famille" vient de disparaître du code civil », in *Le Monde*, 21 août 2014, [consultable en ligne : URL : https://www.lemonde.fr/vie-quotidienne/article/2014/08/21/comment-le-bon-pere-de-famille-vient-de-disparaitre-du-code-civil_6003843_5057666.html ; page consultée pour la dernière fois le 30 août 2020].

⁷² V. not. A.-M. Leroyer, *Langage du droit et terminologie juridique*, préc.

⁷³ Comme l'explique D. Fenouillet, « Le droit assume une fonction symbolique en agissant dans l'ordre psychologique et dans l'ordre sociologique. Les normes juridiques ont une fonction normative (« orienter » les comportements humains), qui s'appuie sur une fonction expressive (« dire » les choses « bonnes » dans l'ordre social) ». V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », préc., p. 113.

⁷⁴ P. Bourdieu, *Microcosmes, Théorie des champs*, t. 1, Raison d'agir, 2021, p. 347.

⁷⁵ Quant à la pertinence de s'employer à faire des normes exclusivement symboliques, la question est autre : il s'agit simplement, ici, de mettre en évidence que le symbolique et le normatif ne s'opposent pas, et que cette pratique participe de la normativité.

S'agissant, alors, de l'articulation des fonctions symbolique et technique, on s'aperçoit que lorsqu'une norme symbolique accompagne un ensemble de dispositions encadrant le même sujet sur un terrain plus technique, l'investissement réalisé sur le terrain de la fonction symbolique permet de rendre l'ensemble plus clair, plus accessible aussi à la conscience tant des professionnels que des citoyens, de l'explicitier. Inversement, la technique peut venir accompagner la mise en œuvre des principes affirmés dans l'ordre symbolique, en assurant une meilleure efficacité de l'ensemble normatif considéré. Il y a donc une synergie tout à fait remarquable entre fonction technique et fonction symbolique, qui toutes deux participent de la fonction normative du droit.

10. La fonction technique (ou instrumentale) du droit. Il arrive que la norme joue un rôle technique, instrumental, au sens étymologique du terme⁷⁶. Sa fonction est alors d'accompagner techniquement une volonté du législateur, elle apporte une solution concrète, technique, qu'il s'agisse par exemple d'un office de définition⁷⁷, de préciser les critères ou conditions d'application de tel ou tel régime, de fixer taux, seuils, limites, assiettes qui permettent de mettre efficacement en œuvre tel ou tel mécanisme juridique⁷⁸. On voit bien, ici, comment s'organisent fonction normative et fonction technique : il y a, dans l'exercice de la fonction normative du droit, un cap qui est fixé, une volonté politique, laquelle se concrétise par l'exercice de la fonction instrumentale du droit, laquelle propose des outils concrets de mise en œuvre⁷⁹. C'est pourquoi il apparaît pertinent de parler de fonction instrumentale, tant cette notion renvoie bien à l'office que joue, ici, la norme, à savoir faire le pont entre la fin et le moyen, entre le monde de l'idéal et celui des possibles, en veillant à ce que l'ensemble normatif soit le plus clair, le plus applicable et le plus efficient possible.

Que l'on songe, par exemple, aux règles fixées par le Code civil en matière de voisinage et de mitoyenneté. Il y a exercice d'une fonction normative lorsqu'est posée la règle, et d'une fonction technique lorsque les contours ou conditions en sont précisés. Ainsi de l'article 671 du Code civil lorsqu'il précise, pour lesdites plantations, qu'elles ne peuvent intervenir « près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement

⁷⁶ « Instrumental » étant un terme qui renvoie, selon le TLF, à un « moyen permettant l'action de la cause efficiente ».

⁷⁷ Sur la question des définitions, v. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77.

⁷⁸ Pour reprendre la définition qui en est faite par D. Fenouillet, « Le droit de la famille remplit une fonction technique, consistant à régler des litiges, répartir des droits et obligations, définir des pouvoirs, corriger des atteintes à l'ordre juridique, restaurer des équilibres rompus, réparer des dommages, etc. ». V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », in *La famille en mutation, Archives de philosophie du droit*, 2014, Dalloz, p. 95, spéc. p. 108.

⁷⁹ Une telle articulation n'étant pas sans rappeler le trait d'esprit que l'on prête - peut-être abusivement d'ailleurs, puisqu'il s'est défendu de l'avoir prononcé et même pensé lors d'un entretien télévisé avec Michel Droit du 13 décembre 1965 - au Général de Gaulle : « l'intendance suivra ».

existants, ou par des usages constants et reconnus et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations ». Ainsi, encore, de l'article 657 du même Code lorsqu'il vient indiquer que les poutres ou solives peuvent être placées « dans toute l'épaisseur du mur à cinquante-quatre millimètres près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu ».

Évidemment, d'une part, il est courant, et les deux textes que nous avons choisis pour illustrer cette question le prouvent, qu'une même disposition ait à la fois une fonction normative et une fonction technique.

D'autre part, il y a, dans tout choix technique, un enjeu qui n'est pas seulement pratique, mais qui est également éminemment politique et normatif : on le voit bien dans des matières habituellement présentées comme éminemment techniques telles que le droit fiscal, par exemple. Bien loin du trivial exemple de la limite des cinquante-quatre millimètres qui doit être respectée s'agissant d'un mur mitoyen, il y a dans le choix de l'assiette et du taux d'une imposition exercice d'une fonction normative tout à fait évident en ce qu'est dessiné un modèle de répartition des charges publiques, de solidarité collective et de mise en balance avec la défense de la propriété privée.

Enfin, et c'est probablement là le point le plus important, il y a, semble-t-il, une forte interaction entre la fonction normative et la fonction technique du droit, en ce que le bon exercice de la fonction technique du droit participe de sa fonction normative. En effet, si l'on reprend de la fonction normative la définition que nous avons retenue, en la liant, donc, à la question de la capacité à défendre un modèle, à servir de référence, on se rend compte qu'il peut s'avérer nécessaire, pour que la norme puisse jouer ce rôle d'étalon, que ce dernier soit suffisamment précis et défini, que les contours en soient suffisamment dessinés : la fonction technique du droit serait donc le support nécessaire de sa fonction normative. En réalité, il semble qu'il faille distinguer, en la matière, selon le type de norme, et notamment entre celles posant des principes généraux, d'une part, et les normes techniques, d'autre part.

S'agissant des normes destinées à poser des principes généraux, leur dimension technique est naturellement, ou peut naturellement être, moindre. Que l'on pense, par

exemple, à l'article 16 du Code civil, qui dispose que « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Bien qu'elle puisse servir de support juridique tant au juge qu'au législateur, une telle norme a un rôle essentiellement symbolique : d'autres textes⁸⁰ viennent, par la suite, s'emparer de l'affirmation faite, dans l'article 16 du Code civil, de la primauté de la personne et de la dignité humaine, pour en réaliser une déclinaison technique. Autrement dit, toute règle n'a pas vocation à être technique, de sorte que le caractère normatif, ou non, d'une règle, ne repose pas nécessairement, et pas exclusivement sur la technique.

Inversement, dès lors qu'intervient une norme technique, ou du moins une norme dont la fonction est au moins partiellement technique, cette dimension impose une forme de précision dans la technique, en ce sens que la technique, lorsqu'elle est mal maîtrisée, nuit à la normativité. Le défaut de précision, de clarté, ou de cohérence d'une norme est alors susceptible de nuire à son application, qui se trouve entravée par les imperfections du texte, et plus généralement à son aptitude à servir de norme, car une norme technique peu claire ne joue plus qu'imparfaitement sa fonction de référentiel.

11. On retrouve ici la question des conditions d'une « bonne » normativité, au premier rang desquelles la clarté, la cohérence et l'intelligibilité. La légistique, c'est-à-dire l'« ensemble des règles, principes et méthodes utiles à la conception et à la rédaction des textes législatifs et réglementaires, visant, du point de vue de la forme et du fond, à assurer la cohérence et l'efficacité de ceux-ci »⁸¹, joue ici un rôle central, puisqu'elle met en évidence l'importance de demeurer attentif aux qualités inhérentes aux textes de loi eux-mêmes, qui sont les préalables nécessaires aux diverses fonctions du droit. Il est, à ce titre, indéniable qu'un texte mal rédigé, ou sans attention suffisante à sa réception, ne peut exercer de manière optimale sa fonction normative. On a pu mentionner le fait que le Conseil constitutionnel⁸² lie particulièrement la question de la normativité à celle de l'intelligibilité d'une loi, et s'attache, plus globalement, à la question de la clarté⁸³ de la loi. On le comprend aisément, tant il est difficile d'articuler un texte illisible ou incompréhensible

⁸⁰ On pense ici, particulièrement, aux articles 16-1 et suivants du Code civil.

⁸¹ Définition du dictionnaire *Larousse*.

⁸² Particulièrement dans sa *Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005*, « *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* », précitée.

⁸³ V. Conseil constitutionnel, *Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998*, « *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* » ; mais également *Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999*, « *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* », entre autres. Sur cette question, v. A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », in *Cahiers du Conseil constitutionnel n°21, Dossier : La normativité*, Janvier 2007, p. 74 ; ou encore P. Albertini consacre à la question de l'accès à la loi dans son ouvrage *La crise de la loi - Déclin ou mutation ?*, Essais, LexisNexis, 2015, spéc. p. 257.

avec l'adage – certes par ailleurs quelque peu condamné par la densification normative – *nemo legem ignorare censetur*⁸⁴.

Le droit, s'il veut être accessible, doit être lisible, compréhensible, ce qui n'exclut pas, évidemment, la technicité. Comme l'explique Madame la professeure Leroyer, il y a en matière de légistique un impératif à conjuguer clarté et simplification du langage juridique, d'une part, et technicité et précision du propos, d'autre part :

« Bentham rêvait d'un droit pour lequel il n'y aurait point d'école de droit pour l'expliquer, point de professeur pour le commenter, point de glossaire pour l'entendre et que le père de famille pourrait enseigner lui-même à ses enfants. L'auteur du Traité de législation civile et pénale préconisait dès lors d'écrire la loi en langage courant [...]. Résistant à l'objectif de simplification du langage législatif, certains auteurs remarquaient que la simplification ne devait pas passer par l'élimination du vocabulaire technique : « à perdre ce trésor autant se passer de droit » s'exclamait ainsi le doyen Gérard Cornu [...]. L'entreprise de vulgarisation du langage juridique peut effectivement se révéler dangereuse car elle est empreinte des mêmes limites que celle de tout autre savoir technique, lorsqu'il s'agit de dénommer un concept spécifique [...]. Comment remplacer hypothèque, ampliatif, usucapion, compromissoire, reconventionnel sinon par des périphrases au risque de rendre le droit totalement illisible ? »⁸⁵.

Ces injonctions, qui peuvent sembler contradictoires, imposent une attention toute particulière⁸⁶ d'une part à la rédaction des textes, afin d'éviter toute confusion ou ambiguïté ; et d'autre part à la cohérence de l'ordonnancement juridique lui-même, qui ne saurait, en théorie, comporter des incohérences, contradictions ou confusions. En effet, comment un énoncé pourrait-il se revendiquer normatif, et donc proposer un modèle, s'il n'est pas suffisamment explicite et dépourvu d'ambiguïté pour dessiner les contours d'un étalon, ou si un autre texte, appartenant au même ensemble logique, vient le contredire ? L'imperfection technique, linguistique, l'ambiguïté d'une norme, et les contradictions d'ensemble au sein d'un ordonnancement donné, sont donc

⁸⁴ « Nul n'est censé ignorer la loi ».

⁸⁵ V. A.-M. Leroyer, *Langage du droit et terminologie juridique*, discours prononcé à l'Académie des Sciences morales et politiques, Séance du lundi 13 octobre 2008, [consultable en ligne : URL: <https://academiesciencesmoraletespolitiques.fr/2008/10/13/langage-du-droit-et-terminologie-juridique/>; lien consulté pour la dernière fois le 29 août 2020].

⁸⁶ En témoigne d'ailleurs l'élaboration et la publication, en 2005, par le Conseil d'État et le secrétariat général du Gouvernement, d'un « guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », destiné à guider ceux qui doivent écrire la loi et les textes réglementaires dans l'élaboration de ceux-ci, qui en est actuellement à sa troisième édition, et qui comprend toute une partie consacrée à la « Rédaction des textes » (p. 261 s.). v. Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'État, *Guide de légistique ; pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Documentation Française, 3e édition, décembre 2017. Sur le même sujet, v. de S. Akhouad-Barriga, « Réflexions sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage », in *RTD civ.* 2015, p. 78.

délétères pour la normativité de l'ensemble. C'est pourquoi nous serons, au sein de cette étude, particulièrement attentif à la clarté des énoncés, et à la cohérence des ensembles normatifs.

12. Les fonctions éducative, incitative et coercitive du droit. Afin de mettre en œuvre sa fonction normative, le droit dispose de différentes modalités d'action et il semble que l'on puisse, schématiquement, en distinguer trois, selon le rapport qu'elles entretiennent avec la sanction. Repartons, à cet égard, des définitions.

La coercition est définie par le dictionnaire *Trésor de la langue française* comme l'« action, [le] droit de contraindre quelqu'un à accomplir son devoir, à obéir à la loi ». Lorsqu'il exerce une fonction coercitive (ou répressive), le droit intervient sous la forme la plus communément admise de son action, c'est-à-dire en posant une règle et en sanctionnant l'inobservation. Nous y reviendrons, mais c'est là le mode de fonctionnement principal du droit pénal, droit symbolique et coercitif par excellence, puisqu'il vient tout à la fois poser des interdits fondamentaux et les sanctionner avec vigueur.

Inversement, le même dictionnaire nous indique qu'est incitative l'action « qui incite à quelque chose, qui stimule » : il ne s'agit plus, alors, de venir sanctionner un comportement qui différerait de la norme défendue, mais d'encourager à adopter ce même comportement par la récompense. En la matière, on peut notamment penser, en la matière, aux mesures incitatives parfois mises en place par le droit fiscal, certains comportements étant encouragés par des crédits d'impôt, ou des réductions d'impôt. C'est à ce titre que le Conseil constitutionnel a jugé que : « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »⁸⁷. L'encouragement est donc ici accompagné par une sanction positive, contrairement à ce qui est fait en matière de fonction coercitive.

C'est précisément en matière fiscale que le Conseil constitutionnel est venu affirmer la distinction entre sanctions et mesures incitatives⁸⁸. Commentant sa propre jurisprudence, le

⁸⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 portant sur la loi de finances rectificative pour 2000.

⁸⁸ La distinction retenue par le Conseil constitutionnel étant cependant moins évidente que celle proposée ici, puisqu'il s'agit pour le Conseil de considérer que « la cotisation de 2% de la base salariale à laquelle sont assujettis les employeurs qui n'ont pas procédé ou insuffisamment procédé aux investissements prévus par l'article L. 313-1 du code de la construction et de l'habitation constitue non pas une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 mais une imposition incitative » (v. Conseil constitutionnel, décision n°2010-84 QPC du 13 janvier 2011). On peut certes considérer que le dispositif est incitatif en ce sens que les employeurs adoptant le comportement souhaité (à savoir, ici, des investissements dans le cadre du dispositif dit « 1 %

Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que « le Conseil constitutionnel a une interprétation stricte de la notion de sanction, en particulier en matière fiscale : le caractère répressif est indispensable et son objet principal doit tendre à empêcher la réitération des agissements qu'elle réprime »⁸⁹. Ainsi, le droit exerce une fonction coercitive (ou répressive) lorsqu'il cherche, en sanctionnant un comportement non désiré, à prévenir sa réitération, et une fonction incitative lorsqu'il tend, par l'encouragement et la récompense, à faire adopter un comportement déterminé.

13. Le droit peut enfin intervenir en exerçant une fonction que nous qualifierons d'éducative (ou pédagogique). Le dictionnaire *Trésor de la langue française* vient définir l'adjectif éducatif comme renvoyant à ce « qui contribue à l'éducation » ou « qui a pour but d'entraîner le corps à acquérir de la souplesse ou certains réflexes ». Par analogie avec cette dernière définition, empruntée au domaine de l'éducation physique, on peut envisager la fonction éducative du droit, en dehors de toute sanction, comme tendant, par l'affirmation des principes, à entraîner le corps social à acquérir certains comportements, par l'énoncé même et par la répétition des principes.

On peut penser, ainsi, à l'exemple précité de l'article 515-14 du Code civil en ce qu'il affirme, désormais, que « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité ». Comme cela a déjà été exposé, d'une part, cette affirmation n'emporte pas, en réalité, de conséquences techniques, de sorte que cette disposition semble essentiellement symbolique. D'autre part, cette affirmation n'est pas nouvelle puisqu'on la retrouve également à l'article L. 214-1 du Code rural. Si on envisage, alors, le mode d'action du droit, on réalise qu'il intervient de manière essentiellement pédagogique : en réaffirmant, plusieurs fois, son attachement à la protection de l'animal en tant qu'être vivant doué de sensibilité, même sans aucune sanction, le droit entend distiller, dans l'esprit des justiciables, l'idée d'une nécessaire attention particulière aux animaux, et entraîner des comportements plus respectueux.

Dans cette acception, la fonction éducative semble assez proche de la fonction symbolique du droit, sans qu'une différenciation évidente intervienne. On peut alors mobiliser un second exemple : celui des barèmes, sur lequel nous reviendrons précisément dans le cadre de cette étude. On peut penser, par exemple, aux barèmes élaborés afin de fournir une base de réflexion au juge dans le cadre de l'indemnisation des préjudices corporels, ou aux barèmes mobilisés afin de

logement ») sont exemptés de cotisation, et ce d'autant que le non-paiement de cette cotisation peut entraîner des sanctions financières, mais la distinction peut sembler un peu floue.

⁸⁹ *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32, commentaire de la décision n° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011.

déterminer le montant de certaines pensions alimentaires. De tels barèmes ne sont, en principe, pas impératifs, et leur non-emploi n'est pas sanctionné. Toutefois, leur existence et leur praticité tendent à ce qu'ils soient mobilisés. Et, de fait, leur usage pratique, par les juridictions, est extrêmement répandu. C'est ici sans contrainte, simplement du fait des qualités inhérentes à l'outil proposé, que la pratique a été influencée.

14. Le choix d'une étude en droit de la famille. Une fois présentée la notion de fonction normative, il convient d'éclairer le choix tant d'étudier le droit de la famille sous cet angle que de s'intéresser au droit de la famille lui-même. Nous avons déjà eu l'occasion d'esquisser certaines des raisons qui nous ont poussé vers l'étude de cette matière, mais il convient d'y revenir. La première renvoie à la fonction que joue ou peut jouer la famille dans notre société. L'époque que nous vivons peut sembler particulièrement intéressante pour les observateurs que nous sommes. Les transformations sociales et juridiques y sont nombreuses et profondes, les valeurs et structures sociétales sont questionnées ou réaffirmées, de telle sorte que les lignes de pensée tendent parfois à se troubler. Dans ce cadre, il y a fort à parier que les individus, en recherche de valeurs et de repères, se retournent, entre autres, vers l'un des lieux classiques de transmission, d'épanouissement et d'affirmation de l'individu : la famille, « cellule vitale de la société, mode irremplaçable d'ancrage de la personne dans le groupe, refuge unique lorsque tout, ailleurs, est détruit »⁹⁰.

Pourtant, et c'est là le deuxième point d'intérêt pour notre étude, cette même famille a également connu de profondes métamorphoses, de sorte qu'elle se présente rénovée, polymorphe, marquée par une certaine contradiction entre affirmation du pluralisme des modèles familiaux, désir d'autonomisation et d'accomplissement de l'individu et recherche de protection au sein de son cadre familial. Alors que la famille reste une notion non définie par le Code civil, le groupe familial se révèle dans ses évolutions et ses formes plurielles⁹¹. Évolutions, quand on voit que la famille se recentre autour de sa forme nucléaire, composée par un couple et ses éventuels enfants, ce qui ne peut qu'interroger les solidarités intergénérationnelles et intrafamiliales. Formes plurielles, à mesure qu'apparaissent de nouveaux types de familles : monoparentales, homoparentales, recomposées, issues de remariages ou non, etc. Dans ce contexte, la famille apparaît comme un cadre bien moins monolithique, défini et stable qu'autrefois, ce qui suscite

⁹⁰ V. F. Terré et D. Fenouillet, in *La famille*, 8^{ème} édition (2011), Dalloz, p. 1.

⁹¹ Sur cette question, v. M. Pierre, « Qu'est-ce que la famille ? », in C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?* 2003, Erès, p. 21.

naturellement de nombreuses questions, et les réformes successives n'ont cessé de réinterroger sa fonction normative.

De son côté, le droit de la famille a également beaucoup évolué depuis 1804, accompagnant certaines évolutions, en suscitant certaines, parfois, et refusant d'en consacrer d'autres, d'autres fois. Il apparaît dès lors particulièrement pertinent d'interroger le droit de la famille à travers sa fonction normative, pour étudier comment celui-ci a vécu ces transformations, et de quelle manière il saisit et envisage les contours de l'institution familiale, voire tend à les définir et à les redéfinir. Le droit vient-il encore poser des normes, proposer un modèle, ou simplement offrir un accompagnement technique aux choix individuels – en suivant par là même les évolutions sociologiques – en matière familiale ?

Notons déjà, à cet égard, d'une part qu'offrir un choix peut constituer un modèle⁹², et d'autre part que dans l'existence, dans un système pluraliste, d'un choix supplétif de volonté, vient en creux manifester une faveur de la part du législateur, et donc dessiner un modèle⁹³. Il s'agit donc, dans le cadre de cette étude, de prendre acte du développement, en matière familiale, du pluralisme, et d'interroger le rapport du pluralisme familial contemporain à la notion de modèle.

15. Pluralisme et renouveau de la fonction normative du droit de la famille. « Empilées les unes sur les autres, les réformes ponctuelles qui alignent les règles applicables aux formes de conjugalité se multiplient et semblent révéler l'esprit vagabond d'un législateur en mal de vision d'ensemble de son œuvre »⁹⁴. Si le constat est cinglant, c'est parce qu'il est marqué par le sceau de la vérité. Le fait est que le législateur de 1999, n'a pas vraiment brillé, en introduisant en droit

⁹² Ainsi, en premier lieu, le fait de défendre l'idée d'une pluralité de modèles possibles marque une faveur du législateur pour la diversité au sein d'une société, diversité de conceptions philosophiques, politiques, religieuses, éthiques, et ce aussi bien en matière familiale qu'au-delà. Dans cette acception, le pluralisme s'oppose à l'imposition étatique d'un modèle unique, qui marquerait un interventionnisme peu compatible avec une conception contemporaine venant valoriser la liberté individuelle. En second lieu, il faut remarquer qu'une pluralité de modèles n'est pas une absence de modèle : le pluralisme est, dans cette mesure, une diversité choisie et encadrée par le législateur, selon ses termes, et surtout selon ses limites. Autrement dit, il s'agit d'une forme de liberté surveillée : l'existence d'un système pluraliste ne présume en effet pas du degré de souplesse qui peut exister dans le choix du modèle.

⁹³ L'effet de la règle supplétive est à cet égard multiple, et le choix d'une règle supplétive est donc porteur d'une fonction normative affirmée, et d'aspects aussi bien symboliques que techniques. En choisissant un modèle supplétif, le législateur vient en quelque sorte mettre en avant celui des modèles qui, parmi les choix offerts, lui semble être le « meilleur », ou du moins celui dont l'adoption par le plus grand nombre lui semble préférable (à ce sujet, v. C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004). De plus, et on l'observe, par exemple, s'agissant du choix du régime matrimonial, il est probable que la règle supplétive soit celle adoptée par le plus grand nombre, qui ne choisit pas nécessairement de questionner et de remettre en cause le modèle qui est proposé par défaut (ainsi, le pourcentage de couples mariés adoptant le régime de la communauté réduite aux acquêts, bien qu'il soit en baisse, demeure très élevé, puisqu'il s'élevait à 85% des couples mariés en 1992, et à 68% en 2018 : v. N. Frémeaux et M. Leturcq, « Les formes légales de vie en couple et leurs conséquences sur le partage du patrimoine et des ressources entre conjoints en France », in *Recherches familiales*, n°20, 2023, p.115).

⁹⁴ V. M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, thèse Paris 1, 2014, réalisée sous la direction de Madame la professeure A.-M. Leroyer, publication IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2017, p. 21.

français Pacs et concubinage, ni par la clarté, ni par la cohérence. Les nécessaires clarification⁹⁵ et reprises⁹⁶ opérées concernant le régime, voire le sens des différentes institutions familiales, sans que soient toujours mesurées les conséquences des réformes ponctuelles en termes systémiques, les sagas jurisprudentielles et réformes menées selon la technique dite des « petits pas »⁹⁷, ont achevé de rendre malaisée la lecture d'ensemble du droit de la famille. Il n'est pas anodin que les travaux se multiplient qui cherchent à faire émerger une cohérence, et à rendre une clarté à une matière, le droit de la famille, qui de pluraliste s'est retrouvée éclatée⁹⁸. Or, si la complexification de la matière n'est pas nécessairement, en elle-même, problématique, il en va autrement lorsqu'elle s'accompagne d'une perte de sens, et c'est bien ce qui semble se dessiner.

Il ne s'agit bien évidemment pas de dire que le développement du pluralisme s'est fait au prix d'une perte de sens, et encore moins de faire de ce travail le témoignage nostalgique d'une allégeance à un supposé « âge d'or de la famille traditionnelle »⁹⁹, pour ne pas dire traditionaliste, dont on peut supposer qu'il n'a jamais existé¹⁰⁰. S'est opérée, sous l'effet cumulé d'une libéralisation du droit de la famille, du développement du pluralisme, et de la montée de l'individualisme ainsi que de la contractualisation, une « détraditionnalisation »¹⁰¹ de la matière qui, dans son principe, ou du moins dans certains de ses aspects, marque un progrès indéniable¹⁰². Ce n'est donc pas ce point qui emporte la circonspection.

Ce qui étonne davantage, c'est qu'alors que se métamorphosait le mariage, alors qu'apparaissait le Pacs et qu'était consacré le concubinage, la question de la définition du couple et de la famille ne se soit pas davantage posée. Que sait-on ? Que le Pacs est un « contrat conclu par deux [...] pour organiser leur vie commune »¹⁰³ et que le concubinage est une « union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux

⁹⁵ Que l'on pense ici au travail du Conseil constitutionnel au lendemain de l'écriture de la loi de 1999, véritable « réécriture » pour reprendre l'expression, très parlante, employée alors par Monsieur le professeur Molfessis. V. N. Molfessis, « Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », in *JCP N*, 2000, I, 270 ; ou bien *JCP G*, 2000, I, 210.

⁹⁶ Que l'on repense à la réforme du Pacs, sept années seulement après sa création, mais également à la loi de 2013 sur le mariage « pour tous », dont la portée n'a pas encore été complètement mise en lumière.

⁹⁷ Ou à tâtons, selon les opinions.

⁹⁸ Que l'on pense ici aux thèses de M. Saulier ou encore de V. Deschamps, citées à de nombreuses reprises dans ce travail.

⁹⁹ Comme le remarquent les professeurs Malaurie et Fulchiron, « Chaque société, chaque époque a sa famille et parfois ses familles, modèle idéal ou réalité complexe, dont on célèbre les vertus ou dont on dénonce la décadence [...]. La famille est, fondamentalement, un phénomène de civilisation. ». V. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} édition., 2018, p.18.

¹⁰⁰ V. À ce sujet C. Martin, « Les solidarités familiales : bon ou mauvais objet sociologique ? », in D. Debordeux et P. Strobel (dir.), *Les solidarités familiales en questions - Entraide et transmission*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 34, 2002, p. 41, spéc. le paragraphe intitulé « Conception du changement familial et figures de l'entraide », p. 58 s., mettant en évidence les limites tant d'une lecture nostalgique du droit de la famille qui verse dans une tendance à l'idéalisation du passé, que d'une vision célébrant une émancipation et un « individualisme positif » qui n'est pas sans faire de victimes lorsqu'elle se produit dans une société encore inégalitaire – point sur lequel nous reviendrons dans la deuxième partie de ce travail.

¹⁰¹ Au sens des travaux d'U. Beck : v. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, traduit en français sous le titre *La Société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008

¹⁰² Sur lesquels nous reviendrons plus avant dans la deuxième partie de ce travail, mais que l'on pense ici notamment au recul des aspects profondément inégalitaires du droit de la famille, à titre d'exemple.

¹⁰³ Article 515-1 du Code civil.

personnes [...] qui vivent en couple »¹⁰⁴. Nulle définition du couple, nulle définition de la famille. Les réformes intervenues en matière de filiation et de bioéthique ne nous aident guère plus : tout au plus la dernière loi bioéthique est-elle venue¹⁰⁵, en modifiant l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, réaffirmer l'usage de la notion de couple¹⁰⁶ – mais sans plus la définir – ainsi que poser le principe de la prohibition de toute différence de traitement¹⁰⁷ fondée sur « le statut matrimonial ou [...] l'orientation sexuelle des demandeurs »¹⁰⁸. Des différentes situations envisageables – filiation et différentes formes de couples –, on sait globalement à quels droits elles donnent accès, mais les choses se complexifient dès que se pose la question des obligations qu'elles font naître, notamment pour ce qui est des couples non mariés, et on ne connaît précisément ni l'essence, ni les fondements, ni même la nature des liens juridiques étudiés¹⁰⁹. Comment alors déterminer ce qui, aujourd'hui, fait famille, au sens juridique du terme ? Quelles conséquences le droit civil attache-t-il à l'existence d'un groupe familial ?

16. Cicéron nous apprend que « *unus homo familia non est* »¹¹⁰. Passée cette évidence, il faut s'en tenir au constat posé par Monsieur le professeur Leca : « la famille est une notion intuitive, qui se dérobe à toute définition précise »¹¹¹. Pourtant, l'essentiel est probablement déjà là : être famille, c'est être plus qu'un, et plus encore, c'est être lié à autrui. C'est donc un rapport profondément créateur tant d'éthique que de droit, puisqu'il impose la conscience de l'autre dans l'action de chacun¹¹². D'un point de vue tant anthropologique, sociologique que philosophique, la famille joue un rôle fondamental, dans tous les sens du terme. Fondamental en ce que « dans l'histoire des peuples et des civilisations, [...] là où l'Etat moderne était encore inconnu, elle a rempli dans l'univers une situation souvent première »¹¹³, jouant son rôle de première société¹¹⁴,

¹⁰⁴ Article 515-8 du Code civil.

¹⁰⁵ V. *Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*.

¹⁰⁶ Est en outre consacrée, au même article, la notion de « projet parental », sur laquelle nous reviendrons dans la deuxième partie de ce travail.

¹⁰⁷ On pourra noter que le terme de discrimination n'a pas été ici employé, peut-être pour éviter la critique qui consisterait à dire que les couples composés de deux hommes n'ont pas accès à une voie autre que l'adoption pour assouvir leur projet parental.

¹⁰⁸ Article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Le dispositif reste cependant réservé à « Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée », ce qui exclut les couples composés de deux hommes, ainsi que les hommes seuls et les femmes mariées seules – ces dernières ne pouvant donc avoir recours seules à une assistance médicale à la procréation, ce qui s'explique probablement par l'existence de la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil mais donne, *in fine*, moins de droits en la matière à une femme mariée qu'à une femme pacsée ou en concubinage, puisque seules les femmes mariées seront obligées d'obtenir l'assentiment de leur époux – qui devra lui-même y consentir – pour pouvoir avoir recours à une AMP !

¹⁰⁹ Que l'on pense ici à tous les débats sur la nature contractuelle ou institutionnelle du mariage, sur la nature purement contractuelle ou non du Pacs, qui conduit parfois à parler de statut, etc.

¹¹⁰ Citation faite par J.-J. Lemouland, « Famille », in *Répertoire civil*, Dalloz, septembre 2015, (actualisation décembre 2020), n°1, que l'on pourrait traduire par « un homme seul ne constitue pas une famille ».

¹¹¹ V. A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, préc., p. 2, l'ouvrage dans son intégralité – comme tout ouvrage d'histoire du droit de la famille, peut-être – étant un témoignage vibrant de combien la notion de famille est polymorphe et évolutive.

¹¹² Comme le faisait remarquer Ph. Malaurie, « le rôle du droit dans la famille est un peu mystérieux, assez complexe et très sujet à dispute. Il dépend de toutes sortes de facteurs extra-juridiques : l'histoire d'une nation, sa culture, sa ou ses religions, sa démographie, ses réalités économiques et sociales, ses mœurs, la morale, la science, la médecine, l'opinion – savante et populaire –, sans parler de la conjoncture politique ». v. Ph. Malaurie, « Couple, procréation et parenté », in *Dalloz* 1998, 127.

¹¹³ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 1.

¹¹⁴ M. Gomar explique à ce titre que « La famille constitue [...] une société naturelle, distincte d'un groupement de fait ». M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », in C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, préc., p. 7, spéc. p. 8

avant que ne s'organisent des groupes sociaux plus vastes que le groupe familial étendu. Fondamental en ce que, les sociétés se développant, elle a continué à constituer une unité matricielle, une « brique » de construction du tissu social. Fondamental encore, en ce que les rôles joués par la famille dans la société sont multiples – unité de production comme de consommation, cellule d'entraide, collectivité humaine permettant la réalisation d'économies d'échelle, levier du maintien de l'ordre social, etc.¹¹⁵. Fondamental enfin et peut-être surtout, parce que la famille a vocation à être pour chacun un lieu de développement, d'apprentissage, d'éducation, d'émancipation aussi à mesure que se forme la personnalité de chacun, puis, une fois l'autonomie de chacun assurée, d'ancrage dans une histoire, dans une lignée, de repère et de soutien.

Pour ces raisons, la famille suppose l'existence de diverses « obligations mutuelles [et donc] la conscience de l'obligation et la volonté de l'accomplir, l'appel à un raisonnement éthique, l'intériorisation d'un certain nombre de valeurs et de conventions raisonnées ainsi qu'une idée de l'homme considéré comme fin »¹¹⁶. Madame la professeure Gomar précise, évoquant la pensée d'Aristote, que « la famille représente pour l'homme une finalité naturelle puisque la nature veut la perpétuation de l'espèce, ce qui engendre nécessairement un devoir de protection envers la femme et les enfants et la recherche de leur bien. "Chacun voit dans la vie et le bonheur de l'autre une activité dont ils portent en commun la responsabilité"¹¹⁷. La famille est donc une communauté dont les membres cherchent ensemble les moyens d'une réussite »¹¹⁸. La famille se révèle être duale, à la fois moyen et fin pour l'individu comme pour le groupe¹¹⁹. Surtout, la famille se révèle être le lieu privilégié de l'accomplissement d'un devoir naturel de solidarité entre les êtres humains : le droit lui-même ne le reconnaît-il pas lorsqu'il consacre un principe général de subsidiarité de l'aide sociale par rapport à la solidarité intrafamiliale¹²⁰, notamment en une période

¹¹⁵ V. à ce sujet le Chapitre III du *Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*, de J. Carbonnier (préc.), intitulé « V^e famille, législation et quelques autres », et plus spécifiquement les lignes qu'il y consacre à la famille et à son évolution, p. 278 s. V. également la thèse de M. Saulier, dont le travail repose justement essentiellement sur la démonstration de l'utilité, pour la société, de la reconnaissance d'un droit commun des couples en raison des multiples rôles joués par ces derniers.

¹¹⁶ M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », préc., p. 7.

¹¹⁷ Aristote, *Ethique à Eudème*, VII, 10, 1242 (a).

¹¹⁸ M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », préc., p. 8-9.

¹¹⁹ Comme l'expliquait Carbonnier : « La famille [...] apparaît comme la synthèse élégante de plusieurs fonctions économiques, à la fois unité de production et de consommation, mécanisme d'assurance et réservoir de capital ». v. J. Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 279.

¹²⁰ Sur la définition de ce principe, v. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 33 s. Sur son évolution historique, v. *idem*, p. 11 s., l'autrice résumant les choses ainsi : « Dans l'histoire contemporaine, les rapports qu'entretiennent la solidarité familiale et la solidarité collective ont souvent été perçus en termes de compensation : les performances de l'une venant combler les insuffisances de l'autre. L'équilibre entre la solidarité familiale et la solidarité collective repose sur un balancier oscillant entre famille et Etat, au gré des transformations de la famille et des progrès sociaux. Malgré quelques déviations, il est possible d'observer schématiquement un mouvement allant de la solidarité familiale vers la solidarité collective, marquée par l'apogée de l'Etat-providence, avant d'observer un coup d'arrêt et le renversement de cet équilibre causé par la crise des solidarités et caractérisé par un mouvement inverse, allant de la solidarité collective vers la solidarité familiale ».

dans laquelle la crise de l'Etat providence¹²¹ tend à conduire l'Etat à réactiver plus que jamais les solidarités intrafamiliales ?

17. Néanmoins, les relations humaines étant soumises aux aléas de la vie, des brouilles, des désamours et des désaffections, celles-ci ne pouvaient rester dans le domaine du non-droit : le droit de la famille intervient donc, normalement, pour cristalliser juridiquement les rapports humains dans leur dynamique « naturelle » de solidarité et d'entraide. On ne peut concevoir, en effet, un droit qui cesse de réglementer les rapports humains dès lors qu'ils cessent d'être non conflictuels : c'est dans les situations dysfonctionnelles, lorsque naissent les désaccords, que le droit a vocation à intervenir¹²². C'est tout le sens, tout le rôle normatif que jouent les obligations alimentaires intrafamiliales. Elles jouent en cela une fonction normative qui se manifeste de deux façons principales : éducative, d'une part, et coercitive, d'autre part. Éducative, tout d'abord, en ce qu'inscrire dans la loi une responsabilité des membres de la famille les uns envers les autres permet, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'expliquer, d'affirmer quels modèles humains et familiaux le droit entend défendre. Ce faisant, avant même la contrainte, le droit joue un rôle d'affirmation de modèles et de valeurs. Coercitive, ensuite, puisqu'en se donnant les moyens d'imposer l'exécution, la mise en œuvre de la solidarité intrafamiliale, le droit se donne les moyens de l'effectivité des modèles ainsi posés.

Pour le dire autrement, « la fermeté du droit va permettre à la fois un dépassement et une reconnaissance par l'institutionnalisation. [...] Par conséquent, l'individu ne se réalise véritablement que dans la référence à un ordre, à une norme qui va le délivrer de l'arbitraire et de la contingence de la subjectivité soumise au hasard et à la fragilité de l'affection, ou mieux qui va lui permettre d'accomplir véritablement cette subjectivité en la dépassant, en s'accomplissant dans un "nous" qui est un "je" et dans un "je" qui est un "nous" »¹²³. Il semble donc que cette fonction du droit de la famille se trouve au cœur de la notion même de famille telle que défendue classiquement par le droit français. Lorsque les rapports humains sont dysfonctionnels, et puisqu'on ne peut pas légalement forcer les individus à entretenir des rapports familiaux sains¹²⁴,

¹²¹ Une de ses plus célèbres manifestations récentes demeurant la déclaration de M. Le président de la République Emmanuel Macron, alors en visite au CHU de Rouen, en avril 2018 : « A la fin, les moyens, c'est vous qui les payez aussi. Il n'y a pas d'argent magique ». La formule fera date, et est depuis reprise de manière régulière, y compris dans des temps où la solidarité collective s'est particulièrement manifestée, par exemple lors de la crise du Covid-19, *via* le soutien financier accordé par l'Etat et les collectivités à différents acteurs économiques.

¹²² V. M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », préc., p. 14 : « Le droit va permettre une objectivisation de la responsabilité. Il va rendre la responsabilité effective et efficiente ; ce n'est pas seulement en tant qu'individu que l'homme se trouve engagé mais en tant que sujet libre, qui accepte une responsabilité solennelle à l'égard de l'autre et une responsabilité irrévocable à l'égard de l'enfant. Le droit officialise une éthique de la solidarité familiale reconnue comme communauté d'engagements, de traditions, de valeurs, affirmant la volonté d'aller plus loin ensemble dans la construction d'une œuvre commune ».

¹²³ M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », préc., p. 18.

¹²⁴ La perte du droit de réclamer des aliments à certains membres de sa famille, par le jeu de l'exception d'indignité, est à cet égard une des dernières sanctions que le droit non-pénal de la famille peut infliger à celui dont le comportement ne correspond pas au modèle qu'il dessine.

la solidarité intrafamiliale telle que manifestée par l'obligation alimentaire est une des dernières choses qui, juridiquement, demeurent. C'est ce qui fait, à nos yeux, de l'obligation alimentaire un *minima* mis en place par le droit en matière familiale. L'obligation alimentaire est donc à la fois le premier maillon et le dernier bastion de la relation familiale telle qu'appréhendée juridiquement.

18. Une étude centrée sur le cœur du droit patrimonial de la famille : l'obligation alimentaire. Il a donc semblé pertinent de nous intéresser particulièrement à la question de l'obligation ou des obligations alimentaires, et ce pour de multiples raisons. Le premier point qui, dans l'obligation alimentaire¹²⁵, retient l'attention, est le fait qu'elle est au cœur du dispositif législatif entourant les relations familiales, du moins dans ses aspects patrimoniaux, et de la solidarité vécue au sein des familles. Nous y reviendrons plus en détails, mais le concept d'aliments renvoie aux « choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent (ou allié) dans le besoin, en général sous forme de pension, compte tenu des besoins et des ressources du créancier et du débiteur »¹²⁶. À ce titre, au sens juridique du terme, les aliments ne se limitent pas simplement à la nourriture, mais comprennent également logement, frais médicaux, voire éventuellement frais funéraires, etc., autrement dit tous les éléments matériels essentiels à la vie de toute personne¹²⁷. Il en ressort que l'obligation alimentaire est celle qui, résultant soit de la loi soit de la volonté individuelle, impose à une personne le devoir de verser des aliments à une ou plusieurs autres lorsque celles-ci sont dans le besoin et que le débiteur de l'obligation est à même de leur venir en aide.

L'obligation alimentaire est donc un lien de solidarité que la loi établit entre des personnes en raison de leur lien de famille, et ce, sauf exceptions, *via* un rapport juridique mutuel, et non réciproque¹²⁸. Ce sont les liens familiaux, et non des actes ou des faits¹²⁹ qui la fondent¹³⁰. Pour cette raison, les obligations alimentaires reposent, soit sur des présupposés sociologiques concernant ce qui est, soit sur des considérations philosophiques concernant ce qui devrait être,

¹²⁵ Sur l'évolution historique de cette notion, v. F. Wycisk, « « alimenta » et « victus » dans le droit romain classique », in *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 50, n°2, avril-juin 1972, p. 205.

¹²⁶ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^{ème} édition, 2020.

¹²⁷ Nous aurons l'occasion d'y revenir dans la première partie de ce travail, tant la question de la définition des aliments, dans le cadre de l'obligation alimentaire, est une question essentielle posée à la doctrine et aux juristes actuels.

¹²⁸ Sur cette distinction, nous aurons également l'occasion de revenir. Il est vrai qu'elle est peu usitée en dehors des milieux juridiques, même si on peut trouver dans les dictionnaires généralistes, qui dans la majorité des cas considèrent ces termes comme synonymes, mention de la différence de nature entre ces mots. v. Par ex. sur le TLF, dans la définition de « mutuel, -elle » : « Littré établit une distinction entre *mutuel* qui désigne l'échange libre et spontané, l'action de donner et de recevoir et *réciproque* qui exprime le retour, l'action de donner selon que l'on reçoit ».

¹²⁹ Hormis les hypothèses où l'obligation alimentaire naît de la volonté individuelle, comme cela peut être le cas dans le cadre d'un contrat ou d'un legs, par exemple : nous n'envisageons, ici, que l'obligation alimentaire légale.

¹³⁰ Il faut à ce titre réserver le cas de la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, qui peut résulter d'un engagement ou d'une exécution volontaire.

dans les relations intrafamiliales, en termes d'affection¹³¹ et de solidarité. Les obligations alimentaires reposent sur une forme de « dignité des affections supposées », en ce qu'elles sont préservées, par le législateur, des variations sentimentales de l'individu, au nom de la garantie de la durabilité et de la préservation de la qualité originelle des liens familiaux, qu'ils soient fondés par le sang ou supposés fondés sur l'affection.

Les fondements des obligations alimentaires, leur évolution – répartition, nature, degré d'impérativité, priorité dans l'ordonnancement juridique – sont révélateurs d'un idéal juridique de la famille, et mettent au jour ce qui constitue, pour le législateur, le lien familial, en ce qu'il désigne les personnes qui, unies par ce lien, doivent s'entraider, chacun constituant, pour les autres, un refuge, ou du moins un recours face à la détresse. Comme l'exprimait déjà en 1999 le rapport rendu au Garde des Sceaux par Madame la professeure Dekeuwer-Defossez : « Les obligations alimentaires, c'est-à-dire l'expression matérielle des solidarités familiales en droit civil, sont étroitement liées à la conception même qu'une société se fait de la famille. En des temps de séparation des couples, de précarité de l'emploi et des ressources, de vieillissement de la population, cette question redevient un enjeu essentiel, tant il est vrai que s'impose une redéfinition des rapports entre solidarités familiales et solidarités collectives »¹³².

19. L'obligation alimentaire, entre persistance et mutations. Les questions concernant l'obligation alimentaire sont nombreuses eu égard aux modifications considérables qu'ont connus le droit de la famille, et la famille elle-même d'un point de vue sociologique, particulièrement au cours des vingt dernières années. Pourtant, alors que la famille et le droit de la famille ont connu de profondes transformations, le droit des obligations alimentaires, c'est-à-dire le centre névralgique des questionnements traditionnels du droit de la famille en matière de droits, d'obligations, et de solidarité intrafamiliale, est quant à lui resté quasiment inchangé depuis 1804. Cette *quasi*-absence d'évolution ne peut que questionner, pour de multiples raisons.

S'agissant des évolutions que la famille a connues d'un point de vue sociologique, il apparaît tout d'abord que, plus que jamais, l'un des pôles de la famille est désormais l'enfant, qui

¹³¹ Terme que nous emploierons de manière récurrente, et qu'il convient donc de définir. D'après le *Dictionnaire de l'Académie française*, l'expression apparaît au XII^e siècle, au sens d'« Attachement tendre, constant, durable pour une personne », ce sens étant « emprunté du latin *affectio*, "disposition de l'âme résultant d'une influence subie" ». C'est donc en ce sens d'attachement pour une personne que nous utiliserons cette expression dans notre travail, notamment au sein de l'expression d'affection supposée, qui sert alors à traduire que lorsqu'il crée un lien, en l'occurrence notamment alimentaire mais la logique vaut également en droit des successions, entre deux individus, le droit le fait généralement en prenant en compte le fait qu'existe ou que devrait exister entre ceux-ci un attachement qui justifie qu'un lien juridique soit créé.

¹³² V. F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la Justice*, janvier 1999, p. 139.

voit largement le droit de la famille et des personnes s'orienter en fonction de lui et de son « intérêt supérieur »¹³³. Et, s'il devient le cœur de la famille, ne devient-il pas – ou n'a-t-il pas vocation à devenir – également le centre de gravité des solidarités familiales ? D'autant que le temps de dépendance des enfants ne cesse *a priori* de croître, notamment en raison de l'augmentation de la durée des études, qui retarde l'âge moyen d'entrée dans le monde du travail et donc d'accès à l'indépendance financière, et de la précarité de la situation des jeunes actifs, que l'on sait fort touchés par le chômage. Il conviendra donc d'examiner comment cette nouvelle donnée est prise en compte et influe, ou non, sur le cœur de l'obligation alimentaire, avec des questions essentielles telles que celles de l'influence des recompositions familiales dans le rapport obligationnel, et de la prise en compte ou non de la recomposition pour en faire émerger un nouveau.

Ensuite, c'est évidemment la question du couple qui suscite de nombreuses interrogations. On le sait, la situation du couple a considérablement changé, en droit, du fait du développement du pluralisme conjugal, notamment à compter de la reconnaissance du concubinage, accompagnée de la création du Pacs, par la *loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacs*¹³⁴. Or, existe-t-il un devoir alimentaire entre concubins, partenaires pacsés ? L'affirmation du pluralisme et de la liberté individuelle dans le choix de sa forme de conjugalité (notamment depuis la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) constitue une opportunité pour réinterroger les distinctions qui pourraient exister entre les différentes formes de conjugalité. Puisque ces dernières (concubinage, Pacs, mariage) sont désormais accessibles à chacun¹³⁵, il semble plus que jamais possible d'effectuer entre elles des distinctions de fond, ce qui pourtant ne semble pas être l'orientation actuelle du droit de la famille. Quand une situation doit-elle, quittant le domaine du « non-droit », commencer à être appréhendée par la loi ? Quels sont les droits et obligations effectifs et envisageables dans chaque forme de couple, notamment au regard des représentations sociales¹³⁶ de chaque type de conjugalité ? La question est d'autant plus centrale que la nature même des devoirs qui existent dans le Pacs suscite questionnements et débats¹³⁷. S'agissant du

¹³³ Notion sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir en détails.

¹³⁴ Par la suite réformée par la *loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*. Sur cette question, v. not., S. De Benalcazar, *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, Defrénois, Collection de thèses, 2007.

¹³⁵ Sous réserve de certains interdits fondamentaux tels que ceux de la polygamie ou de l'inceste.

¹³⁶ V. I. Danic, « La notion de représentation pour les sociologues. Premier aperçu », in *Espaces et sociétés*, n° 25, décembre 2006, p. 29.

¹³⁷ Citons d'ores et déjà quelques travaux sur la question, sur lesquels nous reviendrons plus en détails. *Thèses*: P. Berthet, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, thèse réalisée sous la direction de Madame la professeure Jacqueline Rubellin Devichi, et soutenue à l'université Lyon III en 1999; M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, thèse Paris 1, 2014, réalisée sous la direction de la professeure A.-M. Leroyer, publication IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2017; *Articles*: F. Dekeuwer-Défossez, « PACS et famille - Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », in *RTD Civ*, juillet-septembre 2001, n°3, p. 529 ; C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », in *Defrénois* 2015, p. 686; X. Labbée, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire? », in *JCP* 2008, I, 197; J.-J. Lemouland, « La diversité du droit contemporain de la famille: Un trompe-l'œil », in *Mélanges offerts à J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 729; J.-J. Lemouland, « L'obligation alimentaire: mythe ou réalité? », in *Arch. philo. dr.*, t. 57, Dalloz, 2014, p. 159 ; ou encore Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523.

concubinage, les solutions traditionnellement proposées, comme le recours aux mécanismes de la société créée de fait, de l'enrichissement injustifié, ou de la répétition de l'indu, sont en déclin, ce qui pourrait nécessiter d'en découvrir de nouvelles. Faut-il mettre en place un devoir commun d'entraide conjugale ? Si oui, sur quels fondements l'appuyer ? Sur l'obligation naturelle, éventuellement transformée en obligation civile, comme cela a pu être admis dans certains cas¹³⁸ ? Sur un devoir de reconnaissance pour l'affection et les soins prodigués pendant la durée de la vie commune ?

Dans le même temps, une attention particulière est portée aux problématiques liées aux violences intrafamiliales. Amorcée dès le début des années 2000, tant médiatiquement, *via* des affaires ayant mobilisé l'opinion publique, telles que le décès de Marie Trintignant sous les coups de Bertrand Cantat à l'été 2003, que juridiquement, avec notamment la *loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, la prise en compte du huis-clos familial comme potentielle zone criminogène s'est accélérée ces dernières années, et ce notamment à compter de l'émergence du mouvement *MeToo* à la fin de l'année 2017. Alors que s'enchaînent les révélations¹³⁹, le législateur intervient à diverses reprises¹⁴⁰, et ce y compris en matière de droit de la famille, certains questionnements portant sur le rôle que peut jouer, dans la prévention des violences intrafamiliales¹⁴¹, l'obligation alimentaire, notamment *via* l'indignité parentale et la décharge de l'obligation alimentaire, qui peuvent intervenir dans diverses hypothèses de défaillances familiales.

Les questions sont nombreuses, et peu connaissent de réponses certaines.

La simple étude de ces nombreuses questions n'est pas sans susciter des difficultés, tenant notamment au fait que les questions alimentaires sont des questions qui n'apparaissent, ou du moins qui ne sont appréhendées et mises en lumière par la pratique judiciaire, que lorsque survient une crise. D'une certaine manière, ce sont les crises, les difficultés, et *a fortiori* le divorce, qui sont

¹³⁸ Voir, notamment, divers arrêts inédits rendus par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation, à savoir les arrêts du 3 juin 1998, n° 96-13664 et du 17 novembre 1999, n°97-17541.

¹³⁹ On pense particulièrement, ici, à la publication, par Camille Kouchner, de *La Familia grande*, ainsi qu'à celle, par Vanessa Springora de l'ouvrage *Le consentement*, qui ont suscité une onde de choc considérable dans l'opinion publique française et une prise de conscience s'agissant des violences sexuelles subies par les enfants dans un contexte intra-familial.

¹⁴⁰ V. à cet égard, notamment, la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes et la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille.

¹⁴¹ Etant, à cet égard, rappelé que la CEDH a retenu l'existence d'une « obligation positive de prévention qui pèse sur les États contractants en matière de lutte contre les violences domestiques et sexuelles » : v. CEDH, affaire H.W. c/ France, 23 janvier 2025.

le révélateur de la nature juridique du mariage, de l'union¹⁴². Nous aurons l'occasion d'y revenir, mais même sur un plan conceptuel, le droit de la famille a été davantage, et dès l'origine, pensé en lien avec les situations de crise et de désunion : ainsi, lors de l'élaboration du Code civil, alors que la question du divorce a suscité de nombreux débats, tant s'agissant de l'opportunité de l'admettre que de ses modalités¹⁴³, la définition de la famille et *a fortiori* celle du mariage sont demeurées des impensés¹⁴⁴ qui continuent à peser sur la réflexion juridique contemporaine¹⁴⁵. Ce constat justifiera donc que notre étude s'intéresse particulièrement à la rupture du couple et à ses conséquences, qu'elle soit provoquée par sa séparation ou par la mort de l'un de ses membres.

On peut encore questionner, au regard des évolutions socioéconomiques qui entourent la famille et l'individu, l'avenir du lien d'alliance et du rôle des solidarités intergénérationnelles. Nombreuses sont en effet les évolutions qui suscitent des interrogations : ainsi du rallongement de la durée de vie moyenne des Français et du développement, corrélé, de la dépendance des anciennes générations, du taux de chômage et du développement de nouvelles précarités, de l'installation d'un contexte de crise économique, etc. Ces circonstances socioéconomiques voient naître de nouveaux besoins, de nouvelles dépendances, dans le cadre desquelles les solidarités intergénérationnelles et intrafamiliales sont mobilisées. On peut alors s'interroger sur la possibilité économique de mise en œuvre d'un tel système, quand les familles se retrouvent tiraillées entre les besoins des plus jeunes et ceux des aînés, marqués dans les deux cas par une dépendance accrue. Naissent alors des questions telles que l'opportunité d'introduire une hiérarchisation des obligations alimentaires¹⁴⁶, ou la potentielle remise en cause de son caractère réciproque.

¹⁴² Comme l'explique Madame la professeure Dekeuwer-Défossez, « La relation entre divorce et contrat, plus qu'un couple infernal, apparaît comme un ménage à trois : derrière le divorce se profile l'ombre du mariage. La manière dont on peut mettre fin au mariage est, en effet, l'un des éléments essentiels de toute réflexion sur sa nature juridique, et c'est, en retour, cette même nature du mariage qui commande l'admission plus ou moins large de mécanismes contractuels lors de la rupture » : v. F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 67.

¹⁴³ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 9, Videcoq, 1836.

¹⁴⁴ Même si le doyen Carbonnier avait pu affirmer que le Code civil n'avait pas défini le mariage et qu'il « [avait] eu raison » puisque « chacun sait ce qu'il faut entendre par là », v. J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{ère} édition « Quadriga », 2004, p. 1139.

¹⁴⁵ En témoigne, notamment, la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'élaboration de la *Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, et ayant donné lieu à une *Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013* particulièrement intéressante en ce qu'elle porte largement sur la question de la définition même du mariage en droit français, étant argué par les requérants que « l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; qu'ils font en outre valoir que la modification de la définition du mariage porterait atteinte aux exigences du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (v. point n°18), ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à énoncer que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme ».

¹⁴⁶ Sur ce sujet, v. not. C. Goldie-Génicon, « L'obligation alimentaire : entre inadéquation et dénaturation », in *Droit de la famille*, Juris-Classeur - LexisNexis, 2020, n°1, p. 44.

20. L'obligation alimentaire, solidarité collective, solidarité familiale. Ce contexte économique et social ne manque pas, par ailleurs, de questionner le rapport entre la solidarité familiale, laquelle s'appuie sur l'obligation alimentaire, et la solidarité collective¹⁴⁷. Il est classique de remarquer, en effet, que les idéaux révolutionnaires ont vu naître la protection sociale, s'appuyant sur la confiance en un État providence chargé d'intervenir pour soutenir matériellement les citoyens les plus nécessiteux¹⁴⁸, sous certaines conditions¹⁴⁹. Or, cette construction semble fragilisée. Fragilisée avant tout par le déclin de l'État providence. En effet, l'heure est aujourd'hui, dans les politiques publiques, à l'économie, à la rigueur et à l'austérité. Ceci ne risque-t-il pas de condamner, à moyen ou à long terme, la vocation de l'État à intervenir pour aider tous et chacun, et à délaisser peu à peu les thèses solidaristes en faveur d'un libéralisme qui gagne, en tous domaines, du terrain ? Le cas échéant, il y a fort à parier que ceci conduise à ce que les solidarités familiales soient davantage activées, et à ce que la famille regagne une place qu'elle a progressivement perdue dans la structuration sociale, y compris d'un point de vue économique. Fragilisée ensuite par les problèmes d'articulation posés par la coexistence des obligations alimentaires avec de nombreuses aides sociales : revenu de solidarité active, allocation de parent isolé, minimum invalidité-vieillesse, aides au logement, aide sociale à l'enfance, bourses pour la scolarité et les études, etc.; et ce d'autant plus qu'intervient également la sécurité sociale, qui vient prendre en charge une partie essentielle des besoins de l'individu en matière de santé, dont on sait qu'ils participent traditionnellement des aliments.

Naît alors un paradoxe. Le principe de subsidiarité n'intervenant pas en toute hypothèse, et l'existence d'une créance d'aliments étant subordonnée, au titre de l'article 208 du Code civil, à l'impossibilité pour le bénéficiaire de pourvoir seul à ses besoins, on peut penser que la créance d'aliments n'apparaît qu'en cas d'insuffisance des prestations de sécurité sociale non soumises à la subsidiarité. Or, la recherche du juste partage des fonctions de solidarité dévolues à la famille et à l'État vient dessiner le rôle social que l'État souhaite attribuer à la famille, rôle parfois empreint de contradictions lorsque les champs d'intervention étatiques et familiaux sont les mêmes. Les solutions adoptées sont ainsi tantôt susceptibles de révéler la confiance accordée à la solidarité familiale, et tantôt la volonté que l'individu, dans une perspective d'émancipation de la personne,

¹⁴⁷ Question ayant par ailleurs fait l'objet de plusieurs travaux de référence, notamment l'excellente thèse de F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, LGDJ, collection Bibliothèque de droit social, tome 67, 2016. V. aussi L-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 31, 2000.

¹⁴⁸ Affirmations sur lesquelles nous aurons néanmoins l'occasion de revenir, tant la réalité impose de les nuancer.

¹⁴⁹ On peut ici notamment penser au principe de subsidiarité, qui impose la prise en compte des créances alimentaires du bénéficiaire d'une prestation de sécurité sociale pour le calcul du montant de celle-ci, mais également, dans certains cas, soit que les débiteurs d'aliments aient été sollicités avant l'attribution de l'aide considérée, soit que ceux-ci puissent l'être *a posteriori*.

ne dépende plus de son cercle familial, parfois incapable, d'ailleurs, de subvenir à ses besoins. Ces paradoxes sont en outre susceptibles de mettre au jour le développement d'une forme d'instrumentalisation du droit de la famille à des fins budgétaires, qui apparaît lorsqu'on le met en regard d'autres branches du droit.

21. L'obligation alimentaire, une matière à la croisée des droits. Le choix d'une étude du droit de la famille au prisme des obligations alimentaires permet de faire dialoguer le droit de la famille avec d'autres branches du droit. L'analyse des obligations alimentaires implique une réflexion qui dépasse le cadre strict du droit de la famille : en effet, cette matière connaît d'une part des mécanismes spécifiques, par exemple sur le terrain du droit des procédures civiles d'exécution, qui comprend non seulement des voies d'exécution spécifiques aux créances alimentaires¹⁵⁰, mais également des exceptions à ses propres logiques lorsqu'il est confronté à des considérations liées à l'obligation alimentaire¹⁵¹. Les opportunités sont ainsi nombreuses qui permettent d'ouvrir l'analyse, s'agissant de l'obligation alimentaire, à des droits connexes : droit pénal, droit de l'aide sociale, etc. Or, les aspects alimentaires impliqués dans ces droits, ainsi que la manière dont ces derniers traitent des obligations alimentaires, permettent, par comparaison ou par contraste, de mieux appréhender, dans leur ensemble, les choix faits par le législateur en matière alimentaire et en droit de la famille, d'autant que, touchant à ce qui est nécessaire à la vie et situées au cœur de l'intimité familiale, les obligations alimentaires impliquent des questions de pure technique juridique et des considérations axiologiques et politiques qui peuvent conduire, dans des branches du droit différentes, à des solutions parfois antagoniques du fait d'arbitrages différents, ce qui est particulièrement intéressant.

De même, à l'intérieur même du droit de la famille, si les obligations alimentaires constituent, en tant que prisme d'étude, le cœur de l'analyse, ce travail nous conduira parfois à étudier d'autres questions au cœur du débat contemporain, afin d'une part de comprendre quels sont les grands mouvements, parfois convergents, parfois contradictoires, qui traversent cette matière, et d'autre part de confronter notamment les aspects patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Ces excursions hors du droit des obligations alimentaires permettront, en creux, de dessiner au mieux leur rôle normatif, dans un ensemble dont il est une composante essentielle, mais dont la place exacte reste à déterminer.

¹⁵⁰ On pense ici naturellement au cas du recouvrement direct ou encore du recouvrement public des obligations alimentaires, qui feront l'objet de développements spécifiques.

¹⁵¹ Prenons-en pour exemple le cas de l'insaisissabilité des provisions et sommes à caractère alimentaire.

22. Méthodologie. S'agissant de la méthode, afin d'observer comment les différentes branches du droit interagissent, nous adopterons à la fois un point de référence, le droit de la famille, et une méthodologie inductive. Le choix d'une démarche inductive nous conduira ainsi à fonder notre étude en premier lieu sur une analyse des questions techniques relatives à l'obligation alimentaire elle-même, à sa nature, à ses créanciers et à ses débiteurs, avant de s'attacher à des considérations plus théoriques, dans une approche principalement juridique mais qui s'appuiera également sur des réflexions qui ont partie liée avec la sociologie, la philosophie, l'économie et la politique, incursions que le droit de la famille, éminemment politique, fréquemment basé sur des choix et des conceptions d'ordre politique et donc philosophique¹⁵², permet, et que notre analyse, envisageant la normativité comme objet d'étude, rend nécessaire. En effet, il importe d'une part évidemment d'avoir une compréhension précise, technique des mécanismes propres à l'obligation alimentaire, de leurs spécificités, et d'envisager un certain nombre de questions qui demeurent, aujourd'hui, notamment s'agissant de mécanismes similaires tels que la prestation compensatoire dans le cadre du divorce ou l'aide matérielle dans le Pacs, dont la nature alimentaire peut être discutée, mais également, d'autre part, et puisque c'est pour nous la question de la normativité qui se pose, de savoir ce qu'il est possible de dégager en terme de modèle, la technique en étant bien souvent le reflet.

Cette étude nous conduira en outre à étudier de nombreuses branches du droit, mais nous ferons le choix de partir du référentiel qu'est, pour nous, le droit de la famille. En effet, l'étude des droits connexes au droit de la famille présente, pour une étude consacrée à la fonction normative du droit de la famille au prisme de l'obligation alimentaire, un double avantage. D'une part, elle vient, toujours dans le cadre d'une démarche inductive, éclairer, en la complétant, la compréhension technique des mécanismes propres à l'obligation alimentaire, matière qui dépasse largement, aujourd'hui, les frontières initiales du droit de la famille et du Code civil. D'autre part, et ce point nous occupera longuement, cela nous permet, afin d'éclairer la fonction que joue le droit de la famille aujourd'hui, de mettre en évidence les interactions – qui se font parfois synergies et parfois antagonismes – existantes entre ces différentes branches qui cohabitent et ont vocation à intervenir sur des terrains identiques ou voisins. La normativité ne peut s'accomplir pleinement que dans la cohérence, ce qui implique en premier lieu de vérifier si celle-ci existe dans les rapports qu'entretiennent les différentes matières que nous étudierons. En second lieu, il conviendra de

¹⁵² Sur la question de la nature spécifique et du rôle du juriste en matière de droit de la famille, v. not. l'article que F. Chénéde a consacré à la question dans l'ouvrage d'Y. Lequette et D. Mazeaud (dir.), *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, intitulé « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur le mariage pour tous », Editions Panthéon Assas, Colloques, 2014; mais également la thèse que J. Colliot a réalisé sous sa direction, *Le rôle du juriste en droit des personnes et de la famille*, soutenue en décembre 2017 à l'Université Rennes 1.

qualifier les rapports de celles-ci au droit de la famille, ce qui nous conduira à étudier comment ce dernier peut s'appuyer sur des branches de droit connexes, comment il est parfois, et on peut s'en inquiéter, instrumentalisé, mais aussi, combien le droit de la famille peut se révéler être un outil efficace comme levier de politiques publiques diverses.

23. Problématique. Cette étude s'inscrira donc dans une double perspective, analytique et prospective. Dans une perspective analytique, elle nous conduira à nous interroger, en général, sur les transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain, et à nous demander, en particulier, si le droit des obligations alimentaires est encore en adéquation avec ces transformations. Dans une perspective prospective, il s'agira, ensuite, de questionner le rôle que peut jouer l'obligation alimentaire dans ce processus, et au prix de quelles adaptations.

24. Hypothèses de départ et présentation du plan. On pourrait penser que cette étude nous conduirait à faire le constat d'un recul considérable de la fonction normative du droit de la famille. On pourrait imaginer le droit de la famille désengagé, ne défendant plus quelque modèle que ce soit. En effet, n'est-ce pas là le sens de l'avènement d'une contractualisation et d'une démocratie familiale, ce qui pourrait nous conduire à voir, notamment à compter de la *loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale*, le droit de la famille investi d'une fonction non plus de direction mais d'accompagnement des choix familiaux, voyant dès lors sa fonction normative s'effacer devant sa fonction technique ? N'est-ce pas là le sens, encore, du développement du pluralisme, amorcé au courant des années 60, et parachevé à travers, d'une part, la *loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacs*, et d'autre part, la *loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, puisque désormais, ce n'est plus le législateur qui indique, du moins en apparence, quelle est la forme qu'il est souhaitable que prenne une famille, mais chacun qui décide quelle est la forme qu'il désire que sa famille prenne ? Enfin, n'est-ce pas particulièrement visible quand le contrôle des mœurs recule, cédant sans cesse du terrain face au développement de l'autonomie de la volonté¹⁵³?

La réalité semble bien plus nuancée. Certes, on assiste à un recul de la fonction normative du droit de la famille au sens traditionnel du terme, en ce qu'il ne défend plus un unique modèle de famille légitime, à savoir le couple, marié, composé d'un homme et d'une femme, ayant des enfants dont la filiation se trouve légitimée du fait qu'ils sont nés dans le cadre du mariage.

¹⁵³ Sur cette question, v. E. Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle - Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, thèse Paris II sous la direction de Monsieur le professeur Y. Lequette, mais également D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487

Néanmoins, il semblerait hâtif d'en tirer la conclusion que le droit de la famille a cessé de jouer un rôle normatif : ce droit connaît une métamorphose profonde et voit son rôle renouvelé, et ses attentions déplacées, lorsqu'elles ne sont pas maintenues.

Pour procéder à cette analyse, dans une perspective correspondant à l'approche inductive adoptée, il conviendra d'opérer une forme de *traveling* arrière, de prise de recul, en abordant dans un premier temps l'obligation alimentaire, entendue au sens strict, dans ses aspects les plus techniques. Cette première étape du raisonnement nous conduira à envisager les limites internes du droit positif de l'obligation alimentaire, au regard des transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain que nous serons amenés à mettre en évidence. Ce n'est que dans un second temps que, prenant davantage de recul sur la matière, l'obligation alimentaire sera envisagée dans son rapport l'ordonnancement juridique pris dans son ensemble. Il s'agira, alors, d'interroger notamment le rapport de l'obligation alimentaire à des matières connexes, à des logiques propres à d'autres branches du droit, et de révéler, à travers l'étude du rôle renouvelé du droit de la famille, d'une part des paradoxes et contradictions, et d'autre part la nécessité qu'intervienne un regard renouvelé sur le droit de la famille, et un réinvestissement normatif du droit patrimonial de la famille.

C'est pourquoi il conviendra de constater en premier lieu en quoi et comment l'obligation alimentaire peut être, aujourd'hui, révélatrice des transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain (**Première partie**). Néanmoins, le fait que le droit des obligations alimentaires et *a fortiori* des solidarités familiales concerne désormais de nombreuses branches du droit civil ainsi que de certains droits connexes nous oblige à tenter de brosser un portrait d'ensemble, à rechercher s'il existe, aujourd'hui, une fonction normative unique en matière familiale, ce qui nous conduira à faire le constat des difficultés de construire une fonction normative systématique, cohérente, en ce domaine (**Seconde partie**).

Première partie : L'obligation alimentaire révélatrice des transformations de la fonction normative du droit de la famille

Seconde partie : L'obligation alimentaire révélatrice des difficultés de construire une fonction normative systématique en matière familiale

Première partie. L'obligation alimentaire révélatrice des transformations de la fonction normative du droit de la famille

« Te rappelles-tu cette époque, mon doux maître, où nous faisons des vœux pour avoir un enfant dans lequel nous renaîtrions une seconde fois, et qui serait le soutien de notre vieillesse ? »¹⁵⁴.

25. Si l'on se reporte à la définition, précitée, que Cornu donne de l'obligation alimentaire, on découvre que celle-ci est le « devoir de verser des aliments résultant, soit de la loi (entre parents et alliés, C. civ. a. 203 s.), soit de la volonté individuelle (convention, legs) »¹⁵⁵, et que les aliments, quant à eux, sont les « choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent (ou allié) dans le besoin, en général sous la forme de pension, compte tenu des besoins et des ressources du créancier et du débiteur »¹⁵⁶. De ces quelques éléments de définition, sur lesquels nous reviendrons en détail dans cette partie, on peut dégager deux angles d'étude particuliers.

Le premier est la question de la détermination du cercle dans lequel va exister le lien alimentaire. Ce dernier est éminemment révélateur du modèle familial qu'entend promouvoir le droit de la famille : en effet, choisir quels seront les membres d'une même famille qui, soit par un lien de sang, soit par un lien d'alliance, sont jugés suffisamment proches pour qu'existe entre eux une obligation réciproque de se secourir, c'est aussi dessiner les contours d'un cercle familial jugé légitime, et à protéger, ou plutôt à stabiliser quoiqu'il arrive dans la vie des individus qui le composent. Cette détermination est donc particulièrement signifiante en termes de normativité. Or, comme nous avons pu l'évoquer, ce cercle n'a quasiment pas évolué depuis

¹⁵⁴ Lautréamont, *Les Chants de Maldoror*, Chant premier, GF Flammarion, rééd. 2021, p. 119. Précisons que cette citation n'est pas mobilisée à des fins d'approbation du propos tenu et des termes employés, mais bien comme contre-exemple, témoignage d'une conception dépassée et qui, aujourd'hui, a vocation à disparaître du droit de la famille.

¹⁵⁵ V. G. Cornu, préc., p. 55.

¹⁵⁶ *Idem*.

1804 : il sera donc particulièrement intéressant d'étudier en premier lieu les raisons qui ont présidé à la détermination initiale du cercle des obligés, mais également de confronter les évolutions sociologique de la famille à celles dudit cercle, et de chercher à les expliquer, tâchant de comprendre ce qui fonde, aujourd'hui, la solidarité, mais aussi le sens que prend la solidarité elle-même en droit de la famille. Ces développements feront l'objet d'un premier temps de réflexion : **Les évolutions du lien familial saisies par l'obligation alimentaire (Titre 1).**

Le second, une fois étudié le cercle dans lequel il existe, est l'étude de la solidarité familiale elle-même. En effet, si l'on peut globalement faire le constat que le cercle des obligés n'a que peu évolué, on ne peut pas en dire autant de l'obligation alimentaire elle-même. Il conviendra donc de s'interroger : qu'est-ce que l'obligation alimentaire, quel est son objet ? Peut-on encore parler d'obligation alimentaire, au singulier, quand de nouvelles formes de solidarités se développent ? En outre, les besoins évoluant, les aliments évoluent-ils de même ? Surtout, peut-on déceler, dans l'évolution des obligations alimentaires intrafamiliales, un changement de modèle familial, dont témoignerait en elle-même l'évolution du droit de la famille sur un plan technique ? De plus, il conviendra d'étudier les caractères de l'obligation alimentaire, ses conditions, afin d'en examiner le sens et d'en questionner l'opportunité, à l'heure actuelle. Toutes ces questions feront l'objet d'un second temps de réflexion : **Les évolutions de la solidarité familiale saisies par l'obligation alimentaire (Titre 2).**

TITRE 1. LES EVOLUTIONS DU LIEN FAMILIAL SAISIES PAR L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

26. La famille, au sens sociologique du terme, ne cesse aujourd'hui de connaître des mutations, nombreuses et profondes. Il suffit, pour s'en rendre compte, d'aller consulter l'étude que l'Insee a fait paraître en décembre 2015, intitulée *Couples et familles*¹⁵⁷. Cette étude se propose de « fournir une description des différentes formes de couples et de familles aujourd'hui en France », mettant en perspective, quand c'est possible, les données récentes avec des données datant des années 90, afin de mettre en évidence les évolutions intervenues. Cette étude donne à voir que, même si la famille dite traditionnelle¹⁵⁸ reste un modèle majoritaire¹⁵⁹, se développent de manière conséquente d'autres formes d'union. On peut ainsi évoquer le cas des familles monoparentales, essentiellement maternelles, dont le nombre a fortement progressé, jusqu'à représenter 21% des familles avec enfants mineurs en 2018. En 2020, cette proportion a encore augmenté, puisqu'il y a désormais 25% de familles monoparentales¹⁶⁰. De même, on assiste à une augmentation du nombre de familles recomposées : en 1999, elles représentaient 8,7% des familles avec enfants mineurs, 9,3% en 2011 et 11% en 2018¹⁶¹. Ces familles, que nous pourrions dire « atypiques » par rapport au modèle traditionnel, sont donc désormais légion, et transforment profondément la famille en tant que concept sociologique.

Dans le même temps, on observe une évolution du rôle de chacun dans la famille, une modification, pourrait-on dire, des épïcêtres familiaux, qui ne se fait pas, d'ailleurs, sans paradoxes. Ainsi, est souvent évoqué le repliement du groupe familial autour de la famille dite nucléaire, c'est-à-dire la « famille constituée autour du noyau parental et composée des parents et de leurs enfants »¹⁶² : le lien d'alliance serait battu en brèche¹⁶³, et la famille se recentrerait autour de la relation parents-enfants. Si ces constats, et nous y reviendrons, semblent

¹⁵⁷ Insee, *Couples et familles*, Insee références, décembre 2015. [Consultable en ligne : URL : <https://insee.fr/fr/statistiques/2017528>; page consultée pour la dernière fois le 30 septembre 2020].

¹⁵⁸ La famille traditionnelle étant ici entendue comme celle composée d'un couple marié, le cas échéant avec enfants.

¹⁵⁹ Nous entrerons plus avant dans les détails ultérieurement mais l'étude met ainsi en évidence que sur les deux tiers des adultes qui vivent en couple, 73% d'entre eux sont mariés, que sur les 7,8 millions de familles qui hébergent au moins un enfant mineur à la maison, « 70 % sont des « familles traditionnelles » (2 parents, mariés ou non, avec le(s) enfant(s) mineur(s) eus ensemble) » et enfin que « la moitié des familles avec enfant(s) mineur(s) est composée d'un couple marié avec ses enfants ». v. Le communiqué de presse accompagnant l'étude de l'Insee précitée [Consultable en ligne : URL : <https://www.insee.fr/fr/information/2127907>; page consultée pour la dernière fois le 30 septembre 2020]. En 2018, ce chiffre avait diminué, pour ne représenter que 68% des familles avec enfants mineurs. v. E. Algava, V. Vallès et K. Bloch pour l'Insee, « En 2018, 4 millions d'enfants mineurs vivent avec un seul de leurs parents au domicile », in *Insee première*, n° 1788, janvier 2020 [Consultable en ligne : URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4285341>; page consultée pour la dernière fois le 30 septembre 2020].

¹⁶⁰ V. E. Algava, K. Bloch, I. Robert-Bobée (pour l'Insee), « Les familles en 2020 : 25 % de familles monoparentales, 21 % de familles nombreuses », in *Insee Focus*, n°249, septembre 2021 [Consultable en ligne : URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5422681> ; page consultée pour la dernière fois le 26 janvier 2025].

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} édition.

¹⁶³ Et il est vrai, par exemple, que les « nouvelles formes de conjugalité » que sont le concubinage et le PACS ne créent pas, juridiquement, de lien d'alliance.

effectivement pertinents, il n'en demeure pas moins que nous assistons, dans le même temps, à un développement considérable de l'attention portée à la relation entre grands-parents et petits-enfants¹⁶⁴, ou encore aux relations qui peuvent exister au sein d'une fratrie, ou entre beaux-frères et belles-sœurs.

On observe, ainsi, deux mouvements qui pourraient presque sembler concurrents. Le premier est un mouvement de concentration du groupe familial sur le couple et ses enfants, sur la famille nucléaire qui peut, parfois, être perçue comme le nouveau cœur du droit de la famille (**Chapitre 1**). Le second, porté notamment par le développement de la parentalité, voit le groupe familial s'ouvrir à de nouveaux acteurs, jusqu'à questionner, parfois, les frontières de la notion juridique de famille (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le couple et ses enfants

Chapitre 2 : La parenté et les autres acteurs familiaux

¹⁶⁴ La CEDH a ainsi consacré la possibilité, pour les grands parents, d'invoquer le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Conv. EDH, v. CEDH 27 avril 2000, affaire L. c. Finlande, rq. n°25651/94.

Chapitre 1. Le couple et ses enfants

27. Si l'on considère la famille nucléaire comme l'un des cœurs de l'attention contemporaine, tant en matière de solidarité intrafamiliale qu'en matière de fonction normative du droit de la famille contemporain, il convient de s'intéresser à ses deux pôles, que sont le couple, d'une part, et ses enfants, d'autre part, pôles qui se développent en suivant des trajectoires singulièrement divergentes, du moins en apparence. C'est ainsi, notamment, que le droit des couples voit émerger des principes tenant à la reconnaissance d'une pluralité de modèles, et au développement de l'autonomie de la volonté, la liberté des membres étant particulièrement mise en avant (**Section 1**). Nous verrons ainsi qu'intervient, en matière de droit des couples, une reconnaissance progressive d'un pluralisme conjugal, qui vient interroger, en droit positif, la consistance des liens juridiques entre membres du couple, et particulièrement l'existence d'une obligation alimentaire y compris dans le couple non marié. Dans une approche prospective, il conviendra alors de questionner, pour l'écarter, l'opportunité qu'intervienne une obligation alimentaire unifiée qui participerait alors d'une forme de droit commun des couples.

Dans le même temps, on observe, s'agissant de la filiation, un attachement à la protection des droits de l'enfant, qui se manifeste particulièrement en matière alimentaire (**Section 2**). Nous constaterons ainsi que l'obligation alimentaire a, autrefois, servi de mécanisme modérateur à l'inégalité des filiations, afin de limiter les effets délétères d'une règle dont les conséquences venaient essentiellement peser sur les enfants. Ce faisant, nous pourrions interroger la fonction normative de l'obligation alimentaire elle-même, ainsi que son rôle au sein d'un droit de la famille rénové par la consécration de l'égalité des filiations.

Section 1 : Le couple

Section 2 : La filiation

Section 1. Le couple

28. L'appréhension contemporaine du couple par le droit de la famille a été considérablement renouvelée du fait du développement et de la reconnaissance juridique des nouvelles formes de conjugalité que sont le Pacs et le concubinage. Ces nouvelles formes de conjugalité posent la question de savoir ce qu'il advient, dans le développement de ce pluralisme conjugal, de l'obligation alimentaire. Existe-t-il, à l'instar de ce qui est le cas s'agissant du couple marié, une obligation alimentaire entre partenaires pacsés et entre concubins ? Pour répondre à cette interrogation, il convient, dans un premier temps, de revenir sur le développement du pluralisme conjugal (**Sous-section 1**), avant d'envisager, dans un second temps, la possibilité que l'obligation alimentaire puisse participer d'une forme de droit commun des couples (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Le développement du pluralisme conjugal

29. Comprendre l'apparition d'un pluralisme alimentaire impose de revenir aux origines de l'apparition, en droit français, du pluralisme familial. Le pluralisme, en matière familiale, était en effet tout à fait contraire à la philosophie initiale du Code civil de 1804, marqué par la prégnance d'un monisme originel en matière de modèle familial **(I)**. Ce n'est qu'ensuite, et notamment sous l'impulsion de Carbonnier, qu'intervient le développement du pluralisme conjugal, facteur indéniable de renouveau de l'analyse en matière d'obligation alimentaire, puisqu'il ouvre la voie à un pluralisme en matière de solidarité dans le couple **(II)**.

I) Le monisme originel du Code civil

30. Le droit de la famille français s'est construit comme un « droit du modèle »¹⁶⁵, se concrétisant dès la Révolution française puis lors de la rédaction du Code civil de 1804 par l'élaboration d'un modèle unique de modèle familial reconnu et défendu par le droit **(A)**. Par la suite, on verra, notamment sous l'impulsion du doyen Carbonnier, le monisme partiellement remis en cause par l'apparition d'un premier pluralisme familial, sans pour autant que celui-ci conduise à l'apparition d'un pluralisme conjugal **(B)**.

A) En 1804 : un droit du modèle

31. « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation ». C'est ainsi qu'est rédigé le premier article de la *loi n°94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille*, dans une formulation qui reflète l'attachement traditionnel du législateur et, par-delà lui, de l'État à la famille et à son rôle. Les formules sont nombreuses qui se font les témoins de cette conception traditionnelle : les révolutionnaires, dans la Constitution de 1795, avaient ainsi énoncé que « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux »¹⁶⁶, et Portalis faisait de la famille « la pépinière de l'État », « la source et la base de la grande société civile » ou encore « le berceau de l'État »¹⁶⁷. Bonaparte, lorsqu'il se mariera, déclarera à Letourneur, alors Président du directoire : « C'est un nouveau lien qui m'attache à la patrie ; c'est un gage de plus de ma ferme résolution de ne trouver de salut que dans la République »¹⁶⁸.

Les sorts de la famille et de l'État, du membre de la famille et du citoyen, sont étroitement liés¹⁶⁹, ce qui explique, que sous la plume de Portalis et dans l'esprit du législateur de l'aube du XIX^{ème} siècle, existe un interventionnisme étatique en matière familiale. En effet, puisque « chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe

¹⁶⁵ Pour reprendre l'expression d'I. Théry, dans son ouvrage précité *Le démariage - Justice et vie privée*, spéc. p. 59.

¹⁶⁶ *Constitution de la République française du 5 fructidor an III*, « Devoirs », Article 4. On notera, évidemment, le caractère profondément patriarcal de ce texte, en ce sens qu'il est le témoignage d'un « type d'organisation sociale où l'autorité domestique et l'autorité politique sont exercées par les hommes chefs de famille » (v. la définition de patriarcat, TLF).

¹⁶⁷ V. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX*, 1801.

¹⁶⁸ Lettre du 26 ventôse an IV, citée par X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », in *RTC Civ.* 2003, p. 247.

¹⁶⁹ Comme l'explique Monsieur le professeur Lemouland, « La construction de l'État s'accompagne de la construction "d'une sorte de transcendantal historique commun, immanent à tous ses sujets" [citation empruntée à P. Bourdieu, *Raisons pratiques, Sur la théorie de l'action*, 1994, p. 126]. La famille fait partie des consécration symboliques. Pour certains, elle n'est qu'une sorte d'idéologie politique désignant une configuration valorisée de relations sociales. Mais à ce titre elle joue un rôle déterminant dans le maintien de l'ordre social car elle est un instrument de construction de la réalité sociale. C'est peut-être une fiction. Mais c'est une fiction qui se fonde sur la garantie de l'État ». v. J.-J. Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », in *Dalloz* 1997, Chronique, p. 133, spéc. p. 135.

à la grande famille qui les comprend toutes » et que « les vertus domestiques sont toutes les vertus des citoyens »¹⁷⁰, il importait que l'État puisse intervenir, pour imposer le modèle qui lui semblait être le plus à même d'assurer, dans et par la famille, ses intérêts, et l'émergence de bons citoyens. On retrouve cette idée résumée sous la plume de Monsieur Masson :

« Parce que la famille est la source de toute société et que le corps social, dans l'approche jacobine dominante depuis la Révolution française, est supposé régi, voire incarné par l'État, il n'est pas étonnant que le second revendique le monopole sur la première. Qu'il le fasse à fin d'autoconservation, c'est possible – d'aucuns, volontiers anarchistes ou libéraux, le soutiendront. Toujours est-il que « la famille importe trop à l'État pour que celui-ci se désintéresse de ce qui la concerne »¹⁷¹. [...] Il [L'État] est [...] mû par une certaine vision, anthropologique et philosophique, de la famille, possiblement variable dans le temps ; l'ordre public familial dispose donc d'une « infrastructure », d'un sous-bassement de valeurs, d'une finalité. Classiquement, cette infrastructure est holiste ou socialisante. La famille est conçue comme une cellule sociale à part entière - non pas comme un agrégat d'individus - et c'est à la défense de cette cellule que sont ordonnées les règles d'ordre public. Si, par exemple, les époux sont soumis à un devoir impératif de fidélité (C. civ., art. 212), c'est qu'il ne faut pas que leur union, partant leur foyer, se disloque ; de même, si le mariage homosexuel fut longtemps impensable (C. civ., art. 75 et 144 anc.), c'est que l'union conjugale était conçue comme la base de la perpétuation de l'espèce, comme la condition de la régénération du corps social »¹⁷².

32. Ces conceptions ne pouvaient que conduire à ce que soit exercée de manière assez directe la fonction normative en droit de la famille, se traduisant par l'élaboration d'un système basé sur le monisme en matière familiale, où un seul modèle était reconnu et défendu par le Code civil, à savoir le couple composé d'un homme et d'une femme, marié¹⁷³ – en témoigne le mot célèbre attribué à Bonaparte : « les concubins se passent de la loi ; la loi se passe d'eux » – et ayant des enfants conçus dans le cadre du mariage – en témoigne la distinction effectuée dans le Code civil de 1804 entre les enfants légitimes, naturels et incestueux. L'intention normative du codificateur de 1804 était donc claire, et marquait une préférence affichée pour une famille

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ V. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, 2^e édition, LGDJ, 1954, n° 8.

¹⁷² V. C. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », in *RTD civ.* 2018, p. 809

¹⁷³ Qui n'est d'ailleurs pas tout à fait exact dans la mesure où cette formule affiche une forme de neutralité ne correspondant pas à l'intention du législateur, lequel voulait au contraire agir contre le concubinage. La lecture des travaux préparatoires du Code civil le révèle à plusieurs reprises. Ainsi est-il relevé, par exemple que « M. TRONCHET [...] dit que, dans les grandes villes sur tout il n'est pas rare de voir des individus qui, sans être mariés se font, par rapport au mariage, une sorte de possession d'état ; quelquefois même ils la corroborent par un contrat de mariage et par les qualités qu'ils prennent dans les actes. Ne pas sévir contre eux ce serait faciliter le concubinage » (V. P.-A. Fenet, *préc.*, p. 93).

traditionnelle, hiérarchisée et placée sous l'autorité du père de famille (auquel les enfants devaient respect et obéissance¹⁷⁴) et mari (investi par le Code Napoléon de la *potestas maritalis*, la puissance maritale qui faisait du père et du mari le seul chef de famille¹⁷⁵). Comme l'explique Monsieur le professeur Lemouland : « Le droit de la Révolution était un droit de principes. Celui du Code civil de 1804 a imposé un modèle, celui de la famille légitime, patriarcale, autoritaire... et bourgeoise. Le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et celui par consentement mutuel n'est maintenu qu'à contrecœur. Le modèle est achevé en 1816 par la Restauration, qui supprime totalement le divorce »¹⁷⁶.

33. Dans ce contexte, il est presque paradoxal, et en tout cas significatif, que les pères du Code civil n'aient pas désiré définir la famille en tant que telle, et encore moins le mariage, dont ils ont pourtant fait l'*alpha* et l'*omega* de l'architecture du droit de la famille. Puisqu'il s'agissait d'affirmer la légitimité d'une seule forme de famille, autour d'une figure juridique seule reconnue comme à même de faire accéder les familles qui l'adoptaient à cette légitimité, on aurait pu supposer que le Code civil ferait acte de définition. Or, à la lecture des travaux préparatoires du Code civil de 1804, il apparaît au contraire que les questions, et plus encore peut-être les indéterminations, sont plus nombreuses que les certitudes, et qu'elles s'éclairent au prisme de l'histoire¹⁷⁷ : contrat ou institution, d'inspiration religieuse ou purement laïque, voué à l'éternité ou non, etc. C'est ainsi qu'on peut, à l'instar de Monsieur le professeur Libchaber, s'interroger :

« Qu'est-ce que le mariage civil ? À la vérité, le plus étonnant n'est pas dans la question, mais dans l'absence de réponse claire. On sait qu'il s'agit d'une institution récente, que le doyen Carbonnier considérait comme la "gloire cachée de la Révolution française"¹⁷⁸. Mais ce

¹⁷⁴ On en retrouve l'explication dans le *Discours préliminaire* : « Les enfants doivent être soumis au père ; mais celui-ci ne doit écouter que la voix de la nature, la plus douce et la plus tendre de toutes les voix. Son nom est à la fois un nom d'amour, de dignité et de puissance ; et sa magistrature, qui a été si religieusement appelée piété paternelle, ne comporte d'autre sévérité que celle qui peut ramener le repentir dans un cœur égaré, et qui a moins pour objet d'infliger une peine que de faire mériter le pardon. Avec la majorité des enfants la puissance des pères cesse ; mais elle ne cesse que dans ses effets civils : le respect et la reconnaissance continuent à exiger des égards et des devoirs que le législateur ne commande plus ; et la déférence des enfants pour leurs auteurs de leurs jours est alors l'ouvrage des mœurs plutôt que celui des lois ». v. J.-E.-M. Portalis, préc.

¹⁷⁵ Ainsi Portalis peut-il déclarer : « Nous sommes entrés dans les détails du gouvernement de la famille. Le mari est le chef de ce gouvernement. La femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. Celui-ci administre tout, il surveille tout, les biens et les mœurs de sa compagne » même si le propos est modéré par la suite : « mais l'administration du mari doit être sage, et sa surveillance modérée ; l'influence du mari se résout bien plus en protection qu'en autorité : c'est le plus fort qui est appelé à défendre et à soutenir le plus faible ». v. J.-E.-M. Portalis, préc.

¹⁷⁶ V. J.-J. Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », préc.

¹⁷⁷ V. not. A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, Lexis Nexis, 2017, not. p. 33 s. et p. 55 s. Le mariage tel qu'il émerge en 1804 est le résultat d'un mouvement, sous forme de flux et de reflux, de christianisation puis de sécularisation du mariage, qui ont été, dans les deux cas, assez relatifs, jusque dans les questions les plus récentes où le mouvement de sécularisation de l'institution maritale a vu se « réveiller » une opposition à laquelle peu s'attendaient, à l'occasion de l'élaboration de la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, et qui a révélé combien le processus de sécularisation du droit, et notamment du mariage, était relative. Sur ce dernier point, v. P. Portier et I. Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisation catholiques », in *Sociologie*, n°1, volume 6, 2015.

¹⁷⁸ V. J. Carbonnier, « Sur un air de famille », in I. Théry et Chr. Biet (dir), *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1989, p. XVI.

mariage civil, ce mariage laïcisé, n'a pas été défini : sortant de la tradition pour être appréhendé par la législation révolutionnaire, il n'a fait l'objet d'aucune élaboration qui en eût établi la singularité. Exactement comme si la catégorie *mariage* relevait d'une conception en soi, transcendant aussi bien les formes que le contenu de l'engagement des époux. De même qu'une vente peut être civile ou commerciale, internationale ou administrative, sans cesser d'être une vente, le mariage pourrait être soustrait aux formes religieuses sans cesser d'être un mariage. C'est ce qui permet, en 1804, de ne pas s'interroger sur le mariage que le Code élaborait. Geste d'esquive qui s'est d'ailleurs maintenu : aujourd'hui encore, les auteurs se désintéressent de l'essence du mariage, de ses finalités, se bornant à en interroger la nature – contrat ou institution »¹⁷⁹.

Il en résulte que le droit français de la famille s'est, dès l'époque révolutionnaire, construit sur le modèle qu'est le mariage, demeurant non défini en lui-même, et qu'on ne découvre qu'en creux des droits et devoirs qu'il fait naître, des règles qui l'encadrent. Il est classique de le relever, et la question du mariage l'éclaire de manière particulièrement vive, le Code civil est une œuvre transactionnelle, de compromis. En effet, si on peut faire remonter l'origine du mariage civil à la loi du 20 septembre 1792, force est de constater que les choix qui furent effectués lors de la rédaction du Code civil prennent leur sens en ce qu'ils constituent, en quelque sorte, une forme de synthèse entre les choix politiques effectués, en la matière, lors de la Révolution française, d'une part, et les conceptions plus traditionnelles qui avaient cours sous l'Ancien régime, d'autre part.

34. On ne peut par ailleurs pas comprendre les rapports complexes qu'entretient le mariage civil avec son héritage religieux sans garder à l'esprit qu'une des raisons ayant motivé la création du mariage civil et du divorce est la proclamation par les révolutionnaires de la liberté de conscience et de culte¹⁸⁰, la volonté de revenir sur les excès causés par les guerres de religion en France¹⁸¹, mais aussi, pour ce qui est du droit positif en vigueur au moment de la Révolution française, la révocation de l'Édit de Nantes par Louis XIV lorsqu'il promulgue l'Édit de Fontainebleau du 18 octobre 1685, et le monopole de l'Église catholique, en France,

¹⁷⁹ V. R. Libchaber, « La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 325 s., spéc. p. 327 s. L'auteur poursuit d'ailleurs en citant l'incontournable propos du Doyen Carbonnier, déjà évoqué ici : « le Code civil n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des individus adultes » (v. J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002, p. 391).

¹⁸⁰ Notamment en raison du fait que seul le dogme catholique inscrivait l'indissolubilité dans le mariage, au contraire notamment du protestantisme et, dans une moindre mesure, du judaïsme. Sur ce point, v. I. Théry, *Le démariage - Justice et vie privée*, préc. ; spéc. p. 29 s. V. également P.-A. Fenet, préc. par. ex. p. 469, ou encore p. 498 s.

¹⁸¹ Le droit de la famille étant ici notamment mobilisé d'un point de vue symbolique, afin de marquer un changement d'attitude à l'égard des minorités qui avaient payé au cours des siècles un lourd tribut à l'intolérance religieuse et au « joug catholique » à l'œuvre en France.

en matière d'état civil, ce qui, *de facto*, conduisait à ce que seul soit admis le mariage catholique, comme l'explique Madame la professeure Hermon-Belot :

« Une ordonnance royale de 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterêts, avait confié à l'Église la tenue de registres paroissiaux portant mention des baptêmes, mariages et décès. Celle-ci disposait par là d'un puissant moyen de contrôle du tissu social et put imposer sa conception du mariage dont le concile de Latran de 1215 avait fait un sacrement indissoluble. [...] Pour les non-catholiques, ces dispositions conjuguèrent plusieurs types d'effets discriminatoires. Les quelque 750 000 protestants du royaume, dépourvus de toute existence légale depuis la révocation de l'édit de Nantes en 1685, ne pouvaient faire célébrer baptêmes et mariages que par le curé du lieu. Et ils ne pouvaient pas non plus divorcer, ce que leur religion ne leur interdisait nullement, car elle ne considère pas le mariage comme un sacrement. La seule alternative, de plus en plus activement préconisée par les pasteurs, consistait en mariages "au désert". En sus du risque encouru lors de ces cérémonies clandestines, ces unions ne pouvaient en aucun cas attester du lien matrimonial et donc de la filiation. Les enfants qui en étaient issus étaient considérés comme illégitimes et privés de tout droit à héritage »¹⁸².

Il y avait certes eu un frémissement à la période pré-révolutionnaire, comme le relève l'autrice :

« Accédant au trône en 1774, Louis XVI confiait à son ministre Malesherbes le dossier du mariage des protestants. Il y aura fallu près de treize ans de travail et de luttes. C'est assez abusivement que l'édit de novembre 1787 a été dit "édit de tolérance", mais il instituait en France une première forme de mariage et d'état des personnes qui ne soit pas foncièrement catholique. Le mariage restait certes indissoluble, mais pouvait être, au choix des parties, célébré par un prêtre catholique, n'opérant ici que comme officier d'état civil, ou encore par un juge royal. Les protestants disposaient ainsi d'une forme d'union qui assurait leur filiation et leur existence civile »¹⁸³.

35. L'irruption de la Révolution française allait empêcher l'observation d'effets profonds de cette évolution – par ailleurs toute relative, car l'édit de novembre 1787 demeure

¹⁸² V. R. Hermon-Belot, « La révolution du mariage civil », in *L'histoire*, mensuel 420, février 2016.

¹⁸³ *Idem*. Notons néanmoins qu'est ici évoqué le libre choix des parties de recourir pour contracter mariage, soit à un prêtre catholique, soit à un juge royal, mais il faut bien préciser, ce que la lecture dudit édit révèle, que celui-ci existe uniquement pour les sujets non catholiques. Ce qui est créé est donc une exception (l'édit évoque à ce titre les mariages « contractés et célébrés en la forme ordinaires par [les] sujets catholiques ») et non un régime unifié de mariage pour les sujets, quelle que soit leur confession.

très restrictif¹⁸⁴ – dans les mœurs¹⁸⁵, mais les révolutionnaires n’allaient pas oublier de s’emparer du sujet, en premier lieu lors de la rédaction de la Constitution du 3 septembre 1792, laquelle prévoit en son Titre 2, article 7, que : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes ». En second lieu, interviendra le *Décret qui détermine le mode de constater l’état civil des citoyens adopté par l’Assemblée législative le 20 septembre 1792*, plus couramment appelé loi du 20 septembre 1792, qui allait concrétiser cet engagement.

36. Cherchant à construire l’avenir de la nation sans faire pour autant table rase du passé, le Code civil de 1804 se trouve donc au confluent de ces influences diverses. La question était donc essentielle et double : il s’agissait, d’une part, de laïciser le mariage et d’autre part de rendre à l’État la gestion d’un état civil¹⁸⁶. Dès lors, on y retrouve une conception du mariage qui utilise le truchement du droit naturel, pour dépasser l’opposition classique entre contrat civil et sacrement religieux¹⁸⁷. Cependant, si le droit naturel est un argument qui ne manque pas de force d’un point de vue strictement rhétorique, il a l’inconvénient de brouiller considérablement les pistes lorsqu’il s’agit d’analyser la nature même du mariage.

Ainsi Portalis peut-il affirmer que « le mariage est un contrat perpétuel par sa destination »¹⁸⁸, posant le principe de l’indissolubilité de « nature » du mariage, sans s’appuyer

¹⁸⁴ Ainsi G. Saupin note-t-il : « L’édit du 19 novembre 1787, concernant « ceux qui ne font pas profession de la religion catholique », légalise ainsi l’existence civile des protestants en instituant le mariage civil et en légitimant les enfants des unions antérieures non enregistrées, sans rien céder ni sur la liberté de culte, ni sur l’égalité d’accès à la fonction publique. Cette régulation purement administrative n’a donc que des liens très lointains avec une vision positive de la notion de tolérance puisqu’il ne s’agit même pas d’un retour au niveau de l’édit de Nantes. Tout au plus peut-elle être associée à une politique de concorde, c’est-à-dire à la souffrance d’un état de fait jugé négatif en attendant que la dynamique de l’unité religieuse préservée le fasse disparaître complètement. Belle naïveté ou aveuglement de la part de l’État monarchique après un siècle de pression administrative à la productivité très réduite et face à une évolution de la culture politique totalement contradictoire. Ou plutôt, faiblesse d’une monarchie en crise devant les exigences des forces conservatrices ! ». V. G. Saupin, *Naissance de la tolérance en Europe aux Temps modernes – XVI^e - XVIII^e siècle*, Presses universitaires de Rennes, 1998, p. 150.

¹⁸⁵ Même si l’évolution induite par l’édit de novembre 1787 n’a pas manqué d’être remarquée et saluée par certains. En témoigne, par exemple, une *Ode Sur l’état civil accordé aux Protestants par Louis XVI*, œuvre de M. le Chevalier De Bonnard, Officier au Régiment de Bretagne, publiée en 1787, et qui commence ainsi : « Du Ciel la justice infinie / Qui guide le meilleur des Rois / Confond le fanatisme impie / Qui longtemps égara nos loix. / Le premier Sénat de la France / Enorgueilli de la présence / Du juste & bienfaisant LOUIS / Par une immortelle sentence / Va faire asseoir la tolérance / Sur le Trône auguste des Lys. / O vous, malheureuses victimes ! / Revenez, illustres proscrits / Jouir de vos droits légitimes / Bienfait du plus grand des HENRIS / Sous des auspices plus prospères / Eh ! pour toujours vivons en frères ! ».

¹⁸⁶ La loi du 20 septembre 1792 consacre ainsi ses premiers Titres à la question de l’état civil, le mariage n’étant envisagé qu’au Titre IV.

¹⁸⁷ Comme le reconnaît lui-même Portalis : « Ce n’est que dans ces derniers temps que l’on a eu des idées précises sur le mariage. Le mélange des institutions civiles et des institutions religieuses avait obscurci les premières notions. Quelques théologiens ne voyaient dans le mariage que le *sacrement* ; la plupart des juristes n’y voyaient que le *contrat civil*. Quelques auteurs faisaient du mariage une espèce d’acte mixte, qui renferme à la fois un contrat civil et un contrat ecclésiastique. La loi naturelle n’était comptée pour rien dans le premier et plus grand acte de la nature. [...] Nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l’établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n’est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l’attention des législateurs, et que la religion a sanctifié ». V. J.-E.-M. Portalis, *préc.*

¹⁸⁸ *Idem.* V. également, dans le même discours : « Le vœu de la perpétuité dans le mariage étant le vœu même de la nature, il faut que les lois opposent un frein salutaire aux passions, il faut qu’elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice, de l’inconstance, ou qu’il ne devienne même l’objet de toutes les honteuses spéculations d’une basse avidité ». Pour entrer plus avant dans les

sur les origines religieuses de ce principe – mais sans les renier, puisqu’il affirme que « dans nos temps modernes, ce sont surtout les doctrines religieuses qui ont influé sur les lois du divorce » ; de la même manière, on le verra déclarer que « le mariage est donc aujourd’hui ce qu’il a toujours été, un acte naturel, nécessaire, institué par le Créateur lui-même »¹⁸⁹ – tout en affirmant la nature contractuelle du mariage, sans plus la préciser. L’héritage du mariage religieux cependant n’est jamais loin, qui continue à faire figure de modèle dans l’esprit des pères du Code civil, héritage qu’ils ont tâché, autant que faire se peut, de dissimuler, au moment d’établir et de codifier un mariage civil au lendemain de la Révolution française¹⁹⁰, pourtant présent à leur esprit et visible sous leur plume, bien qu’ils s’en défendent. Ailleurs, Portalis précise par exemple que :

« Ce contrat n'est pas purement civil, quoi qu'en disent les jurisconsultes ; il a son principe dans la nature, qui a daigné nous associer en ce point au grand ouvrage de la création, il est inspiré, et souvent commandé par la nature même. Ce contrat n'est pas non plus un pur acte religieux, puisqu'il a précédé l'institution de tous les sacrements, et l'établissement de toutes les religions positives, et qu'il date d'aussi loin que l'homme. Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée »¹⁹¹.

De plus, il est notable que la question de ce qu’est le mariage trouve également une réponse dans les mots employés. Comme nous l’avons évoqué, les mots « nature », « contrat » et la question du « consentement » reviennent régulièrement dans les travaux préparatoires. En regard, on trouve fort peu d’occurrences des mots « sentiments », ou « amour » : le mariage serait donc affaire de tendances naturelles qu’il conviendrait d’encadrer par des règles légales basées sur le contrat et le consentement, sous la houlette principale de la liberté et de la puissance paternelle. Ce que l’on peut donc affirmer, sans crainte, c’est que le mariage tel que

détails, v. S. Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », in *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, n°2, 2012, p. 74.

¹⁸⁹ V. P.-A. Fenet, préc., p. 141.

¹⁹⁰ Comme le relève R. Libchaber, « Un spectre hantait [le] mariage civil : son ancêtre catholique, qui le surdéterminait à la façon d’un modèle. Se poser la question de sa définition, c’était devoir faire l’impossible aveu de la dette catholique. Or cette filiation pourrait être la clef des évolutions de la législation du mariage, des difficultés qu’elle rencontre désormais. Plus le mariage se modifie de l’intérieur, et plus il prend ses distances à l’égard du modèle catholique où il trouve sa source. S’écarter de toute transcendance, rompant avec la perspective d’un au-delà, il se “civilise” au sens propre du terme. Ce faisant, il acquiert sans doute un visage propre, mais non une signification identifiable, incontestable. Il apparaît ainsi, progressivement, comme une institution incertaine, en quête d’une définition – ou seulement d’une raison d’être qui échappe à la tradition comme à la religion ». V. R. Libchaber, « La notion de mariage civil », préc., p. 328.

¹⁹¹ V. P.-A. Fenet, préc., p. 140. On y lit donc une vision presque transcendante de ce qu’est le couple, qui n’est pas sans rappeler le propos bien connus d’A. de Musset : « Tous les hommes sont menteurs, inconstants, faux, bavards, hypocrites, orgueilleux et lâches, méprisables et sensuels ; toutes les femmes sont perfides, artificieuses, vaniteuses, curieuses et dépravées ; le monde n’est qu’un égout sans fond où les phoques les plus informes rampent et se tordent sur des montagnes de fange ; mais il y a au monde une chose sainte et sublime, c’est l’union de deux de ces êtres si imparfaits et si affreux ». V. A. de Musset, *On ne badine pas avec l’amour*, Acte II, Scène 4.

dessiné par le Code civil de 1804 est l'union d'un homme et d'une femme, dont l'existence juridique procède de l'accord de volonté des époux, dans le cadre d'un « rite, scellé par l'État »¹⁹², qui crée une famille unie par le sang, par l'union conjugale et par l'alliance, et qu'il est le seul à même de légitimer et l'union et les enfants qui en naîtront.

37. Dans ce cadre, émerge sous la plume de rédacteurs du Code civil un ensemble de droits et d'obligations, que nous avons déjà pu esquisser, et comprenant notamment l'essentiel de ce qui est aujourd'hui le régime primaire impératif : obligation alimentaire intrafamiliale et devoir parental d'entretien et d'éducation des enfants aux articles 203 et suivants du Code civil, devoirs de fidélité, de secours et d'assistance des époux à l'article 212, notamment. Se retrouve donc ici l'ensemble originel des obligations alimentaires : obligation alimentaire classique entre parents et alliés, devoir parental d'entretien, et devoir de secours entre époux. À ceux-ci s'ajoutent des droits et devoirs témoignant de l'organisation patriarcale de cette famille légitime, seule consacrée et reconnue en 1804 : ainsi de l'article 213, qui dispose que « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » ; de l'article 214, qui dispose que « La femme est obligée de vivre avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » ; et des articles qui suivent, qui prévoient diverses hypothèses dans laquelle la femme mariée, du fait de cet état, est frappée d'incapacité, ou contrainte de demander pour agir l'accord de son époux¹⁹³. Les articles 371 et suivants du Code civil, consacrés à la puissance paternelle et conférant au seul père l'autorité sur les enfants¹⁹⁴, achèvent de dessiner le modèle originaire de la famille légitime, placée, donc, sous le double patronage du père et époux.

38. Par la suite, le visage de cette famille évoluera assez peu, d'un point de vue légal, du moins dans ses principes, à quelques exceptions près, comme la suppression du divorce par la loi de Bonald le 8 mai 1816, avant que ce dernier soit réintroduit le 27 juillet 1884 par la loi Naquet. Pour l'essentiel, les principes ne sont pas remis en cause. Il y a certes des modifications

¹⁹² V. J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc., p. 1140 ; lequel relève également, à la même page : « En combinant ces trois éléments essentiels, on retrouvera la définition très sobre d'Aubry et Rau : l'union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. On pourrait dire aussi, plus explicitement : l'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort (que l'engagement initial ne soit pas toujours tenu ne change rien au sens de l'acte initial) ; de l'accord des volontés sort un lien durable, le *lien conjugal* ».

¹⁹³ Non sans que soit prévue par le Code civil la possibilité pour l'épouse, en cas de refus de son époux de l'autoriser par exemple à ester en justice ou à passer un acte, ou encore lorsque son époux est interdit ou absent, de solliciter un juge pour obtenir ladite autorisation.

¹⁹⁴ V. dans le Code civil de 1804, les articles 371 (« L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »), 372 (« Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ») et 373 (« Le père seul exerce cette autorité durant le mariage »).

qui interviennent¹⁹⁵, mais elles ne font, d'une certaine manière, qu'adapter les solutions techniques, sans remettre en cause le modèle adopté, et encore moins le principe moniste qui sous-tend le droit de la famille français. Bien au contraire :

« L'État entend jouer un rôle de plus en plus important dans les familles. Non seulement il prend en charge l'instruction des enfants – au besoin leur encadrement par des mesures d'assistance éducative – mais encore, il met en place une politique familiale (allocations familiales en 1932, prestations sociales diverses en 1944, allocation logement en 1948) ; le décret-loi du 29 juillet 1939 promulgue un Code de la famille. Cette "étatisation" de la famille ne laisse pas d'inquiéter certains : où s'arrête l'assistance ? Où commence le contrôle ? D'autant que, si les nécessités démographiques de l'époque expliquent une telle attention, l'intervention se développe en des temps où les régimes totalitaires pèsent de tout leur poids sur les individus »¹⁹⁶.

L'interventionnisme étatique en matière familiale est donc fort, et la normativité du modèle choisi renforcée. Cette logique connaîtra pourtant une première remise en cause par l'œuvre législative de Carbonnier.

B) L'apparition du pluralisme familial

39. Les années 1960, dont on sait combien elles furent une époque de bouleversements et de revendications multiples¹⁹⁷, ne pouvaient laisser le droit, et notamment le droit de la famille, indifférents. C'est pourquoi, sans être remis en cause dans son principe, le modèle familial proposé par le droit français fut adapté pour correspondre mieux aux aspirations du temps : c'est là le sens principal de la « marche des neufs sœurs »¹⁹⁸, pour reprendre le terme employé par le Doyen Carbonnier pour désigner les neufs lois qui, de la *Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à*

¹⁹⁵ Ainsi, par exemple de la création d'une action en recherche de paternité naturelle par la loi du 16 décembre 1912 ou de l'amélioration des droits successoraux des enfants nés hors mariage.

¹⁹⁶ H. Fulchiron et Ph. Malaurie, « Evolution du droit français de la famille », in *Deffrénois*, 15 juillet 2009, n°13, p. 1347, point n°4.

¹⁹⁷ Que l'on songe ici aux révolutions culturelles considérables que connaissent les domaines de la musique (c'est la décennie de la Beatlemania, de la British invasion, ou encore du festival de Woodstock) ou de l'art et de la mode en général (c'est l'apparition de la Nouvelle Vague, du Pop-art ou de la minijupe, pour ne citer que quelques exemples). La révolution technologique est également considérable : que l'on pense, par exemple, à la conquête spatiale, en ces années qui s'ouvrirent par les exploits de Youri Gagarine et s'achevèrent avec ceux de Neil Armstrong et Buzz Aldrin. Le contexte politique connaît de multiples bouleversements : c'est l'époque de la décolonisation, du Concile Vatican II ou du Printemps de Prague, des événements de Mai 68 évidemment, ou encore du mouvement hippie. Le climat est donc particulièrement propice aux revendications, qu'elles soient le fait de la jeunesse dans son ensemble, des mouvements féministes (on peut penser ici à certaines évolutions telles que la loi Neuwirth de 1967, qui a considérablement changé le regard sur le droit de la femme à disposer de son corps, ainsi que sur la sexualité), des peuples colonisés et autres minorités opprimées, ou encore de la communauté LGBT+ (dont il est généralement admis que la naissance en tant que mouvement militant remonte aux émeutes de Stonewall).

¹⁹⁸ V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., p. 13.

l'émancipation à la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, sont venues moderniser le droit de la famille afin de le mettre « en harmonie avec la société »¹⁹⁹. Ces lois de modernisation, malgré les transformations profondes qu'elles introduisent en droit français, n'emportent pas de remise en cause du monisme qui règne en matière de modèle familial, du moins pas directement, même si elles accueillent le pluralisme à bien d'autres égards : pluralisme des régimes matrimoniaux par la *Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, pluralisme des modes de séparation par la loi du 11 juillet 1975, maintien du pluralisme des filiations par la *Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation*.

40. Le pluralisme s'affirme donc, par les lois Carbonnier, en droit de la famille, mais pas en matière de modèles de couples, puisque celles-ci ne remettent pas en cause l'existence d'un modèle familial unique dont seules les modalités peuvent être aménagées. Certes, on a pu parler, à propos de l'apparition d'un pluralisme légal en matière familiale, de « rupture fondamentale avec la cohérence du Code civil de 1804, droit du modèle visant à organiser la promotion et la défense d'un seul modèle de famille, la famille légitime fondée sur le mariage-institution »²⁰⁰ au sujet des réformes de 1965 et 1975, et le Doyen Carbonnier a pu expliquer que, selon lui : « le législateur, ayant enregistré la divergence des choix et l'incertitude des observations, a renoncé à privilégier un schéma familial au détriment des autres [...]. En somme, s'il y avait quelque chose de neuf dans les réformes du droit de la famille, ce ne serait pas leur conception de la famille, ce serait leur conception du droit »²⁰¹.

41. Néanmoins, d'une part, ces lois ne renoncent pas à l'idée de modèle, Carbonnier qualifiant lui-même la communauté réduite aux acquêts de « nouveau modèle matrimonial », et présentant les autres régimes matrimoniaux envisagés par la loi de 1965 comme une liberté consentie en faveur des « dissidents »²⁰². Choisir un régime matrimonial supplétif, qui

199 V. H. Fulchiron et Ph. Malaurie, préc., point n°5.

200 v. I. Théry, *Le démariage - Justice et vie privée*, préc., p. 94 s.

201 V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., p. 94 s. Et il est vrai qu'on ne peut nier les profondes transformations et ouvertures effectuées lors des grandes réformes : comme l'expose Carbonnier lui-même, « Les textes réformateurs ont mis résolument sur la diversité de la France, sur la pluralité des tempéraments, des convictions, des traditions. Ils ont multiplié les options ; ils ont ouvert la porte aux conventions privées, outils de diversification, dans des domaines que l'on aurait cru murés par l'ordre public. [...] Nous avons désormais quatre manières de sortir du mariage par divorce : une pour les batailleurs, une pour les insensibles, une pour ceux qui savent ce qu'ils veulent, une encore pour ceux qui ne le savent pas trop – sans préjudice de la séparation de corps, maintenue contre les vents unitaires, comme divorce des catholiques. Et il y a parallèlement, pour s'installer en ménage, trois grandes variétés de régime matrimonial, sans compter les variantes » (*idem*, p. 96).

202 *Idem*, p. 27. Carbonnier explicite sa pensée, en poursuivant : « Un modèle est un idéal dessiné à partir d'un *consensus*. Mais il n'est pas de *consensus* qui n'ait ses dissidences, pas d'idéal qui n'essouffle le réel. [...] Dans une même société, des variétés déviantes peuvent coexister avec le type prédominant de famille. Certes la plupart des ménages qui se fondent ne se donnent pas une charte de leur façon : ils imitent celle de leurs parents ou de leurs amis. On peut assister, néanmoins, à des phénomènes d'originalité, dont l'explication psychologique est facile : c'est que, de leur nature, les sentiments par lesquels le couple se forme portent en eux la nécessaire illusion d'une aventure à nulle autre pareille. Aux intéressés, donc, de choisir leurs modèles, et la loi leur en offre un éventail : pour les esprits avancés, la séparation de biens ; pour ceux qui ont des prédispositions mathématiques, la participation aux acquêts ; pour les sentimentaux, la clause de main commune ; pour les nostalgiques du passé, sous l'appellation neutre de l'unité d'administration (art. 1505-1510), la possibilité de restaurer un fragment de la communauté ancien style, en remplaçant la femme sous l'autorité maritale quant à la jouissance et à la gestion de ses propres ».

s'applique par défaut, est une œuvre éminemment normative²⁰³ : lorsqu'il l'élabore, pour les époux qui n'ont pas pu ou pas souhaité exercer leur liberté conventionnelle en matière matrimoniale, le législateur dessine un modèle, et s'engage dans la conception et la promotion d'un modèle qu'il juge certes adapté aux attentes et besoins de la majorité des citoyens, mais également être le meilleur pour eux, et pour la société dans son ensemble car le régime matrimonial a nécessairement de profondes conséquences sur les membres du corps social extérieurs au couple *stricto sensu*²⁰⁴, ce qui implique de sa part des considérations non seulement techniques, mais également axiologiques.

Comme l'explique Carbonnier : « Tout régime matrimonial dit de droit commun – tout régime matrimonial que la loi déclare applicable de plein droit aux ménages qui n'ont pas manifesté de volonté contraire – a la signification d'un modèle social, d'un modèle où la société exprime son idéal quant aux relations pécuniaires entre les époux » même s'il concède²⁰⁵ qu'« un tel modèle est conditionné par tout un milieu environnant, matériel et moral »²⁰⁶. Il ne s'agit donc pas seulement de protéger ceux qui « laissent et entendent laisser les relations conjugales en dehors du droit civil »²⁰⁷. Il ne s'agit pas seulement de laisser aux autres une liberté de choix entre différents modèles – et encore interviennent ici « seulement » différents modèles entre lesquels il faut choisir, avant d'exercer, éventuellement, une liberté dont l'étendue est définie par le législateur. Il s'agit également d'exprimer et d'imposer, par défaut, un idéal. De même, concernant la réforme du divorce, s'il n'y a pas de « divorce de droit commun », les observateurs ne manquèrent pas de remarquer²⁰⁸ une faveur du législateur pour une « déconflictualisation » de cette matière dont témoignent non seulement le choix de remplacer les pensions alimentaires par une prestation compensatoire, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement, mais encore la mise en avant, parmi les différentes options laissées, du divorce par requête conjointe (ou plus largement par consentement mutuel), à propos duquel Carbonnier confessa qu'il s'agit d'une « pièce essentielle du système »²⁰⁹ au sein de la réforme de 1975. L'œuvre du législateur demeure donc profondément normative, au sens classique du terme.

²⁰³ V. C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

²⁰⁴ Que l'on pense aux incidences pour les tiers créanciers d'un des membres du couple marié ou des conjoints, pour l'administration fiscale, ou encore sur les autres membres de la famille par les jeux combinés des règles de droit des régimes matrimoniaux et de droit des successions.

²⁰⁵ Mais n'est-ce pas là l'apport essentiel du travail de Carbonnier en matière législative que d'avoir su lier considération sociologiques et philosophiques / morales ?

²⁰⁶ V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., p. 23.

²⁰⁷ *Idem*, p. 30.

²⁰⁸ Ainsi, par exemple, d'I. Théry, dans *Le démariage - Justice et vie privée*, préc., p. 96.

²⁰⁹ V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., p. 70

42. D'autre part, ce pluralisme, comme nous avons pu l'évoquer, est bien un pluralisme familial, en ce sens qu'il offre en effet aux familles, telles que reconnues par le droit, différentes manières de s'organiser, ou de se séparer, mais il n'est pas, à notre sens, la consécration d'un pluralisme conjugal. Il y a, certes, notamment en matière patrimoniale, des modalités diverses d'organisation du couple marié, qui peut choisir l'étendue de son union patrimoniale, puis des modalités diverses de sortie du mariage, de sorte que la vie et la fin du couple connaissent, désormais, plusieurs modes d'organisation. Cependant, il n'y a, encore, qu'un seul modèle de famille reconnu par la loi, à savoir le couple marié composé d'un homme et d'une femme. Les autres formes de vie, à savoir l'union libre et le célibat, sont alors présentées par Carbonnier comme une concurrence, à laquelle il convenait d'être attentif, l'objectif étant à ses yeux de ne pas dissuader les couples de se marier par le choix d'un régime matrimonial de droit commun exerçant une trop forte pression légale sur les individus²¹⁰. Plus encore, il n'hésite pas à parler, à leur propos, de « contre-modèle »²¹¹, et il évoque clairement la volonté de limiter autant que faire se peut le recours des couples à ces situations : l'intention est donc très clairement d'orienter le choix des couples vers le mariage, et de les détourner de l'union libre et du célibat.

En ce sens, s'il y a dans les « lois Carbonnier » une rupture fondamentale avec ce qu'on a pu appeler le « droit du modèle »²¹², cette rupture n'est pas complète, et ne marque en aucun cas un renoncement du législateur à promouvoir un modèle familial : il s'agit, simplement, de proposer différentes déclinaisons de ce dernier. Ce n'est que plus tard qu'interviendra, en droit des couples, la consécration d'un pluralisme conjugal.

210 Ainsi explique-t-il : « Le régime matrimonial est lié au mariage ; or, celui-ci n'est pas le seul à occuper la place. L'union libre est en concurrence avec lui ; et il est probable que cette concurrence, à cause de la permissivité des mœurs, s'exerce plus aisément maintenant qu'autrefois. Toute augmentation de la pression légale sur le régime matrimonial risque donc d'avoir pour incidence un recours accru à l'union libre et au statut de célibataire ». *Idem*, p. 31.

211 *Idem*, p. 31.

212 V. I. Théry, *Le démariage - Justice et vie privée*, préc. p. 95.

II) Le pluralisme conjugal contemporain

43. La rupture initiée en 1965 par la *Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux* et l'apparition, en droit de la famille, d'un nouveau paradigme pluraliste, ne conduiront à l'apparition d'un véritable pluralisme conjugal qu'à l'aube de l'an 2000. C'est en effet seulement avec l'apparition du Pacs et la reconnaissance juridique du concubinage en 1999 qu'interviendra cette nouvelle étape, dont il conviendra d'évoquer deux aspects principaux. D'une part, les raisons d'être de cette réforme et notamment la première grande révolution juridique par elle opérée, à savoir la reconnaissance juridique du couple homosexuel **(A)**. D'autre part, la reconnaissance juridique de différentes formes de conjugalité, lesquelles s'accompagnent du développement d'une forme de pluralisme alimentaire **(B)**.

A) L'apparition du pluralisme conjugal

44. On ne peut pas raconter l'histoire du Pacs sans effectuer un retour sur l'évolution du droit des homosexuels en France, que l'on peut schématiquement résumer en deux périodes : une première, à partir de la Révolution française, qui est une période de dépénalisation de l'homosexualité ; et une seconde, à partir des années 1980, qui est une période de revendication de droits. Concernant la période de dépénalisation de l'homosexualité, qui n'a pas vocation à être au cœur de ce travail, nous serons relativement brefs. Rappelons simplement qu'au lendemain de la fin de l'Ancien Régime, qui avait persécuté les personnes homosexuelles notamment à travers la répression du crime dit de sodomie²¹³ – l'exemple le plus célèbre étant l'exécution publique de Jean Diot et Bruno Lenoir, derniers condamnés pour sodomie « pure »²¹⁴, qui furent étranglés puis brûlés le 6 juillet 1750 en place de Grève –, les révolutionnaires, inspirés par certains auteurs des Lumières²¹⁵, n'inclurent pas dans le Code pénal de 1791 certains crimes que connaissait jusqu'alors le droit pénal, tels que le

²¹³ Terme dont on notera qu'il renvoie alors à un sens plus large que celui qu'on lui donne aujourd'hui. Dans son article « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal » (*in Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n°112-113, 2010, p. 197), T. Pastorello explique ainsi que « Au départ le terme de sodomie englobait toutes les pratiques n'aboutissant pas à la génération. [...] Les termes de sodomie, sodomite à l'origine désignaient aussi des pratiques teintées de paganisme, du moins vécues comme extérieures au monde chrétien. Ce terme désignait au départ un acte au-delà de toute assimilation à ce que nous appelons homosexualité masculine », même s'il concède que « durant des siècles, le monde chrétien interpréta plutôt l'acte de sodomie en termes de pratiques homosexuelles » et qu'« au XVIII^e siècle, les termes de sodomie et sodomite sont appliqués pour signifier largement homosexualité masculine ». Le terme peut donc renvoyer spécifiquement à l'homosexualité masculine, mais également à toute pratique sexuelle n'ayant pas vocation à la procréation, ou plus largement à toutes « Mœurs contre nature » (v. Définition de « sodomie », *Dictionnaire de l'Académie française*, 3^{ème} édition, 1740).

²¹⁴ T. Pastorello notant que « Le dernier sodomite exécuté en 1783 fut Jacques François Paschal » mais que « son cas dépassait largement la simple pratique de la sodomie, car il y avait eu meurtre ». V. T. Pastorello, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », préc.

²¹⁵ Ainsi de C. Beccaria, qui dans son célèbre ouvrage *Des délits et des peines* avait pu s'opposer à la répression pénale de l'homosexualité.

blasphème²¹⁶, le suicide, ou encore la sodomie. Le Code pénal de 1810, bien qu'il se montre plus sévère sur différents points, ne réintroduit pas de délit ou de crime pour homosexualité.

45. S'il y a donc dépénalisation de l'homosexualité en soi dès 1791, les discriminations légales ne cesseront pas pour autant²¹⁷. Ainsi, le régime de Vichy viendra par une *loi n°744 du 6 août 1942 modifiant l'article 334 du Code pénal* effectuer une distinction en matière d'âge de consentement à l'article 334 du Code pénal au titre de la répression de la corruption du mineurs : en effet, cet article venait prévoir une peine de 6 mois à 3 ans de prison et de 200 à 60.000 francs d'amende en cas de relations sexuelles impliquant au moins un mineur de 21 ans lorsque lesdites relations interviennent entre deux personnes de même sexe, quand l'âge alors fixé par le Code pénal en matières de relations hétérosexuelles était de 13 ans depuis la *loi du 13 mai 1863 portant modification de plusieurs articles du Code pénal*. Ce dispositif sera repris à la Libération par le Gouvernement provisoire de la République française par l'*Ordonnance n°45-190 du 8 février 1945 modifiant l'article 331 du Code pénal*, qui transfère simplement cette disposition de l'article 334 à l'article 331 du Code pénal²¹⁸. Il faudra attendre la *loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité* pour que l'article 331 du Code pénal soit une première fois modifié pour abaisser l'âge prévu par son alinéa 3 à 18 ans. Parallèlement, l'article 332, alinéa 2, du Code pénal viendra prévoir que les peines minimales prévues en cas d'attentat public à la pudeur seront doublées « lorsqu'il consistera en un acte contre nature avec un individu de même sexe » du fait de l'*Ordonnance n°60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme*²¹⁹.

46. Cette discrimination entre relations homosexuelles et hétérosexuelles en matière d'âge de consentement en matière sexuelle et de répression pénale prendra fin en deux étapes.

²¹⁶ L'influence de l'exécution du chevalier de La Barre, lequel sera torturé et condamné à mort en 1766 impiété, blasphèmes, et sacrilèges, fut certainement considérable. Lui était notamment reproché d'être « passée jour de la Fête-Dieu dernière à vingt-cinq pas du Saint-Sacrement que l'on portoit à la Procession des Religieux de Saint-Pierre de ladite Ville, sans ôter son chapeau qu'il avoit sur la tête, & sans se mettre à genoux ; d'avoir proféré les blasphèmes énormes & exécrables contre Dieu, la sainte Eucharistie, la sainte Vierge, la Religion & les Commandemens de Dieu & de l'Eglise », ou encore « d'avoir rendu des marques de respect & d'adoration aux Livres infâmes et impurs qui étoient placés sur une planche dans sa chambre », lesquels comprenaient notamment le *Dictionnaire philosophique portatif* de Voltaire. L'affaire fit alors grand bruit, notamment sous la plume de Voltaire lui-même. V. L.-A. Devérité, *Recueil intéressant, sur l'affaire de la mutilation du crucifix d'Abbeville, arrivée le 9 août 1765, & sur la mort du chevalier de La Barre, pour servir de supplément aux Causes célèbres*, 1776, not. p. 29.

²¹⁷ Pour un panorama plus développé, v. le rapport de P. Bloche, *Avis présenté au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur les propositions de loi : (n° 88) de M. Jean-Pierre Michel et plusieurs de ses collègues visant à créer un contrat d'union civile et sociale, (n° 94) de M. Jean-Marc Ayrault et plusieurs de ses collègues relative au contrat d'union sociale, et (n° 249) de M. Georges Hage et plusieurs de ses collègues relative aux droits des couples non mariés*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} octobre 1998, qui traite de cette question dans sa première partie.

²¹⁸ L'exposé des motifs publié au *Journal officiel n° 0034 du 09 février 1945* étant le suivant : « L'acte de l'autorité de fait dit loi n° 744 du 6 août 1942 modifiant l'article 334 du Code pénal a réprimé les actes homosexuels dont serait victime un mineur de vingt et un ans. Cette réforme inspirée par le souci de prévenir la corruption des mineurs ne saurait, en son principe, appeler aucune critique. Mais en la forme une telle disposition serait mieux à sa place dans l'article 331. C'est en ce sens que l'ordonnance ci-jointe modifie le code pénal. » Notons toutefois que parallèlement, le même Gouvernement avait relevé l'âge communément dit de « majorité sexuelle » pour ce qui est des relations hétérosexuelles de 13 à 15 ans, par une *Ordonnance n°45-1456 du 2 juillet 1945*.

²¹⁹ L'homosexualité ayant été incluse, aux côtés donc notamment de la prostitution et du proxénétisme, au rang des « fléaux sociaux », du fait du sous-amendement Mirguet du 18 juillet 1960.

La première sera la suppression de la référence aux relations entre personnes de même sexe dans l'article 332 du Code pénal par l'article 1^{er} de la *loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs* – laquelle maintiendra pourtant la distinction d'âge effectuée par l'article 331 du Code pénal. La seconde interviendra avec la *loi n°82-683 du 4 août 1982 abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal* : cette loi, portée par le Garde des Sceaux Robert Badinter et l'avocate et députée Gisèle Halimi, rapporteuse de cette loi, marque donc la fin de la répression pénale de l'homosexualité en France.

47. Le temps de la dépénalisation passé, pouvait s'ouvrir celui des revendications. Sur le plan international, comme on a déjà pu l'évoquer, il est généralement admis que la naissance d'un mouvement militant LGBTQIA+ remonte aux émeutes de Stonewall à la fin du mois de juin 1969, à New-York, évènement qui donnera naissance, un an plus tard, aux premières marches des fiertés. En France et pour ce qui nous intéresse, c'est, outre la lutte contre les discriminations, la question de la reconnaissance et de la protection des couples composés de personnes de même sexe qui occupèrent les esprits et les réflexions. Ce fut d'abord la question du concubinage – ce dernier commençant à faire l'objet d'une protection juridique spécifique – entre personnes de même sexe qui concentra l'attention. Cette question fit une apparition remarquée dans le débat juridique, à une époque où les ravages causés par l'épidémie du SIDA dans la communauté LGBTQIA+ en France rendait visible le besoin de protection juridique des couples homosexuels²²⁰, lorsque deux séries d'arrêts rendus par la Cour de cassation refusèrent de reconnaître l'existence juridique d'un concubinage entre personnes de même sexe.

²²⁰ Comme le relève P. Bloche dans son rapport précité du 1^{er} octobre 1998 : « L'apparition du Sida, qui va, en France, toucher d'abord une population homosexuelle masculine, se fait donc dans un milieu dont l'émancipation est récente. [...] La perception des homosexuels comme victimes de cette maladie ainsi que leur rôle dans sa prévention ont donné de ce type de relations amoureuses une image différente de celle véhiculée par les lieux communs produits par des siècles de marginalité légale ou sociale. Le livre que vient d'éditer l'association de parents, familles et amis de gais et de lesbiennes, Contact, souligne l'ambiguïté d'une maladie refuge, conséquence suicidaire d'une exclusion familiale ou sociale, et, à l'inverse, des actions préventives franches menées, au profit de tous, par les homosexuels organisés. C'est, incontestablement, ce qui fonde la légitimité d'associations comme Aides, Arcat-Sida, Act up, Vaincre le Sida et beaucoup d'autres qui ont su ou savent se substituer à tel ou tel moment aux insuffisances ou aux déficiences des réponses sociales. La réalité de l'épidémie a brutalement mis en lumière les inégalités de droits de ces couples homosexuels nouvellement émancipés. Un certain nombre de cas concrets ont frappé l'opinion, renouvelant d'ailleurs pour les intéressés, à la fin du vingtième siècle, une situation fréquente, jadis, chez les concubins hétérosexuels. On sait que le dépôt d'une première proposition de loi, à l'Assemblée nationale, a pour origine l'expulsion du logement commun du partenaire survivant d'un couple, par la famille de son ami, le jour même de sa mort. Le droit positif et la jurisprudence ont, progressivement, depuis plus d'un siècle, reconnu des droits aux concubins. Les femmes concubines, condamnées légalement à des maternités non désirées, se voient, en contrepartie, accorder parcimonieusement par la jurisprudence, à travers leurs enfants, puis pour elles-mêmes, quelques compensations. Celles-ci seront étendues à leurs compagnons, comme on l'a vu, encore plus récemment. Pourtant, de nombreuses inégalités demeurent, en matière d'imposition des revenus ainsi que pour les donations ou les successions et le rapprochement des partenaires, en même temps que se multiplient les structures familiales complexes. C'est pourquoi, la revendication de groupes homosexuels face aux situations dramatiques créées par le Sida et à l'impossibilité d'une solution jurisprudentielle assimilant les couples homosexuels aux concubins, a finalement rencontré un écho parmi les couples hétérosexuels dont le concubinage était reconnu, mais les droits difficiles à établir et, de toute façon, insuffisants ».

48. Le premier épisode marquant fut donc constitué par deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 11 juillet 1989. Dans la première de ces deux affaires²²¹, il s'agissait de déterminer s'il était possible d'accorder la qualité d'ayant droit à la compagne d'une assurée sociale, pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité. Trois arguments principaux étaient invoqués à l'appui cette demande : d'une part, le jeu de l'article 13 de la *loi du 2 janvier 1978 relative à la généralisation de la sécurité sociale*, dont il était noté qu'il disposait que « la personne qui vit maritalement avec un assuré social et qui se trouve à sa charge effective totale et permanente, a la qualité d'ayant droit de l'assuré »²²² ; d'autre part, le fait que « la loi du 2 janvier 1978 portant généralisation de la sécurité sociale avait posé le principe d'un droit de protection pour tous de sorte que ses dispositions devaient faire l'objet d'une interprétation extensive » ; et enfin le fait que l'article 13 de la loi du 2 janvier 1978 ne prévoyait pas de manière explicite une « condition d'hétérogénéité sexuelle ».

Ces arguments ne furent pas retenus par la Chambre sociale, laquelle rejeta le pourvoi en considérant « qu'en se référant dans l'article 13 de la loi du 2 janvier 1978 à la notion de vie maritale, le législateur a par là même entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladie et maternité, à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Ainsi, alors même que la qualité d'ayant droit de l'assuré social était reconnue au concubin ou à la concubine d'un ou d'une assuré(e) social(e) dans le cadre de l'union libre entre un homme et une femme, cette protection était refusée aux homosexuels au motif que la qualité de concubins, laquelle renvoyait aux personnes « ayant décidé de vivre comme des époux », ne pouvait être accordée à un couple composé de deux personnes de même sexe, le mariage étant, alors, fermé aux couples homosexuels.

49. Dans la seconde affaire²²³, il s'agissait d'un steward de la compagnie Air-France, qui avait sollicité pour son compagnon la délivrance par son employeur d'un billet à tarif réduit permettant de voyager sur les lignes de la compagnie, possibilité offerte par le statut du personnel d'Air-France, « prévoyant des facultés de transport au profit des concubins des agents

²²¹ Cass. Soc. 11 juillet 1989, n°86-10.665. v. Notamment au sujet de cet arrêt la note de Ph. Malaurie, « Il n'y a pas de concubinage entre homosexuels », in *Dalloz* 1990, 582, mais également le commentaire qui en est fait aux *Grands arrêts de la jurisprudence civile* (v. Y. Lequette, F. Terré et H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, Dalloz, 13^{ème} édition, 2015, n°28, p. 192).

²²² V. article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale dans sa version alors en vigueur.

²²³ Cass. Soc. 11 juillet 1989, n° 85-46.008. V. notamment, ici aussi, la note précitée de Ph. Malaurie.

de la compagnie », ce qui lui avait été refusé au motif que ce droit « ne pourrait être invoqué que si l'agent et son concubin n'étaient pas du même sexe ». Ici encore, la Chambre sociale de la Cour de cassation rejeta le pourvoi, retenant que « cette réglementation qui étend le bénéfice de ladite mesure au " conjoint en union libre ", doit être comprise comme ayant entendu avantager deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». On retrouve donc ici la même argumentation, qui procède par analogie avec le mariage, analogie ne pouvant que conduire à ce que soit refusée la qualification de concubinage aux couples composés de deux personnes de même sexe²²⁴.

50. Ces décisions furent évidemment très remarquées et discutées, particulièrement en raison du contexte, précité, des ravages du SIDA, et on peut notamment citer la critique de Madame la professeure Rubellin-Devichi, dans son article « Les concubinages : mise à jour »²²⁵. Elle s'interrogeait alors : « Ne peut-on soutenir que [...] la définition du concubinage peut s'appliquer à un couple homosexuel ? Lorsque nous recherchions les éléments constitutifs du concubinage, il fallut bien reconnaître que la plupart se retrouvaient dans ces unions d'individus de même sexe. [...] L'effroyable pandémie du SIDA, qui a frappé durement et plus tôt les homosexuels, a accentué la ressemblance entre les unions hétéro- et homosexuelles : la fidélité, qui, dit-on, n'était pas un devoir essentiel dans le couple homosexuel, y est assumée comme une obligation morale vis-à-vis du partenaire, et le sort du survivant est devenu la préoccupation primordiale. Il paraît difficile, comme le souligne le professeur Leveneur²²⁶, de décider que deux individus qui « couchent ensemble » (*cum cubare*), qui vivent « comme en mariage » par référence à l'adage de Loysel, ne vivent pas en concubinage »²²⁷.

²²⁴ On pourrait multiplier les exemples : ainsi d'un arrêt du Conseil d'État (Conseil d'État, 4 mai 2001, req. n°183575) ayant retenu une solution similaire mais en matière de transport ferroviaire. Il s'agissait ici de la délivrance d'une carte « couple », laquelle était destinée aux couples mariés ou de concubins. Or, la délivrance de ladite carte à des couples composés de personnes de même sexe a ici été attaquée, le Conseil d'État retenant alors « le concubinage s'analysait en droit comme une relation stable et continue, ayant l'apparence du mariage, et ne pouvant concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ; qu'il suit de là qu'en décidant que les personnes produisant un certificat de concubinage pouvaient se voir délivrer la carte « couple », « quel que soit leur sexe », la SNCF a procédé à une fausse interprétation des dispositions tarifaires alors applicables » (V. not. J.-J. Lemouland, « Précision concernant l'assimilation des concubins homosexuels aux concubins de sexe différent » in *Dalloz* 2002, Somm. 537). Dans un autre domaine, on peut citer un arrêt rendu par la Cour de Paris le 9 juin 1995, ayant refusé le droit au maintien du bail au compagnon notoire d'un locataire (v. Sur cet arrêt J. Hauser, « Concubinage homosexuel et droit au bail », in *RTD civ.* 1995. 607). Enfin, on peut citer un arrêt rendu le 28 juin 1985 par le TGI de Paris (v. Defrénois 1985, art. 33600, obs. G. Champenois), par lequel les juges du fond annulèrent pour cause immorale les legs consentis par un homme en faveur de ses compagnons homosexuels, mais il convient de ne pas surinterpréter cette décision, intervenue avant le célèbre arrêt « Galopin », et donc très similaire à celle alors appliquée en matière de concubinage hétérosexuel et qui conduisait à annuler les libéralités consenties dans ce cadre pour cette même contrariété aux bonnes mœurs, d'autant qu'il y avait en l'espèce pluralité de partenaires.

²²⁵ V. J. Rubellin-Devichi, « Les concubinages : mise à jour », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber Amicorum*, 1994, PUS/LGDJ, p. 392.

²²⁶ V. L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, p. 443, n°363 et s.

²²⁷ V. J. Rubellin-Devichi, « Les concubinages : mise à jour », article précité, spéc. p. 392 s.

Plus tard, après avoir évoqué les arrêts précités²²⁸, elle critique le choix « de trier les bons et les mauvais concubinages (les adultérins et les homosexuels), et de réserver contractuellement ses avantages aux premiers, du moins si l'on se réfère aux grands principes contenus dans les Conventions internationales et même dans nos textes de droit interne »²²⁹ et remarque : « Le concubinage est un fait, et la question est plutôt de savoir s'il est licite de priver des individus, en raison de leur mode de vie, du bénéfice de règles édictées sans considération de la situation de famille »²³⁰.

51. C'est alors le législateur qui allait intervenir, et c'est à cette époque que fut déposée une première *Proposition de loi n°3066 tendant à créer un contrat d'union civile*, proposition déposée par le député Autexier (et plusieurs de ses collègues) le 25 novembre 1992, mais qui ne sera jamais discutée. Pour autant, elle ne demeura pas sans effet, car elle allait conduire à l'adoption de dispositions spécifiques destinées à protéger les couples composés de personnes de même sexe. Ce fut notamment le cas par la *loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social*, dont l'article 78 est venu ajouter un alinéa à l'article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale, disposant que « La personne non visée par le premier alinéa du présent article et par les articles L. 313-3 et L. 381-4, qui vit depuis une durée fixée par décret en Conseil d'État avec un assuré social, et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, a, à condition d'en apporter la preuve dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladie et maternité ».

Autrement dit, ce fut la loi qui vint permettre aux membres d'un couple composé de deux personnes de même sexe de bénéficier de la qualité d'ayant-droit de l'assuré social, sans remettre en cause l'interprétation effectuée par la Chambre sociale de la Cour de cassation selon

²²⁸ *Idem*, p. 393. Et avoir reconnu que « comme le concubinage est appréhendé par chaque législation de façon spécifique, la Cour de cassation en avait donné une définition parfaitement admissible, en estimant que la vie maritale, au regard de l'article 13 de la loi du 2 janvier 1978, ne pouvait concerner "qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme" » et que, dès lors c'était « de façon tout aussi admissible [que] la caisse d'allocation familiale avait pu supprimer l'allocation de parent isolé dont la femme était bénéficiaire, précisément parce qu'elle vivait en concubinage ». Autrement dit, selon elle, cette solution était parfaitement admissible sans pour autant refuser de reconnaître l'existence d'un concubinage homosexuel.

²²⁹ *Idem*, p. 393.

²³⁰ *Idem*, p. 394. Ces éléments ne doivent pas, pour autant, laisser croire que la doctrine était unanime sur cette question. On peut ainsi citer les mots de Malaurie, approuvant les arrêts de la Chambre sociale : « La question ne devrait être débattue, ni en des termes faussement neutres, comme le font les castrats de la technique, ni en des termes fanatiques, comme le font les ayatollahs du droit, les ayatollahs de la conservation absolue comme ceux de l'innovation perpétuelle. Il suffit de maintenir aux mots leur sens et de ne pas tricher avec eux. 1° Le concubinage est calqué sur le mariage ; tout son régime a pour objet de conférer ou de refuser les conséquences du mariage : l'union libre se définit nécessairement par rapport au mariage : un « faux ménage », une union « maritale ». 2° Le mariage est une union entre l'homme et la femme : la différence de sexes lui est donc essentielle. Il n'y a pas, il ne peut y avoir de mariage entre homosexuels. [...] Sauf en jouant avec les mots et en dénaturant les institutions, il ne peut y avoir entre les homosexuels ni mariage, ni adoption ; et il n'y a pas non plus entre eux d'union libre. On peut bien appeler un chapeau une table ; le chapeau continuera d'être un chapeau et la table une table. La tricherie sur les mots est toujours le signe d'une dérive intellectuelle et morale. ». V. Ph. Malaurie, « Il n'y a pas de concubinage entre homosexuels », in *Dalloz 1990*, p. 582.

laquelle la notion de vie « maritale » ne pouvait renvoyer qu'au couple composé de deux personnes de sexe différent. C'était donc dire, d'une certaine manière, que la notion de concubinage n'était pas réductible au cas des personnes vivant « maritalement ». La loi du 27 janvier 1993 comprenait également un article 62 qui avait « pour objet d'autoriser le transfert de bail, en cas de décès du locataire, à toute personne qui vivait avec ce locataire depuis au moins un an »²³¹. Néanmoins, cette disposition fut déclarée non conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel, retenant que cet article « modifiait l'équilibre général des relations entre bailleurs et preneurs de locaux d'habitation prévu par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 modifiée » et avait été, comme d'autres, « adopté selon une procédure irrégulière » au regard des règles en vigueur en matière d'amendement. Il y eut une autre tentative d'autoriser un tel transfert de bail en 1994, mais sans succès²³².

52. Cette absence d'évolution législative en matière de bail allait conduire au deuxième épisode jurisprudentiel, resté fameux, en matière de concubinage homosexuel. Par un arrêt du 17 décembre 1997²³³, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation rendait un arrêt perçu par les observateurs comme une provocation des juges à l'égard du législateur. Les faits étaient en effet tragiques : un homme avait conclu avec la propriétaire d'un appartement un contrat de bail, appartement dans lequel le locataire allait vivre avec son compagnon. Or, le décès du locataire survient, et le compagnon survivant, non titulaire du contrat de bail, demande le transfert du bail à son profit, ce qui lui est refusé.

L'affaire arrivant devant la Cour de cassation, le demandeur fonde son moyen sur deux textes, à savoir d'une part l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²³⁴, et d'autre part l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²³⁵, afin de démontrer qu'il y serait contraire aux deux textes précités de retenir « que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, qui dispose que "lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré [...] au concubin notoire [...] qui vivait avec lui depuis au moins 1 an à la date du décès", ne visait que le cas de concubinage entre un homme et une femme, alors que ce texte ne contient aucune restriction autre que celle tenant à la durée

²³¹ V. Décision du Conseil constitutionnel n° 92-317 DC du 21 janvier 1993 relative à la loi portant diverses mesures d'ordre social.

²³² P. Bloche, Rapport précité du 1^{er} octobre 1998.

²³³ V. Cass. Civ. 3^e, 17 décembre 1997, n° 95-20.779.

²³⁴ Lequel dispose en son premier alinéa que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

²³⁵ « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

du concubinage ». Certes, des jurisprudences antérieures²³⁶ pouvaient laisser supposer qu'un tel argumentaire ne serait peut-être pas reçu par la Cour de cassation, mais l'évolution de la législation en matière d'attribution de la qualité d'ayant-droit d'un assuré social, laquelle avait assimilé concubinage hétérosexuel et homosexuel, ainsi que les manifestations de volonté que le législateur avait laissé transparaître en matière de transfert de bail pouvaient laisser espérer que les juges du quai de l'Horloge allaient faire évoluer leur position. Néanmoins, telle n'allait pas être la voie suivie par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui rejeta le pourvoi en retenant « que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme »²³⁷.

53. Une partie de la doctrine allait alors employer des mots très durs pour condamner cette décision, parlant d'une « solution inique dans l'ordre de la justice et imprudente dans celui du droit », ²³⁸ ou encore de « démission regrettable des juges français »²³⁹, étant avancé qu'il aurait été tout à fait possible à la Cour de cassation, d'autant plus dans le contexte d'alors, de faire évoluer son interprétation de la notion de concubinage, et que le refus de le faire ici affiché n'était pas seulement regrettable et choquant – comme le relève un auteur, « voici un jeune homme qui meurt, celui qui fut le compagnon de ces dernières luttes est mis à la rue au nom de la loi »²⁴⁰ – mais également contre-productif sur le terrain de la défense des institutions familiales²⁴¹.

Elle remarquait néanmoins que cette solution, volontairement provocante et choquante, pouvait être perçue comme un renvoi des juges à la responsabilité du législateur, ce qui conduira certains auteurs à évoquer « la nécessaire intervention législative »²⁴², par exemple. C'est le sens que prendra la note du doyen Hauser, « Le concubinage doit être un mariage apparent :

²³⁶ On pense ici notamment à l'arrêt précité rendu par la Cour de Paris le 9 juin 1995, ayant refusé le droit au maintien du bail au compagnon notoire d'un locataire, mais également, pour ce qui concerne le droit communautaire, à un arrêt rendu le 17 février 1998 par la Cour de justice des Communautés européennes, dit « *M^{me} Grant c/ South West* », par lequel cette dernière était venue retenir que « Le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable, lorsqu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage, ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 119 du traité ou par la directive 75/117, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins », étant noté par la Cour qu'« en l'état actuel du droit au sein de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé, et par conséquent, un employeur n'est pas tenu par le droit communautaire d'assimiler la situation d'une personne qui a une relation stable avec un partenaire de même sexe à celle d'une personne qui est mariée ou qui a une relation stable hors mariage avec un partenaire de sexe opposé. Il ne peut appartenir qu'au législateur d'adopter, le cas échéant, des mesures susceptibles d'affecter cette situation ». Sur cet arrêt, v. J. Raynard, « Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes », in *RTD civ.* 1998, p. 529.

²³⁷ V. Également les conclusions de l'avocat général J.-F. Weber, « Il n'y a pas de concubinage homosexuel », in *Dalloz* 1998, p. 111.

²³⁸ V. B. Beignier, « A propos du concubinage homosexuel », in *Dalloz* 1998, p. 215.

²³⁹ V. H. Moutouh, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », in *Dalloz* 1998, p. 369.

²⁴⁰ V. B. Beignier, « A propos du concubinage homosexuel », note précitée.

²⁴¹ V. J. Rubellin-Devichi, « Les concubinages : mise à jour », article précité.

²⁴² V. H. Moutouh, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », note précitée.

une provocation au pacte d'intérêt commun ? »²⁴³, qui malgré des mots sévères à l'endroit de la Cour de cassation²⁴⁴, fait le constat que les juridictions « estiment sans doute à juste titre que la décision échappe quelque peu à la compétence de la jurisprudence »²⁴⁵. La protection des couples homosexuels et l'élargissement de la définition de la notion de couple en droit français ne viendraient pas des juges, et le temps semblait donc venu pour le législateur d'intervenir.

54. Ce fut chose faite, « non sans surprise et après des débats parlementaires longs et passionnés attestant de l'existence d'un affrontement idéologique fondamental »²⁴⁶, et malgré quelques hésitations quant à la formule à retenir²⁴⁷, avec l'adoption de la *loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacs*. Celle-ci allait faire entrer dans le Code civil, non pas une, mais deux nouvelles formes de conjugalité, à savoir le Pacs lui-même, défini à l'article 515-1 du Code civil comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune », et le concubinage, défini à l'article 515-8 du Code civil comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Par cette réforme allait intervenir une double révolution.

55. La première révolution opérée en 1999 est la reconnaissance juridique de l'existence de couples composés de deux personnes de même sexe, ce que permettent tant la définition du Pacs que celle du concubinage²⁴⁸. Ce faisant, le couple composé de personnes de même sexe,

²⁴³ V. J. Hauser, « Le concubinage doit être un mariage apparent : une provocation au pacte d'intérêt commun ? », in *RTD civ.* 1998, 347

²⁴⁴ « En réalité dans ces droits sociaux ou assimilés où la logique institutionnelle a déserté depuis belle lurette les textes de loi il est vain et assez ridicule de chercher d'ultimes remparts. Quand le choix a été fait de tenir compte d'une vie en commun il n'y a plus qu'une logique, chercher à discipliner et à définir ce qu'on doit entendre par là pour éviter que la malléabilité du concept ne favorise la fraude. La Cour de cassation eût été à notre sens mieux inspirée et plus tournée vers l'avenir en cherchant à définir de façon rigoureuse la notion de concubinage notoire en en précisant les conditions. Qu'on ne nous dise pas que l'entreprise était impossible puisque la notion existait depuis 1912 dans les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle et que le glissement de la définition, voulue en 1972, a provoqué une nouvelle série de réflexions sur le même sujet. L'instrument ainsi forgé aurait pu constituer le début d'une reconstruction juridique saine et logique excluant les fraudes et contribuant à déterminer les contours d'une notion nouvelle et préparer une réforme législative réfléchie alors que le refus pur et simple tel qu'exprimé est plutôt la fin d'une époque où les « principes » auront tué la réflexion juridique ». *Idem*.

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ V. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, 9^{ème} édition, 2018, p. 309. Sur ces débats, v. S. De Benalcazar, *PACS, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, préc. not. p. 24 s. et p. 52 s.

²⁴⁷ Ainsi fut notamment envisagé par le doyen Hauser, la création d'un « pacte d'intérêt commun » basé non pas sur la reconnaissance de droits pour les personnes vivant en couple, mais sur la reconnaissance de droit aux personnes qui, vivant ensemble sous le même toit, « décident d'organiser tout ou partie de leurs relations pécuniaires et patrimoniales en vue de s'assurer leur communauté de vie », solution qui avait l'avantage de ne pas être un « mariage-bis » et de protéger des personnes qui, sans être un couple, vivaient ensemble.

²⁴⁸ Même si pour le concubinage, la reconnaissance juridique ne s'accompagne pas d'effets nouveaux. Comme le relève S. De Benalcazar dans sa thèse précitée, p. 56 : « Les « cinq millions de célibataires » [...] concernés par la loi peuvent être quelque peu déçus par un article qui ne fait qu'ouvrir le concubinage aux couples de même sexe sans prévoir la moindre extension de droits. [...] Certes, certains remarqueront que la loi a permis aux concubins d'entrer dans le Code civil et que, par cet acte symbolique, leur mode de vie est dorénavant reconnu. On peut supposer cependant que les concubins hétérosexuels, qui jusqu'alors se souciaient peu de savoir quels furent leur place et leur statut dans le Code civil, auraient préféré d'autres types d'avantages qu'une reconnaissance symbolique, fût-elle celle de la loi ». On peut néanmoins objecter que les dispositions, telles que celle visée dans l'arrêt de 1997 en matière de bail, qui prévoyaient le cas du concubinage, allaient pouvoir s'appliquer aux couples composés de personnes de même sexe, ce qui dépasse le simple aspect symbolique, notamment en une matière aussi sensible que celle de la protection du logement.

quittant le simple statut de « comportement qui n'est plus sanctionné ou interdit »²⁴⁹, accède à une reconnaissance officielle dont la portée – technique comme symbolique – est primordiale.

« Inscrite dans le Code civil et donc reconnue par le principal appareil de légitimation de la société qu'est le droit, l'homosexualité apparaît officiellement comme une orientation sexuelle possible. La principale modalité de cette reconnaissance est significative : la loi relative au Pacs est inscrite au livre premier du Code civil relatif aux personnes, et non au livre troisième, entre les sociétés et les prêts comme devait l'être par exemple le projet antérieur et non abouti de pacte d'intérêt commun. C'est bien le couple de même sexe qui est ici reconnu. [...] Le Pacs marque ainsi le passage d'une logique de tolérance de l'homosexualité à une logique de reconnaissance (Fassin et Feher, 1999). Il s'inscrit dans un mouvement de visibilité de l'homosexualité en mettant fin aux silences du droit sur une forme d'intimité. En ce sens, il peut apparaître comme le signe d'une institutionnalisation et d'une déstigmatisation de l'homosexualité, et d'un mouvement d'égalisation par rapport au couple hétérosexuel »²⁵⁰.

56. La seconde révolution intervenant du fait de la loi de 1999, et c'est celle qui nous intéresse principalement, réside dans ce que, contrairement à ce que consacraient les lois Carbonnier, cette réforme allait conduire à ce que coexistent non plus simplement différentes manières de faire famille, ce qui caractérisait l'existence d'un pluralisme familial, mais également différentes manières juridiquement reconnues et encadrées de faire couple, ce qui caractérise l'existence d'un pluralisme conjugal particulièrement remarquable. Ce pluralisme est d'autant plus visible qu'aucune de ces formes d'unions n'a été conçue comme réservée aux couples homosexuels, le législateur ayant souhaité maintenir, autant que faire se peut, le caractère général de la loi, telle qu'envisagée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁵¹. C'est ce qu'affirme clairement le député Jean-Pierre Michel dans son rapport²⁵² consacré à plusieurs propositions de lois allant donner naissance au Pacs :

« Mais, si le pacte civil de solidarité trouve ses origines dans les revendications de la communauté homosexuelle, il a cependant une portée universelle. Conformément à la tradition républicaine, fondée sur la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, qui refuse

²⁴⁹ V. S. De Benalcazar, préc., p.19.

²⁵⁰ V. W. Rault, « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », in *Revue française de sociologie*, vol. 48, n°3, 2007, p. 555 s., spéc. p. 565 s.

²⁵¹ « La Loi est l'expression de la volonté générale. [...] Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. [...] ».

²⁵² V. J.-P. Michel, *Rapport enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 septembre 1998, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les propositions de loi : (n° 88) de M. Jean-Pierre Michel et plusieurs de ses collègues visant à créer un contrat d'union civile et sociale, (n° 94) de M. Jean-Marc Ayrault et plusieurs de ses collègues relative au contrat d'union sociale, et (n° 249) de M. Georges Hage et plusieurs de ses collègues relative aux droits des couples non mariés.*

d'appréhender l'individu à travers une communauté et garantit l'égalité des droits ainsi que le respect de la vie privée, il est exclu de construire un statut propre aux concubins homosexuels comme d'autres pays ont pu le faire. Le Pacs est donc ouvert à tous les couples non mariés et intéresse, au premier chef, les concubins hétérosexuels [...]. Nombreux pourtant sont ces couples qui, pour des raisons idéologiques ou plus souvent par une sorte de paresse de la vie, ne se sont pas mariés mais dont la stabilité est comparable à celle des couples unis par les liens du mariage et qui, à l'occasion d'un projet immobilier ou l'âge venant, souhaiteraient pouvoir donner un cadre juridique à leur union. Le pacte civil de solidarité leur permettra de trouver une réponse simple à leurs inquiétudes et de récentes enquêtes d'opinions montrent d'ailleurs leur intérêt pour cette formule juridique. Le Pacs rassure aussi les parents, de plus en plus nombreux, dont les enfants vivent en couple mais, contrairement à eux, sans être mariés et sans intention de s'épouser »²⁵³.

Comme l'explique Madame Saulier, « si deux façons de vivre en couple coexistaient avant 1999, l'une était juridique quand l'autre demeurait purement factuelle. Ce n'est donc que depuis la consécration juridique du concubinage et la création du Pacs qu'existe un véritable pluralisme juridique »²⁵⁴. Nous aurons l'occasion d'y revenir, mais c'est d'autant plus vrai depuis l'entrée en vigueur de la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, celle-ci apportant un point final au développement du pluralisme, chaque couple ayant désormais accès aux trois modes de conjugalité admis par le droit français²⁵⁵. Or, le pluralisme conjugal révèle, par là même, une potentielle pluralité de modèles, dont il convient d'étudier comment elle se traduit sur le plan alimentaire.

B) Du pluralisme conjugal au pluralisme alimentaire

57. Précisons d'emblée qu'après avoir retracé l'origine de la *loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacs*, nous en discuterons le contenu – bien que l'évolution entre les deux dispositifs puisse faire l'objet, ponctuellement, d'une analyse approfondie – dans sa version issue de la réforme opérée par la *loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*²⁵⁶ et des autres réformes qu'a connues ce dispositif. Il s'agit donc

²⁵³ Ajoutons qu'un certain nombre d'éléments factuels sont présentés en faveur de ce choix, notamment le fait qu'alors, « près d'un couple sur six n'est pas uni par les liens du mariage », ce qui pouvait constituer un « public » envisageable pour ces nouvelles formes d'unions.

²⁵⁴ V. M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, préc., p. 5.

²⁵⁵ Hors interdits fondamentaux tant juridiques que culturels : inceste, polygamie, etc.

²⁵⁶ Les insuffisances du dispositif mis en place en 1999, malgré la « réécriture » (selon la formule de N. Molfessis, v. N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel » in *JCP G* 2000, I, p. 210) dont il a fait l'objet par le Conseil constitutionnel à l'occasion de sa décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, ayant rapidement été critiquées par de nombreux auteurs, ce qui a donné lieu à la constitution, à la demande du Garde des Sceaux de l'époque, M. Dominique Perben, d'un groupe de travail composé de professionnels du droit afin de réfléchir à des propositions de réforme. Un rapport intitulé *Le pacte civil de solidarité, Réflexions et propositions*

d'effectuer une étude de droit positif, d'autant que les diverses évolutions qu'a connues le Pacs ont, il est courant de le remarquer, eu pour effet de rapprocher ce dernier du mariage, qui a lui-même vu son régime juridique tendre vers une protection moindre et une liberté accrue des époux.

La consécration d'un véritable pluralisme conjugal a eu deux conséquences tout à fait opposées et paradoxales.

La première de ces conséquences est la tentative de mettre en évidence les différences qui existent entre les trois types d'unions reconnus par le Code civil, tant pour des raisons idéologiques²⁵⁷ que pour des raisons purement liées à des questions de théorie et de pratique juridique. Il s'agit alors de chercher à distinguer pour mieux comprendre, individuellement, chacune des formes d'union, la comparaison offrant un recul permettant une meilleure appréhension de chacun des mécanismes, et de pouvoir éclairer et conseiller au mieux les couples réfléchissant à la forme juridique à donner à leur union²⁵⁸.

La seconde de ces conséquences, est la volonté, au contraire, de chercher, au fil des évolutions respectives de ces trois formes d'union – et notamment pour le Pacs et le mariage²⁵⁹ –, des points communs et des logiques similaires, à même de nous permettre de dégager un droit commun du ou des couples²⁶⁰, exercice qui impose de rechercher, par ailleurs, une définition juridique du couple²⁶¹. Dans cette recherche d'un droit commun, de ses

de réforme sera rendu le 30 novembre 2004, ce dernier formulant 32 propositions de réforme du Pacs Sur ces dernières, v. F. Granet-Lambrechts, « Pacte civil de solidarité - Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs », in *Dr. famille* n°4, avril 2005, étude n°9

²⁵⁷ Attachées notamment à la volonté soit de préserver les spécificités du mariage en tant qu'institution à part dans l'ordonnement juridique, soit de mettre en évidence les insuffisances du concubinage et du Pacs tant sur le terrain symbolique que sur celui de la protection juridique, afin de réclamer la possibilité, pour les couples composés de personnes de même sexe, d'accéder au mariage.

²⁵⁸ Cette démarche, comparer pour mieux connaître et mieux comprendre, étant bien connue des juristes lorsqu'il s'agit de faire des études de droit comparé, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de comparer les solutions proposées par des systèmes juridiques différents à des problématiques proches. A titre d'exemples choisis parmi de nombreux autres possibles, v. Dossier « Mariage, Pacs, concubinage : le guide », in *AJ fam.* 2014, p. 658 ; ou encore A. Bénabent et M. Grimaldi, « L'embarras du choix ? », in *Gazette du Palais*, 1^{er} avril 2014, n°091.

²⁵⁹ V. par ex. P. Hilt et P. Simler, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », in *JCP* 2006, I, 161 ; N. Barbier, M. Martin, A. Mussier, J. Passalacqua et E. Vagost, « Pacs : à quand le coming-out de la prestation compensatoire ? », in *AJ fam.* 2011, 201.

²⁶⁰ Ce que J.-J. Lemouland a pu qualifier de « tentation récurrente du modèle unique » : J.-J. Lemouland, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », préc. p. 731. À ce sujet, on ne peut que faire référence au travail de M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, précité ; mais on peut également évoquer l'important article de J.-J. Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. Fulchiron (dir.) *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009 ; ou encore V. Mikalef-Toudic, « Les charges du ménage : vers un droit commun des couples ? », in *Petites affiches*, 8 septembre 2017, n°179-180, p. 36 ; les actes du colloque « Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple », in *Petites affiches*, 20 décembre 2007, n°254, ou encore l'ouvrage de X. Labbée, *Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 2010. Plus récemment, v. J.-R. Binet, « Pacte civil de solidarité - Pacs et mariage : vingt ans de vie commune », in *Dr. fam.* n° 12, Décembre 2019, étude 15 ; ou encore A. Sebag, « Faut-il créer un statut fondamental (régime primaire) pour toutes les formes de conjugalité ? », in *Dr. fam.* n° 12, décembre 2017, étude 21. Sur la notion de couple en général, v. C. Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, ou encore C. Brunetti-Pons, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », in *RTD Civ.* 1999, p. 27.

²⁶¹ V. les passages consacrés à cette question par M. Saulier dans sa thèse précitée, not. p. 11 s., ainsi que la définition qu'elle retient : « Le couple est le lien entre deux personnes majeures acceptant une communauté de vie, tant matérielle qu'affective, générateur de droits et

fondements et de son contenu, les propositions diffèrent naturellement, mais elles semblent toutes portées par un commun objectif d'assurer une meilleure compréhension des logiques communes à toutes les formes juridiquement reconnues de conjugalité, d'une part, et une meilleure protection des couples face à des problématiques qui sont liées non à la forme mais à l'existence d'une conjugalité²⁶², d'autre part.

58. Le trouble suscité en doctrine par le pluralisme familial est donc visible à travers cet écartèlement apparent de la réflexion juridique, et qui n'est, somme toute, que la conséquence logique d'un changement profond de paradigme en matière de droit de la famille. Madame la professeure Dekeuwer-Defossez ne s'y était d'ailleurs pas trompée, présentant combien l'apparition d'un pluralisme conjugal serait un bouleversement profond des conceptions normatives en droit de la famille. Ainsi note-t-elle dans son article précité « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », qui précède d'un an la consécration du Pacs :

« Nul doute que, de prime abord pour le juriste, le mariage se présente comme *le* modèle et le Code civil comme *la* norme. Pourtant, ces certitudes se trouvent ébranlées [...] lorsque le législateur lui-même projette d'instituer des Contrats d'Union que l'on n'ose pas écrire Libre pour diverses raisons, dont la plus dirimante est la disharmonie du sigle... Ce qui suscite la perplexité du juriste n'est pas tant, d'ailleurs, le nombre de familles ne reposant pas sur un mariage et la filiation légitime. C'est le fait que le mariage, qui est la seule forme d'union prévue dans le Code civil, est mis en concurrence, par le système juridique lui-même, avec d'autres organisations familiales. Si l'on prend le terme "modèle" dans le sens de référence, comme un étalon normatif des comportements, force est de reconnaître l'émergence, en législation, de nouveaux modèles »²⁶³.

59. Ces questionnements sur les proximités et différences entre les multiples formes de conjugalité sont le reflet des doutes originaires et persistants quant à la nature de chacune d'entre elles²⁶⁴, renforcée par les doutes originels et déjà mentionnés quant à la nature du mariage. Comme le remarque Monsieur Rault :

d'obligations » (p. 14), définition certes large à première vue, mais qui n'est pas sans conduire à certaines exclusions (ainsi de celle du « couple parental », question développée p. 17).

²⁶² Par exemple la séparation du couple, le décès de l'un de ses membres, l'arrivée d'un enfant, les réalités et conséquences de la vie commune en termes de mise en commun des moyens et des charges.

²⁶³ V. F. Dekeuwer-Defossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », préc. p. 281.

²⁶⁴ V. W. Rault, « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », préc., spéc. p. 556. Notons tout de même que, p. 562, l'auteur remarque que « C'est un principe "différentialiste", visant à distinguer très nettement le nouveau texte du mariage, qui a inspiré la réaction de la loi 99-944 relative au pacte civil de solidarité », posture législative dont il explique qu'elle a, lors des débats, été « explicitement réaffirmée par la majorité politique à de nombreuses reprises ».

« Empruntant à la fois aux fondements du mariage et à l'esprit de certaines dispositions caractérisant l'union libre, le Pacs s'apparente à un objet intermédiaire, renfermant potentiellement plusieurs significations. De manière révélatrice de ses ambiguïtés, le nouveau dispositif a pu être qualifié à la fois de *mariage-bis*, *pseudo-* ou *sous-mariage*, et de *surconcubinage* ou de *concubinage amélioré*, et ce, avant même son adoption parlementaire. Il incarne ainsi tout particulièrement la "multiplication des légitimités normatives" (Commaille et Martin, 1998), qui consiste en la substitution d'un modèle de famille caractérisé par une somme d'inscriptions convenues (dans le mariage notamment) – un modèle holiste dans lequel l'ordre familial s'impose à l'individu – à une conception plus individualiste de l'organisation de l'univers privé ».

60. Le développement du pluralisme familial conduit de surcroît, comme le remarque Madame la professeure Dekeuwer-Defossez, à une forme de « *concurrence des modèles* » qui « *induit une reconstruction peu lisible des normes organisant la famille* »²⁶⁵. Ces doutes et cette dualité nouvelle de l'analyse des formes de conjugalité ne pouvaient que rejaillir directement sur la question qui est la nôtre, à savoir celle de l'obligation alimentaire. C'est particulièrement le cas s'agissant du Pacs, objet juridique non identifié prétendant relever de la matière contractuelle, mais qui est également un statut prévu par la loi afin d'encadrer une relation de couple, avec des devoirs imposés – bien que non définis – par la loi²⁶⁶.

61. Dans sa première version, issue de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999, l'article 515-4, alinéa 1^{er}, du Code civil disposait en effet, sans préciser davantage, que « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte ». Les discussions furent nombreuses, lors de la discussion de cette loi tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, sur la nature précise de cette « aide mutuelle et matérielle ». Le problème était alors double : il s'agissait d'une part de chercher à déterminer quel était le contenu de cette aide matérielle, à propos de laquelle il n'était pas certain qu'il s'agissait d'une obligation de nature alimentaire, et d'autre part de savoir ce qu'il allait advenir lorsque, contrairement à ce que le texte envisage, les partenaires pacsés n'auraient pas pris soin de fixer, dans le pacte, les modalités de celle-ci. Ces difficultés, considérables, allaient susciter de multiples débats et réactions sur les bancs des parlementaires.

Ainsi de Monsieur le député Mariani, remarquant que :

²⁶⁵ V. F. Dekeuwer-Defossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », préc., p. 282.

²⁶⁶ Sur cette question de la nature du Pacs entre contrat et institution, v. S. De Benalcazar, thèse préc., p. 59 - 98.

« Le Pacs entraîne l'obligation d'une aide mutuelle et matérielle, qui n'est pas juridiquement définie, et de solidarité à l'égard des dettes contractées pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun. Là encore, la jurisprudence devra apporter des précisions. De plus, la rédaction du texte laisse une totale liberté contractuelle aux parties pour fixer les modalités de l'aide mutuelle et matérielle. Or tout le monde n'est pas juriste et, comme le rapporteur l'a reconnu, un professionnel du droit devrait intervenir. Vous créez donc un Pacs à deux vitesses : les personnes aisées et instruites sauront protéger leurs intérêts, tandis que les personnes démunies risqueront d'être flouées. Si telle est votre conception de la justice, nous ne la partageons pas. Oui, le Pacs est conçu pour le fort, contre le faible ! »²⁶⁷.

Dans le même sens, on peut relever les propos de Monsieur le député Gélard, rapporteur de la proposition de loi :

« Quelles sont les obligations des partenaires dans le Pacs ? Ce point est intéressant : ils se doivent aide mutuelle et matérielle. Quelle est la définition juridique de ces notions ? Quelle est la valeur normative de l'aide mutuelle et matérielle ? Je n'en sais rien ! Bien évidemment, il appartiendra aux tribunaux de l'apprécier »²⁶⁸.

62. Il y a donc, sur la question de savoir quelle est la nature de l'aide matérielle, et notamment sur celle de sa nature alimentaire ou non, une indétermination non levée par les diverses lectures et relectures de la proposition de loi. Or, cette indétermination pourrait permettre d'interpréter dans le Pacs les dispositions relatives à l'union patrimoniale des partenaires en les envisageant, soit par opposition à celles qui existent dans le mariage, soit par analogie avec ces dernières.

Par opposition, d'abord. Celle-ci a été notamment nourrie par le gouvernement d'alors, soucieux d'éviter autant que faire se peut, pour des raisons politiques, toute comparaison, toute analogie entre le régime du mariage et celui du Pacs. Il faut dire qu'il n'y avait alors personne pour vouloir un rapprochement, en terme institutionnel, entre le mariage et le Pacs. Les opposants au Pacs étaient ainsi soucieux de maintenir une différence entre les deux afin de préserver leur conception du mariage et de la famille, ce qui les a d'ailleurs conduits, comme

²⁶⁷ V. T. Mariani, discussion de la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité* devant l'Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mardi 12 octobre 1999.

²⁶⁸ V. P. Gélard, rapporteur, discussion de la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité* devant le Sénat, séance du 30 juin 1999. On ne manquera pas de relever combien est ubuesque la situation dans laquelle le rapporteur lui-même doit avouer, devant la représentation nationale, son incapacité à définir les notions présentes dans la proposition qu'il est chargé de rapporter...

on a déjà pu l'évoquer, à saisir le Conseil constitutionnel, notamment en invoquant l'existence, dans la loi adoptée par le Parlement, d'une « atteinte au mariage républicain ». Dans sa décision, le Conseil relève que « les députés auteurs de la première saisine soutiennent que la loi méconnaîtrait les règles du « mariage civil et républicain » en « instituant une nouvelle communauté de vie » », objection que le Conseil constitutionnel a écartée dans sa décision le 9 novembre 1999 en retenant que « les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles relatives au mariage »²⁶⁹.

De leur côté, les partisans du Pacs ont tâché, tout au long des débats, de mettre en avant le caractère exclusivement patrimonial et contractuel de ce dernier, et ce notamment « afin de tenter de désamorcer la critique qui aurait consisté à reprocher au législateur d'avoir accordé la reconnaissance sociale à un couple que certains considèrent encore comme hors normes »²⁷⁰.

Lors des débats parlementaires, tant le rapporteur du texte²⁷¹ que la Garde des Sceaux²⁷² ont déclaré qu'il y avait une profonde différence entre le Pacs et le mariage. Il s'agissait en effet de rassurer les opposants à ce nouveau dispositif et de permettre l'adoption de la loi sur le Pacs. C'est pourquoi à l'époque, tant la Garde des Sceaux que le rapporteur de la proposition de loi ont refusé non seulement que la question du Pacs puisse sembler liée à celle du mariage, mais aussi que le Pacs puisse sembler lié à la famille ou au droit de la famille, affirmation qui ne peut que surprendre aujourd'hui, tant il est acquis que le Pacs est un mécanisme juridique offert aux individus pour organiser leur vie familiale²⁷³. L'effet pervers de cette stratégie s'est révélé sur le terrain de la lisibilité du Pacs, profondément marqué par cette indétermination technique originelle.

63. Pourtant, si personne ne semble alors vouloir que mariage et Pacs soient assimilés, il en va tout autrement lorsqu'est envisagée l'aide matérielle et mutuelle. Le texte de 1999 prévoyait que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle ». Il a pu être affirmé que cette formulation était à l'époque, destinée à éviter le

²⁶⁹ V. Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, préc.

²⁷⁰ V. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 311

²⁷¹ Citons ici son rapport : « Le Pacs se distinguera de l'union libre comme du mariage : ce sera en quelque sorte un “ tiers état ”, sans doute précédé d'une union libre et peut-être suivi d'un mariage » ou encore que « « Le Pacs n'a donc pour objet ni de concurrencer le mariage, ni d'accorder des droits particuliers aux couples homosexuels : c'est un statut global emportant des conséquences spécifiques pour les partenaires choisissant d'y adhérer ». V. J.-P. Michel, Rapport du 23 septembre 1998 précité. Lors de l'examen de la loi, il eut l'occasion de réitérer cette affirmation : ainsi devant l'Assemblée nationale, lors de la 3^{ème} séance du mardi 1^{er} décembre 1998, où il déclara que « le Pacs n'est pas le mariage, la rupture n'est pas le divorce ».

²⁷² V. discussion de la Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité devant l'Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 1^{er} décembre 1998.

²⁷³ V. L. Leveneur, « Introduction », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc.

rapprochement avec l'article 214 du Code civil²⁷⁴, afin de ne pas marquer « une analogie compromettante avec [...] la contribution aux charges du mariage »²⁷⁵. Pourtant, la formulation peut évoquer deux dispositions relatives au mariage : l'article 214 du Code civil, évoquant la contribution aux charges du mariage, d'une part, mais également, l'article 212 du Code civil, d'autre part, lequel disposait alors que « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

Il était naturellement tentant de voir dans l'aide mutuelle et matérielle prévue par le Pacs une obligation analogue au devoir de secours prévu par le Code civil s'agissant des époux. Certes, les textes parlaient dans le Pacs d'« aide matérielle » et non de « devoir de secours », et il était possible de voir dans cette différence sémantique la preuve que ces deux mécanismes étaient différents. Mais il était également possible de relever que les deux dispositifs faisaient état du caractère « mutuel » des obligations ici envisagées. Or, le caractère mutuel des devoirs, et particulièrement des devoirs conjugaux, souligne leur particularité, évoquant le refus du droit de permettre à l'un des époux de se délier de ses devoirs, motif pris des manquements commis par son conjoint. De la sorte, le choix de parler en 1999 d'une obligation mutuelle entre partenaires pacsés semblait éloigner le Pacs de sa nature contractuelle, puisque le contrat, lui, permet en principe au contractant ayant à supporter l'inexécution contractuelle de son co-contractant de soulever une exception d'inexécution.

64. Les parlementaires s'emparèrent de cette question, et les débats furent nombreux devant l'Assemblée nationale lors de la 1^{ère} séance du mercredi 9 juin 1999 et lors de la 3^{ème} séance du mardi 1^{er} décembre 1998. Et, bien loin de réclamer une distinction plus franche entre Pacs et mariage, de nombreux députés allaient au contraire demander, à propos de l'aide matérielle et mutuelle, que celle-ci voit sa nature alimentaire reconnue, et son caractère contraignant renforcé. Leur intention n'était pourtant pas, ce faisant, de permettre le rapprochement avec le mariage. La raison s'en retrouve dans la formule de Monsieur le député Wiltzer : « Nous avons bien compris que le Pacs n'est pas le mariage, mais faut-il pour autant qu'il n'emporte que des avantages et aucune obligation ? »²⁷⁶. Puisque l'adoption du Pacs semblait inévitable, certains députés, notamment ceux qui n'étaient guère favorables à celui-ci,

²⁷⁴ Pour rappel, « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. / Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

²⁷⁵ V. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 320

²⁷⁶ V. P.-A. Wiltzer, discussion de la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité* devant l'Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 1^{er} décembre 1998.

ont voulu que les partenaires pacsés soient davantage protégés par le Pacs, et donc que les obligations pesant sur chacun d'entre eux soient consolidées²⁷⁷.

65. Le Conseil constitutionnel se pencha à son tour sur la question, et considéra que « l'aide mutuelle et matérielle s'analyse [...] comme un devoir entre partenaires du pacte ; qu'il en résulte implicitement mais nécessairement que, si la libre volonté des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, serait nulle toute clause méconnaissant le caractère obligatoire de ladite aide ; que, par ailleurs, dans le silence du pacte, il appartiendra au juge du contrat, en cas de litige, de définir les modalités de cette aide en fonction de la situation respective des partenaires ». Par ces quelques lignes, le Conseil constitutionnel répondait à un certain nombre de questionnements soulevés au cours des débats parlementaires, retenant l'existence d'un devoir, obligatoire et d'ordre public, d'entraide entre les partenaires, et prévoyant, lorsque le pacte n'en définirait pas de modalités précises, l'intervention d'un juge afin de les fixer.

Sur le plan procédural, le Conseil judiciarisait le contentieux de l'aide mutuelle, sans pour autant désigner le juge aux affaires familiales pour trancher les litiges, lui préférant le juge du contrat, ce qui marquait une profonde différence, en la matière, avec le mariage. Néanmoins, ledit juge devait, selon le Conseil constitutionnel, statuer sur l'aide en prenant en compte « la situation respective des partenaires », ce qui rappelle les critères de fixation tant du devoir de secours de l'article 212 du Code civil²⁷⁸ que de la contribution aux charges de l'article 214.

66. A ce stade de l'analyse, l'aide matérielle pouvait être analysée, du moins en 1999, comme ayant soit une nature alimentaire, qui rapprochait l'article 515-4 du Code civil de l'article 212, soit une nature contributive, ce qui le rapprochait de l'article 214. Le Conseil constitutionnel tranchait dans le sens d'un rapprochement entre le régime du devoir mutuel d'aide matérielle des partenaires pacsés et le devoir de secours des époux, ce qui ressort notamment de l'emploi du terme « devoir » pour le qualifier, ainsi que, dans une certaine

²⁷⁷ Ainsi Mme la députée Boutin proposa-t-elle de modifier la rédaction de l'article 515-4 afin que ce dernier dispose que les partenaires « "se doivent" comme dans le mariage » une aide matérielle mutuelle (v. C. Boutin, discussion de la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité* devant l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance du mercredi 9 juin 1999. Monsieur le député Albertini ira dans le même sens, en proposant d'appliquer aux signataires du Pacs « les obligations prévues aux articles 212, 214 et 215 du code civil » (v..P. Albertini, discussion de la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité* devant l'Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 1^{er} décembre 1998). Certains députés allaient même proposer que le Pacs ait des effets, sur le plan alimentaire, non seulement pendant la durée du pacte, mais également après sa dissolution, via un devoir mutuel d'aide matérielle à durée limitée, pendant l'année qui suit la fin du Pacs (V. T. Mariani, discussion de la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité* devant l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance du mercredi 9 juin 1999) tandis que d'autres allaient demander que le juge puisse intervenir à la dissolution du Pacs afin d'ordonner le versement d'une pension alimentaire. Ces propositions furent rejetées tant par la Garde des Sceaux que par le rapporteur de la proposition de loi.

²⁷⁸ Bien que l'évaluation de celui-ci impose également de prendre en compte les besoins de créancier.

mesure, de l'affirmation de son caractère d'ordre public, ce qui rappelle les caractères de l'obligation alimentaire, notamment son indisponibilité²⁷⁹. La différence dans le choix de termes pour désigner l'obligation alimentaire dans le Pacs et dans le mariage pourrait, dès lors, être simplement le reflet de « la volonté obsessive d'éloigner Pacs et mariage »²⁸⁰.

67. Il existe néanmoins des analyses opposées à la reconnaissance d'un caractère alimentaire de l'aide matérielle, comme celle de Monsieur le professeur Labbée dans son article « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? ». Ce dernier refuse en effet à l'aide matérielle la qualification d'obligation alimentaire, sur la base de deux arguments principaux. Le premier est un argument textuel : « Dans le Code civil, l'obligation alimentaire est décrite dans un chapitre intitulé « *Les obligations qui naissent du mariage* ». Elle découle du lien d'alliance créé par le mariage. C'est ainsi qu'elle existe entre époux et entre alliés. Et c'est pourquoi il n'y a pas d'obligation alimentaire dans le concubinage : les règles de la contribution aux charges du mariage ne sont pas transposables »²⁸¹. Autrement dit, puisque l'obligation alimentaire est envisagée dans un chapitre consacré au mariage, il n'y aurait pas d'obligation alimentaire dans le couple non marié.

On peut néanmoins opposer à cet argument le fait qu'il existe entre ascendants et descendants une obligation alimentaire qui ne dépend nullement de l'existence d'un mariage. Carbonnier remarque ainsi, à propos de l'obligation alimentaire, que « c'est un sujet que le Code civil a abordé d'une manière peu scientifique, en présentant les obligations alimentaires comme des obligations qui naissent du mariage, alors qu'on ne les rencontre pas seulement dans la famille légitime, mais aussi dans la filiation hors mariage ou dans l'adoption. Ce sont, en réalité, des obligations qui naissent de la parenté et de l'alliance »²⁸². En outre, le fait d'exclure toute comparaison avec le régime du mariage conduit également, *de facto*, à exclure la possibilité de rapprocher l'aide matérielle de la contribution aux charges du ménage, prévue dans le même chapitre. Il n'est dès lors plus de comparaison possible, et ne reste qu'un vide, les deux analogies envisageables ayant été écartées, sans pour autant que la nature précise de l'aide matérielle ait été déterminée.

²⁷⁹ V. X. Labbée, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », préc.

²⁸⁰ V. M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, préc., p. 276.

²⁸¹ V. X. Labbée, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », préc.

²⁸² V. J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc. p. 797. Sur la même question, on peut rapporter les propos de A. Gouttenoire et P. Courbe, parlant d'une « conception passée où le droit ne prenait en considération que la famille fondée sur le mariage ». V. A. Gouttenoire et P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey, 6^{ème} édition, 2013, n°1425.

68. Le deuxième argument, déjà évoqué dans le premier extrait cité, est lié à l'absence de lien d'alliance dans le Pacs : « Le défaut de rapport d'alliance implique surtout qu'il n'y a pas d'obligation alimentaire envers les "beaux-parents" [...] tout simplement parce que les partenaires ne sont pas des alliés et qu'ils n'ont pas juridiquement de "beaux-parents". Le devoir d'aide matérielle liant les partenaires ne peut donc pas être analysé comme un devoir de nature alimentaire, comme une "pension alimentaire" »²⁸³. À cette seconde objection, on peut une fois encore opposer le fait que l'absence d'un lien d'alliance, si elle permet en effet d'exclure l'existence d'une obligation alimentaire entre "alliés" dans le Pacs, ne permet nullement de déduire la nature de l'aide matérielle unissant les partenaires pacsés, pas plus qu'elle ne conduit nécessairement à exclure, dès lors, l'existence d'une obligation alimentaire entre eux.

69. Le Conseil constitutionnel, par sa décision, entérine toutefois une forme de matrimonialisation du Pacs, comme le souligne Monsieur le professeur Molfessis dans son commentaire de la décision du Conseil constitutionnel :

« Les obligations nées du Pacs conduisent inévitablement à opérer le rapprochement avec le mariage. Du moins lorsque l'on s'attache aux effets patrimoniaux qu'il entraîne. Ainsi, l'article 515-4 dispose que "les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle" dont les modalités sont fixées par le pacte, tandis que l'alinéa suivant énonce que "les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun". La place même du nouveau texte dans le Code civil - au titre des personnes - est évidemment, dans le même sens, "de nature à beaucoup brouiller les cartes" ? Le gouvernement s'en est toutefois nettement défendu dans son mémoire, soulignant que le Pacs "a une nature exclusivement contractuelle. Il se différencie fortement en cela du mariage". La réécriture à laquelle a procédé le Conseil constitutionnel l'a pourtant conduit, en sens inverse, à accentuer le rapprochement effectué avec le mariage »²⁸⁴.

70. Les évolutions postérieures du Pacs allaient renouveler, du moins partiellement, l'analyse de l'aide matérielle. La première évolution significative en ce sens intervient avec la *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*. Cette dernière modifie, entre autres, l'article 515-4 du Code civil, et notamment son alinéa 1^{er}, lequel

²⁸³ V. X. Labbé, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », préc.

²⁸⁴ V. N. Molfessis, « Pacte civil de solidarité (PACS) – La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », préc.

dispose dès lors que « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives ». *In fine*, la nouvelle rédaction de cet alinéa entérine la décision précitée du Conseil constitutionnel, ce qui ne modifie pas la manière d'appréhender l'aide matérielle.

71. En revanche, cette loi revient également sur le caractère mutuel de l'aide matérielle, remplacé par un caractère réciproque. La différence, sémantique, n'est pas révolutionnaire, mais elle porte une force symbolique que l'on ne peut ignorer. En effet, la réciprocité évoque le caractère synallagmatique du contrat, dans lequel l'inexécution d'une partie justifie celle de l'autre, par le biais de l'exception d'inexécution. Au contraire, le caractère mutuel des devoirs conjugaux souligne leur particularité, impliquant le refus du droit de permettre à l'un des époux de se délier de ses devoirs au motif pris des manquements commis par son conjoint. De la sorte, ce changement semble éloigner le Pacs du mariage, en rappelant sa nature contractuelle là où celle-ci était antérieurement moins apparente.

Néanmoins, il ne faut sans doute pas surestimer la portée de ce changement. En effet, la lecture du *Rapport n° 343 (2005-2006) sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités*, fait par M. le sénateur de Richemont au nom de la commission des lois du Sénat, et déposé le 10 mai 2006, conduit plutôt à penser que les parlementaires considéraient que les termes « mutuelle » et « réciproque » étaient synonymes²⁸⁵. Les deux expressions semblent être employées indifféremment, même si l'on peut s'interroger sur la raison d'être d'un changement d'un terme qui ne s'accompagnerait pas d'un changement conceptuel. En revanche, notons que les sénateurs rapprochent l'aide matérielle de la contribution aux charges de l'article 214, contrairement aux parlementaires des années 1990.

72. Une autre évolution remarquable est intervenue en matière procédurale. En effet, la *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* est venue modifier l'attribution de la compétence en matière de contentieux lié à l'aide matérielle. Alors que depuis la décision du Conseil constitutionnel portant sur la loi de 1999, la compétence en la matière appartenait au « juge du contrat », la loi du 12 mai 2009 est

²⁸⁵ « Le projet de loi prévoit pour sa part que les partenaires s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Votre commission approuve tout à fait la définition prévue par le projet de loi à l'instigation du groupe de travail de l'aide mutuelle et matérielle. Il est ainsi précisé que l'aide mutuelle entre les partenaires est fonction de leurs capacités contributives respectives, si les partenaires n'en disposent pas autrement, comme cela est prévu s'agissant des époux par l'article 214 ».

venue modifier l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire afin d'attribuer la compétence en matière de contentieux lié au Pacs au juge aux affaires familiales. Par le contentieux, le rapprochement entre le Pacs et le mariage se confirme donc. Plus encore, et cela a pu être considéré comme un indice supplémentaire de ce qu'il convenait d'assimiler l'aide matérielle à la contribution aux charges²⁸⁶, il est bien précisé que cette compétence du juge aux affaires familiales s'étend aux actions liées « à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants »²⁸⁷.

73. Il est vrai que dans sa lettre, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire lie contribution aux charges du mariage et « contribution aux charges du pacte civil de solidarité », expression jusqu'alors inédite à notre connaissance. Pourtant, il n'est pas certain, à lire le rapport Guinchard, qui a pour partie inspiré cette réforme, qu'une réflexion de fond sur la nature de l'aide matérielle ait été menée, puisque ce dernier préconise simplement que « le juge aux affaires familiales [puisse] voir sa compétence étendue au contentieux relatif au partage des indivisions des concubins ou des partenaires pacsés »²⁸⁸. Monsieur le sénateur Saugey, rapporteur de la proposition de loi devant le Sénat, expose de même que le texte tel qu'adopté par la commission des Lois du Sénat « modifie l'article L. 213-3, relatif aux compétences du juge aux affaires familiales, afin de prévoir qu'il connaît : [...] des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, à l'exercice de l'autorité parentale, à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement, au changement de prénom »²⁸⁹. On arrive donc directement à la lettre actuelle de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire sans plus d'explication.

En outre, on peut remarquer que cette « contribution aux charges du pacte civil de solidarité » est insérée aux côtés de l'obligation alimentaire générale et de la contribution à

²⁸⁶ V. X. Labbée, « La judiciarisation du Pacs et du concubinage », in *Dalloz* 2009, p. 2053.

²⁸⁷ Comme le relève Monsieur le professeur Labbée : « On se doutait que le contenu du devoir d'"aide matérielle" entre partenaires ne devait pas être très différent de celui de la "contribution aux charges du mariage" entre époux. L'une et l'autre sont "proportionnelles" aux "facultés respectives" de l'époux ou du partenaire débiteur. L'une et l'autre sont "d'ordre public", ce qui n'exclut en rien la volonté des conjoints ou des partenaires de s'exprimer dans la détermination des modalités de la contribution, qui peuvent – dans un cas comme dans l'autre – être définies dans la convention souscrite (contrat de mariage ou pacte). Pour bien marquer l'unicité des notions, le nouvel article parle "de la contribution aux charges du mariage ou du Pacs" mettant ainsi en facteur commun le mot "contribution". L'expression est judicieuse : on pourra donc sans difficulté transposer la jurisprudence suscitée par l'article 214 du code civil au domaine du pacte ». *Idem*.

²⁸⁸ V. S. Guinchard (dir.), « *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* » - *Rapport de la commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard*, La Documentation française, 2008, p. 225.

²⁸⁹ V. B. Saugey, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, p. 77-78.

l'entretien et à l'éducation des enfants, deux formes d'obligations alimentaires, et de la prestation compensatoire, qui présente certes des aspects indemnitaires, mais également des aspects alimentaires. L'argument textuel pourrait donc conduire tout à la fois à conclure que l'aide matérielle, assimilée à la contribution aux charges, n'est pas de nature alimentaire, ou bien que, puisqu'elle est citée parmi d'autre mécanismes ayant au moins pour partie une nature alimentaire, elle est également une obligation alimentaire.

La création du Pacs a donc conduit à la création d'un nouveau rapport patrimonial *ad hoc* qu'est l'aide matérielle, distincte tant du devoir de secours que de la contribution aux charges, dont la nature et la portée restent à déterminer.

74. S'agissant du concubinage, les choses sont simples et plus lisibles. Le concubinage, comme le rappelle l'article 515-8 du Code civil, est une union de fait. Celle-ci, selon la formule bien connue, n'a vocation à créer aucun effet de droit entre les concubins. Elle se définit encore comme une union libre qui se caractérise par sa fragilité, sa rupture étant par principe dépourvue de conséquence. La jurisprudence refuse donc de reconnaître l'existence d'une obligation alimentaire civile²⁹⁰ qui lierait les concubins²⁹¹. Il n'est néanmoins pas exclu que les choses évoluent dans l'avenir. On sait combien à l'heure actuelle, le droit de la famille est devenu un droit où le poids des aspirations du corps social et des revendications individuelles se traduit régulièrement par une évolution du droit²⁹². Or, l'absence de sanctions juridiques liées au concubinage ne permet pas d'en déduire l'absence d'une appréhension éthique, socialement reconnue, de ce que devraient être les devoirs et obligations des concubins.

75. Prenons l'exemple du devoir de fidélité. Il n'existe pas, aujourd'hui, de devoir de fidélité dans le concubinage, ce dernier étant seulement « caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité » (cf. article 515-8 du Code civil). Il n'est néanmoins pas anodin de constater qu'on ne parle plus guère aujourd'hui d'« union libre », le terme de concubinage ayant largement supplanté cette expression, et il est probable que la plupart des personnes vivant aujourd'hui en concubinage ou ayant à envisager de manière générique la notion de « couple » ne considèrent pas que le concubinage soit une forme d'union dénuée d'engagement moral de fidélité, bien que le droit n'impose pas de devoir de fidélité

²⁹⁰ Il faut ici réserver l'hypothèse de l'obligation naturelle, traitée ultérieurement, et celle de la mobilisation d'autres instruments juridiques tels que l'enrichissement injustifié, qui a vu la jurisprudence retenir un devoir de contribuer aux dépenses de la vie courante dans le concubinage.

²⁹¹ V. par. ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, n°04-10.684.

²⁹² Notamment lorsqu'à la demande sociale s'ajoute une situation factuelle allant dans le même sens. V. à ce sujet, C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », in *Dalloz* 1977, p. 251.

dans le concubinage et n'accepte d'indemniser sur le fondement de l'article 1240 du Code civil que la faute dans la rupture dite « détachable » de celle-ci²⁹³. Ainsi certains auteurs vont-ils jusqu'à parler d'une « obligation implicite de fidélité dans le concubinage »²⁹⁴. Le temps semble donc révolu où le Doyen Carbonnier pouvait écrire : « Le mariage français est une union sérieuse... un abîme le séparera toujours de l'union libre. Celle-ci est avant tout une union pour le plaisir, l'amusement, *jocandi causa* »²⁹⁵.

76. En outre, et nous le verrons ultérieurement, parce que la jurisprudence elle-même est venue rechercher, par divers procédés, des palliatifs à cette absence de protection juridique des concubins. On peut évoquer, à cet égard, le rôle joué par l'obligation naturelle, qui a vu la jurisprudence retenir, à diverses reprises, l'existence d'une obligation alimentaire naturelle entre concubins²⁹⁶. Il est ainsi, d'une part, erroné de dire que le droit ne reconnaît pas, entre concubins, d'obligation alimentaire : celle-ci a simplement, pour l'heure, la nature d'une obligation naturelle, et non d'une obligation civile. Il est en outre possible, d'autre part, de s'interroger sur la portée de cette reconnaissance. Une des analyses possibles de l'obligation naturelle, et nous y reviendrons, consiste à y voir une forme embryonnaire, qui est en train d'accéder, au terme d'un processus évolutif donc l'obligation naturelle n'est qu'une étape intermédiaire, à la qualification d'obligation civile. Dans cette perspective, dès lors, la reconnaissance d'une obligation naturelle entre concubins pourrait être le prélude à la consécration d'une véritable obligation civile. Il semble qu'en une époque où coexistent un désir de liberté notamment en matière de mœurs²⁹⁷ et de protection individuelle face aux épreuves de la vie dont les ruptures font partie, une revendication allant dans le sens d'une meilleure protection juridique des concubins pourrait émerger.

77. De ces diverses évolutions, on peut tirer une vue d'ensemble de la conjugalité telle qu'envisagée par le droit français : trois types d'unions – mariage, Pacs et concubinage – auxquelles répondent trois degrés d'union patrimoniale, de solidarité entre les membres du

²⁹³ V., par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, n°07-14.628, ayant retenu que : « pour débouter Mme X... de sa demande de dommages-intérêts formée à l'encontre de M. Y... pour rupture fautive de concubinage, l'arrêt se borne à affirmer que celle-ci ne rapporte pas la preuve d'agissements particulièrement fautifs de M. Y..., qui n'était pas tenu des devoirs du mariage ; qu'en statuant ainsi sans répondre aux conclusions de Mme X... qui faisait valoir que M. Y... l'avait quittée, la laissant dans un désarroi matériel et moral pour aller vivre avec sa propre fille qu'il devait épouser par la suite, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

²⁹⁴ V. X. Labbé, « L'obligation implicite de fidélité dans le concubinage », in *Gaz. Pal.*, 30 janv. 2014, p. 5.

²⁹⁵ V. J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, T. 1, p. 340.

²⁹⁶ V. à ce titre les points dédiés à cette question ultérieurement, à savoir, s'agissant de l'obligation naturelle, les n°189 s., et spécifiquement, pour le cas du concubinage, les points n° 197 s.

²⁹⁷ Affirmation qui elle-même pourrait être nuancée, tant se multiplient les phénomènes de réprobation sociale des mœurs libres, tant sur les réseaux sociaux que dans l'espace public : on peut ainsi penser au phénomène du *slut-shaming* ou d'autres formes d'harcèlement, d'agression et d'atteintes diverses que peuvent aujourd'hui subir des individus pour avoir manifesté leur liberté sexuelle, à disposer de leur corps, leur liberté d'expression ou encore de conscience.

couple – devoir de secours, aide matérielle, et absence de solidarité entre les concubins. Il y a donc une forme de gradation de l’union, de laquelle on pourrait déduire l’existence d’une hiérarchie entre les formes de conjugalité. Les incertitudes quant au contenu des rapports juridiques entre partenaires pacsés et entre concubins ainsi que les questionnements contemporains sur les évolutions futures du droit de la famille, notamment face à l’émergence d’un droit commun des couples, conduisent néanmoins à réinterroger, à la lumière des fondements de l’obligation alimentaire, la possibilité de faire de l’obligation alimentaire une composante d’un éventuel droit commun des couples.

Sous-section 2. Vers une obligation alimentaire conjugale unifiée ?

78. La question de l'existence ou non d'une obligation alimentaire dans le couple non marié conduit, concrètement, à poser deux questions qui se répondent l'une à l'autre. La première est celle du fondement de l'obligation alimentaire **(I)**. La seconde, qui découle de la première, consiste à interroger l'opportunité, au regard du fondement de l'obligation alimentaire et des spécificités propres à chaque forme d'union, d'étendre l'obligation alimentaire à toutes les formes d'union, et notamment au concubinage **(II)**

I) Le fondement de l'obligation alimentaire

79. Dans notre recherche du fondement de l'obligation alimentaire, nous commencerons par développer la thèse, présentée par Monsieur le professeur Péliissier, selon laquelle les obligations alimentaires intrafamiliales reposent sur un lien de solidarité **(A)**. Pour autant, de nombreuses autres explications sont régulièrement convoquées pour justifier le rapport alimentaire, que nous examinerons, pour réaffirmer le bien-fondé de l'invocation de la solidarité, dans un second temps **(B)**.

A) Un fondement classique : la solidarité

80. Dans sa thèse dédiée à l'obligation alimentaire²⁹⁸, Monsieur le professeur Pelissier développe l'idée selon laquelle il existerait, pour toutes les obligations alimentaires familiales²⁹⁹, une unité profonde, tant sur le fond du droit que sur le terrain procédural, qui se justifierait par l'existence d'un fondement commun : le lien de solidarité³⁰⁰. Par suite, ce fondement commun conduirait à une unité de nature et de régime, qui permettrait de chercher, parmi ces obligations, davantage d'unité que de distinctions. Pour reprendre ses mots : « Les obligations alimentaires familiales ont toutes le même fondement : le lien de solidarité. Elles présentent toutes le même caractère personnel, et ont la même destination alimentaire. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, qu'elles obéissent aux mêmes règles puisque ces règles sont les conséquences soit du lien de solidarité, soit du caractère personnel, soit du caractère alimentaire de l'obligation »³⁰¹.

Dans cette démonstration, Monsieur le professeur Pelissier, réfutant toute différence de nature entre l'obligation alimentaire familiale « classique » et certaines de ses formes (devoir de secours, obligation d'entretien de l'enfant, obligation naturelle, obligation alimentaire – à

²⁹⁸ J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, thèse Lyon, 1961.

²⁹⁹ Obligations familiales qu'il oppose aux obligations « qui sont le produit de l'activité de l'homme », autrement dit volontaires : « Il y a en réalité deux types d'obligations alimentaires. Les unes répondent à une idée de solidarité. Le créancier a droit à des aliments parce qu'il est solidaire de certaines personnes plus fortunées que lui. Le fondement de l'obligation est alors un devoir d'entraide. Il en est ainsi de l'obligation familiale et de l'obligation sociale. Les proches parents se doivent réciproquement des aliments parce que le groupe familial forme un tout et que chaque membre du groupe est solidaire des autres. Il en est de même de l'aide fournie par l'Etat. Les miséreux ont droit à l'aide de la collectivité, non parce qu'ils sont miséreux, mais parce qu'il existe entre tous les membres d'une même population, une loi de solidarité. A côté de ces obligations qui sont des devoirs d'entraide, il existe une seconde catégorie d'obligations alimentaires, qui sont le produit de l'activité de l'homme. Le créancier alimentaire n'a plus droit aux aliments en sa qualité de parent ou de citoyen, mais son droit naît du commerce juridique, de la conclusion d'un contrat, de la réalisation d'un délit. Le droit aux aliments est alors une création de l'homme, plus ou moins volontaire selon les cas, qui est indépendante de la qualité du créancier. A ce titre, elle a un caractère personnel beaucoup moins accusé ».

Idem, p. 6-7

³⁰⁰ Il explique en revanche que « Ce n'est pas l'origine, familiale ou non, d'une obligation, qui donne à l'obligation un caractère alimentaire. C'est sa destination. Sont alimentaires toutes les prestations ayant pour but d'assurer à une personne besogneuse des moyens d'existence ».

Idem, p. 2

³⁰¹ *Idem*, p. 439

l'époque – après divorce), en tire toutes les conséquences, en expliquant que c'est précisément ce fondement particulier qu'est la solidarité qui explique le régime particulier, assez extraordinaire dans le droit civil français, qu'a l'obligation alimentaire familiale : « Les traits les plus originaux de l'obligation alimentaire familiale (variabilité en fonction des ressources du créancier et du débiteur, réciprocité, nullité des renonciations...) découlent du fondement de l'obligation, et non de sa destination »³⁰². Et l'auteur de conclure : « Il serait à ce titre plus exact de les dénommer obligations de solidarité plutôt qu'obligations alimentaires. Cette dénomination aurait l'avantage de révéler l'origine de l'obligation, tout en tenant compte de son régime »³⁰³.

81. Monsieur le professeur Pélissier tend donc à démontrer que les spécificités du régime de l'obligation alimentaire familiale ne peuvent s'expliquer que par son fondement essentiel : la solidarité intrafamiliale. Il précise sa pensée en expliquant qu'existe un devoir moral, relevant de la loi naturelle, de solidarité entre les êtres humains, mais que celui-ci, trop diffus, ne saurait constituer une obligation légale, sauf à passer par le truchement de l'impôt qui finance et permet la solidarité collective. La forme légale générale du devoir de solidarité collective serait donc l'impôt. Les obligations alimentaires sont, dès lors, l'expression particulière de ce devoir de solidarité, qui peut être légalement imposé dans le cadre de la famille, cadre plus circonscrit, et où le législateur peut, présumant en quelque sorte l'existence d'une communauté affective, communauté de sentiments et d'intérêts, obliger les membres de la famille qui le peuvent à venir en aide à ceux qui sont dans le besoin³⁰⁴. Seul un fondement aussi fort et intime que la solidarité intrafamiliale peut justifier, selon lui, certains des caractères de l'obligation alimentaire intrafamiliale. Un des exemples en est le caractère réciproque de l'obligation alimentaire :

« Les obligations alimentaires, du moins certaines d'entre elles, sont réciproques. Cela signifie non pas que deux personnes se doivent en même temps des aliments, mais que toutes deux ont vocation aux aliments. Le débiteur alimentaire d'aujourd'hui peut devenir créancier alimentaire dans l'avenir. Inversement, celui qui est aujourd'hui créancier alimentaire peut devenir

³⁰² *Idem*, p. 460

³⁰³ *Idem*.

³⁰⁴ *Idem*, p. 8 : « Parce que tous les hommes sont frères, chacun doit, selon la loi naturelle, venir en aide à son prochain dans la misère. Mais ce devoir de solidarité est trop général pour pouvoir être consacré par la loi positive. Pour devenir obligation juridique, le devoir moral doit être suffisamment précis. Non seulement l'objet du devoir, mais encore les personnes tenues comme les bénéficiaires, doivent pouvoir être déterminées. Aussi ce n'est que dans de groupements limités, nettement définis, que le devoir de solidarité donnera naissance à une obligation alimentaire. Le groupement le plus étroit, celui où la solidarité est la plus forte, est le groupement familial. Les membres d'une même famille sont unis par des liens d'affection et d'intérêt particulièrement forts (...). Aussi de tout temps, et en tout lieu, le législateur a-t-il consacré cette obligation d'entraide familiale qui est devenue l'obligation alimentaire type ».

débiteur. La réciprocité de l'obligation alimentaire est la possibilité d'un renversement des rôles de créancier et de débiteur, en fonction des modifications des ressources des intéressés. Cette réciprocité de certaines obligations alimentaires est une manifestation de la solidarité. La solidarité repose en effet sur l'idée de réciprocité. Entre personnes solidaires, il existe un lien qui impose à chacun de secourir son prochain, en même temps qu'il donne à chacun le droit d'être secouru. Le lien de solidarité étant le fondement du droit, il est logique que toute personne unie par ce lien puisse invoquer le droit. Cette affirmation est confirmée par les règles admises en droit positif. Toutes les obligations fondées sur l'idée de solidarité sont réciproques, et elles seules le sont. Les autres obligations alimentaires sont unilatérales »³⁰⁵.

82. C'est également ce fondement, la solidarité, qui expliquerait que les obligations alimentaires intrafamiliales ne sont pas susceptibles de renonciation :

« Toutes les obligations alimentaires résultant d'un lien de solidarité sont insusceptibles de renonciation. Au contraire, les obligations alimentaires résultant de l'activité de l'homme peuvent faire l'objet de renonciation et de transaction. [...] Reste à savoir pourquoi les obligations alimentaires résultant d'un lien de solidarité ne sont pas susceptibles de renonciation, à la différence des obligations alimentaires résultant d'un acte ou d'un fait juridique. La réponse est assez simple. La solidarité n'est pas seulement un lien. C'est avant tout un devoir, et un devoir impérieux. Or, il est interdit à l'homme de se libérer de devoirs élémentaires d'humanité. Il serait immoral qu'une personne, tenue d'un devoir aussi impérieux que le devoir de secourir ses proches dans la misère, puisse par malignité, abus d'autorité, ou exploitation de la naïveté du miséreux, se libérer de son obligation. En d'autres termes, c'est parce que les actes limitant l'obligation du débiteur alimentaire sont contraires aux bonnes mœurs qu'ils sont frappés de nullité. La nullité des renonciations et des transactions est donc une conséquence de l'ordre public, mais cet ordre public n'est pas un ordre public financier ou familial. C'est l'ordre public des bonnes mœurs. Cette justification de la nullité permet de comprendre que les renonciations aux obligations alimentaires résultant d'un devoir de solidarité soient annulées, alors que les renonciations aux autres obligations alimentaires sont valables. En effet, s'il est immoral qu'une personne ou qu'un groupement se libère, par un acte juridique, d'une obligation que la solidarité impose, il n'est point immoral qu'un ami ou un tiers se libère d'une obligation alimentaire d'origine conventionnelle ou délictuelle. Ce qui est odieux, en effet, ce n'est pas qu'une personne soit laissée à l'abandon, mais qu'elle soit abandonnée par ceux-là mêmes qui sont liés à elles par la naissance. Il est peut-être lâche qu'un tiers se libère d'une obligation alimentaire conventionnelle ou délictuelle, mais cette lâcheté

³⁰⁵ *Idem*, p. 287.

n'est point comparable à celle du groupement ou du parent qui abandonne celui dont il a la charge. Dans un cas, le débiteur se libère d'une obligation créée par l'homme, dans l'autre d'une obligation imposée par la nature. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que l'attitude du débiteur alimentaire est particulièrement scandaleuse et doit être sanctionnée »³⁰⁶.

83. Si certaines de ces explications peuvent sembler aujourd'hui quelque peu datées, en ce sens qu'il est devenu aujourd'hui – et peut-être devrait-on le regretter – assez inhabituel dans une étude de droit de la famille d'invoquer une forme de devoir universel d'entraide et de solidarité entre les êtres humains pour fonder, sur le terrain du droit naturel, tant l'aide alimentaire que l'aide sociale³⁰⁷, elles ont l'avantage de mettre en évidence aussi bien la diversité existant parmi les obligations alimentaires que les spécificités des obligations alimentaires intrafamiliales. Ce faisant, elles permettent de relever, d'une part, que puisque toutes les obligations alimentaires ne présentent pas les propriétés, exceptionnelles, des obligations alimentaires intrafamiliales, on ne peut justifier celles-ci par le caractère alimentaire³⁰⁸. Seul reste alors le caractère familial, et donc l'idée que seule la solidarité intrafamiliale justifie certaines caractéristiques de ces obligations (réciprocité, variabilité³⁰⁹, impossibilité de la renonciation).

84. D'autre part, elles permettent de comprendre pourquoi cette solidarité ne peut se déployer que dans un cadre restreint, limité non seulement à la famille, mais plus encore à un cercle restreint au sein de celle-ci. L'obligation alimentaire familiale est un lien porté par un régime dérogatoire aux institutions traditionnelles du droit civil, en principe viager – voire davantage puisqu'il est possible, en certains cas, de réclamer des aliments à la succession d'un débiteur décédé – et en principe inaltérable³¹⁰.

³⁰⁶ *Idem*, p. 329-330.

³⁰⁷ Ainsi que l'impôt.

³⁰⁸ Lequel permet, de son côté, de justifier un certain nombre de mécanismes dérogatoires au droit commun, notamment en termes d'exécution forcée, sur lesquels nous reviendrons dans la deuxième partie de ce travail.

³⁰⁹ Relevons néanmoins à ce sujet la difficulté que posent dans certains cas les obligations alimentaires volontaires. Ainsi, alors même qu'en principe, les obligations alimentaires volontaires, au contraire des obligations alimentaires intrafamiliales, sont invariables (sur ce point, v. J. Pélissier, préc. p. 299 s.), la jurisprudence a pu, en certaines hypothèses, interpréter certaines conventions – qui ne le précisaient pas expressément – comme soumises à variations. Ainsi d'un arrêt rendu en matière d'obligation alimentaire naturelle transformée en obligation civile par la 2ème Chambre civile de la Cour de cassation le 25 janvier 1984 (n°82-14.595), ayant retenu « qu'après avoir, par un motif non critiqué, relevé que dans leur convention définitive les époux étaient convenus de renoncer à toute prestation compensatoire, mais qu'ayant voulu donner force civile à ce qu'il considérait comme un devoir moral, [l'ex époux] s'était engagé à payer à sa femme une pension alimentaire, c'est sans violer le principe de l'immutabilité des conventions que l'arrêt interprétant la volonté commune des parties retient que faute de stipulation contraire cette pension alimentaire était soumise aux dispositions des articles 208 et 209 du code civil ». On peut y voir une forme de forçage du contrat, mais également relever qu'étant rendue en matière d'obligation naturelle transformée en obligation civile, se demander si une telle solution serait également rendue dans le cas d'une obligation purement née de la volonté des individus.

³¹⁰ Même si certaines circonstances, telles que la survenance de manquements graves de la part du créancier d'aliments, peuvent conduire à une perte de ce droit.

C'est la même idée, fondamentalement, que l'on retrouve sous la plume de Portalis dans son *Discours préliminaire*. Ainsi, parlant du mariage, il évoque le fait qu'appartiennent au droit naturel (au sens où l'entendait Portalis) « les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles »³¹¹. C'est encore cette conception que dessine Carbonnier qui, évoquant les fonctions de la famille, lui reconnaissait entre autres une fonction sociale, expliquant que : « Portalis avait dépeint le mariage comme une société de secours mutuels. Il y a cinquante ans, il était banal de dire que la Sécurité sociale finirait par s'y substituer. On le dirait moins à l'heure actuelle, et les organismes sociaux ne dédaignent pas de se faire subroger contre la famille à l'action alimentaire de ceux qu'ils ont secourus dans la maladie ou la vieillesse »³¹².

Cette conception solidariste et holiste de la famille pouvant sembler quelque peu dépassée, des propositions de fondements alternatifs à l'obligation alimentaire ont émergé.

B) Des fondements alternatifs

85. On pourrait chercher d'autres fondements à l'obligation alimentaire intrafamiliale que la solidarité même, et il est courant que soient proposées des explications plus « techniques ». On peut notamment évoquer la communauté de vie, l'engendrement, la responsabilité civile ou même la charge, et avec elle, la gratitude³¹³.

86. Tout d'abord, s'agissant de la vie commune ou encore de la communauté de vie³¹⁴. Ces notions, depuis 1999, ne cessent de jouer un rôle de plus en plus important en droit de la famille : ainsi la communauté de vie est-elle un devoir du mariage³¹⁵, quand la vie commune est à la fois un devoir dans le Pacs³¹⁶ et un élément caractéristique du concubinage³¹⁷. Ce faisant, la vie commune pourrait apparaître, par devoir ou par définition, comme un élément commun aux différentes formes d'union, et ce faisant à même de constituer un fondement à l'obligation

³¹¹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, préc.

³¹² J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc. p.760.

³¹³ Notons que les fondements de la filiation eux-mêmes sont aujourd'hui régulièrement interrogés, notamment du fait du développement des nouvelles méthodes procréatives. On peut ainsi citer, outre le travail, précité, de V. Deschamps, un article récent de Monsieur le professeur Fulchiron : H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », in *Recueil Dalloz*, 2024, p. 1827.

³¹⁴ Sur ces notions et leur assimilation, v. M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, préc., p. 85 s.

³¹⁵ Art. 215 C.civ.

³¹⁶ Art. 515-4 C.civ.

³¹⁷ Art. 515-8 C.civ.

alimentaire intrafamiliale. Néanmoins, cette proposition se heurte à une première objection, qui est que, pour l'heure, aucune obligation alimentaire légale n'existe entre concubins, alors que la communauté de vie est au cœur de la définition même du concubinage. On pourrait rétorquer qu'il y a une différence entre le devoir de communauté de vie que l'on retrouve en mariage et dans le Pacs, et le fait qu'est la communauté de vie, caractéristique du concubinage, seul le devoir étant à même d'en engendrer un autre, qui serait le devoir alimentaire entre partenaires de vie. Néanmoins, cet argument, outre le fait qu'il s'avère quelque peu insuffisant à analyser le droit positif de la famille, se heurte à une seconde objection : l'incapacité dans laquelle se trouve la communauté de vie à fonder l'obligation alimentaire intrafamiliale dans son ensemble. Si elle permet en effet de justifier, éventuellement, une exclusion de la vocation alimentaire des concubins, elle ne permet aucunement de fonder les obligations alimentaires verticales, unissant ascendants et descendants.

Pour le comprendre, il convient en premier lieu de distinguer la vie commune de la simple cohabitation. On peut ainsi rappeler ici que le Conseil constitutionnel, dans sa *décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 sur la Loi relative au pacte civil de solidarité*, a eu l'occasion de préciser que « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ». Si la vie commune se limite au couple, elle ne peut expliquer l'existence d'un lien alimentaire dans d'autres relations intrafamiliales³¹⁸.

Pourrait-on, alors, envisager de fonder l'obligation alimentaire intrafamiliale sur la cohabitation, entendue comme le « fait pour deux ou plusieurs personnes d'habiter ensemble auquel la loi attache divers effets de droit »³¹⁹ ? En effet, tant les couples que les ascendants et descendants au premier degré (le couple parental et ses enfants) connaissent *a priori* au moins une période de cohabitation, malgré certaines situations que nous dirons « accidentelles » conduisant à une absence ou une cessation de cette cohabitation. Néanmoins, cette proposition

³¹⁸ Sur cette distinction, et notamment sur le fait que la vie commune est protégée au titre de la « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, v. CEDH, 24 juin 2010, n°30141/04, affaire Schalk et Kopf c/ Autriche.

³¹⁹ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, préc.

ne convainc pas plus : d'une part, il semble difficilement envisageable de fonder une relation alimentaire sur la simple cohabitation, qui apparaît dès lors comme un fondement insuffisant, sauf à vouloir faire de toutes les personnes vivant en colocation des obligés alimentaires, d'autre part, elle ne permet pas de rendre compte du droit positif actuel, certaines relations ne faisant pas naître de devoir alimentaire en dépit d'une cohabitation (ainsi du concubinage, mais aussi des différentes formes de recompositions familiales, ou encore de la fratrie), quand d'autres en voient un exister sans que la cohabitation aille de soi (ainsi de la relation unissant grands-parents et petits-enfants, par exemple). Il convient donc d'écarter tant la notion de vie commune que celle de cohabitation, dans notre recherche d'un fondement envisageable à l'obligation alimentaire intrafamiliale³²⁰.

87. *Quid* de l'engendrement ? Cette notion, et son association avec le concept de responsabilité, ont été récemment mis en lumière dans les travaux de Victor Deschamps³²¹, visant à refonder la filiation afin, non seulement de donner une meilleure clé de lecture du droit positif en la matière, mais également d'offrir un outil plus à même de permettre à la filiation de répondre aux défis qui l'attendent au regard des évolutions de la bioéthique. D'après l'auteur, il convient, en premier lieu, d'« abandonner la logique de vérité fondée sur l'opposition de la biologie et de la volonté » et, en second lieu, de « penser le droit de la filiation en termes d'engendrement dans une logique de responsabilité ». Pour lui, « analyser l'engendrement de manière générale et abstraite comme la cause de la venue au monde de l'enfant nous permettra ainsi d'appréhender sa diversité », avec pour critère commun le fait que, qu'ils soient ou non liés biologiquement avec l'enfant, les parents sont ceux qui « sont responsables de la venue au monde de l'enfant »³²².

³²⁰ On peut également relever à ce titre la critique de Madame la professeure Goldie-Genicon dans son article précité « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales » : « L'obligation alimentaire n'a pas été, jusqu'alors, conçue comme un effet possible de la seule cohabitation et il faut s'en réjouir, tant ce fondement paraît incertain : à partir de combien d'années la cohabitation serait-elle jugée suffisante pour faire naître une obligation alimentaire ? ».

³²¹ V. Deschamps, *Le fondement de la filiation - Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, thèse Paris 2, réalisée sous la direction de Madame la professeure D. Fenouillet, 2018, publié chez LGDJ, collection Bibliothèque de droit privé, n° 592, 2019.

³²² *Idem*, point n°43. Pour reprendre le paragraphe dans son intégralité : « Il faut donc abandonner la logique de vérité fondée sur l'opposition de la biologie et de la volonté et penser le droit de la filiation en termes d'engendrement dans une logique de responsabilité. Analyser l'engendrement de manière générale et abstraite comme la cause de la venue au monde de l'enfant nous permettra ainsi d'appréhender sa diversité. Cela nous amènera à proposer une nouvelle catégorisation des fondements de la filiation et à réenvisager l'adaptation du droit en cas d'assistance médicale à la procréation. En effet, que la procréation soit charnelle ou médicalement assistée, que les parents soient ou non liés biologiquement à l'enfant, l'engendrement n'est pas un mythe mais une réalité. Parce que celles et ceux qui consentent à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation, fût-elle exogène, sont responsables de la venue au monde de l'enfant qui en est issu, ils doivent être regardés comme ses parents, des parents à part entière dont l'engendrement ne s'ancre pas dans la chair mais présente un caractère volontaire. Toutefois, et parce que la réalité évolue souvent plus vite que les mentalités, les juristes ont été perturbés par l'apparition de ces nouvelles figures de la parenté. Ils les ont donc appréhendées sous l'angle de la fiction. Néanmoins, les revendications des couples de personnes de même sexe nous obligent désormais à dépasser cette vision et à regarder les pratiques d'assistance médicale à la procréation pour ce qu'elles sont : de nouvelles manières de « produire » des enfants et, réciproquement, des parents. Analyser les assistances médicales à la procréation comme des engendrement volontaires permettra ainsi de restituer à chacun sa véritable place au sein du processus institutionnalisé auquel il prend part et de réenvisager la question de l'anonymat des donneurs de gamètes. Cela permettra également d'éclairer sous un jour nouveau les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et les enjeux tenant à leur éventuelle modification. Cela permettra enfin de réévaluer la cohérence du Titre VII du Code civil et la capacité de ce dernier à absorber ces évolutions fondamentales dans notre manière de concevoir la vie et les moyens de la donner ».

Cette théorie nous permet de réactualiser l'adage bien connu de Loisel, « qui fait l'enfant le doit nourrir »³²³ : on pourrait rendre compte de la dynamique à l'œuvre en matière d'obligation alimentaire intrafamiliale par un adage qui serait « qui engendre l'enfant doit le nourrir ». Cependant, l'engendrement ne peut, une nouvelle fois, suffire à rendre compte du fondement des obligations alimentaires intrafamiliales. Dès lors que l'on a bien distingué parenté et filiation, fait biologique d'affiliation et filiation au sens juridique du terme³²⁴, l'engendrement permet aisément de justifier l'obligation d'éducation et d'entretien qui unit les parents aux enfants, et par extension – car le descendant, quel que soit le degré concerné, demeure inscrit dans la chaîne de causalité initiée par un engendrement premier – l'obligation alimentaire descendante, liant une personne à tous ses descendants, en raison de la volonté à l'œuvre dans l'engendrement et de la responsabilité qui va de pair avec elle. De même, en élargissant un peu la perspective et en raisonnant par analogie, l'union de la volonté et de la responsabilité corrélative permet de justifier aussi bien l'obligation alimentaire dans le lien de couple (devoir de secours, et selon les avis, aide matérielle) que dans le lien d'alliance, puisque dans ces deux cas de figure, il y a une volonté à l'origine de l'engagement dans un lien familial juridiquement consacré, à même de fonder une forme de responsabilité de l'auteur de l'engagement.

88. Néanmoins, cette conception, si elle permet d'expliquer la plupart des obligations alimentaires intrafamiliales, ne saurait justifier et donc fonder l'obligation alimentaire ascendante, celle qui unit un enfant à ses parents et à ses aïeux. Quelle volonté, en effet, peut-on trouver dans le fait de naître³²⁵? Pourtant, en France tout du moins, l'obligation alimentaire ascendante existe, et l'absence d'obligation alimentaire au sein des familles recomposées, de même, peine à s'expliquer : certes, le beau-parent n'a pas engendré l'enfant, mais l'aspect volontariste de son entrée dans la famille est certain, et il ne semblerait pas saugrenu de faire reposer sur ses épaules une forme de responsabilité, aussi bien à l'égard du parent, mais aussi, peut-être à l'égard de l'enfant, sous conditions, naturellement³²⁶.

³²³ A. Loisel, *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs & diverses Reigles, Sentences, & Proverbes tant anciens que modernes, du Droit Coustumier & plus ordinaire de la France*, Paris, 1^{ère} édition, 1607, XL.

³²⁴ Etant bien rappelé ici que la filiation, au sens juridique, est un lien de droit, ni plus, ni moins. V. V. Deschamps, *Le fondement de la filiation - Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préc., p. 61 s., où V. Deschamps clarifie la distinction entre parenté et filiation, ainsi qu'entre les fondements et les modes de preuve de la filiation.

³²⁵ Ou, pour reprendre le chanteur français Maxime le Forestier dans sa chanson « Né quelque part » (issue de l'album éponyme, Polydor, 1987) : « On choisit pas ses parents, on choisit pas sa famille [...] Être né quelque part, pour celui qui est né, c'est toujours un hasard ».

³²⁶ Nous y reviendrons dans le second chapitre de cette section.

89. Un même destin semble attendre cet autre fondement possible qu'est la charge, entendue ici au sens d'ensemble des « dépenses incombant [...] à une personne ; poids financier souvent inhérent à une situation (charges de famille, charges de copropriété), parfois en contrepartie d'un avantage (ex. charges de la succession) »³²⁷, laquelle connaît une forme particulière dans le couple marié via la contribution aux charges prévue par l'article 214 du Code civil. Selon une présentation classique, celle-ci ferait naître, chez celui qui a été une charge pour autrui, un devoir de subvenir aux besoins de celui qui nous a aidé / soutenu, qui naîtrait d'un naturel sentiment de gratitude à son égard.

C'est une analyse fréquente que de lier l'obligation alimentaire, dans une certaine lecture des travaux de Mauss³²⁸, à une dynamique de don et de contre-don : l'enfant, bénéficiaire du don du parent, deviendrait en quelque sorte son obligé, lui devant à son tour secours et assistance. L'obligation alimentaire de l'enfant naîtrait dès lors d'une forme de gratitude, dont on retrouve d'ailleurs, en négatif, la trace dans la consécration de l'exception d'indignité par l'article 207 du Code civil³²⁹. En effet, en permettant à celui qui aurait des raisons objectives de ne pas ressentir de gratitude à l'endroit de son potentiel créancier d'aliments d'échapper au statut de débiteur alimentaire, le droit entérine, d'une certaine manière, ce fondement que serait la gratitude.

Néanmoins, est-ce vraiment ici la charge qui est le fondement ? Pour l'obligation descendante, oui, mais pour l'obligation alimentaire ascendante, c'est plutôt son corollaire, la gratitude, qui intervient. La gratitude, de son côté, permet de justifier l'obligation alimentaire ascendante, voire le lien obligationnel qui existe dans le couple, mais elle se révèle impuissante à expliquer le fondement de l'obligation alimentaire intrafamiliale descendante³³⁰. En outre, on peut remarquer que dans certains cas, il est des rapports d'obligation alimentaire qui existent sans qu'il y ait vraiment eu charge *stricto sensu* – ainsi pour l'alliance ou les rapports de couple, par exemple – et que dans d'autres, il est des charges qui ne créent pas de rapport alimentaire – c'est, encore une fois, le cas des recompositions familiales.

³²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, préc.

³²⁸ V. M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », in *l'Année Sociologique*, seconde série, 1923-1924, p. 30

³²⁹ « Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques. / Néanmoins, quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire. / En cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, le débiteur est déchargé de son obligation alimentaire à l'égard du créancier, sauf décision contraire du juge ». Ce mécanisme trouve son pendant successoral avec l'exception d'indignité des articles 726 et suivants du Code civil, et une forme spécifique *via* la dispense d'obligation alimentaire prévue par l'article 379 du Code civil et accordée en principe à l'enfant envers son parent à qui l'autorité parentale a été totalement retirée.

³³⁰ Sauf à considérer que les ascendants ressentent une forme de gratitude envers leurs descendants, peut-être précisément en ce qu'ils sont, d'une certaine manière, une continuation d'eux même, ce qui n'est peut-être pas faux dans certains cas mais semble insuffisant à fonder, de manière générale, un lien aussi fort que celui qui existe entre débiteurs et créanciers alimentaires.

90. Aucun des fondements alternatifs étudiés ne semble suffisant à lui seul, même si chacun recèle naturellement une part de vérité. A la réflexion, il ne semble pas qu'il faille écarter purement et simplement l'argument tiré des travaux de Mauss, mais plutôt qu'il convient d'en préciser et, dans une certaine mesure, d'en rectifier quelque peu la lecture. Prenons donc le temps de développer sa pensée. Dans son article « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », Mauss étudie une problématique qu'il présente ainsi : « *Quelle est la règle de droit et d'intérêt qui, dans les sociétés de type arriéré ou archaïque, fait que le présent reçu est obligatoirement rendu ? Quelle force y a-t-il dans la chose qu'on donne qui fait que le donataire la rend ?* »³³¹. Exposant des pratiques et rituels observés dans diverses sociétés dites par lui « archaïques », il en tire une analyse applicable à « nos » sociétés, décrivant le mécanisme « qui oblige à rendre le présent reçu »³³², dont il fait un « fondement constant du droit, au principe même de la vie sociale »³³³. Bien qu'insistant principalement sur le devoir de rendre ce qui nous a été donné, Mauss met en évidence un mécanisme ordonné autour d'un triptyque obligationnel « donner, recevoir et rendre »³³⁴ fondamental dans la création et la préservation du lien social.

Comme l'explique l'auteur :

« La prestation totale n'emporte pas seulement l'obligation de rendre les cadeaux reçus ; mais elle en suppose deux autres aussi importantes : obligation d'en faire, d'une part, obligation d'en recevoir, de l'autre. La théorie complète de ces trois obligations, de ces trois thèmes du même *complexus*, donnerait l'explication fondamentale satisfaisante de cette forme du contrat entre clans »³³⁵ ; « En tout ceci, il y a une série de droits et de devoirs de consommer et de rendre, correspondant à des droits et des devoirs de présenter et de recevoir. Mais ce mélange étroit de droits et de devoirs symétriques et contraires cesse de paraître contradictoire si l'on conçoit qu'il y a, avant tout, mélange de liens spirituels entre les choses qui sont à quelque degré de l'âme et les individus et les groupes qui se traitent à quelque degré comme des choses. Et toutes ces institutions n'expriment uniquement qu'un fait, un régime social, une mentalité définie : c'est

³³¹ V. M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », préc., p. 33

³³² *Idem*, p. 40

³³³ *Idem*, p. 166

³³⁴ Pour reprendre la présentation qu'en fait l'auteur p. 100. Il est à noter que la théorie de Mauss est souvent présentée sous la forme d'un diptyque « don et contre-don », ce qui semble regrettable tant il insiste – avec raison ! – sur les potentielles difficultés que peut faire naître le fait de recevoir le don, de bien le recevoir, et donc sur le caractère primordial dans cette étape. C'est d'autant plus dommage que cette question peut être, dans le quotidien des familles et des relations alimentaires, un point de conflit important, et qui doit donc être la source d'une attention toute particulière. A ce sujet, on peut particulièrement renvoyer au témoignage passionnant de B. Croff, « Aide à domicile, échanges d'argent et échanges affectifs ou la place assignée aux vieux : assistés ou exclus ? », in L-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, préc., p. 241.

³³⁵ V. M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », préc., p. 50.

que tout, nourriture, femmes, enfants, biens, talismans, sol, travail, services, offices sacerdotaux et rangs, est matière à transmission et reddition. Tout va et vient comme s'il y avait échange constant d'une matière spirituelle comprenant choses et hommes, entre les clans et les individus, répartis entre les rangs, les sexes et les générations »³³⁶.

Ce faisant, on comprend que le triptyque donner - recevoir - rendre est, pour Mauss, un fondement d'une forme de pacte social, qui dépasse de très loin la simple question de la gratitude, de la redevabilité ou de la dépendance, l'enjeu se situant plutôt, pour reprendre un terme employé de très nombreuses fois par l'auteur dans son exposé, sur le terrain de « l'honneur individuel et collectif ». Il convient donc de comprendre la théorie de Mauss non dans une perspective interindividuelle, mais bien dans une perspective structurelle, où la dynamique donner - recevoir - rendre permet au groupe de construire un lien, un tissu social et relationnel d'engagement collectif. C'est ainsi que d'après Mauss, l'aide sociale même repose, dans nos sociétés, sur ce principe :

« Toute notre législation d'assurance sociale, ce socialisme d'État déjà réalisé, s'inspire du principe suivant : le travailleur a donné sa vie et son labeur à la collectivité d'une part, à ses patrons d'autre part, et, s'il doit collaborer à l'œuvre d'assurance, ceux qui ont bénéficié de ses services ne sont pas quittes envers lui avec le paiement du salaire, et l'État lui-même, représentant la communauté, lui doit, avec ses patrons et avec son concours à lui, une certaine sécurité dans la vie, contre le chômage, contre la maladie, contre la vieillesse, la mort »³³⁷.

91. La perspective est ici éminemment collective et transcendante. On peut procéder à la transposition d'une telle analyse dans le rapport alimentaire intrafamilial. Pour ce faire, dépassant la simple question de la charge et de la gratitude corrélative, c'est-à-dire, dans une analyse un peu caricaturale, du don et du contre-don, il convient d'ajouter, pour reprendre les termes employés par Mesdames Bloch et Buisson, « la réversibilité des positions de donateur et de donataire »³³⁸. Les autrices, pour expliquer cette dynamique, font remonter le don « originel » au « don de la vie »³³⁹, premier d'une longue expérience de dons et de contre-dons :

« Le lien social familial repose sur l'articulation du don, de son principe dynamique la dette, lié au sentiment d'être redevable, et des processus de filiation. [...] Dans la verticalité des

³³⁶ *Idem*, p. 52-53.

³³⁷ *Idem*, p. 163.

³³⁸ V. F. Bloch et M. Buisson, « L'obligation alimentaire : entre don, équité, égalité », in L-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, préc., p. 223 s.

³³⁹ Ce dont on peut discuter, l'idée de l'engendrement pouvant sembler, à cet égard, plus convaincante.

relations intergénérationnelles, le lien d'obligation revêt une temporalité longue, il trouve sa source dans le don de la vie qui ne saurait se limiter à sa seule acception biologique mais recouvre aussi toutes les dimensions socio-économiques et symboliques dans lesquelles il survient. Ce don de la vie inscrit l'individu dans une relation obligataire envers ses ascendants : l'expérience première n'est pas celle de donner, mais bien celle de recevoir. Cette expérience renvoie certes au lien de filiation institué par l'instance juridique mais pas seulement, elle se forge aussi, au long de la vie, dans la réinterprétation opérée par chacun autour de ce don. Celui-ci s'inscrit dans une histoire familiale marquée par des conditions sociales d'existence, indispensables à prendre en compte pour analyser les enchaînements de dons entre générations. Prendre place dans la famille, y occuper une position de donateur, c'est se sentir redevable de ce que nous ont donné et transmis nos ascendants, qu'il s'agisse du don de la vie ou plus largement de l'héritage matériel et symbolique. [...] Le lien perdure tant que les protagonistes de la relation se sentent – dans certains domaines tout du moins – tour à tour redevables l'un de l'autre. Dans cette dynamique qui lie ascendants et descendants, l'alliance mêle dans un même *continuum* relations entre conjoints et relations entre lignées. En effet, dans l'alliance, deux héritages, deux dynamiques obligataires se confrontent et s'entrecroisent. Dans l'horizontalité qui lie les conjoints, dans l'horizontalité des relations d'obligations qui se nouent entre eux, se dénouent partiellement, au fil de la vie, celles contractées par chacun avec ses ascendants tandis que s'en créent de nouvelles ».³⁴⁰

Le triptyque donner - recevoir - rendre, dans cette perspective, s'applique alors parfaitement à la relation alimentaire : celui qui a reçu, en tant que bénéficiaire du don, devient à son tour donateur. Ainsi des membres du couple entre eux, dont les échanges sont naturellement multiples, mais également des individus envers leurs ascendants mais aussi envers leurs descendants puisqu'il s'agit à la fois, ici, de « rendre à ceux qui nous ont donné » et de « donner comme on nous a donné » – double perspective rendue possible par une lecture systématique, et non bilatérale, des théories de Mauss – ou encore des personnes unies par un lien d'alliance. C'est entre membres du même groupe social qu'est la famille que se met en place la dynamique mise en évidence par Mauss. L'analyse permet même d'englober l'exception d'ingratitude évoquée plus tôt, comme le soulignent les autrices :

« Pour que fonctionne cette réversibilité des positions, le point de vue du donataire – celui qui a reçu – est primordial. Lorsque le donataire s'est senti reconnu et considéré comme sujet dans ce qui lui a été donné, acceptant la position débitrice, il maintient alors le lien en devenant à

³⁴⁰ *Idem*, p. 225 s.

son tour donateur. Or, dans les situations de rupture ou de conflit intrafamiliaux – là où justement en matière d'obligation alimentaire le juridique intervient – chacun a le plus souvent le sentiment d'avoir donné en pure perte ou de ne pas avoir reçu, tout au moins ce qu'il attendait : rien alors ne lui fait obligation, rien à ses yeux ne légitime qu'il occupe une position de donateur. [...] Ainsi, lorsqu'ils estiment ne pas avoir été désirés, aimés, voire simplement considérés, ou bien s'ils pensent ne pas avoir reçu ce qu'ils attendaient certains enfants, devenus parents, ont alors quelque peine à donner à leur tour et se trouvent en difficulté au moment où il s'agit pour eux de changer de place : de quitter leur place d'enfant pour occuper celle de parent. En outre, devenus adultes, ils peuvent éprouver quelques difficultés pour rendre à leurs parents lorsque ceux-ci devenus âgés, voire dépendants, attendent un retour de leurs enfants. [...] D'ailleurs l'ordre juridique prend acte qu'il est légitime, dans certaines circonstances, de ne pas se sentir redevable puisque celui qui a manqué gravement à ses devoirs envers son débiteur d'aliments peut se voir refuser cette obligation alimentaire »³⁴¹.

92. Or, ce que l'on retrouve ici, sous d'autres traits, n'est-ce pas le visage de la solidarité, entendue dans son sens philosophique et sociologique ? Cette dynamique de donner - recevoir - rendre, n'est-ce pas là la source de ce « devoir moral, résultant de la prise de conscience de l'interdépendance sociale étroite existant entre les hommes ou dans des groupes humains, et qui incite les hommes à s'unir, à se porter entraide et assistance réciproque et à coopérer entre eux, en tant que membres d'un même corps social »³⁴² ? Mauss lui-même nous l'indique, lorsqu'il affirme que « la société veut retrouver la cellule sociale. Elle recherche, elle entoure l'individu, dans un curieux état d'esprit, où se mélangent le sentiment des droits qu'il a et d'autres sentiments plus purs de charité, de « service social », de solidarité. Les thèmes du don, de la liberté et de l'obligation dans le don, celui de la libéralité et celui de l'intérêt qu'on a à donner, reviennent chez nous, comme reparaît un motif dominant trop longtemps oublié »³⁴³. Existe dans la société telle que décrite par Mauss, comme dans la présentation faite par Monsieur le professeur Pélissier, une dynamique fondée sur les échanges et le soutien.

93. Néanmoins, et ce point-ci est également commun aux deux théories, celle-ci n'est pas – ou plutôt ne peut pas être – juridiquement imposée de manière générale, sauf à passer par le truchement de l'impôt chez Pélissier ou par celui de l'aide sociale chez Mauss. On peut en revanche, dans une cellule sociale plus restreinte, ici la famille, envisager de faire de cette

³⁴¹ *Idem*, p. 228.

³⁴² Pour reprendre une des définitions proposées par le TLF.

³⁴³ V. M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », *préc.*, p. 165.

naturelle inclinaison à l'échange, au don et au contre-don une obligation juridiquement consacrée et sanctionnée. C'est ce qui se passe avec l'obligation alimentaire intrafamiliale.

Comme l'expliquent Mesdames Bloch et Buisson, « le juridique intervient pour imposer une réversibilité des positions de donateur et donataire. La loi transpose ici dans l'ordre de la contrainte ce qui relevait auparavant de relations obligataires qui, certes, ne découlaient pas d'un engagement contractuel au sens juridique du terme mais du fonctionnement du lien social familial où chacun se sent l'obligé de l'autre. [...] Le juridique transforme ici en contrainte une réversibilité qui, dans le cadre de ce lien, fonctionne habituellement mais ne va plus de soi lorsque ce lien est en crise ; or, c'est dans un tel contexte que le juridique est amené à intervenir ».³⁴⁴ On en revient à la solidarité, fondement de l'obligation alimentaire intrafamiliale, car elle seule permet de faire la synthèse, et de rendre compte de manière exhaustive des dynamiques à l'œuvre en matière alimentaire, dans ses principes comme dans ces exceptions.

94. En outre, l'usage de la solidarité comme fondement des obligations alimentaires intrafamiliales a d'autres vertus qu'une simple faculté explicative. D'une part, elle permet de mettre en évidence, et nous y reviendrons, les limites du droit positif français en matière d'obligation alimentaire. En effet, nous pourrions, notamment dans le cas des recompositions familiales, mettre en évidence des dynamiques où les membres du couple à l'origine de la recomposition familiale sont, de fait, amenés à subvenir aux besoins d'enfants qui ne sont pas les leurs, sans pour autant que le droit consacre une obligation alimentaire ascendante dont ils seraient créanciers, dans une logique de contre-don. D'autre part, la solidarité est un fondement éminemment moral, ce qui en rend l'acception susceptible d'évolution. Ce faisant, il sera possible non seulement de questionner les choix faits en la matière, mais également de proposer, dans une perspective prospective, des évolutions.

95. La solidarité comme fondement d'un lien obligationnel présente la forme d'un « concept-flou », pour reprendre la formule utilisée par Foyer à propos des bonnes mœurs³⁴⁵, ou encore d'une notion « protéiforme et omniprésente [qui] ne saurait se réduire à une définition ou à un catalogue », pour reprendre celle employée par Madame la professeure Fauvarque-

³⁴⁴ V. F. Bloch et M. Buisson, « L'obligation alimentaire : entre don, équité, égalité », préc., p. 227.

³⁴⁵ V. J. Foyer, « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil 1804-2004 : un présent, un passé, un avenir*, Université Panthéon-Assas, 2004, p. 695.

Cosson, à propos de l'ordre public³⁴⁶ : elle appartient dès lors à cette catégorie de notions-cadres qui, bien loin de perdre leur effectivité du fait du flou qui les entoure dès lors que l'on tâche de les définir précisément, voient ce flou même être un véritable atout³⁴⁷. La notion de solidarité, protéiforme, évolutive et malléable, est à même d'être un outil conceptuel efficace pour penser et repenser les obligations alimentaires intrafamiliales. Puisqu'elle est un outil moral, ce qui encore une fois la fait ressembler aux bonnes mœurs, elle peut accompagner les évolutions de la société, et permettre aux institutions qu'elle sous-tend de s'y adapter. La solidarité se révèle donc être un fondement non seulement convaincant, mais également effectif.

Pour autant, nous avons pu faire le constat qu'aujourd'hui, toutes les formes de famille n'entraînaient pas nécessairement de lien alimentaire (ainsi du concubinage, ou encore, selon certaines analyses, du Pacs). Dès lors, on peut s'interroger : serait-il souhaitable d'étendre l'obligation alimentaire à toutes les formes d'union, et notamment au concubinage ?

³⁴⁶ V. B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *Le Code civil 1804-2004 : un présent, un passé, un avenir*, Université Panthéon- Assas, 2004, p. 473, point 1.

³⁴⁷ Ce qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'aphorisme de Paul Valéry sur la poésie, issu de *Tel Quel* : « La plupart des hommes ont de la poésie une idée si vague que ce vague même de leur idée est pour eux la définition de la poésie ».

II) L'opportunité d'une obligation alimentaire unifiée

96. Une fois établis les fondements de l'obligation alimentaire intrafamiliale, et affirmé qu'elle est le reflet, imposé à l'échelle familiale, d'un devoir de solidarité, on peut être quelque peu ébranlé par l'idée que le droit de la famille puisse se développer dans le sens de la reconnaissance de formes d'union et de famille sans que celles-ci ne créent de lien de solidarité. Car c'est en fin de compte potentiellement là que réside la révolution cachée de la *Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*. Avec la reconnaissance du concubinage, voire avec la consécration du Pacs si l'on souscrit à l'analyse qui fait de l'aide matérielle un devoir qui n'est pas de nature alimentaire, le droit accueille des formes de familles juridiquement reconnues qui semblent dépourvues d'effet alimentaire. Se posent dès lors deux questions : d'une part, est-ce souhaitable voire possible, et d'autre part, est-ce si évident, tant *de lege lata* que *de lege ferenda* ? Pour répondre à ces interrogations, il convient d'étudier successivement l'opportunité d'introduire une obligation alimentaire unifiée **dans le Pacs (A)** et **dans le concubinage (B)**.

A) Dans le Pacs

97. D'un point de vue technique comme symbolique, il ne semble *a priori* pas choquant que le concubinage, qui n'emporte pas d'engagement autre que l'engagement moral qui peut exister entre membres d'un couple, ne voit pas le droit imposer d'obligations, dans une relation qui n'est pas destinée à être créatrice de devoirs entre concubins. Pour ce qui est du Pacs, les choses sont plus complexes. Techniquement, la nature du Pacs demeure incertaine, et il nous semblerait à tout le moins étrange qu'un pacte dit « de solidarité » en soit dépourvu, sauf à ce que la solidarité en question ne soit qu'une solidarité des dettes à l'égard des tiers, ce qui ferait du Pacs un contrat destiné à protéger non pas les partenaires, mais leurs créanciers. Symboliquement, il semble possible d'être plus circonspect encore. Le philosophe suisse Henri-Frédéric Amiel estimait que « la solidarité, c'est aider chacun à porter le poids de la vie et à la rendre plus facile »³⁴⁸. Quel meilleur lieu que la famille pour cela ? Que penser d'une forme de famille pour laquelle le droit estimerait qu'il est moins nécessaire d'assurer la préservation de cette vision de la vie en commun que la préservation des intérêts de ceux qui auraient à contracter avec le couple ?

³⁴⁸ H.-F. Amiel, *Fragments d'un journal intime*, T1, Stock, 1927.

98. Le Pacs n'est pas né d'un simple besoin de reconnaissance sociale : il est né d'un besoin de protection des individus dans le couple et des couples dans la société. Que l'un des membres d'un couple se retrouve à la rue à la suite du décès de l'autre, ce n'est en rien une question de symbole, et il semble impossible, dès lors, de réduire la loi de 1999 à des enjeux symboliques ou de reconnaissance. Le Pacs, souvent présenté comme un « mariage moins », ne pouvait dès lors que comprendre un « régime primaire impératif moins ». Or, le moins, c'est le minimum, et le minimum que puisse, en matière d'union patrimoniale, imposer le droit de la famille, demeure l'obligation alimentaire, expression juridique d'un devoir fondamental de solidarité, et dont le régime même se fait le reflet du caractère minimal et essentiel : soutien limité aux aliments, application de l'adage « aliments ne s'arréragent pas », etc. Il semble donc inenvisageable qu'un statut encadré et imposé par le droit soit dépourvu de cette obligation, sauf à estimer que la solidarité n'est plus ce qui caractérise la famille au sens du droit. Et si, certes, d'autres aspects, notamment personnels³⁴⁹, tendent à se développer, il ne nous semble pas que ce développement sonne le glas de minima patrimoniaux s'exprimant par la solidarité. Il est d'ailleurs constant qu'existe dans toutes les formes d'union un devoir d'assistance³⁵⁰. Mais l'union de deux êtres vivant ensemble ne saurait se limiter à des aspects affectifs.

B) Dans le concubinage

99. Le cas du concubinage appelle une réflexion plus nuancée. Ce dernier n'a en principe pas vocation à créer des effets de droits entre les concubins. Il est, par définition, tourné vers la liberté, et se caractérise donc, d'un point de vue juridique, par sa fragilité et par une absence de mesures de protection, sa rupture étant par principe libre de conséquences. Pour cette raison, tant le législateur que la jurisprudence refusent de reconnaître l'existence d'une obligation alimentaire entre concubins, si ce n'est une obligation naturelle.

100. Plus largement, la jurisprudence refuse, de façon constante, de retenir que puisse exister entre concubins un devoir civil de contribuer aux charges du ménage, refusant

³⁴⁹ Que l'on pense ici au développement de la connaissance des origines, de la parentalité, etc.

³⁵⁰ Dont les travaux les plus récents en la matière estiment qu'il devrait s'agir d'un devoir commun à toutes les formes d'union, v. M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, préc., p. 203 s.

l'application par analogie de l'article 214 du Code civil³⁵¹, et toute solidarité des dettes, refusant l'application par analogie de l'article 220 du même Code³⁵². La question pourrait donc se poser : convient-il d'étendre le cercle des obligés alimentaires aux concubins ? Il semble, à première vue, que non. Pour s'en rendre compte, il suffit de s'interroger sur les hypothèses dans lesquelles l'obligation serait réclamée, et accordée.

101. Les obligations alimentaires, dans l'écrasante majorité des cas, s'exécutent en nature et au quotidien, sans que les créanciers ne pensent seulement à les réclamer : créanciers et débiteurs vivent et mangent ensemble, à la même table, aux mêmes heures. Lorsque ceux-ci sont éloignés dans l'espace, le créancier n'oppose pas non plus de difficulté à assurer à son débiteur des moyens de subsistance en l'entretenant en argent (comme un enfant éloigné de ses parents, par exemple dans le cadre de ses études), dans la mesure où leurs relations sont bonnes. C'est seulement dans le cas contraire, quand les relations qu'ils entretiennent se sont dégradées, que l'obligation alimentaire est sollicitée en justice³⁵³ : c'est d'ailleurs cette raison qui a conduit à la choisir comme sujet d'étude, puisque l'obligation alimentaire se manifeste comme la seule chose que le droit puisse encore imposer lorsque les relations humaines, dans la famille, sont distendues dans les faits. Créanciers et débiteurs ne vivent alors plus sous le même toit, mais le créancier connaît un état de détresse matérielle qui le contraint, nonobstant l'inaction ou le refus du débiteur, à réclamer sa créance en justice.

L'obligation alimentaire trouve donc son utilité principale dans l'hypothèse où elle survit à la dégradation des relations qu'entretiennent les deux personnes qu'elle unit, laquelle correspond au moment où cette obligation cesse d'être exécutée spontanément et où la possibilité d'en obtenir l'exécution forcée prend tout son sens. Or le concubinage, étant « caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité » (article 515-8), prend précisément fin lors de la rupture de la vie commune. La stabilité de l'union et la matérialité de la vie en commun ne sont dès lors pas des devoirs en concubinage, mais la condition de la reconnaissance de son existence.

³⁵¹ V. par. ex. l'arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation le 9 janvier 1979, n°77-12.991, retenant au visa de l'article 214 du Code civil que « cette disposition n'a pu être appliquée en ce qui concerne l'activité de dame R. pendant la période antérieure à son mariage ». Un arrêt plus récent voit la même chambre affirmer clairement qu'« Attendu qu'aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées » (arrêt du 28 novembre 2006, n°04-15.480).

³⁵² Exclusion posée par un arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation le 11 janvier 1984, n°82-16.198, ayant retenu, s'agissant de concubins, que « L'article 220 du code civil est inapplicable en la cause, dès lors que M.A. et Mlle X. n'étaient pas mariés ». Pour un exemple plus récent, v. Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, n°11-25.430.

³⁵³ Aux côtés d'autres mécanismes qui, par ailleurs, peuvent servir, par la mobilisation du droit civil, à rétablir ou solder des comptes entre membres d'un couple passé ou présent : que l'on pense, ainsi, à la mobilisation qui peut être faite de la répétition de l'indu ou de l'enrichissement injustifié.

102. A l'inverse, reconnaître l'existence d'une obligation alimentaire postérieure à la rupture, l'instant où il deviendrait pertinent de la revendiquer, reviendrait à faire produire à l'union de fait des effets plus importants encore que ceux attachés aux unions de droit, la prestation compensatoire n'étant pas systématiquement attribuée lors du divorce, tandis qu'aucun mécanisme similaire n'existe lors de la dissolution du Pacs. Le regard porté sur les autres formes d'union permet de prendre un certain recul. La résistance de l'obligation alimentaire à la dégradation des relations entre créancier et débiteur manifeste, en effet, la solidité du lien qui unit ces deux personnes. Pour que s'éteigne l'obligation alimentaire fondée sur les articles 203 et suivants du Code civil, c'est-à-dire l'obligation alimentaire classique basée sur la parenté et sur l'alliance, il faut qu'adviennent des circonstances particulières, telle une faute du créancier à l'égard du débiteur ou la disparition du lien d'alliance, par exemple. L'obligation alimentaire classique apparaît donc comme particulièrement résistante face aux aléas de la vie, mais pas intangible.

103. D'autres obligations alimentaires trouvent un fondement particulier qui les renforce : celle qui unit les conjoints pour la durée du mariage est l'expression de leur devoir mutuel de secours, et celle qui lie les parents à l'égard de leurs enfants est celle du devoir d'entretien qui pèse sur les premiers. Dans ces situations, l'obligation alimentaire survit, dans la mesure du maintien du lien conjugal ou de celui de filiation, à la dégradation des relations entre les intéressés et échappe à la déchéance. Plus encore et comme nous le verrons par la suite, dans le cas de l'union matrimoniale, celle-ci survit en quelque sorte à la fin du couple *via* la vocation successorale, en cas de décès, et *via* la prestation compensatoire, en cas de désunion. La force du lien, la portée de l'engagement, permettent de justifier ces solutions.

Or, le concubinage ne semble pas, de ce point de vue, pouvoir être rapproché de l'union matrimoniale. Certes, le couple de concubins peut constituer pour eux le cœur d'une solidarité familiale du quotidien³⁵⁴, mais cette forme d'union demeure celle de la précarité relationnelle. Lier durablement et juridiquement des personnes ayant pour un temps été unies de fait serait tout à fait contraire à l'essence de cette forme d'union, caractérisée par sa liberté et son

³⁵⁴ L'opinion est d'ailleurs aujourd'hui de plus en plus répandue qui cesse de voir dans l'union libre une situation problématique ou condamnable. La valeur du concubinage ne cesse d'être de plus en plus reconnue et exprimée, comme en témoigne par exemple l'affirmation tout à fait remarquable du Pape François lors de l'ouverture de congrès ecclésial du Diocèse de Rome, prononcé le 16 juin 2016 en la Basilique Saint-Jean-de-Latran : « je dois dire que j'ai vraiment vu une grande fidélité dans ces concubinages, une grande fidélité ; et je suis certain que c'est un véritable mariage, ils ont la grâce du mariage, précisément en raison de la fidélité qu'ils vivent ».

corollaire, la libre faculté de rupture. Il en résulte que la fragilité du lien qui unit les concubins relève de l'essence même de cette union.

104. Cette exclusion, telle qu'elle a été justifiée, renvoie au traitement nouveau réservé par le droit au concubinage : hier reçu à titre de sanction, le caractère limité des effets de droit attachés à l'union libre semble aujourd'hui traduire le désir d'un mode d'organisation de la vie destiné aux personnes refusant d'accueillir le droit dans leur relation³⁵⁵. En demeurant hors du droit, les concubins sont en effet présumés avoir accepté cette situation, d'autant plus que tous les couples peuvent aujourd'hui s'unir par Pacs ou mariage.

Une gradation de l'engagement dans une relation affective est donc clairement proposée par le Code civil. Le Pacs, union de droit, constitue un modèle plus intégré de communauté que le concubinage, et de surcroît tend à se rapprocher de son modèle le plus abouti, le mariage. Une obligation alimentaire pourrait donc ainsi y être identifiée, sans troubler la cohérence d'ensemble³⁵⁶. Pendant le concubinage, en revanche, il semble, en l'état actuel des choses, que consacrer une telle obligation serait *a priori* incohérent, tant d'un point de vue technique que d'un point de vue symbolique³⁵⁷. La fonction normative du droit de la famille contemporain, qui repose pour partie sur cette gradation, semble l'exiger. Pourtant, on peut s'interroger sur les limites de cette affirmation, car, une fois posé le principe, pourraient être envisagées des exceptions : nous y reviendrons dans le Titre 2.

³⁵⁵ Ou plutôt refusant la mise en place d'un régime matrimonial, car il ne faudrait pas conclure qu'il n'y a pas de droit dans le concubinage, mais nous y reviendrons.

³⁵⁶ Comme le faisait remarquer Madame la professeure Dekeuwer-Défossez : « On sait qu'il n'est pas besoin de loi pour régir les couples qui s'entendent, et que le droit n'est convoqué qu'au moment de la discorde. Si le Pacs devait ne pas apporter d'amélioration à la situation juridique des couples non mariés qui se déchirent, on pourrait émettre de sérieux doutes sur son utilité, si ce n'est au regard de mesures fiscales ou sociales qui auraient pu ou dû être accordées à tous les concubins sans distinction » (v. F. Dekeuwer-Défossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », in *Les petites affiches*, 28 avril 1999, p. 29).

³⁵⁷ On réserve ici, le cas de l'obligation naturelle.

Section 2. La filiation

105. Si les relations de couple sont marquées par une confusion et complexité grandissantes, en raison du développement d'un pluralisme dont les contours techniques ne sont pas toujours clairs, le droit de la filiation connaît un destin qui pourrait sembler opposé.

Ainsi, alors qu'était, en 1804, affirmé en matière de couple un attachement à un modèle unique, le droit de la filiation était quant à lui marqué par un pluralisme originel, caractérisé par une inégalité des filiations dépendant du statut marital des parents (**Sous-section 1**). Dans ce premier contexte, l'obligation alimentaire allait être mobilisée comme mécanisme modérateur des inégalités : sans remettre en cause le pluralisme des filiations, l'obligation alimentaire sert alors de support technique pour limiter les effets, pour les enfants, de ce pluralisme.

Dans un second temps allait être proclamée l'égalité des filiations, ce qui entraînera un renouveau partiel du cercle des obligés alimentaires (**Sous-section 2**). Cette mutation va alors permettre non seulement de réaffirmer le rôle normatif de l'obligation alimentaire en matière de droit de la famille, mais également de révéler les profondes mutations que connaît alors la fonction normative du droit de la famille, notamment par la promotion de l'intérêt de l'enfant.

Sous-section 1. Obligation alimentaire et inégalité originelle des filiations

106. Lorsqu'est adopté le Code civil de 1804, le choix est fait par les rédacteurs de mettre en place un système inégalitaire de filiation reposant sur la distinction entre enfants légitimes issus du mariage, d'une part, et enfants qui n'en sont pas issus, qu'ils soient naturels, adultérins ou incestueux, d'autre part. S'il n'est pas question ici de revenir sur l'intégralité du droit antérieur en matière de filiation et de ses évolutions³⁵⁸, dont nous ne ferons que retracer les grandes lignes, il semble particulièrement intéressant de développer deux points principaux, qui intéressent plus particulièrement la question de la normativité en droit de la famille et celle du rôle de l'obligation alimentaire au sein de celle-ci.

C'est ainsi que nous étudierons successivement les traits et raisons d'être de cette inégalité des filiations, d'une part **(I)**, mais également comment dès l'origine de ce système et jusqu'à ce qu'il disparaisse, l'obligation alimentaire a joué le rôle de mécanisme correctif, facteur d'équité et de responsabilisation en droit de la famille **(II)**.

³⁵⁸ Sur cette question, v. C. Avignon (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2016 ; A. Nizard, « Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », in *Population*, 32^{ème} année, n°1, 1977. p. 91 s. ; J. Bloquet, « « La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (Napoléon) », in *Napoleonica. La Revue*, 2012/2, n°14, p. 50 ; ou encore de L. Dhuet, *Les enfants nés hors mariage d'après les lois des 30 décembre 1915, 17 avril 1919, 25 avril 1924 et la jurisprudence la plus récente*, édité chez M. Belzacq, Librairie des lois et décrets commentés, 2^{ème} édition, 1925. Pour une étude plus générale, v. également A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, préc.

1) En 1804 : un pluralisme inégalitaire

107. Le système mis en place en 1804 trouve ses racines dans deux sources récurrentes du Code civil : l'Ancien droit et le droit révolutionnaire. L'Ancien droit, en ce qui concerne le statut des enfants, a été fortement influencé par le christianisme, notamment par l'importance centrale que celui-ci a donné au mariage. En effet, sous le pontificat d'Innocent III, le concile de Latran de 1215 a officiellement³⁵⁹ fait du mariage un sacrement, en principe indissoluble³⁶⁰, imposé la publication des bans et prohibé les mariages clandestins³⁶¹, dispositions renforcées au fil des siècles par la doctrine catholique, notamment lors du concile de Trente de 1542, lequel réaffirma ces principes et imposa, en outre, que la célébration fût effectuée par un prêtre pour être valide³⁶².

Cette sacralisation du mariage, l'affirmation de son caractère indissoluble et son encadrement par la doctrine et plus encore par l'Eglise catholique en tant qu'organisation sociale vont conduire à l'apparition non seulement de l'importance même donnée au mariage en tant qu'institution, mais également à tout le cérémonial qui l'entoure. C'est ainsi sous l'impulsion de l'Eglise que vont notamment se généraliser l'échange des consentements, la présence des témoins, la publicité de la cérémonie, ainsi que la création d'un registre paroissial qui fera office d'état civil jusqu'à la Révolution française³⁶³, autant de règles qui seront par la

³⁵⁹ Notons quand même que ce concile a également été fortement marqué par l'intolérance religieuse, notamment du caractère antisémite et antimusulman de certaines des mesures adoptées.

³⁶⁰ L'importance du catholicisme étant central en matière d'indissolubilité du lien matrimonial, sa dissolution étant qualifiée d'adultère dans trois des quatre évangiles retenus comme canoniques par l'Eglise catholique (v. Luc, 16.18 ; Marc, 10.1 et s. et surtout Matthieu, 19.3 et s., not 19.6 : « Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas »), quand l'Ancien testament faisait mention de la répudiation (v. Deutéronome, 24.1), également admise en droit romain (v. A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, préc., p. 34 s., mais également S. Melchior-Bonnet, « La mainmise de l'Eglise », in *Historia mensuel* n° 798, *Vive les mariés ! Les différentes façons de s'unir depuis la Rome antique*, juin 2013, p. 44 s., qui note que « Pendant des siècles le mariage n'a été ni indissoluble ni universel. La tradition germanique admettait les concubinages et la répudiation ; le mariage servait à sceller des alliances utiles, et il n'était nullement souhaitable que tous les enfants d'une famille se marient, pour ne pas disperser les biens » et que ce n'est qu'à compter du XI^{ème} siècle que l'Eglise commence à intervenir en matière de mariage et que les choses évoluent.

³⁶¹ V. A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, préc., p. 36 et 138 s.).

³⁶² V. S. Melchior-Bonnet, « La mainmise de l'Eglise », préc., spéc. p. 47 : « Aux contestations protestantes et aux pressions séculières, l'Eglise répond lors de la XXIV^e session du Concile de Trente (1563). Les débats, difficiles, s'étalent sur plusieurs mois. Douze canons et un décret sont promulgués, qui fixent la doctrine et la discipline du mariage catholique et en font "un acte solennel". Les premiers canons proclament à nouveau la liberté du sacrement, la monogamie, le pouvoir de l'Eglise de décider des empêchements, l'indissolubilité du lien ; leur transgression entraîne "l'anathème" (l'excommunication majeure prononcée contre les ennemis de la foi catholique). La juridiction ecclésiastique juge des séparations de corps mais le remariage est interdit. Quant aux mariages clandestins, l'Eglise, tout en rappelant la liberté du consentement, répond aux plaintes des familles en les empêchant en pratique : le décret Tametsi ("Cependant") "déteste et prohibe" les unions clandestines ; sont exigées la publication de trois bans, la présence du curé de la paroisse et la présence de témoins dûment mandatés ».

³⁶³ Citons à cet égard le décret Tamesto issu du concile de Trente (cité par A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, préc., p. 129 s.), qui après avoir déclaré valides « tant que l'Eglise ne les aura pas annulés » les mariages clandestins, viendra préciser que « néanmoins la Sainte Eglise de Dieu, pour les plus justes raisons, a toujours détesté et prohibé de tels unions », avant de poser les règles applicables à la célébration du mariage : « à l'avenir, avant que soit contracté un mariage, le propre curé des contractants annoncera trois fois publiquement dans l'église, pendant la messe solennelle, trois jours de fête consécutifs, les noms de ceux qui doivent contracter mariage ; après ces publications, s'il n'y a aucun empêchement légal, on procédera à la célébration du mariage en face de l'Eglise [...]. Ceux qui entreprendraient de contracter mariage autrement qu'en présence du curé... et de deux ou trois témoins, ceux-là le saint concile les rend absolument inhabiles à contracter de la sorte et il déclare que de tels contrats sont invalides et nuls... Le curé doit tenir et conserver avec soin un registre dans lequel il écrira les noms des époux et des témoins ainsi que le jour et le lieu de chaque mariage. ».

suite adoptées quasiment³⁶⁴ *in extenso* par la royauté française, notamment *via* l'ordonnance de Blois de 1576, laquelle reprend l'essentiel du dispositif posé par le décret Tamesto³⁶⁵.

108. Or, en même temps qu'apparaît le mariage comme sacrement, apparaît le péché de ne pas faire prendre à son union la voie sacramentelle, et les unions frappées d'illégitimité voient leurs fruits frappés de la même infamie qui les entache elles-mêmes. Comme l'expose Furetière dans son *Dictionnaire universel*, « parce que les bâtards sont les effets trop proches de la débauche, et de la pudeur violés, les loix ont voulu retrancher la licence de mal faire, en laissant toujours sur eux quelques traces de l'infamie, et de l'indignité de leur naissance »³⁶⁶. Les enfants issus d'unions jugées illégitimes voient dès lors leur statut marqué par la faute de leurs parents, et apparaît la distinction entre les différentes catégories de filiation : plus grande la faute des parents, plus grande l'indignité qui frappera les enfants³⁶⁷.

Apparaît un système qui, ne voyant en l'enfant que le prolongement de ses parents, fait reposer sur lui les conséquences des actes que l'on reproche à ses parents et qu'il n'a donc, par essence, pas commis. Les conséquences en seront multiples, selon les coutumes, mais les principaux effets toucheront à la filiation elle-même, dont l'établissement est parfois interdit³⁶⁸, et à la succession, de laquelle les enfants illégitimes étaient généralement exclus³⁶⁹. Comme l'explique Madame la professeure Peguera Poch, « les droits successoraux marquent la pleine appartenance à la famille, qui se transmet un patrimoine de génération en génération. Or l'enfant bâtard, du fait de sa naissance hors mariage, est exclu de cette chaîne familiale »³⁷⁰.

109. Les droits des enfants illégitimes, quel que soit leur statut, étaient dès lors considérablement amputés, à la fois matériellement et symboliquement : privés à la fois

³⁶⁴ Sur cette question v. R. Hermon-Belot, « La révolution du mariage civil », préc.

³⁶⁵ Ainsi son article 40 (cité par A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, préc., p. 130) dispose-t-il : « Ordonnons que nos sujets [...] ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamation précédente de bans faites par trois jours de fêtes [...] et après les bans seront épousés publiquement ; et pour pouvoir témoigner de la forme qui aura été observée desdits mariage, y assisteront quatre personnes dignes de foi, pour le moins, dont sera fait registre ».

³⁶⁶ A. Furetière, *Dictionnaire universel*, t. 1, édition augmentée par Basnage de La Rivière et Brutel de La Rivière, La Haye, chez Pierre Husson et autres, 1727, article « Bastard ou bâtard », cité par S. Steinberg, « La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime », in C. Avignon (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2016.

³⁶⁷ Ainsi de la remarque d'Innocent III, qui effectuera une telle distinction en déclarant « *adhibito discretionis moderamine, ut inter nothos & manzores, et naturales, et spurios distinguatur* », ce que l'on peut traduire par « Il faut toutefois distinguer suivant que l'on est en présence d'un enfant naturel simple, ou d'un enfant adultérin, d'un enfant du hasard ou d'un enfant d'une concubine ». Citation rapportée et traduite ainsi par R. Génestal, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris, Ernest Leroux, 1905, p. 30, et citée par S. Steinberg, « La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime », préc., p. 439.

³⁶⁸ Ainsi, si les enfants « simplement » naturels pouvaient en général faire l'objet d'une reconnaissance voire d'une légitimation, ce n'était en revanche pas le cas des enfants adultérins ou incestueux.

³⁶⁹ Même si le statut des enfants naturels « simples » a pu évoluer selon l'époque et les coutumes, étant parfois admis à succéder à ses parents, comme le rapporte M. Peguera Poch dans son article « Filiation illégitime et mariage réprouvé en France à l'époque moderne (XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle) », in C. Avignon (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, préc.

³⁷⁰ V. *idem*.

d'héritage et de pleine appartenance familiale, voire en certains cas de filiation, ils étaient traités comme des êtres sans ascendance ni parenté. En témoigne par exemple le fait que leur héritage, à défaut de descendant, revenait d'abord au seigneur puis au roi : c'est ce qu'on appelait le droit de bâtardise, forme particulière de déshérence³⁷¹. En distinguant entre enfants légitimes, naturels, adultérins et incestueux, l'Ancien droit distinguait, en réalité, moins les enfants que leurs parents, et plus encore les circonstances de leur engendrement. Ce n'étaient donc pas les auteurs des fautes qui en supportaient les plus graves conséquences : ce système n'aurait pour ainsi dire que très peu de logique si on s'en tenait à ce simple constat. Ce que révèle cette organisation et cette répartition profondément inégalitaire, c'est la rigueur normative d'un ordre juridique qui cherche à défendre et promouvoir un modèle familial unique : celui de la famille reposant sur un couple marié, ayant eu des enfants conçus et nés pendant le mariage, quitte à pénaliser pour cela des enfants qui étaient, en soi, innocents des choix de leurs parents. C'est ainsi que se révèlent les priorités de l'ordre normatif alors en place, lequel plaçait la défense de l'institution familiale et de la famille elle-même avant la défense de l'individu, fût-il un enfant.

110. Cet état de fait ne pouvait qu'être questionné par la période révolutionnaire. La *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* du 26 août 1789 porte en elle-même, en son premier article³⁷², les fondements de la disparition de cette distinction fondée sur la naissance, légitime ou non. L'égalité des citoyens appelant l'égalité des filiations, les révolutionnaires commencèrent par abolir, par le *Décret des 13-20 avril 1791*, le droit de bâtardise, avant que la Convention nationale n'adopte, sous l'impulsion de Cambacérès³⁷³, deux décrets essentiels : il s'agit, d'une part du *Décret relatif aux droits des enfants nés hors du mariage*, du 12 brumaire an II, et d'autre part du *Décret relatif aux donations et successions*, du 17 nivôse an II³⁷⁴. Par ces deux textes, le législateur révolutionnaire, dans la lignée des lois très libérales adoptées lors de cette période trop souvent qualifiée de « droit intermédiaire », venait, y compris de manière rétroactive, reconnaître aux enfants naturels³⁷⁵ ayant fait l'objet d'une reconnaissance des droits identiques à ceux des enfants légitimes, et ce y compris en matière successorale³⁷⁶, opérant en cela un véritable changement de paradigme avec celui qui avait cours sous l'Ancien droit.

³⁷¹ V. *idem*.

³⁷² « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

³⁷³ V. Cambacérès, *Rapport et Projet de décret sur les enfants naturels, présentés au nom du comité de législation*, 1793.

³⁷⁴ Sur ces décrets, v. A. Verjus, « Les lois de l'an II sur les enfants naturels : quels nouveaux droits pour les pères (1793- 1804) », publié en 2018 sur HAL, accessible en ligne (URL : [https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01937977/document#:~:text=1%20D%C3%A9cret%20relatif%20aux%20droits,II%20\(6%20janvier%201793\)](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01937977/document#:~:text=1%20D%C3%A9cret%20relatif%20aux%20droits,II%20(6%20janvier%201793),)), page consultée pour la dernière fois le 14 août 2021), mais également S. Steinberg, « Et les bâtards devinrent citoyens. La privatisation d'une condition d'infamie sous la Révolution française », in *Genèses*, 2017/3 (n° 108), p. 9.

³⁷⁵ Aux enfants naturels « simples » dits *ex soluto et soluta* exclusivement, les enfants adultérins – un doute demeurant sur la situation des enfants incestueux, dont la loi ne dit mot – demeurant exclus expressément par l'article 13 alinéa 1^{er} de la loi du 12 brumaire an II. v. à ce sujet, J. Bart, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », in *Annales historiques de la Révolution française*, n°300, 1995, p. 187.

³⁷⁶ V. A. Verjus, « Les lois de l'an II sur les enfants naturels : quels nouveaux droits pour les pères (1793- 1804) », préc.

111. Précisons néanmoins que, dans le même temps, les révolutionnaires ont fermé la porte à toute action en recherche de paternité : c'est dès lors uniquement dans le cadre d'une filiation établie *via* un aveu ou une reconnaissance, ou encore *via* la possession d'état, que venait s'épanouir cette nouvelle égalité. Cette évolution paraît néanmoins tout à fait logique, en une période où le législateur révolutionnaire consacre le mariage civil, et avec lui le divorce, et inscrit dans la Constitution du 3 septembre 1792 que « la loi ne considère le mariage que³⁷⁷ comme contrat civil » : puisque le mariage perd son caractère sacré et sacramentel, puisqu'il se laïcise, et puisque se développe parallèlement un nouveau dogme fondé sur l'égalité des citoyens devant la loi, le législateur ne pouvait que se faire le reflet de ce nouveau modèle *via* la proclamation de l'égalité des filiations. N'oublions pas non plus que le législateur révolutionnaire vient supprimer le droit d'aînesse et rétablir une égalité successorale indépendamment du genre : même s'il reste des améliorations à effectuer, la Révolution française demeure à l'origine d'une avancée considérable en matière d'égalité, et notamment en matière d'égalité des sexes. Ici encore, la loi se fait le reflet d'un modèle familial défendu par le législateur, un modèle fondé sur la liberté et l'égalité, sur le caractère électif du lien familial, dont la dimension essentiellement volontaire et contractuelle est mise en avant³⁷⁸.

112. Cette législation égalitaire et progressiste n'est cependant pas allée sans susciter de multiples protestations³⁷⁹, et si le système mis en place par le Code de 1804 opérera une forme de transaction entre Ancien droit et droit révolutionnaire, celle-ci s'effectuera principalement par un retour au système en vigueur avant la Révolution française. Le processus d'élaboration du Code civil montre un recul progressif des avancées offertes aux enfants illégitimes : si, initialement, les projets portés par Cambacérès³⁸⁰, dans la ligne des lois de l'an II, envisageaient de maintenir un système égalitaire³⁸¹, les travaux des pères du Code civil s'orienteront rapidement vers un système bien plus rigoureux³⁸², retenant l'inégalité successorale des enfants de l'Ancien droit, les enfants illégitimes étant voués à hériter soit moins – sous réserve de

³⁷⁷ C'est nous qui soulignons.

³⁷⁸ Quitte, ici encore à sacrifier des enfants naturels qui, s'ils ne sont pas reconnus, n'ont pas de moyen de faire établir leur filiation.

³⁷⁹ V. J. Bart, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », préc., spéc. p. 195 s.

³⁸⁰ Lequel tentera de maintenir une certaine tolérance à leur égard lors de l'élaboration du Code civil de 1804. v. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 10, préc., spéc. p. 131.

³⁸¹ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 1, précité, spéc. p. 41, p. 139 s. V. également, à ce sujet J. Boudon, « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », in *Droits*, 2004/1 (n° 39), p. 91, mais également J. Bloquet, « « La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (Napoléon) », préc.

³⁸² Comme a pu l'exprimer Boutteville : « Une législation peu réfléchie avait trop fait pour eux », même s'il concède aussitôt qu'« une législation humaine devait resserrer les liens qui les unissent à des parents qui ont été sensibles et justes envers eux ». v. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 9, préc., p. 202. C'est dire, alors, combien le rôle de la volonté des parents des enfants naturels était, dans l'esprit du codificateur de 1804, premier.

reconnaissance – soit pas du tout, et reprenant à leur compte la défiance des révolutionnaires à l'égard de l'action en recherche de paternité³⁸³.

Sont ainsi adoptées, parmi les différentes législations ayant précédé la codification, les mesures les plus défavorables aux enfants illégitimes : la protection de l'institution matrimoniale est donc ici plus forte que jamais, témoignant du rôle clé accordé au mariage par les rédacteurs du Code de 1804. Bigot de Préameneu résume bien la volonté des rédacteurs du Code civil lors de sa présentation du projet de codification au corps législatif :

« Après avoir réglé le sort des enfans naturels qui peuvent être légitimés par le mariage subséquent, la loi s'occupe de ceux qui ne peuvent aspirer aux droits d'enfans légitimes. Ce sont des victimes innocentes de la faute de leurs parens. L'ordre social a exigé que des prérogatives fussent accordées aux enfans nés de mariages légitimes. La nécessité de maintenir la barrière qui les sépare a été reconnue par tous les peuples mais la dignité du mariage n'exige point qu'ils soient étrangers à ceux dont ils tiennent la naissance. La loi serait à la fois impuissante et barbare qui voudrait étouffer le cri de la nature entre ceux qui donnent et ceux qui reçoivent l'existence. Les pères et mères ont envers leurs enfans naturels des devoirs d'autant plus grands qu'ils ont à se reprocher leur infortune. La loi a seulement été obligée de poser des bornes au-delà desquelles l'institution du mariage serait compromise. Lorsqu'il s'agit de fixer le sort des enfans naturels, rien n'est plus difficile que de conserver un juste équilibre entre les droits qu'ils tiennent de leur naissance et les mesures qu'exige la nécessité de maintenir l'organisation des familles. Il semble que ce soit un écueil contre lequel, jusqu'ici, les législateurs ont échoué : ils ont trop exigé pour l'ordre social, ou ils l'ont trop négligé. Dans l'Ancien régime, on donnait aux enfans naturels qui n'étaient point reconnus par leurs pères trop de facilité à inquiéter des familles auxquelles ils étaient étrangers, et, sous les rapports de la fortune, ils étaient traités avec une rigueur excessive. Pendant la révolution, la loi ancienne a été réformée en ce qu'elle admettait des recherches odieuses sur la paternité ; mais on s'est laissé entraîner par des sentimens de bienfaisance : on leur a donné des droits qui les assimilaient sous un trop grand nombre de rapports aux enfans légitimes. On a cherché, dans le nouveau Code, à réparer ces erreurs, et à poser enfin les justes limites entre lesquelles ni les droits de la nature, ni ceux de la société ne seront violés »³⁸⁴.

113. Ce que l'on retrouve sous ces quelques lignes, c'est la politique familiale portée par le Consulat. Comme Portalis l'explique dans son *Discours préliminaire*, cette politique est

³⁸³ V. art. 340 s. du Code civil de 1804.

³⁸⁴ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 10, préc., spéc. p. 153 s.

fondée sur l'idée que « Les familles se forment par le mariage », que « Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes »³⁸⁵. Le propos est clair : le codificateur, bien qu'ayant conscience de la rigueur du sort qu'il réserve aux enfants illégitimes, préfère néanmoins les sacrifier sur l'autel de la protection du mariage lui-même en tant qu'institution, évidemment, mais également, à travers lui, de la protection du corps et de l'ordre social eux-mêmes, puisque c'est de la protection et du bien-être de la famille que dépendent ceux de la société toute entière.

114. Par la *Proclamation des consuls du 24 frimaire an VIII*, Bonaparte avait voulu marquer la fin de la Révolution française³⁸⁶. Le Code civil de 1804 en prend acte, et affirme la fondation d'un droit de la famille très normatif, basé sur l'ordre et la conservation de l'institution matrimoniale³⁸⁷ : ainsi, les enfants naturels perdent tous droits successoraux à défaut de reconnaissance³⁸⁸, et voient, en cas de reconnaissance, leurs droits réduits, lorsqu'ils existent³⁸⁹, tant en ce qui concerne les personnes dont ils peuvent recevoir des biens en cas de prédécès³⁹⁰, qu'en ce qui concerne la part à laquelle ils ont droit³⁹¹. La qualité même d'héritier leur est déniée : si l'article 757 du Code Napoléon parle bien du « droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés », l'article 756 précise bien expressément que « les enfans naturels ne sont point héritiers ».

La charge symbolique de cette affirmation est très forte : être héritier, c'est être inscrit dans une famille, une lignée, certes d'un point de vue matériel mais aussi d'un point de vue social, moral et personnel. Comme l'explique Carbonnier, « l'héritage est une affaire d'argent, mais pas uniquement : c'est aussi un symbole, l'entrée dans le cercle de la famille »³⁹². Priver les enfants naturels de cette qualité d'héritier, même en leur accordant des biens, c'est donc marquer symboliquement une exclusion de ceux-ci du groupe familial. Seule la légitimation, possibilité offerte par les articles 331 et suivants du Code de 1804, peut adoucir leur sort, à condition toutefois qu'ils ne soient ni adultérins ni incestueux³⁹³, d'une part, et que leurs parents se marient, d'autre part. Autrement dit, leur sort ne peut être adouci que si leurs parents, n'ayant

³⁸⁵ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, préc.

³⁸⁶ « Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qu'ils l'ont commencée : elle est finie ».

³⁸⁷ Pour un exposé complet du système mis en place avant 1972, v. A. Nizard, « Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », préc., spéc. p. 92 s.

³⁸⁸ Art. 756 du Code civil de 1804.

³⁸⁹ V. Art. 723 du Code civil de 1804.

³⁹⁰ A savoir uniquement leur père et mère. Ils ne peuvent ainsi pas hériter de leurs grands-parents et de leurs autres ascendants, v. art. 756 Code civil de 1804.

³⁹¹ V. Art. 757 et s. du Code civil de 1804.

³⁹² V. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 243.

³⁹³ Ces derniers ne pouvant même pas être reconnus, v. art. 335 du Code civil.

pas fauté directement à l'égard de l'institution matrimoniale par un manquement, soit au devoir de fidélité, soit à la prohibition de l'inceste, font le choix de se conformer au modèle familial défendu par le Code civil, c'est-à-dire celui du mariage. Le système mis en place est donc à la fois répressif et incitatif, par la voie de la légitimation, qu'il laisse ouverte.

115. On pourrait toutefois se demander si, d'une certaine manière, ce ne sont pas davantage les membres de la famille légitime, et en premier lieu les enfants issus du mariage, qui sont protégés, plutôt que l'institution matrimoniale elle-même. Un certain nombre d'indices existent qui pourraient le laisser penser. Ainsi de l'article 337 du Code Napoléon, qui prévoit que « La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfans nés de ce mariage. Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il ne reste pas d'enfans ». L'article 757 du Code civil de 1804, de son côté, module la portion de biens de ses père ou mère prédécédé selon qu'existent ou non des descendants légitimes : celle-ci est en effet réduite au « tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime », à la moitié « lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendans ou des frères ou sœurs », et enfin aux trois quarts « lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants ni ascendans, ni frères ni sœurs »³⁹⁴. Ce n'est que « lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parens au degré successible » qu'ils ont droit « à la totalité des biens » (art. 758).

On le voit donc, la rigueur du régime mis en place s'agissant des enfants naturels s'adoucît à mesure que les personnes susceptibles d'entrer en « concurrence » avec l'enfant naturel sont éloignés de leur auteur, en termes de degré de parenté. Pour efficace qu'elle soit, en termes de protection de l'institution matrimoniale, la solution adoptée par les rédacteurs du Code civil n'en est pas moins extrêmement vigoureuse, et pèse durement sur les enfants. Elle sera donc tempérée par l'obligation alimentaire, qui depuis l'Ancien droit, joue en la matière un rôle modérateur, voire moralisateur face à l'inégalité des filiations.

³⁹⁴ Et encore cette portion peut être réduite de moitié par la volonté de leurs parents, comme le prévoit l'article 761 : « Toute réclamation leur est interdite, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédens, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée ».

II) L'obligation alimentaire, mécanisme modérateur des inégalités

116. « Qui fait l'enfant le doit nourrir »³⁹⁵. L'adage, précité, est connu. On se souvient moins, en revanche, du reste du texte, relatif aux aliments dus aux enfants nés hors-mariage :

« Quelques Couftumes difent qu'un baftard, depuis qu'il eft né eft entendu hors de pain : mais l'on juge que qui fait l'enfant le doit nourrir. Par la difpofition du Droict Ciuil [...] les alimens font deubs feulement aux faftards nays *ex foluto & foluta*³⁹⁶, & non pas à ceux qui font nays *ex nefario coitu*³⁹⁷ : mais par la difpofition du Droict Canon au ch. *cum haberet ext. de eo qui dux. in mat*³⁹⁸. qui eft fuivie en France, les alimens font deubs à toute forte de baftards, mefme la dot qui eft *loco alimentorum*³⁹⁹ eft deuë à vne baftarde née *ex nefario coitu* »⁴⁰⁰. [...] « Maiftre Martin Doublé, tenoit que baftards ne pouuoient receuoir legs de pere ny de mere : ce qui fe doit entendre de legs excédant leur nourriture. Il faut faire diftincfion entre les baftards nés *ex nefario coitu*, qui font feulement capables de donations pour leurs alimens, & les baftards nés *ex foluto & foluta*, qui font capables de donations d'heritages, & autres biens en propriété [...] Baftards ne fuccedent point, ores qu'ils foient legitimez »⁴⁰¹.

117. La lecture de ces quelques lignes de Loisel nous permet de faire de nombreuses observations, la principale ayant trait au rôle central joué par l'obligation alimentaire en la matière, et à ce que cela nous apprend quant à la fonction normative qu'a ici l'obligation alimentaire. Dès l'Ancien droit, la très grande rigueur avec laquelle sont traités les enfants illégitimes est tempérée par le fait que leur statut, s'il peut les priver du droit de succéder à leurs parents biologiques, voire de celui de faire établir leur filiation juridique, ne les prive pas du droit de recevoir de leurs auteurs des aliments, fussent-ils adultérins ou incestueux.

Mieux, c'est là une constante qui transcende les différences de choix effectués en matière de filiation par l'Ancien droit, le droit révolutionnaire et le Code civil de 1804 : ainsi, l'article 13 de la loi du 12 brumaire an II⁴⁰², après avoir en son alinéa 1^{er} expressément exclu

³⁹⁵ A. Loisel, *Institutes coutumieres ou manuel de plusieurs & diverses Reigles, Sentences, & Proverbes tant anciens que modernes, du Droit Couftumier & plus ordinaire de la France*, préc., XL.

³⁹⁶ C'est-à-dire « d'un célibataire et d'une célibataire », ce qui renvoie au cas des enfants naturels.

³⁹⁷ C'est-à-dire « d'une relation coupable », ce qui renvoie au cas des enfants adultérins ou incestueux.

³⁹⁸ Qui renvoie au fait que l'Eglise, « a voulu que les enfants naturels, même adultérins et incestueux, fussent entretenus par leur père et mère, jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie par eux-mêmes ». V. l'explication de l'Abbé André dans son *Cours alphabétique et méthodique de droit canon mis en rapport avec le droit civil ecclésiastique ancien et moderne*, T1, édité par J.-P. Migne, 1844, p. 131.

³⁹⁹ La dot était, selon Loisel, comprise dans les aliments.

⁴⁰⁰ A. Loisel, *Institutes coutumieres ou manuel de plusieurs & diverses Reigles, Sentences, & Proverbes tant anciens que modernes, du Droit Couftumier & plus ordinaire de la France*, préc., XL.

⁴⁰¹ A. Loisel, *Institutes coutumieres ou manuel de plusieurs & diverses Reigles, Sentences, & Proverbes tant anciens que modernes, du Droit Couftumier & plus ordinaire de la France*, préc., XLII à XLIV.

⁴⁰² Cité par J. Bart, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », préc., spéc. p. 193-194.

les enfants adultérins du bénéfice de l'égalité des filiations mise en place⁴⁰³, vient-il préciser dans alinéa 2 que « leur sera seulement accordé, à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient droit s'ils étaient nés dans le mariage. » On notera toutefois qu'étant définis ainsi par une part en pleine propriété des biens auxquels ils auraient eu droit dans le cadre du mariage, les droits de l'enfant adultérin tels que prévus par la loi du 12 brumaire an II, bien que qualifiés d'aliments, pourraient ressembler à des droits successoraux, et ce d'autant plus qu'ils correspondent à la portion retenue par le Code de 1804 en son article 757, précité.

118. Il est toutefois difficile de déterminer si les rédacteurs de cette loi pensaient vraiment accorder, poursuivant la règle mise en place par l'Ancien droit, de simples aliments prélevés sur la succession en en prédéterminant la quantité, ou s'ils ont simplement utilisé le truchement des aliments pour dissimuler leur véritable intention, qui était d'accorder des droits de succession à tous les enfants, fussent-ils nés *ex nefario coitu*. On peut légitimement hésiter : d'un côté, cette détermination par « portion » est proportionnelle aux facultés du débiteur d'aliments, ce qui est conforme au mécanisme alimentaire, mais d'un autre côté, elle ne prend aucunement en compte les besoins du créancier, ce qui est incompatible avec le régime habituel des aliments.

Convient-il dès lors de croire le législateur lorsqu'il parle ici d'aliments ? On peut le penser, car malgré le caractère imparfait et trop mécanique⁴⁰⁴ du procédé, il n'en demeure pas moins que la part accordée semble bien pouvoir être assimilée à une forme de *minima*, correspondant bien à la philosophie de l'obligation alimentaire intrafamiliale⁴⁰⁵. Plus encore, il nous semble qu'il y a ici, dans l'esprit du législateur révolutionnaire, une forme de confusion qui s'opère entre vocation alimentaire et vocation successorale. Certains auteurs ont pu souligner le fait que, somme toute, la vocation successorale, par ailleurs parfois réduite, accordée aux enfants illégitimes agissait, dans leur cas, comme une forme de continuation de l'obligation alimentaire due du vivant du parent de l'enfant⁴⁰⁶.

⁴⁰³ « Sont exceptés ceux de ces enfants dont le père ou la mère était, lors de leur naissance, engagé dans les liens du mariage ».

⁴⁰⁴ Mais n'est-ce pas également une tentation contemporaine, lorsqu'apparaissent des barèmes de pensions alimentaires ?

⁴⁰⁵ Notons d'ailleurs que lorsqu'il tâchera d'encadrer les droits des enfants adultérins et incestueux aux aliments, le codificateur de 1804 le fera dans la partie du Code dédiée aux successions, ce qui ne manque pas de rajouter au trouble.

⁴⁰⁶ Ainsi de H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et, pour la 2^{ème} édition, M. De Juglart, *Leçons de droit civil, Tome quatrième, Deuxième volume, Successions - Libéralités*, Montchrestien, 2^{ème} édition, 1971, expliquant que « La justification véritable du droit de succession des héritiers naturels doit être recherchée dans les nécessités de la défense sociale et dans une idée de justice et d'humanité. La liberté et la dignité de l'homme sont subordonnées à un minimum de ressources ; il serait contraire à la justice fondamentale, comme aux intérêts de la société, avec laquelle l'enfant injustement dépouillé entrerait en conflit, de n'attribuer à l'enfant naturel aucun droit sur les biens de ses parents qui, de leur vivant, avaient à son égard une obligation alimentaire ; cette dette se prolonge, à leur décès, sur le plan successoral » (p. 83).

119. Le Code Napoléon procède de la même manière, bien qu'il ne prédétermine pas de part, en son article 762 : exclusion des enfants adultérins et incestueux du droit de recevoir des biens de leur père ou mère prédécédés, en son alinéa 1^{er}, puis précision en son alinéa 2 de ce que « la loi ne leur accorde que des alimens », lesquels sont précisés être « réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes » (art. 763)⁴⁰⁷. Bien qu'il diffère dans ses modalités concrètes et par la générosité dont il témoigne à l'égard des enfants adultérins et incestueux, le Code Napoléon leur accorde, constant en cela avec le passé, des aliments, et ce toujours au chapitre consacré aux successions, ce qui laisse à penser que, comme le législateur révolutionnaire, le codificateur a avant tout envisagé, ici, une créance alimentaire exercée sur la succession. Dans toutes ces hypothèses, en outre, ce sont des raisons de morale qui poussent les législateurs à prévoir des aliments. On peut à cet égard relever un extrait révélateur des travaux préparatoires du Code civil :

« LE CONSUL CAMBACERES dit qu'il suffirait peut-être, pour maintenir l'honneur dû au mariage, de déclarer que les enfans naturels n'ont pas les droits d'enfans légitimes. Il reste à examiner si la part qu'ils auront dans les biens de leur père doit être fixée dans ce titre ou dans celui des Successions. On a appelé cette part une créance ; il serait plus exact de la qualifier alimens mais on aura à décider s'il faut permettre au père et à la mère d'ajouter à la portion que donnera la loi. Cette question se rattache évidemment à la matière des successions. Le Consul propose, en conséquence, de réduire l'article à une disposition qui exclue les enfans naturels des droits d'enfans légitimes, et de renvoyer au titre des Successions la fixation des alimens qui leur seront accordés, ainsi que la question de savoir s'ils seront capables ou incapables de recevoir de leurs père et mère »⁴⁰⁸.

120. La volonté est bien ici de préserver les enfants illégitimes, sans pour autant porter atteinte à l'institution matrimoniale. C'est en cela que nous parlons de « mécanisme modérateur » : sans renier les principes qu'ils voulaient défendre dans leurs politiques familiales respectives, et donc le caractère normatif de ceux-ci, puisqu'il s'agissait toujours de défendre un modèle familial, les législateurs successifs ont tous modéré les effets de leurs choix par le même mécanisme qu'est l'obligation alimentaire, les aliments accordés aux exclus. Plus

⁴⁰⁷ Encore que l'article 764 vient préciser que « Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux aura assuré des alimens de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession ». On peut relever, en outre, la confusion certaine qui existe entre vocation successorale et vocation alimentaire, qui sont ici présentées comme nécessairement interdépendantes.

⁴⁰⁸ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 10, préc., spéc. p. 132.

encore, les enfants adultérins et incestueux voient des aliments leur être accordés alors même qu'ils ne peuvent être reconnus, et encore moins légitimés.

121. Comment expliquer cette « faveur » ? On pourrait certes y voir la trace d'une politique économique, les enfants illégitimes étant susceptibles, du fait de la défaveur sociale dont ils étaient susceptibles de faire l'objet, cumulée avec un éventuel rejet familial, de constituer un poids économique pour le corps social, lequel, désireux d'éviter tant la mendicité qu'une charge étatique trop importante, s'en serait défaussé sur les familles. Ce n'est pas impossible, mais cela ne semble pas être une raison suffisante. Il semble que même si les considérations économiques sont présentes, retenir une telle hypothèse serait excessivement pessimiste, *a fortiori* à une époque où se construit, dans la pensée des révolutionnaires, l'idée d'une protection sociale organisée et assumée par l'Etat, notamment à travers un projet présenté le 22 floréal an II par Barère et adopté le jour même par la Convention, sur lequel nous reviendrons dans la deuxième partie de ce travail, mais qui comprend déjà l'essentiel des principes directeurs de l'Aide sociale en France. Même si on peut douter qu'il s'agisse là vraiment, contrairement à ce qui a pu être dit ensuite, de la fondation d'une théorie de l'Etat providence, la contradiction semblerait trop forte entre la volonté de permettre, par le soutien du corps social, l'émancipation de l'individu, et le maintien de celui-ci sous une assistance familiale pour des raisons purement budgétaires⁴⁰⁹.

122. Une approche plus convaincante consiste à supposer que, malgré leur intention affichée de défendre le mariage comme institution, tous les régimes qui se sont succédés avaient parfaitement conscience que la conséquence de leurs choix était de faire peser sur les enfants seuls les conséquences d'actions jugées coupables eu égard au modèle défendu, et ce de manière importante, tant le fait de ne pas être inclus dans la famille au sens juridique comme au sens symbolique du terme, et de se voir privés d'héritage, est une sanction importante.

Les rédacteurs du Code civil en étaient tout à fait conscients, et les travaux préparatoires témoignent de ce travail d'équilibriste et de compromis qui consistait à chercher à sanctionner les écarts vis-à-vis de la norme maritale, tout en pénalisant le moins possible les enfants illégitimes, la discussion portant, justement, sur ce qui constituait ce moins possible, et étant retenu qu'il convenait *a minima* que ces derniers reçoivent des aliments – et ce en dépit des

⁴⁰⁹ Cette technique et ces contradictions étant propres, à notre sens, à l'époque contemporaine.

protestations de Cambacérès qui aurait été naturellement porté vers une plus grande clémence, dans la suite des propositions faites par lui pendant la Révolution française⁴¹⁰.

Il y a en outre là une injustice qui voit la sanction reposer sur le fruit de la transgression de l'interdit, et non sur son auteur. Plus encore, ce système aurait un effet pervers considérable : en effet, il semble particulièrement déresponsabilisant de permettre à ceux qui engendrent des enfants de ne pas avoir à se préoccuper de leur sort, et ce même si a pu être évoqué, tant par les révolutionnaires que par les rédacteurs du Code civil, le fait que, par inclination naturelle, les parents se soucient du sort de leurs enfants. La vocation du droit étant, justement, d'intervenir lorsque laisser les relations dans le non-droit ne suffit pas, et *a fortiori* lorsque les relations humaines s'avèrent dysfonctionnelles, il n'était pas envisageable, pour les législateurs successifs, de ne pas intervenir⁴¹¹.

123. Dès lors, le rôle joué par l'obligation alimentaire envers les enfants se révèle profondément normatif, et ce à bien des égards. D'abord, par son rôle correctif d'une inéquité qui, bien que consciente et voulue, doit être, pour le législateur, atténuée autant que faire se peut, en raison de l'attention portée au sort de l'enfant⁴¹². Ensuite, en ce qu'elle dessine un modèle parental, qui est un modèle de responsabilité de celui qui est à l'origine de l'engendrement d'un être, l'engendrement supposant la charge, ou au moins le secours matériel de celui que l'on a fait advenir au monde. Enfin, parce qu'elle vient rappeler le fait que la solidarité familiale constitue un *minima* qui transcende les situations, les statuts, les inconstances sentimentales, et les modèles normatifs posés par le droit de la famille lui-même. C'est d'autant plus remarquable ici qu'elle vient se manifester même en l'absence d'établissement d'un lien de filiation, ce qui peut sembler quelque peu étonnant aux yeux du

⁴¹⁰ Ainsi peut-on lire que « Le Consul Cambacérès dit que quelques personnes trouvent trop dure la disposition qui exclut l'enfant naturel de la succession de sa mère lorsqu'elle n'a pas d'autres enfants », remarque non retenue en raison d'un impératif affiché de protection de l'institution matrimoniale : « M. Bigot-Préamneux dit que c'est pour maintenir l'honneur du mariage qu'on a réduit les enfants naturels à une simple créance. On ne pourrait se relâcher de cette sévérité sans ébranler ce système ». V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 10, préc., p. 131.

⁴¹¹ Il ne s'agit évidemment pas ici de dire que la solidarité familiale est une sanction en soi, mais bien, au contraire, de remarquer qu'il serait déresponsabilisant de ne pas l'imposer.

⁴¹² V. à ce sujet L. Dhuet, *Enfants nés hors mariage d'après les lois des 30 décembre 1915, 17 avril 1919, 25 avril 1924 et la jurisprudence la plus récente*, édité par M. Belzacq, Librairie des lois et décrets commentés, 2e édition, 1925, qui s'ouvre par ces quelques lignes, témoignant bien de ce que les raisons d'être de ces adaptations sont bien liées à une sollicitude grandissante envers les enfants victimes de l'inégalité des filiations : « Nos prédécesseurs et, au premier rang, le très sage Julien, écrivait Justinien dans le préambule de la Novelle 73 (Auth. coll. VI, titre III), relative à la légitimation, ont dit avec raison qu'aucune loi, aucun sénatus-consulte, promulgués dans la république romaine, ne paraissent, dès le début, répondre à toutes les circonstances, mais ont besoin de corrections nombreuses pour parer aux trames variées qu'ourdit la nature. Aussi avons-nous rédigé de nombreuses et diverses lois au sujet des enfants naturels qui s'élèvent aux droits et au rang d'enfants légitimes. Or, les espèces particulières que suscite la nature, nous ayant fait découvrir des lacunes dans la législation établie, nous y avons apporté la correction que voici ». Ce texte peut servir d'épigraphe à notre commentaire. En effet, comme Justinien en son siècle, nos législateurs depuis plus de trois décades témoignent d'une sollicitude toute particulière pour le sort et la condition des enfants nés hors mariage et s'efforcent d'améliorer les anciennes lois en les adaptant aux nouvelles conceptions morales de l'heure présente : ils nous démontrent une fois de plus que la législation ne crée pas les mœurs, mais les exprime ».

juriste du XXI^{ème} siècle, l'existence d'un lien d'obligation alimentaire étant, pour nous, une des conséquences de la reconnaissance d'un lien familial au sens juridique du terme.

124. Par suite, cette logique va commencer à prendre le pas sur le dogme de l'inégalité des filiations. On en trouve, principalement, deux manifestations. La première a consisté à faciliter le passage des enfants illégitimes à un statut plus enviable. Nous ne rentrerons pas dans les détails, mais un certain nombre de lois, notamment à compter du début du XX^{ème} siècle⁴¹³, ont tâché de faciliter progressivement la reconnaissance et la légitimation des enfants illégitimes, afin que le plus grand nombre d'enfants puisse accéder à un statut plus enviable, les enfants adultérins et même incestueux pouvant sous certaines conditions être légitimés, sans pour autant que le principe de l'inégalité des filiations ne soit remis en question.

La deuxième a eu pour vocation de continuer à préciser et à renforcer le droit des enfants illégitimes et adultérins, hors reconnaissance ou légitimation, à des aliments : ainsi l'article 342 du Code civil tel que modifié par la *Loi n°55-934 du 15 juillet 1955 sur la reconnaissance des enfants naturels* prévoyait-il que « Les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin peuvent néanmoins réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé. L'action pourra être intentée pendant toute la minorité de l'enfant et, si elle n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci pourra l'intenter pendant toute l'année qui suivra sa majorité », texte à la fois plus clair dans sa formulation que l'article 762 du Code de 1804, et inclus dans la partie du Code consacrée à la filiation, et non plus aux successions, changement considérable s'il en est. De la sorte, le droit des enfants adultérins et incestueux n'était plus limité à des aliments reçus à titre successoral, d'une part, ce qui voit consacré, pour la première fois, un droit général aux aliments, et d'autre part, ce dernier n'était plus non plus limité à des hypothèses particulières, mais bien ouvert à tous les enfants illégitimes⁴¹⁴.

125. Demeurait un problème majeur qui était la décorrélation effectuée entre obligation alimentaire et filiation juridique, point qui allait être corrigé par l'une des dispositions phares

⁴¹³ Que l'on pense ici notamment aux lois des 30 décembre 1915, 17 avril 1919, 25 avril 1924, mais également à la *Loi n°55-934 du 15 juillet 1955 sur la reconnaissance des enfants naturels*. Notons que parallèlement, une loi du 25 mars 1896 avait vu les droits de l'enfant naturel simple améliorés. V. à ce sujet le *Rapport annuel* de la Cour de cassation pour l'année 2008, not. p. 164 s. : « Avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, une loi du 25 mars 1896 avait amélioré la situation de l'enfant naturel simple, en augmentant la quotité de ses droits successoraux. Pour l'essentiel, une réserve héréditaire lui était expressément reconnue, sa part *ab intestat* ayant été augmentée et, en présence de descendants légitimes, il devait recevoir la moitié et non plus le tiers de la portion qu'il aurait eue s'il avait été légitime. En présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés, il recevait les trois quarts, et non plus la moitié, de la portion qu'il aurait eue s'il eût été légitime ».

⁴¹⁴ V. à ce sujet J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc. t.1, n° 502 s. p. 1085 s. V. également P. Raynaud, *La paternité alimentaire en droit français, Sauvegarde de l'enfance*, 1956, spéc. p. 633 s.

de la *Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation* : la création de la notion de subsides, l'action à fins de subsides se substituant à l'ancienne action alimentaire créée en 1955. La loi de 1972 a en effet profondément modifié la rédaction de l'article 342 du Code civil, lequel disposait dès lors que :

« Tout enfant naturel dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception. / L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant ; celui-ci peut encore l'exercer dans les deux années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité. / L'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code ».

126. La question des fondements de l'action à fins de subsides, qui repose avant tout sur une vraisemblance ou du moins une probabilité de filiation, ainsi que sur une forme de responsabilité⁴¹⁵ envers la mère et l'enfant, demeure sujette à discussion⁴¹⁶. Il semble toutefois acquis que cette action est la continuation de l'action des enfants illégitimes en vue d'obtenir des aliments, et que même, si ces deux actions ne sont pas identiques⁴¹⁷, leur nature et leur fondement demeurent alimentaires. La différence de terminologie, dès lors, semble principalement motivée par le désir de ne pas confondre institution familiale et para-familiale. Plus encore, les conditions d'octroi des subsides étant encore plus largement ouvertes que celles des aliments de l'ancien article 342 du code civil⁴¹⁸, la consécration d'une action à fins de subsides contribue à renforcer, à notre sens, la fonction normative portée par les obligations de nature alimentaire en droit de la famille : responsabilité de celui qui a engendré et secours des membres avérés ou probables de la famille par ceux qui en ont la possibilité. En outre et enfin, les subsides, qui en raison de leurs conditions d'octroi ne sont pas liés directement à la filiation, permettent de rétablir une forme d'ordre dans les obligations alimentaires : ces dernières, en effet, n'existent plus, dès lors, que dans l'exécution d'un devoir induit par un lien familial juridiquement reconnu ou établi.

⁴¹⁵ Cornu parlant à cet égard d'une « responsabilité spécifique de l'homme destinée à compenser, par un partage des risques, l'inégalité naturelle qui, en général, fait peser sur la femme seule les conséquences d'un acte accompli à deux ». v. G. Cornu, *Dalloz* 1971, *Chronique* 168.

⁴¹⁶ V. à ce sujet F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n°725, p. 695

⁴¹⁷ Cornu, dans son *Vocabulaire juridique* précité, relève que les subsides se distinguent des aliments « en ce que leur octroi n'est pas l'exécution d'un devoir de famille mais le substitut de celui-ci ».

⁴¹⁸ Puisqu'il ne s'agit plus de prouver une responsabilité de fait mais l'existence de relations sexuelles avec la mère durant la période légale de conception.

Malgré le caractère remarquable de cette apparition, la loi de 1972 ira encore bien plus loin, puisque c'est par elle que s'amorcera le véritable mouvement vers l'égalité des filiations.

Sous-section 2. Obligation alimentaire et égalité contemporaine des filiations

127. L'époque contemporaine, revenant sur des siècles d'inégalités des filiations, a connu d'important bouleversements à compter de la fin du XX^{ème} siècle, en proclamant, notamment du fait du développement des droits de l'enfant, l'égalité des filiations, et l'importance première de l'intérêt, dit supérieur, de l'enfant. Ce mouvement allait emporter d'importants bouleversements, y compris en matière d'obligations alimentaires, et participer de la refondation de la fonction normative du droit de la famille contemporain. Il convient donc, pour aborder tous ces aspects, d'étudier en premier lieu, **la consécration de l'égalité des filiations (I)** puis, en second lieu, **les conséquences de l'égalité des filiations (II)**.

I) La consécration de l'égalité des filiations

128. Au moment d'étudier l'égalité des filiations telle que consacrée, notamment, à partir de la loi du 3 janvier 1972, il convient en réalité d'effectuer une distinction. Le mouvement dont il est question ne concerne en effet que la filiation au sens du Titre VII du Livre 1^{er} du Code civil, c'est-à-dire à l'exclusion de la filiation adoptive, envisagée par le Titre VIII. Il faut donc envisager la filiation dans ses deux acceptions, c'est-à-dire, en premier lieu, de **la filiation du Titre VII (A)**, avant de traiter, en second lieu, du **cas particulier de la filiation adoptive (B)**.

A) Dans la filiation du Titre VII

129. À la veille de la loi du 3 janvier 1972, la situation restait marquée par une inégalité des filiations qui faisait du statut des enfants la conséquence des choix des parents. Ce faisant, le droit français faisait donc du droit de la filiation une conséquence des politiques publiques à l'œuvre en matière de droit des couples : il y avait là une forme de hiérarchie, voire de chronologie dans le raisonnement, qui laissait l'enfant au second plan, malgré les efforts consentis pour améliorer son sort sur un plan successoral et plus encore *via* l'obligation alimentaire. Le droit de la filiation était donc fortement marqué par la normativité du droit de la famille, mais pouvait sembler, d'une certaine manière, et sous réserve des développements précédents relatifs au rôle modérateur de l'obligation alimentaire et des subsides, ne pas porter de normativité en soi, ou alors une normativité indirecte⁴¹⁹.

130. Le XX^{ème} siècle vit les choses changer, à mesure que l'enfant fut découvert comme sujet de droits, et objet d'une nécessaire protection⁴²⁰. Ce fut d'abord le cas durant l'entre-deux guerres, la Première Guerre mondiale ayant laissé derrière elle, pour le seul cas de la France,

⁴¹⁹ Nous entendons par là le fait que le droit de la filiation était un moyen au moins autant qu'un but en soi, ses règles étant tournées vers le droit des couples, qu'il entendait contribuer à organiser. En ce sens, de nombreuses règles en matière de filiation semblaient avant tout être la conséquence de modèles défendus en matière de droit des couples.

⁴²⁰ Bien que le droit ne se soit pas détourné, avant, de la question de la protection des enfants. Comme le relève P. Verdier : « Le souci porté à l'intérêt de l'enfant est récent. En effet, la notion d'enfance est une notion plutôt moderne, née aux XVII^e et XVIII^e siècles, lorsqu'on a commencé à sortir des grandes famines et de la mortalité infantile sévère et que l'on a considéré que l'enfant n'était pas seulement un risque ou une charge, mais aussi une source d'espérance. L'intérêt pour l'enfance s'est notamment imposé dans les grandes lois protectrices du XIX^e siècle : la loi du 28 juin 1793 fait obligation pour la nation de s'occuper des enfants abandonnés ; la loi de 1841 limite le travail des enfants dans les fabriques ; la loi de 1882 rend l'instruction publique obligatoire ; la loi du 24 juillet 1889 introduit la possibilité de prononcer une déchéance de la puissance paternelle en cas de maltraitance grave. Mais la découverte de l'enfant sujet, personne digne d'intérêt, est encore plus contemporaine. Ce n'est que depuis le XX^e siècle qu'il va être au centre des politiques d'éducation et de soins, et aussi des enjeux économiques et de consommation. ». V. P. Verdier, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », in *Enfances & Psy*, 2009/2 (n° 43), p. 85.

près de 600.000 veuves de guerre et 986.000 orphelins⁴²¹, ce qui a justifié dès le début de la guerre la prise de conscience de la nécessité d'un effort philanthropique et d'une attention particulière aux plus faibles. Au lendemain de celle-ci, fut fondée la Société des nations, qui s'empara, entre autres, de la question de la protection des enfants, notamment *via* la *Déclaration des droits de l'enfant, dite Déclaration de Genève*, du 26 septembre 1924, qui proclame dans son Préambule : « Par la présente Déclaration des droits de l'enfant, [...] les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance ». Ce texte, malgré ses imperfections⁴²², voit apparaître pour la première fois cette notion de droits de l'enfant.

La Société des nations allait cependant échouer dans son office pacificateur, et le monde replonger dans les affres d'une seconde Guerre mondiale. Celle-ci, avec son bilan humain et matériel terrible, les crimes de guerre et contre l'humanité qui intervinrent, et la découverte effarée des abîmes d'atrocités que l'Homme et la science avaient été capables d'explorer, imposa un travail profond de rénovation. D'un point de vue strictement juridique, celui-ci débutât probablement par les procès de Nuremberg et de Tokyo, la découverte des crimes contre l'humanité⁴²³, et avec elle l'affirmation des droits de l'Homme. S'agissant des droits de l'Homme, la création de l'ONU allait rapidement conduire à la proclamation, en 1948, de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Celle-ci, néanmoins, n'évoque que peu la protection des enfants en tant que tels⁴²⁴.

131. Il faudra attendre le 20 novembre 1959 pour que soit adoptée par l'ONU la Déclaration des Droits de l'Enfant, qui évoque l'intérêt, pour la première fois dit *supérieur*, de

⁴²¹ Données chiffrées présentes sur le site mémoriel du Ministère des armées, *Chemins de mémoire*, sur la page intitulée « Veuves et orphelins de la première Guerre mondiale » (URL : <https://www.cheminsdememoire.gouv.fr/fr/veuves-et-orphelins-de-la-premiere-guerre-mondiale>, page consultée pour la dernière fois le 20 août 2021). Extrait complet : « 5,5 millions de blessés, 1.117.000 invalides et 1.393.000 soldats morts pour la France, soit 10 % de la population active masculine et 1/5 des hommes de moins de 50 ans : la Première Guerre mondiale représente une véritable hécatombe pour la population française. Près de 600.000 veuves de guerre et 986.000 orphelins sont ainsi plongés dans la plus grande détresse physique et morale. [...] Avec la disparition du soutien de famille, la majorité d'entre elles se trouvent en situation de précarité une fois la paix revenue : les conventions sociales incitent les employeurs à utiliser des hommes plutôt que des femmes à qui l'on demande de regagner le foyer familial afin d'élever leurs enfants ».

⁴²² Outre son caractère déclaratif, il pose davantage une série de devoirs fondamentaux, pour l'essentiel soit très matériels soit assez vagues, que l'adulte a envers l'enfant, que de droits de l'enfant en tant que tel.

⁴²³ Sous ses deux aspects, que l'allemand rend plus palpables, les crimes contre l'humanité constituant des crimes commis contre l'humanité en tant qu'assemblée des êtres humains (*Verbrechen gegen die Menschheit*) mais aussi des crimes commis comme l'Humanité même, en tant qu'essence de ce qui fait l'humain, dans son essence et sa dignité (*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*).

⁴²⁴ Tout juste l'article 25.2 prévoit-il que « La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale », l'article 26.3 préférant, de son côté, insister sur les droits des parents vis-à-vis de leurs enfants : « Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants » ?

l'enfant⁴²⁵. Cette Déclaration, malgré les critiques qui ont pu lui être adressées⁴²⁶, va profondément refonder le droit de la famille. Surtout, elle ne pouvait qu'être lue comme sonnant le glas de la politique familiale française en matière de filiation, son premier principe étant explicite sur le fait que « l'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la présente Déclaration », étant précisé que « ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant lui-même ou à sa famille ».

Étant ainsi affirmée la nécessité de traiter les enfants de manière égalitaire, sans distinction fondée sur une situation familiale particulière, il fallait que disparaisse le pluralisme des filiations. Comme l'explique Carbonnier :

« Le droit en vigueur ne se cachait pas de traiter inégalement l'enfant légitime et l'enfant naturel. Sans doute les lois antérieures [...] avaient-elles rapproché, dans la mesure du possible, la filiation hors mariage de la filiation en mariage. L'enfant naturel restait, néanmoins, marqué d'un signe très visible d'infériorité : ses droits successoraux étaient moindres que ceux de l'enfant légitime. [...] Or, la Constitution de 1958 avait réactualisé la Déclaration des Droits de l'homme dont l'article 1^{er} est que tous les êtres humains naissent égaux en droit. Et les inégalités de naissance ressemblaient trop aux discriminations de race pour ne pas être enveloppées dans la même condamnation. Ce qui était soutenable avant Hitler n'était plus tolérable après l'Holocauste. L'égalité devant l'héritage avait acquis une signification historique »⁴²⁷.

On pourrait croire, dès lors, que la réforme qui allait suivre serait marquée du sceau de l'égalité parfaite entre les enfants, allant plus loin en ce sens que les révolutionnaires, qui avaient maintenu une discrimination à l'égard des enfants adultérins et incestueux. On pouvait

⁴²⁵ Cf. Principe 2 : « L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. *Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante* » et Principe 7 : « L'enfant a droit à une éducation qui doit être gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires. Il doit bénéficier d'une éducation qui contribue à sa culture générale et lui permette, dans des conditions d'égalité de chances, de développer ses facultés, son jugement personnel et son sens des responsabilités morales et sociales, et de devenir un membre utile de la société. *L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents* [...] ». Dans les deux cas, c'est nous qui soulignons.

⁴²⁶ Pour un approfondissement de cette problématique, v. P. Verdier, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », préc., mais aussi I. Théry, *Le démariage*, préc., p. 365 s., part. p. 370 s.

⁴²⁷ V. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, préc., p. 242-243.

en tout cas supposer que l'affirmation de l'égalité en droit et de l'intérêt supérieur des enfants conduirait à cette solution. L'auteur poursuit cependant, fidèle à la philosophie de l'époque :

« Peut-être fallait-il, toutefois, dans le cas de l'adultérin, équilibrer la justice à lui rendre par la justice à rendre aux victimes, ici à l'épouse et ses enfants. Telles étaient les bases abordables d'une réforme. Elles paraissaient traduire l'état moyen de l'opinion »⁴²⁸.

132. La *Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation* allait se construire sur ces principes, et sur cet équilibre. Ainsi, l'article 334 du Code civil tel qu'issu de cette réforme, s'il pose un principe d'égalité des filiations, en ses alinéas 1 et 2, qui disposent respectivement que « l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère » et qu'« il entre dans la famille de son auteur », vient tout de suite relativiser ce principe en posant une exception en présence d'un enfant adultérin entrant en concurrence avec un époux ou une épouse trompée et / ou des enfants légitimes, en son alinéa 3 : « Si, au temps de la conception, le père ou la mère était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, les droits de l'enfant ne peuvent préjudicier que dans la mesure réglée par la loi, aux engagements que, par le fait du mariage, ce parent avait contractés ».

Autrement dit, il n'est pas encore question que disparaissent, en tant que tels, le pluralisme des filiations et le statut particulier de l'enfant adultérin, qui voit ses droits successoraux significativement réduits en présence d'un conjoint ou d'enfants légitimes⁴²⁹. De même, l'enfant naturel devient réservataire, mais ses droits sont réduits s'il est adultérin et en concours avec des enfants légitimes⁴³⁰. Il bénéficie certes d'un droit à réclamer des aliments à

⁴²⁸ V. *idem*, p. 243.

⁴²⁹ Sur le principe, v. art. 757 du Code civil : « L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime ». Sur la diminution des droits en présence d'enfants légitimes, v. art. 759 du Code civil : « Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, n'excluent pas celle-ci de la succession de leur auteur[...] En pareil cas, ils ne recevront, quel que soit leur nombre, que la moitié de ce qui, en leur absence, aurait été dévolu au conjoint selon les articles précités, le calcul étant fait ligne par ligne [...] » ; et art. 760 du Code civil : « Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes. / La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires ».

⁴³⁰ V. art. 915 du Code civil : « Quand un enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, est appelé à la succession de son auteur en concours avec les enfants légitimes issus de ce mariage, il compte par sa présence pour le calcul de la quotité disponible ; mais sa part dans la réserve héréditaire n'est égale qu'à la moitié de celle qu'il aurait eue si tous les enfants, y compris lui-même, eussent été légitimes. / La fraction dont sa part dans la réserve est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux par égales portions » ; et art. 915-1 : « Quand l'enfant naturel visé à l'article précédent est appelé seul à la succession de son auteur, ou en concours avec d'autres enfants qui ne sont pas issus du mariage auquel l'adultère avait porté atteinte, la quotité disponible en faveur de toute autre personne que le conjoint protégé est celle de l'article 913 ».

la succession, mais conditionné, s'il le réclame, à l'abandon de ses droits aux héritiers légitimes⁴³¹.

133. Le statut de l'enfant naturel est donc très ambigu. Sont officiellement déclarés son appartenance à la famille et son droit à l'héritage, fût-il adultérin. Ce faisant, l'enfant naturel, qui jusqu'à présent n'avait droit qu'à la reconnaissance de rapports interpersonnels, l'unissant à ses parents, se trouve intégré à un groupe familial, avec des ascendants, des collatéraux. C'est là la plus significative des avancées vers l'égalité statutaire des enfants mises en œuvre par la loi de 1972. L'enfant adultérin même n'apparaît plus comme un paria rejeté de sa famille. Carbonnier fait remarquer, à ce sujet, que « la loi de 1972 n'emploie plus l'expression d'adultérin » mais « use d'une périphrase : l'enfant dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une tierce personne ». Et l'auteur d'expliquer que, selon lui, « ce n'est pas par euphémisme : la périphrase a l'avantage de montrer que la restriction des droits de cet enfant ne tient pas à une infériorité congénitale, mais résulte d'un heurt fortuit, sur l'échiquier successoral, avec les victimes de l'adultère »⁴³².

Il faut pourtant remarquer, au regard des règles mises en place sur le plan patrimonial, que ce n'est là qu'une bien maigre consolation pour celui qui, issu d'une relation qui, elle, n'était pas fortuite et pour laquelle il n'était en rien responsable, doit néanmoins en assumer les lourdes conséquences, et un exercice d'équilibriste qui ne pouvait durer dans un système juridique qui se veut égalitaire et protecteur des enfants : car ses droits en font, quelles qu'en soient les raisons, un « demi-enfant »⁴³³, et qui doit, pour pouvoir réclamer des aliments à la succession de ses parents si la vie l'a placé dans une situation de nécessité, renoncer à hériter de ceux-ci. Bien qu'entré dans la famille de son auteur, l'enfant adultérin demeure mis à distance, et, ici, la confusion entre vocation successorale et vocation alimentaire semble plus forte que jamais, puisque qu'elles lui sont offertes alternativement, comme si l'une pouvait se substituer à l'autre.

134. Ce système ne pouvait guère durer : il était pour ainsi dire intenable, voué à n'être que transitionnel, et les évolutions ultérieures ne pouvaient que rapidement sonner le glas du maintien d'un pluralisme des filiations, d'autant plus que les engagements de la France allaient

⁴³¹ V. art. 915-2 du Code civil.

⁴³² V. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, préc., p. 265.

⁴³³ Cette diminution entraînant une augmentation de la part des autres réservataires, ce qui le conduit, *stricto sensu*, à indemniser les victimes de la faute de ses parents. L'enfant adultérin est donc placé dans cette situation particulière d'être une victime chargée d'indemniser les autres.

y contraindre. D'abord par l'arrivée dans notre système juridique de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989. Celle-ci, au contraire des déclarations auxquelles elle a succédé, pouvait devenir véritablement contraignante pour les parties, et ce fut le cas pour la France après sa signature le 26 janvier 1990 et sa ratification le 7 août de la même année. Avec l'article 3 de cette Convention, l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel « doit être une considération primordiale », acquiert une force obligatoire. C'est ainsi qu'au début des années 90, la doctrine⁴³⁴ ainsi que les institutions nationales⁴³⁵ mirent en évidence la nécessité de faire évoluer le droit français sur ce point, et que différents projets de réformes furent envisagés, mais jamais menés à leur terme, jusqu'à ce que la France soit condamnée par la CEDH à l'occasion du désormais célèbre arrêt *Mazurek c/ France* du 1er février 2000⁴³⁶.

La CEDH, bien que reconnaissant « qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime »⁴³⁷, estime qu'il convient de déterminer « pour ce qui est des moyens employés, si l'instauration d'une différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels, quant à la succession de leur auteur, apparaît proportionnée et adéquate par rapport au but poursuivi »⁴³⁸, avant de retenir qu'il n'existe « aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage », qu'« en tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables »⁴³⁹ et que dès lors, « il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Par conséquent, elle retient qu'« il y a eu violation de l'article 1^{er} du Protocole n°1 combiné avec l'article 14 de la Convention »⁴⁴⁰. La France est donc appelée à revoir sa copie,

⁴³⁴ V. not. I. Théry (dir.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation Française, Odile Jacob, 1998, estimant que « la solution retenue par le législateur [de 1972] n'apparaît, aujourd'hui, ni satisfaisante sur le plan de l'équité, ni conforme à nos engagements internationaux » (p. 227). V. également F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 1999, lequel retient que : « L'égalité des filiations a été l'un des deux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1972. A l'époque, un compromis était cependant nécessaire et l'égalité parfaite n'a pas été atteinte. Aujourd'hui, il semble indispensable d'achever l'évolution et d'atteindre l'égalité des filiations. Pour réaliser cet objectif, il convient d'une part d'achever l'égalité des statuts et d'autre part d'unifier le droit de la filiation pour que l'établissement ou la contestation d'une filiation ne dépende plus du statut juridique des parents » (p. 16).

⁴³⁵ V. notamment Conseil d'Etat, *Statut et protection de l'enfant*, 1990, rapport cité par la CEDH dans l'arrêt *Mazurek*, pt. 19 : « La réduction de la vocation successorale des enfants adultérins est très critiquée. Elle apparaît directement contraire à l'égalité des filiations et constitue une atteinte aux principes posés par le Code civil selon lesquels l'enfant naturel a en général les mêmes droits que l'enfant légitime. Cette discrimination fondée sur la filiation semble également contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle devrait donc être supprimée. ».

⁴³⁶ A propos duquel v. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 13ème édition, 2015, n° 100 p. 560 s.

⁴³⁷ Point n°50.

⁴³⁸ Point n°51.

⁴³⁹ Point n°54.

⁴⁴⁰ Point n°55. Notons que dès lors, la CEDH semble consacrer un droit à l'héritage, puisqu'est retenue une violation de l'article 1^{er} du Protocole n°1, ce qui laisse supposer qu'il y a un droit sur la succession pour les enfants, ce qui n'est pas nécessairement acquis. Sur la question du droit à l'héritage, v. C.-M. Pégion-Zika, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », in *RTD Civ.* 2018 p.1.

ce qui sera chose faite par la *Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, dont la philosophie se trouve toute entière comprise dans la nouvelle rédaction de l'article 733, alinéa 1^{er}, du Code civil : « La loi ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle pour déterminer les parents appelés à succéder »⁴⁴¹.

135. La loi de 1972, l'arrêt Mazurek, la loi de 2001 et l'*ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation* ont ainsi conduit à une refonte complète du droit de la filiation, et avec lui du droit de la famille français. La première chose remarquable est qu'on observe en matière de filiation un mouvement inverse à celui que connaît le droit des couples : alors que la loi de 1999 a vu l'émergence d'un véritable pluralisme matrimonial, ces réformes ont fait disparaître le pluralisme des filiations au sein du titre VII du Livre 1^{er} du Code civil. La logique est-elle la même qui préside à ce double mouvement ? On pourrait s'interroger.

D'un certain point de vue, les logiques sont identiques, en ce qu'on pourrait interpréter cette évolution comme le signe d'un recul de la vocation normative du droit de la famille. Renonçant à imposer un modèle de vie de famille, en venant consacrer un triptyque matrimonial, offrant à chacun la possibilité de choisir le modèle qui lui convient, le droit de la famille se retire donc d'une certaine manière d'un objectif de structuration des conduites morales individuelles, et prend le parti de laisser une plus grande liberté à chacun. Il n'y a plus, en apparence, de « bon » modèle familial, et chaque famille est laissée *a priori* libre de faire, pour elle, les choix qui lui conviennent. Il n'est pas anodin, à ce titre, que ce soit à peu près à la même époque que par deux arrêts⁴⁴², les juges du Quai de l'Horloge aient fait le choix, cessant par là même de « sonder les reins et les cœurs »⁴⁴³, de ne plus déclarer nulles les libéralités consenties pour maintenir une relation adultère sur le terrain des bonnes mœurs.

136. Le droit civil dans son ensemble semble, au tournant du siècle, se désengager du contrôle des mœurs individuelles et d'une certaine forme de législation de boudoir ⁴⁴⁴. Or, puisque le droit de la filiation devait son pluralisme au contrôle moral exercé en matière

⁴⁴¹ Formulation malheureuse puisqu'il s'agissait seulement de distinguer selon le mode d'établissement de la filiation. Cette maladresse sera corrigée par l'*Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation*., qui retiendra de l'article 733 al. 1 du Code civil une nouvelle formulation : « La loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder ».

⁴⁴² V. Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1999, n°96-11946, et Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004, n°03-11.238, dit « arrêt Galopin ».

⁴⁴³ V. M. Grimaldi, « La libéralité par laquelle l'auteur entend maintenir une relation adultère repose-t-elle sur une cause illicite pour contrariété aux bonnes mœurs ? », in *Dalloz*, 1999, p. 307.

⁴⁴⁴ V. à ce sujet D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », préc., ainsi qu'E. Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle - Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, préc.

matrimoniale, la logique même de ce recul de l'interventionnisme juridique en matière de vie privée ne pouvait que conduire à la disparition de ce contrôle. La logique serait donc unique dans toutes ces évolutions : le désengagement moral du droit civil, l'avènement de l'individualisme familial et le recul de la fonction normative du droit de la famille à l'ère contemporaine.

Mais une autre analyse est possible. Ces évolutions ne mettent pas en évidence, à notre sens, un désengagement normatif, mais plutôt soit une mutation de la fonction normative du droit de la famille, soit même un réengagement moral. C'est particulièrement flagrant en matière de filiation : revenir sur le pluralisme et assurer une égalité entre les filiations, ce n'est en aucun cas effectuer un recul d'un point de vue moral, mais avoir enfin une réflexion en la matière qui place l'enfant au cœur du système, au nom de ses droits propres, qui n'ont pas à être amputés du fait des actions de ses parents, et de son intérêt supérieur, qui semble, par là même, être véritablement pris en considération. Il s'agit donc d'un renouvellement du modèle défendu par le droit de la famille, qui s'accompagne d'un renforcement, puisque désormais, chaque enfant a en principe⁴⁴⁵ les moyens de faire établir sa double filiation, sans possibilité de refus de la part de ses parents, et de bénéficier pleinement de toutes les protections que ce lien implique, notamment sur le terrain alimentaire (avec l'obligation alimentaire simple mais également avec l'obligation d'entretien, laquelle ne cesse de se renforcer comme nous le verrons dans le titre suivant) et successoral (avec le mécanisme de la réserve héréditaire, entre autres).

Les parents, de ce fait, se voient responsabilisés dans l'accompagnement et la prise en charge de ceux qu'ils ont engendrés, sans possibilité de s'en défaire sauf à prouver, dans le respect des règles prévues par le Code civil, que le lien de filiation juridique n'est pas conforme à la réalité biologique. Tout enfant est aujourd'hui, dès lors, non seulement légitime, mais objet d'une attention particulière de la part du législateur : lui qui autrefois était attentif à la famille l'est désormais aux individus au sein de celle-ci, notamment aux enfants.

Il s'agit d'une mutation de la fonction normative du droit de la famille contemporain, et non d'un recul. Ici comme ailleurs, le droit fait davantage évoluer ses contours, ses aspirations et plus encore les valeurs qu'il protège.

⁴⁴⁵ Restent exclus les enfants incestueux, qui ne peuvent établir leur filiation qu'à l'égard de l'un de leurs parents biologiques.

B) Le cas particulier de la filiation adoptive

137. La filiation adoptive fait, depuis 1804, figure d'exception. Accueillie avec réticence par les pères du Code civil⁴⁴⁶, l'adoption connaît, aujourd'hui, deux modalités distinctes, et il convient donc, à ce titre, de distinguer **l'adoption plénière (1)**, d'une part, dont les effets sont, pour l'essentiel, calqués sur ceux de la filiation du Titre VII, de **l'adoption simple (2)**, d'autre part, qui connaît un régime particulier qui est source à la fois d'inspiration et d'interrogations.

1) L'adoption plénière

138. S'agissant de l'adoption plénière, l'essentiel des effets de l'adoption est résumé par l'article 356 du Code civil, qui dispose que « l'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164 »⁴⁴⁷. Autrement dit, l'adoption plénière conduit à la création d'un lien assimilé au lien de filiation qui serait établi en application du Titre VII. L'article 6-2 du Code civil dispose ainsi que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions propres à l'adoption simple », de sorte que « la filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents ». D'une certaine manière donc, la filiation adoptive plénière est une filiation de « droit commun »⁴⁴⁸.

139. Sur le terrain de l'obligation alimentaire, il n'y a donc pas de spécificité de régime notable s'agissant de l'adoption plénière : l'enfant dont la filiation a été établie par une filiation plénière aura, au sein de sa famille adoptive, les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un enfant dont la filiation aurait été établie en application du Titre

⁴⁴⁶ A l'exception notable de Bonaparte, qui y était favorable, et a défendu avec vigueur l'instauration, en droit français, de l'adoption, en partie rejoint, dans cette idée, par Cambacérès. Sur l'évolution historique de l'adoption, v. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 723 s.

⁴⁴⁷ C'est-à-dire sous réserve de la prohibition de l'inceste, dont le maintien est justifié par le fait que l'adoption soit, pour les pères du Code civil, une fiction juridique, qui ne saurait complètement occulter une inscription originelle dans un autre groupe familial.

⁴⁴⁸ V. P. Salvage-Gerest « Adoption plénière », in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024, n°223.21.

VII⁴⁴⁹. Dès lors, on pourrait même inclure, du point de vue de ses effets, la filiation issue de l'adoption plénière dans le mouvement observé de consécration de l'égalité des filiations.

Pourrait se poser une question, tenant au paradoxe qui pourrait résulter du maintien, vis-à-vis de la famille d'origine, de la prohibition de l'inceste, et donc des interdictions de mariage prévues par les articles 161 et suivants du Code civil, alors même que disparaît l'obligation alimentaire vis-à-vis de cette même famille. Il semble pourtant qu'il faille nuancer la portée de ce paradoxe. Sur un plan tant symbolique que technique, la disparition de l'obligation alimentaire entre la famille d'origine et l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière marque, en réalité, le fait que le souhait du droit de la famille est que s'opère, avec la famille d'origine, la rupture la plus absolue possible. Si l'on fait, en effet, de l'obligation alimentaire le *minimum* d'une relation familiale reconnue par le droit, la disparition de celle-ci est le témoin d'une volonté de disparition complète du lien originel, remplacé pleinement par le lien établi avec la famille adoptive. D'un point de vue tant technique que symbolique, cette disparition semble donc logique, et cohérente.

C'est donc, en réalité, davantage le maintien de la prohibition de l'inceste à l'égard de la famille d'origine qui pourrait interroger, puisqu'il laisse demeurer une forme de lien juridique avec celle-ci, alors même que l'adoption plénière tend à la « destruction du lien de filiation biologique »⁴⁵⁰. Ce maintien semble toutefois révéler, en général, « la force du tabou multiséculaire qu'est l'inceste » et ce bien qu'« on [puisse] penser que l'interdiction est devenue presque symbolique eu égard aux règles de l'état civil »⁴⁵¹. En particulier, la prohibition de l'inceste à l'égard de la famille d'origine vient rappeler que l'un des fondements de cet interdit demeure un fondement biologique, que la fiction juridique du changement de groupe familial ne saurait remettre en cause. En outre, quand bien même sa portée technique serait limitée, la réaffirmation, en dépit de la disparition

⁴⁴⁹ Cette circonstance est d'ailleurs, tant d'un point de vue technique que symbolique, particulièrement signifiante s'agissant de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint puisqu'à l'issue de cette procédure, les deux parents seront placés sur un pied d'égalité, ce qui est naturellement, d'un point de vue normatif, remarquable.

⁴⁵⁰ V. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 790.

⁴⁵¹ En effet, « à partir du moment où la transcription du jugement d'adoption ne fait aucune allusion à la famille d'origine de l'adopté, la copie qu'en recevra l'officier de l'état civil chargé de célébrer l'union ne le renseignera en rien. Il ne pourra être prévu de l'empêchement au mariage projeté que par les voies ordinaires de l'opposition ou de l'avis officieux. Le cas échéant, la preuve de la réalité du lien pourra probablement être faite par l'acte de naissance originaire de l'intéressé, pas par des tests ADN qui ne peuvent être ordonnés, en France, en matière civile, que dans le cadre des actions relatives à la filiation ». V. P. Salvage-Gerest « Adoption plénière », in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024, n°223.11.

du lien de parenté entre l'enfant et sa famille d'origine, du maintien de la prohibition de l'inceste, joue un rôle symbolique dont l'importance ne doit pas être négligée.

Si les aspects alimentaires ne suscitent donc, en matière d'adoption plénière, que peu de remarques, il n'en va en revanche pas de même s'agissant de l'adoption simple, dont le régime soulève de nombreuses questions.

2) L'adoption simple

140. L'adoption simple est un mécanisme plus complexe que l'adoption plénière. Aux termes de l'article 360 du Code civil, en effet, « l'adoption simple confère à l'adopté une filiation qui s'ajoute à sa filiation d'origine », de sorte que « l'adopté continue d'appartenir à sa famille d'origine et y conserve tous ses droits ». L'adoption simple opère donc un double rattachement familial, qui entraîne une nécessité d'articulation des droits et obligations attachés à l'un et l'autre de ces deux groupes familiaux, et donc un régime plus complexe. C'est ainsi que, comme dans le cadre de l'adoption plénière, « les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine »⁴⁵². La prohibition de l'inceste existe donc, *a fortiori*, en matière d'adoption simple.

141. S'agissant de l'obligation alimentaire, l'adoption simple fait naître un des rares cas d'obligation subsidiaire⁴⁵³. L'article 364 du Code civil dispose que « L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. Les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant [...] ». Autrement dit, en cas d'adoption simple, ce sont d'abord les adoptants qui doivent des aliments à l'adopté, puis, de manière subsidiaire, les parents initiaux de l'enfant.

142. Il n'est pas certain que cette règle ait existé *ab initio*. L'article 349 du Code Napoléon dispose en effet que « l'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considéré comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre ». L'idée

⁴⁵² Article 360 du Code civil.

⁴⁵³ Sur cette notion, v. C. Aubry de Maromont, « Les obligations subsidiaires », in *RTD Civ.* 2018, p. 305.

initiale semblait donc être celle de la coexistence des liens obligationnels tant entre la famille d'origine et l'enfant, d'une part, qu'entre la famille adoptive et l'adopté, d'autre part.

Notons à cet égard que l'article 349 mentionnait une « obligation naturelle » entre l'adopté et sa famille d'origine, rendue « commune à l'adoptant et à l'adopté ». Il n'est toutefois pas certain que cette obligation ait été conçue comme une obligation naturelle au sens moderne du terme, et il semble qu'elle constituait seulement, pour les pères du Code civil, une obligation civile, mais issue du droit naturel. Les travaux préparatoires du Code civil ne nous renseignent guère sur les intentions du législateur de 1804, la discussion n'ayant quasiment pas abordé la question des aliments⁴⁵⁴, et s'étant essentiellement focalisée sur l'opportunité, ou non, d'ouvrir la possibilité d'adopter à d'autres personnes que des couples mariés⁴⁵⁵.

143. En apparence, les dispositions de l'actuel article 364 du Code civil semblent donc plus claires. Ce n'est toutefois qu'une apparence, tant la matière semble gouvernée par une forme de flou législatif⁴⁵⁶, à propos duquel la jurisprudence⁴⁵⁷ n'a que peu eu l'occasion d'intervenir pour clarifier les choses. Il convient donc de rentrer quelque peu dans les détails.

144. S'agissant de la relation entre les parents et l'adopté, les choses sont relativement claires. L'obligation des parents d'origine est subsidiaire par rapport à l'obligation des parents adoptifs. L'adopté, inversement, n'a pas nécessairement d'obligation réciproque à l'égard de sa famille naturelle : outre le jeu classique de l'exception d'indignité, l'article 364 du Code civil précise que « l'obligation de fournir des aliments à ses parents d'origine cesse pour l'adopté dès lors qu'il a été admis en qualité

⁴⁵⁴ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 10, not. p. 322 et 449. V. not. p. 471 : « Ce qui caractérise l'adoption, et ce qui donne une nouvelle force au lien qui se forme entre l'adoptant et l'adopté, c'est l'obligation réciproque qui leur est imposée de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi. L'adoptant y est obligé par une conséquence nécessaire de ses premiers bienfaits ; l'adopté y est soumis par la reconnaissance qu'il doit à son bienfaiteur ; tous deux enfin par les doux noms de père et de fils qu'ils tiennent et de leur affection et de la loi ».

⁴⁵⁵ Bonaparte expose ainsi que « L'adoption n'est qu'une fiction et un supplément aux effets du mariage. Elle ne peut donc pas être faite par le célibataire. Pour qu'un individu soit adopté avec honneur, il faut qu'il entre dans une famille. Autrement vous mettriez l'adoption en parallèle avec la bâtardise, qui est l'injure la plus grossière. Vous diminuerez le nombre des mariages, et par suite la population. Pourquoi se marierait-on, si l'on pouvait avoir des enfants sans les charges du mariage ? [...] Pour que l'adoption soit dans nos mœurs actuelles, elle ne doit être qu'un supplément rare aux effets du mariage, et non un moyen de s'y soustraire » (*idem*, p. 265).

⁴⁵⁶ V. P. Salvage-Gerest « Adoption simple », in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024, n°224.240.

⁴⁵⁷ On peut à cet égard citer notamment deux arrêts importants rendus par la Cour de cassation, relatifs à la subsidiarité de l'obligation du parent d'origine : un arrêt Civ. 1^{ère}, du 22 mai 2007, n°06-17.980 et un autre rendu par la même chambre le 14 avril 2010, n°09-12.456.

de pupille de l'Etat ou pris en charge dans les délais prescrits à l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles ». Au sein de la famille adoptive, l'obligation alimentaire de l'adopté simple à l'égard de l'adoptant n'est pas subsidiaire par rapport à celle d'autres membres de la famille, de même que la créance de l'adopté n'est pas subsidiaire par rapport à celle des autres enfants.

Tout semble ainsi fait pour, tant symboliquement que techniquement, conforter la place de l'adopté au sein de la famille adoptive, sans pour autant déresponsabiliser la famille d'origine, qui peut toujours être sollicitée. Inversement, l'intervention d'une adoption simple pouvant être la trace d'une défaillance parentale, surtout quand elle intervient pendant la minorité de l'enfant, l'adopté est, dans un certain nombre d'hypothèses, dispensé de subvenir aux besoins de ses parents d'origine. Le système mis en place semble donc, d'une part contribuer à promouvoir l'intérêt de l'enfant, puisqu'il s'agit, entre autres, par cette double inscription familiale, et par ce régime d'obligation alimentaire subsidiaire, de lui garantir les plus grandes chances d'obtenir le secours dont il pourrait avoir besoin. D'autre part, il s'agit de maintenir une norme comportementale de responsabilisation des parents, en l'occurrence des parents d'origine, qui conservent le devoir de subvenir aux besoins des enfants qu'ils ont fait naître. Bien que complexe, le système d'articulation parents – enfants semble donc, sur deux générations, être cohérent et lisible.

145. S'agissant des ascendants et descendants de l'adoptés, en revanche, de nombreuses questions subsistent⁴⁵⁸. Comme l'explique Madame la professeure Salvage-Gerest, on ne sait pas exactement, puisque les textes sont muets à ce sujet, quels liens subsistent entre l'adopté et ses ascendants biologiques, ni quels liens se créent avec ses ascendants adoptifs, ni encore comment ceux-ci, le cas échéant, s'articulent :

« Si l'adopté reste tenu de verser des aliments à ses père et mère biologiques, il n'est pas sûr qu'il reste tenu de la même obligation à l'égard de ses ascendants biologiques – grands-parents ou arrière-grands-parents –, car l'article 367 C. civ. vise expressément ses père et mère. Il n'est pas sûr non plus qu'il puisse leur en réclamer. Certes il serait bizarre que les ascendants aient une obligation plus forte que celle des parents, mais d'un autre côté le caractère subsidiaire de l'obligation des parents pourrait

⁴⁵⁸ V. P. Salvage-Gerest, « Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie », in *AJ famille* 2022, p. 136.

apparaître comme une exception, à interpréter restrictivement, au principe selon lequel l'enfant conserve ses droits dans sa famille⁴⁵⁹.

Il serait cohérent que l'adopté perde tout lien alimentaire avec ses ascendants biologiques s'il s'en crée un avec ses grands-parents adoptifs. Pourtant tel ne paraît pas être le cas puisque là encore, l'article 367 ne vise que l'adoptant. C'est pourquoi, selon une opinion, les ascendants biologiques doivent être assimilés aux parents, conformément à l'article 205 C. civ., dès lors que l'adopté reste dans sa famille d'origine.

Finalement, l'adopté n'est tenu à coup (presque) sûr de fournir des aliments qu'à ses parents adoptifs et, sauf exception, à ses parents biologiques, et il peut en recevoir des uns comme des autres, de façon principale et subsidiaire. En revanche, du point de vue alimentaire, il est impossible de savoir s'il est susceptible d'avoir huit grands-parents, quatre, ou aucun, qu'il s'agisse de se faire secourir par eux ou au contraire de les aider »⁴⁶⁰.

De même, les textes ne prévoient rien s'agissant des descendants de l'adopté⁴⁶¹. On ne sait donc pas, bien que l'adoption simple crée une double appartenance familiale, quelle est la portée générationnelle de cette double appartenance. Peut-être doit-on voir là la trace du fait qu'autrefois, l'adoption simple ne faisait pas entrer, en principe, l'enfant adoptif dans la famille de l'adoptant. Ce n'est toutefois plus le cas aujourd'hui. Le droit des successions n'aide guère, car il maintient l'adopté et ses descendants dans une situation ambiguë en en faisant des héritiers non réservataires⁴⁶², d'une part, et en prévoyant de surcroît que les biens de l'adopté, s'il décède sans laisser de descendance, puissent être en partie partagés entre sa famille d'origine et sa famille d'adoption⁴⁶³, d'autre part. Cette indétermination est donc la source d'une confusion regrettable et qu'il serait souhaitable, dans le cadre d'une prochaine réforme de l'adoption simple, de lever.

⁴⁵⁹ Notons que, dans le même *Dalloz Action – Droit de la famille*, Madame la professeure Rebourg estime, d'une part, que « même si le texte ne le précise pas, on doit faire application de [la] subsidiarité aux autres ascendants de l'adopté (grands-parents par le sang) » (V. M. Rebourg, « Vocation alimentaire » in *Dalloz Action – Droit de la famille*, 2023-2024, n°311.32) et d'autre part que l'adoption simple ne créant pas de lien de parenté entre l'adopté et la famille de l'adoptant, il n'existe pas d'obligation alimentaire entre eux (*idem*).

⁴⁶⁰ V. P. Salvage-Gerest « Adoption simple », in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024, n°224.271.

⁴⁶¹ V. *Idem*, n°224.281.

⁴⁶² Article 365 du Code civil.

⁴⁶³ Article 366 du Code civil.

II) Les conséquences de l'égalité des filiations

146. La consécration de l'égalité des filiations, au sens du Titre VII du Livre 1^{er} du Code civil, emporte de profondes transformations relatives d'une part à l'obligation alimentaire en particulier, du fait de l'élargissement du cercle des obligés alimentaires opéré, et d'autre part à la fonction normative du droit de la famille contemporain en général. Il convient donc d'étudier, en premier lieu, **le renouvellement partiel des obligés alimentaires (A)**, et dans un second lieu, **la transformation de la fonction normative du droit de la famille (B)**.

A) Le renouvellement partiel des obligés alimentaires

147. Sur le terrain de l'obligation alimentaire, l'effet de la consécration de l'égalité des filiations est particulièrement évident. Comme on a pu l'exposer, cette égalité entre les enfants quels qu'ils soient, si elle est déjà « quasiment absolue en matière patrimoniale »⁴⁶⁴, se trouve « sans limite en matière alimentaire. Tous les enfants dont la filiation est établie bénéficient depuis 1972 de la même obligation alimentaire (C. civ., art. 205, 207, al. 1^{er}) ; et l'article 371-1 impose le devoir d'entretien de façon très générale à "chacun des parents" depuis la loi du 4 mars 2002 »⁴⁶⁵. En outre, comme le remarquent les auteurs, et c'est là tout le sens de l'affaire Mazurek, « elle est sans limite aussi en matière successorale, même si elle a été acquise plus tardivement »⁴⁶⁶. D'un point de vue technique, la solution n'appelle que peu de commentaires : il est désormais acquis que tout enfant pourra obtenir des aliments de la part des membres de sa famille, quelles que soient les circonstances de sa conception, sous la seule condition que son lien de filiation soit légalement établi⁴⁶⁷. Ce faisant, on le voit, certes, le cercle « officiel » des créanciers alimentaires ne change pas, puisque le statut des enfants naturels et adultérins est aligné sur celui des enfants légitimes. Pourtant, dans les faits, on le voit clairement : de nombreux enfants qui en étaient exclus sont désormais accueillis dans la vocation alimentaire. Ils bénéficient de la protection et de la vigueur entière du régime de l'obligation alimentaire.

⁴⁶⁴ V. F. Terré, C. Goldie-Génicon, D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 37.

⁴⁶⁵ *Idem*.

⁴⁶⁶ *Idem*.

⁴⁶⁷ Rappelons que la loi de 1972 a fait en sorte de faciliter considérablement cet établissement, mouvement qui n'a cessé de s'intensifier depuis.

148. Remarquons en outre l'importance primordiale que prend cette consécration en termes de logique adossée à l'obligation alimentaire, d'autant plus explicite lorsqu'on y adjoint la consécration, en 1972, de l'action à fin de subsides, dont la nature para-alimentaire ne fait que peu de doutes. En cessant d'être liée à des questions purement morales d'origine du lien familial, l'obligation alimentaire, paradoxalement, se moralise considérablement, par le développement du paradigme de la responsabilité parentale, et par la promotion de la valeur de chacun, quel que soit son statut, au sein de la famille. L'enfant illégitime se trouve intégré au cercle familial, pleinement, la famille elle-même se trouve redéfinie, et c'est bien l'obligation alimentaire qui s'en fait le reflet puisqu'elle vient créer, entre les êtres issus d'une même famille, des liens indéfectibles, insusceptibles de renonciation ou d'atteinte. Techniquement, la famille devient donc bien un refuge par et pour tous, toute vie y étant également considérée et protégée : d'un point de vue normatif, le changement est considérable.

B) La transformation de la fonction normative du droit de la famille

149. Sur le terrain de la fonction normative du droit de la famille, on a pu avancer l'idée que le fait que l'enfant naturel accède au statut de l'enfant légitime « revenait symboliquement à maintenir la filiation légitime comme "modèle" »⁴⁶⁸ dans la loi de 1972. On peut en discuter, dès 1972, et il semble surtout qu'on ne puisse qu'abandonner cette affirmation à compter de la loi 3 décembre 2001. Nous avons fait le choix de présenter cette consécration de l'égalité des filiations au titre de la persistance de la fonction normative du droit de la famille, et nous avons déjà eu l'occasion d'expliciter le fait qu'il y a là, à notre sens, une forme de changement de l'engagement moral du droit de la famille.

Ce n'est pas l'enfant légitime qui est érigé comme modèle, mais l'enfant quel qu'il soit, qui cesse de subir les conséquences de la volonté du législateur qui croyait protéger l'institution maritale en dégradant le statut des enfants qui n'en étaient pas issus. L'abandon de l'inégalité des filiations, cette construction juridique inefficace et injuste⁴⁶⁹ n'est pas, semble-t-il, un recul d'une fonction normative traditionnelle, pas plus qu'un renouveau complet de celle-ci. Nous l'avons précédemment exposé : à compter au moins de la Révolution française, le souci de la

⁴⁶⁸ V. F. Terré, C. Goldie-Génicon, D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 369. V. aussi A. Sériaux, « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mélanges offerts à André Colomer*, LexisNexis, 1^{ère} édition, 1993, p. 431.

⁴⁶⁹ Et nous serions tentés d'ajouter purement artificielle. V. *idem*, p. 362.

protection de l'enfance, des enfants, et la conscience de l'innocence et de la vulnérabilité de ceux-ci ont toujours été admis, et intégrés au débat en matière de législation familiale. D'une certaine manière, on pourrait donc estimer que le modèle de la protection de l'enfance n'est pas nouveau. Il semble plutôt qu'il fut provisoirement mis de côté au nom de la protection du mariage – que les législateurs devaient d'ailleurs penser bien fragile pour croire nécessaire de lui sacrifier ainsi des enfants et leurs intérêts.

150. L'inégalité n'était en effet pas un objectif en lui-même, elle ne participait pas en soi, directement, de la fonction normative du droit de la famille : elle n'était pas but, mais moyen. Cette réalité était critiquable sous deux aspects principaux : du point de l'effectivité, d'abord, et du point de vue moral, ensuite. Du point de vue de l'effectivité, il a pu être remarqué que l'inégalité des filiations « était inefficace en raison de la faiblesse du raisonnement qui prétend que l'infériorité du statut de l'enfant naturel découragerait la procréation hors mariage et, plus généralement, les relations hors mariage, et soutiendrait ainsi l'institution du mariage. Même s'il y a une certaine "stérilité de l'adultère", les droits de l'enfant dont la naissance est possible ne sont pas le souci majeur des amants ; et les statistiques établissent que les modifications du statut juridique des enfants nés hors mariage et l'amélioration de leur condition juridique restent sans effet sur le nombre de naissance hors mariage. [...] »⁴⁷⁰. Bien qu'extrêmement vigoureux, cet outil se montrait donc parfaitement inefficace.

D'un point de vue moral, il est difficilement acceptable « que la défense de l'institution du mariage – à la supposer nécessaire – puisse reposer sur une injustice d'autant plus déplacée que la régularisation de la situation de l'enfant adultérin pouvait pousser l'époux coupable au divorce puis au remariage. Elle était *injuste* dans la mesure où l'enfant naturel – surtout adultérin – était sanctionné en raison d'une faute de ses auteurs, contrairement au principe fondamental de personnalité des peines »⁴⁷¹. On a déjà pu l'évoquer, l'innocence du fruit d'une relation « coupable » est difficilement compatible avec le fait que la sanction est supportée par l'enfant, qui n'est que tiers à cette relation. Ne peut-on pas évoquer ici les réticences constantes de la jurisprudence et du législateur lorsqu'il s'agit de sanctionner un tiers qui s'est rendu, de fait, complice de la violation d'une relation contractuelle⁴⁷² ou précontractuelle⁴⁷³? Le droit

⁴⁷⁰ V. F. Terré, C. Goldie-Génicon, D. Fenouillet, *La famille*, préc., p. 362.

⁴⁷¹ *Idem*.

⁴⁷² Que l'on pense ici au cas du pacte de préférence et aux conditions très strictes posées par la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, le 26 mai 2006, pour admettre la substitution dans les droits du tiers (cf. art. 1123 du Code civil).

⁴⁷³ On voit comment, depuis la célèbre jurisprudence Manoukian, le tiers est protégé, quand bien même il aurait incité à la rupture brutale des négociations pré-contractuelles.

civil se montre en principe protecteur des tiers, *a fortiori* lorsqu'ils sont de bonne foi. Or, il semble peu discutable que l'enfant, dans sa simple existence, réponde aux critères de l'innocence et de la bonne foi. C'est donc l'innocent que l'on sanctionne, pour punir les coupables : un tel raisonnement ne peut qu'être condamné sur le terrain tant de la logique que de la morale.

Ensuite, et c'est peut-être là le plus grave, cette inégalité était une atteinte frontale au concept de dignité humaine tel que défini dans la doctrine kantienne, ainsi présentée par le maître prussien dans son ouvrage *Fondations de la métaphysique des mœurs* : « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin, jamais simplement comme un moyen »⁴⁷⁴. La formule est célèbre, régulièrement citée, sans toujours qu'y soit portée une attention suffisante, alors que cette notion même de dignité et sa définition sont au cœur de bien des problématiques du droit contemporain, notamment en matière familiale, bioéthique, ou encore sociale. Pourtant, traiter autrui comme un moyen, et non comme une fin, n'était-ce pas précisément ce que faisait le droit de la famille français lorsqu'il instrumentalisait le statut des enfants naturels aux fins de protéger l'institution matrimoniale ? De ce point de vue, la législation française violait directement la dignité humaine, et la consécration du principe d'égalité des filiations est un retour au respect de celle-ci.

Le vrai changement de paradigme semble donc, s'agissant de la famille nucléaire, se situer sur la forme d'imperméabilité qui s'organise entre droit des couples et droit de la filiation. Chacune de ces branches est désormais porteuse de ses propres enjeux, de ses modèles, sans que le droit de la filiation soit conséquence du droit des couples, bien que des interactions puissent demeurer.

⁴⁷⁴ V. E. Kant, *Fondation de la métaphysique des mœurs*, 1785, dans sa version traduite par A. Renault, Flammarion, 1994, p. 106.

Conclusion du chapitre 1

151. L'étude historique de l'évolution du droit des couples et de la filiation nous a ainsi permis de mettre en évidence des mouvements en apparence contradictoires, mais en réalité cohérents d'un point de vue normatif.

En effet, le droit de la famille issu du Code civil de 1804 était, fondamentalement, un droit visant à réaliser une normativité de modèle, c'est-à-dire un droit cherchant à promouvoir voire imposer un modèle familial unique, basé autour de la famille légitime constituée d'un couple composé d'un homme et d'une femme, mariés, et ayant des enfants dans le cadre du mariage. Les conséquences de cette vocation étaient doubles. En matière de droit des couples, un seul modèle d'union était, par conséquent, reconnu, de sorte que les autres formes d'unions étaient rejetées dans le domaine du non-droit. En matière de droit de la filiation, ce système avait pour conséquence de faire reposer sur les enfants les conséquences des choix de leurs parents : seuls les enfants légitimes, issus du mariage, bénéficiaient ainsi de leurs entiers droits, tandis que les enfants illégitimes voyaient leurs droits amputés.

Dans ce contexte, l'obligation alimentaire allait être mobilisée, de manière constante, comme mécanisme régulateur des effets néfastes des choix effectués par les pères du Code civil, marquant, par là même, une spécificité au sein de l'édifice normatif, visant à assurer, autant que faire se peut, une forme d'équité familiale, malgré la rigueur du cadre normatif posé : en témoigne, par exemple, l'existence de multiples droits de nature alimentaire accordés aux enfants illégitimes.

Le système issu de Code Napoléon allait ensuite évoluer en deux étapes. La première, sous l'impulsion du doyen Carbonnier, allait consister en la reconnaissance de l'existence d'un pluralisme familial, au tournant des années 1960. La seconde, qui allait parachever l'ouvrage initié par Carbonnier, porté notamment par la volonté de permettre aux couples composés de personnes de même sexe d'assister tant à une reconnaissance symbolique qu'à une protection juridique, allait consister en la consécration d'un pluralisme conjugal réel, avec l'introduction, dans le Code civil, du Pacs et du concubinage. La révolution par rapport au système de 1804 est alors considérable, puisqu'une pluralité de modèles est alors venue remplacer une conception basée sur un modèle unique. S'amorce donc une transformation de la fonction normative du droit de la famille, qui s'éloigne de l'idée d'une normativité de modèle.

152. Or, la consécration d'un pluralisme conjugal et la transformation de la fonction normative du droit de la famille allaient s'accompagner d'une transformation profonde du droit de la filiation.

Sous l'impulsion, notamment, de la création du concept d'intérêt supérieur de l'enfant, l'apparition du pluralisme conjugal a vu s'opérer, en regard, une disparition de l'originel pluralisme inégalitaire des filiations. En réalité, le droit de la filiation s'est émancipé du droit des couples, et a cessé d'être porté par une vision conséquentialiste, où les droits des enfants dépendaient essentiellement du statut matrimonial de leurs parents. L'égalité des filiations est alors porteuse de transformations profondes tant symboliques et normatives, en ce qu'elle vient effectuer un renouveau de la fonction normative du droit de la famille pour y inclure, de manière plus évidente qu'auparavant, la protection de l'enfant. D'un point de vue technique, l'égalité des filiations a, en outre, permis à des enfants, qui jusqu'alors en étaient exclus, d'accéder à la qualité d'obligés alimentaires classiques, créanciers aussi bien de l'obligation alimentaire familiale que de sa forme particulière qu'est la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Chapitre 2. La parenté et les autres acteurs familiaux

153. L'un des grands débats, si ce n'est une des grandes énigmes du droit de la famille contemporain, porte sur la définition même de la famille, d'une part en tant que notion (qu'est-ce que la famille, quelles sont ses fonctions, etc.) mais aussi, d'autre part, en tant que rassemblement de personnes (qui fait famille). L'obligation alimentaire, dans le cadre de ce débat, joue un rôle primordial. Les obligations alimentaires renvoient en effet, *via* la solidarité familiale et en dessinant le cercle de ceux qui sont mutuellement obligés alimentaires, aux fondements de la famille : elles reposent ainsi soit sur des présupposés sociologiques concernant ce qui est, soit sur des considérations axiologiques concernant ce qui devrait être dans les relations intrafamiliales en termes d'affection et de solidarité. L'évolution des obligations alimentaires intrafamiliales est donc révélatrice d'un idéal juridique et des réalités sociologiques de la famille : elle dessine le visage de la famille telle que le droit choisit de la prendre en compte, de la soutenir et de la valoriser.

Or, à observer le cercle des obligés retenus par le Code civil, on peut constater qu'à l'époque contemporaine, l'obligation alimentaire met avant tout en évidence les limites des conceptions qui ont présidé à un certain nombre de choix effectués dans la construction du cercle des obligés alimentaires. En effet, si ceux-ci trouvaient, pour partie, une forme de justification dans une conception du droit de la famille fondée sur la promotion d'un modèle familial unique, à savoir le couple marié, les transformations de la fonction normative du droit de la famille révèlent les limites des choix effectués en 1804, qui ne semblent plus en adéquation avec le système normatif contemporain (**Section 1**). Dès lors vient se poser, *de lege ferenda*, la question de l'opportunité de redessiner le cercle familial, afin d'y inclure certains des acteurs familiaux qui en sont, *de lege lata*, exclus (**Section 2**).

Section 1. Les limites du cercle des obligés alimentaires

154. Afin d'étudier les limites du cercle des obligés alimentaires, il convient, dans un premier temps, de revenir sur l'historique de sa construction, afin de questionner aussi bien les choix faits, en 1804, par le législateur, que les motifs ayant présidé à ces choix (**Sous-section 1**). Dans un second temps, il convient de remarquer que, dans ce cadre, un mécanisme est venu modérer les effets des exclusions opérées par les pères du Code civil : l'obligation alimentaire naturelle (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La construction du cercle des obligés

155. Le cercle des obligés alimentaires est dessiné par un nombre restreint d'articles du Code civil. Existe ainsi un cercle d'obligés alimentaires simples : ainsi l'article 203 du Code civil prévoit l'obligation alimentaire simple des parents à l'égard des enfants, l'article 205 du Code civil celle de l'enfant à l'égard de ses parents et autres ascendants, l'article 206 (sous certaines conditions) celle des gendres et belles-filles à l'égard de leurs beaux-parents, l'article 207, alinéa 1^{er}, du Code civil rendant tous ces liens réciproques. À ces obligations alimentaires « classiques », s'ajoutent des obligations alimentaires spécifiques à certaines relations, et qui généralement priment sur les autres : il s'agit notamment du devoir d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants (article 371-2), du devoir de secours entre époux (article 212), et du lien alimentaire, particulier qui dans l'adoption simple unit l'adopté d'une part à l'adoptant, et d'autre part à ses parents d'origine (article 364). À celles-ci peuvent, enfin, s'ajouter des obligations qui, selon les analyses, seront alimentaires ou non : ainsi naturellement de l'aide matérielle du Pacs (article 515-4) et des subsides (article 342). Les deux premiers cercles ainsi dessinés n'ont, sous réserve de l'égalité des filiations, pas changé depuis 1804. La question se pose donc de savoir quelles sont les raisons qui ont présidé aux choix effectués en la matière au moment de l'élaboration du Code civil, afin de pouvoir juger de l'adéquation de ces différents cercles au regard de la situation contemporaine. Pour ce faire, il nous semble essentiel de revenir sur les inclus **(I)** et les exclus **(II)** de l'obligation alimentaire.

I) Les obligés alimentaires retenus par le Code civil

156. La lecture des travaux préparatoires du Code civil ne peut conduire qu'à un constat : la question de l'élaboration du cercle des obligés alimentaires se pose finalement assez peu de manière directe. C'est donc de manière indirecte, au détour d'un débat sur un point technique, que réapparaît le cercle des obligés alimentaires.

L'essentiel du régime relatif aux obligations alimentaires semble ne pas poser de problème particulier aux pères du Code civil, de telle sorte que leurs discussions se concentrent sur deux points qui semblent nécessiter un débat : il s'agit, en premier lieu, des accords parentaux et des oppositions à mariage, qui n'intéressent qu'assez peu le sujet des obligations alimentaires, et en second lieu de l'inclusion ou non, au sein des aliments, du devoir « d'établir son enfant », par mariage, et plus spécifiquement de doter sa fille⁴⁷⁵. Est ainsi évoqué le fait « qu'en pays de droit écrit, la fille avait une action contre son père pour en obtenir une dot », et que « cette action était autorisée par le Chapitre 35 de la loi *Julia* »⁴⁷⁶. L'idée n'était pas saugrenue : comme l'évoque Bonaparte lui-même : « c'est un principe constant que le père doit des aliments à tous ces enfans », que « cette obligation va jusqu'à marier sa fille car elle ne peut former d'établissement que par le mariage, tandis que les garçons s'établissent de beaucoup d'autres manières », le Premier Consul estimant que c'est « sans doute cette différence qui a porté la loi *Julia* à accorder aux filles une action qu'elle refuse aux garçons »⁴⁷⁷.

157. Sans trop céder à la tentation de faire de ces discussions une lecture contemporaine, on comprend l'idée : puisque les aliments sont dus par les parents à l'enfant tant que celui-ci ne peut subvenir à ses besoins par lui-même, et puisque la législation et le modèle social que les pères du Code civil tâchaient de mettre en place ne permettaient guère à une femme d'accéder à un autre statut que celui d'épouse pour son émancipation, la plaçant d'abord sous l'autorité de son père puis sous celle de son mari, il pouvait s'avérer nécessaire de contraindre ces derniers à assumer la responsabilité qui, toujours, accompagne⁴⁷⁸ le pouvoir dont ils étaient investis. Pourtant, il est assez rapidement prévu d'inscrire dans le Code civil que « L'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement »⁴⁷⁹. Que craignait-on ? Reportons ici les mots de Gillet :

⁴⁷⁵ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 9, préc., p. 59 s., p. 191 s., et p. 248 s.

⁴⁷⁶ V. *idem*, p. 59.

⁴⁷⁷ V. *idem*, p. 62.

⁴⁷⁸ Ou devrait accompagner.

⁴⁷⁹ V. *idem*, p. 59.

« Dans les pays même de droit écrit, où elle était assez rare, il est douteux qu'elle eût des effets salutaires ; elle provoquait une sorte d'inquisition sur la fortune du père, parce que la dot devait en suivre les proportions ; elle y perpétuait les dissensions des familles, parce que le père était obligé d'y fournir, non pas seulement une première dot, mais quelquefois une seconde, elle y devenait une occasion pour les filles de braver dans leur union l'autorité paternelle, du moins quand elles avaient atteint leur majorité. C'est un abus que le sage Domat a très bien entrevu lui-même, et cet abus formerait une contradiction manifeste avec les principes de la loi proposée. Ne serait-ce pas en effet une situation tout-à-fait étrange que celle où l'on verrait, d'un côté, le père investi du pouvoir de suspendre par son opposition le mariage que sa fille veut contracter au mépris de ses conseils, et, de l'autre, la même fille armée du droit d'attaquer son père, afin qu'il facilite par une dot la conclusion de ce mariage ? Non, tribuns, notre Code ne doit point offrir une telle incohérence. Se conformer aux habitudes de la majorité de la nation ; ne point jeter entre les enfans et les pères des armes pour se combattre, ne point mettre les chefs de famille dans l'alternative de produire en quelque sorte, leur bilan devant les tribunaux, ou d'employer la fraude, soit pour cacher, soit pour dénaturer leur fortune ; ne point les exposer aux prétentions d'un gendre qui peut partager les passions de leur fille sans partager son respect. Telles sont les vues qui ont guidé les rédacteurs de la loi »⁴⁸⁰.

Autrement dit, puisque le système mis en place par les rédacteurs du Code civil impliquait la puissance paternelle, il convenait de ne pas apporter de contradiction à celle-ci. L'objectif affiché de maintenir la paix des familles masque ici assez mal la défiance des codificateurs à l'égard des enfans, et spécialement des filles⁴⁸¹, et la prétention de « ne point jeter entre les enfans et les pères des armes pour se combattre » conduit en réalité à désarmer les enfans, et à donner au père les plus larges pouvoirs possibles, lui qui peut s'opposer au mariage de ses enfans sans pouvoir être contraint d'y pourvoir.

158. De cette discussion naîtra la lettre de l'article 204 du Code civil de 1804 : « L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». On réalise, par ces discussions, et spécialement par ce passage en matière de dot, combien les obligations alimentaires peuvent se révéler être un potentiel instrument, visiblement craint par les rédacteurs du Code civil, de contre-pouvoirs au sein du droit de la famille, au service de l'intérêt des enfans et opposés à la tyrannie paternelle⁴⁸², d'une part, et

⁴⁸⁰ V. *idem*, p. 192-193.

⁴⁸¹ Et de leurs soupirants, les gendres ayant, on le sait, un statut marqué par une certaine défiance : ainsi de l'opposition paternelle qui peut être opposée à une union, de l'adage « morte ma fille, mort mon gendre », etc.

⁴⁸² Dont on sait pourtant qu'elle sera parallèlement combattue par la consécration d'une réserve héréditaire, ce qui peut sembler contradictoire.

plus spécialement, dans un système juridique marqué par l'infériorité des droits de la femme⁴⁸³, au service de l'égalité entre les hommes et les femmes, d'autre part. Car, dans un système où l'infériorité de la fille, puis de l'épouse, est organisée officiellement, de manière volontaire et revendiquée, on ne peut que voir l'exercice d'une fonction normative ici tournée vers un modèle clairement patriarcal.

159. Passée la question de la dot, les autres questions relatives aux obligations alimentaires sont évoquées de manière assez rapide. On trouve, ici et là, des justifications classiques de l'existence de l'obligation alimentaire, fondée essentiellement sur le droit naturel, au sens où l'entendaient les pères du Code civil⁴⁸⁴. Ainsi, selon Portalis : « Le principal effet de l'union conjugale est de donner la vie à des enfans, c'est-à-dire à des êtres environnés de mille besoins. L'obligation naturelle de pourvoir à ces besoins est imposée à ceux de qui ils tiennent le jour »⁴⁸⁵.

Concernant le cercle des obligés et débiteurs alimentaires, et le caractère réciproque de la solidarité familiale, les règles encore en vigueur aujourd'hui sont très tôt fixées : les usages en la matière ne différant pas entre pays de droit coutumier et pays de droit écrit, ces règles n'ont pas emporté de particulière discussion. Avaient été envisagées l'exclusion de l'obligation alimentaire au profit des enfans majeurs, et la détermination d'une quotité précise pour les aliments à accorder à chacun. La crainte de contraindre les tribunaux à ne pouvoir agir dans des situations qui sembleraient inacceptables a cependant retenu, ici, la main des pères du Code civil, sous l'incitation de Bonaparte, Cambacérès et Tronchet⁴⁸⁶, notamment, contre des avis

⁴⁸³ On ne peut résister ici à la tentation de citer ici les mots, particulièrement révélateurs, de Portalis : « Les femmes connaîtraient peu leur véritable intérêt, si elles pouvaient ne voir dans la sévérité apparente dont on use à leur égard, qu'une rigueur tyrannique plutôt qu'une distinction honorable et utile. Destinées par la nature aux plaisirs d'un seul et à l'agrément de tous, elles ont reçu du ciel cette sensibilité douce qui anime la beauté, et qui est sitôt émoussée par les plus légers égaremens du coeur ; ce tact fin et délicat qui remplit chez elles l'office d'un sixième sens, et qui ne se conserve ou ne se perfectionne que par l'exercice de toutes les vertus ; enfin, cette modestie touchante qui triomphe de tous les dangers, et qu'elles ne peuvent perdre sans devenir plus vicieuses que nous. Ce n'est donc point dans notre injustice, mais dans leur vocation naturelle, que les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui leur sont imposés pour leur plus grand avantage et au profit de la société ». V. *idem*, p. 178-179.

⁴⁸⁴ V. *idem*, p. 139 : « Nous appelons droit naturel les principes qui régissent l'homme considéré comme un être moral, c'est-à-dire comme un être intelligent et libre, et destiné à vivre avec d'autres êtres intelligens et libres comme lui ».

⁴⁸⁵ V. *idem*, p. 191. On peut trouver la même idée à divers moments, ainsi, p. 156 : « Le mariage soumet les conjoints à de grandes obligations envers ceux auxquels ils donnent l'être ».

⁴⁸⁶ Pour reporter ici les discussions (v. *idem*, p. 67 s.) :

« M. Boulay dit qu'un père ne doit pas d'alimens à son fils majeur qu'il n'est tenu que d'entretenir et d'élever ses enfans.

Le consul Cambacérès dit qu'il ne conçoit pas de circonstances qui dispensent le père de fournir la subsistance à un fils dans le besoin. [...] L'obligation générale de nourrir ses enfans comprend nécessairement l'obligation de fournir à leur subsistance dans tous les cas où ce secours leur est nécessaire.

M. Réal dit que c'est dans l'intention de restreindre cette obligation au premier âge, et pour faire sentir qu'elle cesse lorsque l'enfant est élevé, que la section a placé le mot élever après celui entretenir.

M. Boulay dit que sans doute un père n'abandonnera pas son fils dans le besoin, et que la loi ne peut le supposer mais que si elle impose formellement au père l'obligation de remplir ce devoir naturel, elle favorisera la paresse dans les enfans.

plus sévères à l'égard des enfants⁴⁸⁷. De ces discussions, naîtra notamment l'article 208 du Code civil de 1804.

C'est globalement sans grande explication et sans profonde justification, si ce n'est le droit naturel et la nature humaine elle-même, que naîtra le système des aliments prévus par le Code civil⁴⁸⁸.

160. Le cercle des débiteurs et créanciers de l'obligation alimentaire retenu, dès lors, ne questionne qu'assez peu. L'évidence est l'obligation réciproque des parents et de leurs enfants, qui est le premier jalon posé. Par extension apparaît l'obligation, de même réciproque, qui unit les ascendants et les descendants, puis les générations successives, par une chaîne de solidarités réciproques : c'est là une chose relativement logique, semble-t-il, même si, comme nous le verrons, ces choix, et notamment celui de la réciprocité, pourront être interrogés.

S'agissant du devoir de secours qui unit les époux, celui-ci n'appelle guère plus de développement de la part des rédacteurs du Code civil : ayant fondé la famille légitime sur le mariage, ils ne pouvaient pas ne pas prévoir une telle obligation, l'union patrimoniale des époux dépassant d'ailleurs largement la simple relation alimentaire.

Le Premier Consul dit qu'il serait révoltant de laisser à un père riche la faculté de chasser de sa maison ses enfans après les avoir élevés, et de les envoyer pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance, fussent-ils même estropiés. Telle est cependant l'idée que présente la rédaction. Si elle pouvait être admise, il faudrait donc aussi défendre aux pères de donner de l'éducation à leurs enfans car rien ne serait plus malheureux pour ces derniers, que de s'arracher aux habitudes de l'opulence et aux goûts que leur aurait donnés leur éducation, pour se livrer à des travaux pénibles ou mécaniques auxquels ils ne seraient pas accoutumés. Pourquoi, si le père était quitte envers eux lorsqu'il les a élevés, ne les priverait-on pas aussi de sa succession ? Les alimens ne se mesurent pas seulement sur les besoins physiques, mais encore sur les habitudes ils doivent être proportionnés à la fortune du père qui les doit, et à l'éducation de l'enfant qui en a besoin.

M. Tronchet dit que l'obligation imposée au père de fournir des alimens à son fils est absolue ; mais que la loi doit se borner à en consacrer le précepte, et laisser le juge l'appliquer suivant les circonstances la loi ne peut pas poser une règle générale d'application parce que l'obligation des pères varie selon leur fortune et leur état. [...] Le juge saura faire toutes ces distinctions.

Premier Consul dit qu'à la vérité la loi ne peut pas déterminer précisément la quotité des alimens qui seront dus par le père mais elle peut déclarer en général que le père est tenu de nourrir et d'élever ses enfans mineurs et de les établir quand ils sont majeurs, ou de leur fournir des alimens. Le fils en effet, a un droit acquis aux biens du père l'effet de ce droit est suspendu tant que le père vit ; mais alors même il se réalise dans la mesure des besoins du fils. Cependant, si la loi déclare qu'il n'est point dû d'alimens au fils majeur, elle met les tribunaux dans l'impossibilité d'en adjuger ».

⁴⁸⁷ On craignait que le secours dû par le père suscite, chez ses descendants, l'oisiveté et la paresse.

⁴⁸⁸ V. La présentation qui est faite du système retenu qui est faite au Corps législatif par Portalis (*idem*, p. 173 s.) : « Les père et mère sont obligés de nourrir leurs enfans, les enfans sont obligés à leur tour de nourrir leurs père et mère. L'engagement est réciproque, et de part et d'autre il est fondé sur la nature. Les gendres et les belles-filles sont soumis à la même obligation envers leurs beau-père et belle-mère. Cette obligation cesse, 1° dans le cas où la belle-mère a contracté un second mariage, 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfans de son union avec l'autre époux, sont décédés. Les beaux-pères et les belles-mères sont tenus, de leur côté, quand les circonstances l'exigent, de fournir des alimens à leur gendre et à leur belle-fille. La parenté d'alliance imite la parenté du sang. Les alimens comprennent tout ce qui est nécessaire. Il faut distinguer deux sortes de nécessaire, l'absolu et le relatif. L'absolu est réglé par les besoins indispensables de la vie le relatif, par l'état et les circonstances. Le nécessaire relatif n'est donc pas égal pour tous les hommes l'absolu même ne l'est pas. La vieillesse a plus de besoins que l'enfance le mariage, que le célibat; la faiblesse, que la force; la maladie, que la santé. Les bornes du nécessaire absolu sont fort étroites. Un peu de justice et de bonne foi suffisent pour les connaître. A l'égard du nécessaire relatif, il est à l'arbitrage de l'opinion et de l'équité. Le devoir de fournir des alimens cesse quand celui à qui on les doit recouvre une fortune suffisante, ou quand celui qui en est débiteur tombe dans une indigence qui ne lui permet pas ou qui lui permet à peine de se nourrir lui-même. [...] Des devoirs respectifs de protection et d'obéissance que le mariage établit entre les époux, il suit que la femme ne peut avoir d'autre domicile que celui de son mari, qu'elle doit le suivre partout où il lui plaît de résider, et que le mari est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ».

Plus « artificielle »⁴⁸⁹ pourrait sembler être l'existence d'une obligation alimentaire entre alliés, c'est-à-dire entre beaux-pères et belles-mères d'une part et gendres et belles-filles d'autre part. Néanmoins, les limites apportées à ce principe permettent d'en comprendre les raisons. En effet, en énonçant que « cette obligation cesse, 1° dans le cas où la belle-mère⁴⁹⁰ a contracté un second mariage, 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants de son union avec l'autre époux, sont décédés »⁴⁹¹, les rédacteurs du Code civil viennent insister sur le fait que c'est l'union des époux elle-même qui justifie l'union des familles. L'obligation n'existe donc que par le fait qu'un débiteur alimentaire naturel (le parent) ne peut que devenir le débiteur alimentaire de celui ou celle qui est devenu(e), par le mariage, moitié et donc en quelque sorte prolongement de son créancier alimentaire naturel (l'enfant). Venir au secours de sa belle-fille ou de son gendre, c'est aussi, en effet, venir au secours de sa fille ou de son fils, tant l'union patrimoniale des époux est forte, particulièrement en 1804. Il aurait semblé paradoxal, dès lors, de ne pas prévoir de venir au secours d'un ménage, indissociable sur le plan patrimonial, car on voit mal comment pourrait exister l'état de besoin de l'un des époux sans que l'autre n'en souffre également. Le même raisonnement, mais inversé, conduira à rendre cette obligation réciproque.

Les choix opérés par les rédacteurs du Code civil en matière de débiteurs et de créanciers alimentaires, dans leur dimension inclusive, n'interrogent qu'assez peu. Bien plus révélatrices et questionnables sont, dès lors, les exclusions opérées.

⁴⁸⁹ Si on nous permet d'utiliser ce terme pour exprimer le fait qu'il semble que l'argument tiré du droit naturel ou de la nature elle-même semble moins présent.

⁴⁹⁰ Et non le beau-père !

⁴⁹¹ V. *idem*.

II) Les exclus de la solidarité intrafamiliale

161. Les exclus du cercle des obligés alimentaires sont assez nombreux, par définition, puisque l'existence d'un devoir juridiquement imposé de subvenir aux besoins d'autrui lorsque ce dernier est dans la détresse fait figure d'exception, le secours de chacun se faisant normalement par le biais de la solidarité collective, et donc de l'impôt et de prestations sociales. Néanmoins, certaines exclusions suscitent plus d'interrogations que d'autres. Certaines, ainsi, peuvent sembler être liées à un projet politique, un modèle familial défendu par le Code civil de 1804, à savoir le mariage comme fondement de la société. Celles-ci dès lors, sont naturellement réinterrogées, à l'époque contemporaine, du fait des transformations qu'a connues la fonction normative du droit de la famille contemporain. D'autres exclusions opérées en 1804 interrogent davantage, *ab initio*, et l'on pense ici notamment au cas de l'exclusion des frères et sœurs. Il conviendra donc d'étudier successivement ces deux cas, à savoir dans un premier temps les exclusions procédant de la promotion du modèle du mariage **(A)**, et dans un second temps l'exclusion des frères et sœur **(B)**.

A) Les exclusions procédant de la promotion du modèle du mariage

162. Par certaines des exclusions qu'il opère dans le cercle des obligés alimentaires, le Code de 1804 se révèle, semble-t-il, profondément normatif, dans la mesure où ces exclusions procèdent de la défense et de la promotion du mariage comme institution. On en trouve deux exemples principaux, qui sont **l'exclusion du couple non marié (1)**, sur laquelle nous ne reviendrons ici que brièvement, dans un souci de clarté, et **la défiance originelle à l'égard des recompositions familiales (2)**.

1) L'exclusion du couple non marié

163. L'exemple de l'exclusion du couple non marié du cercle des obligés alimentaires est particulièrement signifiante de la volonté, initiale, de défense du mariage comme seule modèle familial souhaitable. Il n'est guère besoin de s'étendre sur la défiance marquée par les rédacteurs du Code civil à l'égard du concubinage, évoquée au titre du premier chapitre de titre : rappelons simplement, à ce titre, que le concubinage n'était évoqué qu'une seule fois dans le Code civil de 1804, en son article 230, où le terme de « concubine » est employé comme synonyme de « maîtresse du mari ». La seule concession faite au concubinage en 1804 concerne

sa répression, qui doit selon les codificateurs être limitée, et encore non pas en raison de son illégitimité de principe, mais de son caractère trop intrusif pour la tranquillité des individus⁴⁹².

Il n'était donc absolument pas question de reconnaître quelque forme de solidarité familiale entre concubins, puisqu'il n'était pas question de reconnaître le concubinage comme faisant famille : dans un système juridique bâti sur le mariage comme unité fondamentale de structuration de la société et faisant de la famille légitime la clé de voute de la moralité, de l'ordre public et du respect des institutions, il ne pouvait guère en aller autrement. Symboliquement, l'annonce en est faite jusque dans le titre du Chapitre (V) traitant des questions alimentaires, puisque celui-ci est, depuis 1804, intitulé « Des obligations qui naissent du mariage ».

164. Ce titre est particulièrement révélateur quand on considère le fait que cet intitulé est – au moins partiellement – erroné depuis son origine : puisque, en effet, le Code Napoléon n'excluait pas les enfants naturels de la qualité de créancier alimentaire⁴⁹³, il était tout simplement faux de dire que l'obligation alimentaire naissait du mariage⁴⁹⁴.

Comment expliquer cette incongruité ? La première théorie est celle de l'erreur, qui consiste à retenir, comme Carbonnier, que « c'est un sujet que le Code civil a abordé d'une manière peu scientifique »⁴⁹⁵. Les rédacteurs du Code civil n'auraient peut-être ainsi tout simplement pas eu conscience que le titre retenu pour le Chapitre V était trop réducteur. La seconde, qui semble tout aussi vraisemblable, est celle de l'omission volontaire : certes, le mariage n'était pas le seul cadre familial qui pouvait faire naître une relation alimentaire, mais il demeurerait le seul que les codificateurs entendaient promouvoir, mettre en avant. C'est donc bien le terme de mariage qui allait apparaître, quand bien même des droits de nature alimentaire étaient concédés aux enfants illégitimes. D'un point de vue normatif, cette omission, ou plutôt ce choix de mots, prendrait dès lors un sens particulièrement fort pour la promotion du mariage : à l'explication de l'erreur, celle de l'affichage symbolique semble préférable, l'obligation alimentaire en dehors du mariage étant alors perçue comme nécessaire, sans pour

⁴⁹² V. *idem*, p. 94 : « M. Portalis dit que la répression du concubinage ne peut appartenir au ministère public qu'autant que ce concubinage est accompagné de scandale. Dans nos mœurs nous ne connaissons point la censure, une telle institution dégènerait trop facilement en inquisition redoutable. [...] Le scandale trouble l'ordre public : alors le ministère du commissaire du gouvernement peut se mouvoir ; mais tant qu'il n'y a point de trouble ou scandale pour le public, il doit y avoir tranquillité pour les particuliers ».

⁴⁹³ Même si le cœur de cette vocation alimentaire ne résidait certes pas dans ce Chapitre, v. Chapitre préc.

⁴⁹⁴ Et par là même absurde de se servir de cet argument pour justifier l'exclusion de quelque obligation alimentaire que ce soit au sein des couples non mariés, comme cela peut parfois être fait. V. X. Labbée, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », préc.

⁴⁹⁵ V. J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc. p. 797.

autant que les rédacteurs du Code civil aient souhaité faire la promotion de ces « autres » liens familiaux. Tout semble fait comme si le législateur avait souhaité écrire à propos des obligations alimentaires que celles-ci « naissent [à titre principal] du mariage » *même si elles peuvent* exister dans d'autres situations *de fait*. Ces exclusions initiales de la vocation alimentaire s'expliquent donc par la faveur accordée au mariage, en tant que tel.

2) *La défiance originelle à l'égard des recompositions familiales*

165. À cette faveur accordée au mariage en tant que tel, s'ajoutent des considérations liées à la protection du mariage dans sa « qualité ». C'est ainsi que l'obligation alimentaire pourrait également révéler une certaine défiance originelle du codificateur à l'égard des recompositions familiales : bien que les admettant, le législateur de 1804 a, y compris *via* l'obligation alimentaire, marqué sa faveur pour les premières unions, et on peut en trouver divers exemples.

La première manifestation que l'on peut trouver de la défiance originelle du législateur à l'égard des recompositions familiales est l'article 206 du Code civil, qui dans sa version initiale disposait que « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfans issus de son union avec l'autre époux, sont décédés ».

166. La première de ces exclusions a été abandonnée par une loi du 9 août 1919, de telle sorte que l'article 206 du Code civil dispose actuellement que « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfans issus de son union avec l'autre époux sont décédés ». Cet abandon semble heureux. On peut certes comprendre, au moins pour partie, la logique qui sous-tendait la suppression de l'obligation alimentaire pour une femme qui, ayant convolé en secondes noces, trouve par là même, en la personne de son nouveau mari, une nouvelle source de secours. Il n'en demeure pas moins qu'elle semble d'une part sexiste, et d'autre part inopportune.

Sexiste, d'une part, en ce qu'elle s'appliquait à la belle-mère ayant convolé en secondes noces, et à la belle-mère seulement, préservant le beau-père qui pouvait, lui, se remarier et demeurer créancier d'aliments. Si la solution n'était pas incohérente dans un système éminemment patriarcal, où la femme mariée était placée sous la quasi-tutelle de son mari, elle n'en demeurait pas moins discriminatoire, et il n'est pas anodin qu'elle n'ait pas survécu à la Première guerre mondiale – les conflits mondiaux s'étant avérés, notamment d'un point de vue juridique, émancipateurs pour les femmes, engagées elles aussi dans la guerre totale.

Inopportune, d'autre part, et ce à bien des égards. Cette exclusion de la belle-mère qui se remariait est tout d'abord inopportune d'un point de vue technique, voire pratique : elle risque en effet de conduire une veuve – ou une femme divorcée – à porter sur l'éventualité de son remariage un regard défavorable, et ce pour des raisons purement économiques. En effet, si, en se remariant, la femme doit renoncer au secours de sa précédente famille par alliance, cela risque de la placer dans une situation économique délicate si sa famille par le sang est socialement et économiquement plus défavorisée. Cela pourrait la dissuader de se remarier, sauf à choisir un nouvel époux dont la situation serait aussi, voire plus, favorable. On peut s'étonner de cette exclusion, tant toute mesure à même de dissuader les femmes de se marier semble contre-productive et contraire à l'intérêt même de la Nation, du moins si on entend l'appuyer sur le mariage.

À ce titre, et d'un point de vue moins philosophique mais plus pragmatique, il n'est pas anodin que ce soit en 1919 que cette limite ait été abandonnée : la Première guerre mondiale ayant durement frappé les familles, il semblait probablement opportun de faciliter des unions à même de venir les reconsolider, au lendemain des deuils. Cette remarque nous permet de percevoir, par là même, combien cette première hypothèse de suppression de la solidarité alimentaire entre alliés était critiquable d'un point de vue symbolique : elle venait en effet d'une certaine manière afficher l'idée que l'union matrimoniale pouvait se révéler destructrice du lien familial, en général, et surtout que la reconstitution familiale ne pouvait se faire qu'au prix d'une désunion.

167. La deuxième de ces exclusions, toujours en vigueur aujourd'hui, est la traduction juridique de l'adage « morte ma fille, mort mon gendre ». Pour reprendre la lettre de l'article 206 du Code civil, l'obligation alimentaire entre alliés « cesse lorsque celui des époux qui

produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés »⁴⁹⁶ – ou encore si aucun enfant n'est né de l'union. Ce mécanisme a été récemment validé par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation, laquelle a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cette disposition, question qui faisait valoir qu'elle était contraire au principe d'égalité devant la loi tel que posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que par le Préambule et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. La question n'a pas été considérée comme présentant un caractère sérieux⁴⁹⁷, selon une formule désormais familière : la question portant sur la légitimité de la distinction effectuée par la loi ne « présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité dès lors que la différence de traitement qu'elle crée entre les gendres et belles-filles, débiteurs ou créanciers d'aliments de leurs beau-père ou belle-mère, selon qu'ils ont ou non des enfants non décédés [...] repose sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi ».

À vrai dire, ce mécanisme alimentaire entre alliés révèle tout à la fois une faveur et une défiance de la part du législateur. Une faveur, tout d'abord, et une faveur marquée, envers le mariage. Si, comme on l'a vu, l'obligation alimentaire entre alliés est assez peu interrogée au moment de la genèse du Code civil, dans son principe, elle semble néanmoins tout à fait révélatrice d'une faveur envers le mariage. Seul le mariage, en effet, conduit à lier, sur le terrain alimentaire, des personnes qui ne sont pas liées par le sang, et qui ne se sont pas engagées volontairement dans des liens juridiques. La « contrainte » qui vient avec le rapport obligationnel est donc détachée des fondements habituels de l'obligation alimentaire, pour rejoindre une conception fortement institutionnelle : c'est bien la famille en tant que telle qui est servie par et qui sert de fondement à ce lien de solidarité juridiquement imposé.

On y trouve donc la trace d'une double faveur : faveur pour le mariage par rapport aux autres formes d'union, faveur pour la famille dans le mariage, puisque l'alliance vient protéger ceux qui, par d'autres, sont unis. Une défiance, ensuite, et néanmoins, car ce mécanisme tend aussi à démontrer la fragilité du lien ainsi créé : si des alliés sont unis, c'est par celui qui assure

⁴⁹⁶ Notons que le texte ne vise pas le cas du divorce : ce fut donc, comme le note J. Pélissier, la jurisprudence qui a dû intervenir, par un arrêt Cass. civ. du 13 juillet 1891, Dalloz 1893, I, 353, pour retenir que le conjoint divorcé ne pouvait invoquer l'article 206 du Code civil pour réclamer des aliments à ses ex-beaux-parents. (V. J. Pélissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 121) On pourra toutefois remarquer qu'en visant expressément l'état d'époux, le Code civil semblait bien exclure le cas des divorcés, qui ne peuvent plus se réclamer de cette qualité. Il a d'ailleurs pu être noté (v. Dalloz 1893, I, 353) que l'article 206 étant inséré dans le titre relatif au mariage, et rien n'étant prévu dans le titre relatif au divorce, il ne pouvait qu'être retenu qu'il convenait d'exclure l'article 206 du Code civil en cas de divorce.

⁴⁹⁷ Civ 1^{ère}, 11 avril 2018, n°18-40.010. V. à ce sujet F. Sauvage, « Morte ma fille, mort mon gendre » n'est pas une règle contraire au principe d'égalité devant la loi ! », in *Dalloz actualités*, 4 mai 2018, ou encore M. Saulier, « L'obligation alimentaire entre alliés n'est pas contraire au principe d'égalité », in *AJ fam.* 2018. 342.

le lien⁴⁹⁸, le conjoint ou l'épouse selon le cas. Il semble bien fragile, ce lien qui disparaît non seulement en cas de divorce⁴⁹⁹ (car il est somme toute logique que la désunion des êtres entraîne la désunion des alliés) mais également sitôt celui qui assurait le lien décédé : réalité qui peut nuancer l'affirmation, fréquemment formulée, selon laquelle le mariage assure, seul, la protection face à la mort : pour le ou la conjoint(e) survivant(e), peut-être, qui bénéficie d'un certain nombre de droits, mais encore ne sont-ils liés qu'au *de cuius* seul, et non pas à sa famille. De même, ce lien disparaissant, la famille du conjoint ou de la conjointe se trouve privée de secours, alors même qu'elle a pu subvenir aux besoins du couple qui vient de se dissoudre.

168. Le lien d'alliance se révèle alors tel qu'il est : on peut douter qu'il soit l'union de deux familles en tant que tel, puisque la disparition d'un seul suffit pour les désunir. Tout semble se passer comme si c'était par une forme de capillarité provoquée par le mariage que la famille de chacun est unie à celle de l'autre. C'est donc plus par extension de la personne du créancier d'aliments qu'interviennent dans le cercle familial, par alliance, d'autres débiteurs et créanciers alimentaires, et cela semble parfaitement logique si l'on considère la chaîne des débiteurs. L'époux ou l'épouse, créancier d'aliments de la part de ses parents, étant débiteur de son conjoint ou de sa conjointe, lui ou elle-même débiteur ou débitrice d'autres membres de sa famille par le sang, il y a sorte de transitivité par laquelle les dettes et les créances alimentaires de chacun des acteurs de la chaîne des solidarités intrafamiliales ont, *in fine*, un impact.

L'article 206 du Code civil se fait le reflet de cette capillarité et de cette logique de chaîne : si on envisage l'alliance en termes d'union de deux familles, la disparition par le décès de l'époux ou de l'épouse de ce lien alimentaire ne semble pas nécessairement s'imposer. Si on envisage, en revanche, cette disparition comme la suppression d'un des éléments de la chaîne des solidarités intrafamiliales, la présence d'un chaînon manquant justifie pleinement, en termes de pure logique, la suppression du lien de solidarité entre alliés. Pour cette raison, s'il est évidemment correct de parler d'obligation alimentaire entre alliés, il semble bien plus discutable de prétendre fonder celle-ci sur l'alliance elle-même : si ce fondement permet – mais il n'est pas le seul – de justifier la création du lien obligationnel, il se révèle tout à fait impuissant à en expliquer la disparition⁵⁰⁰. On pourrait certes arguer que l'exception prévue par l'article 206 du Code civil plaide en faveur du fondement qu'est le lien d'alliance. Comme

⁴⁹⁸ Alex Beaupain dirait « Je suis le pont sur la rivière qui va de toi à toi » (v. A. Beaupain, « Je n'aime que toi », extrait de la bande originale du film *Les Chansons d'amour*, de C. Honoré, 2007).

⁴⁹⁹ Et ce même si aucun texte ne le prévoit expressément : v. Civ. 13 juill. 1891, DP 1893. 1. 353.

⁵⁰⁰ J. Pélissier ne dit d'ailleurs pas autre chose, puisque selon lui, « le lien qui existe entre le conjoint et ses beaux-parents n'existe que par l'intermédiaire de son époux ». V. J. Pélissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 119.

l'explique Monsieur le professeur Pélissier, « Si l'époux meurt sans laisser d'enfant en vie, l'obligation alimentaire existant entre ses père et mère et son conjoint, disparaît, à moins que l'épouse soit en état de grossesse lors du décès de son mari. En revanche, si l'époux laisse des enfants nés du mariage, l'obligation alimentaire entre alliés persiste, et ceci même en cas de remariage du gendre ou de la belle-fille »⁵⁰¹.

169. L'obligation entre alliés peut donc, en présence d'un enfant né du mariage, persister. N'est-ce pas là la preuve que l'obligation de l'article 206 du Code civil est bien fondée sur l'alliance ? On peut en douter, à deux égards. Déjà parce que c'est potentiellement encore une fois par capillarité que le maintien de ce lien peut se justifier, les grands-parents (parents du membre prédécédé du couple marié) étant débiteurs et créanciers alimentaires de leur petit-enfant, lui-même débiteur et créancier alimentaire de son parent survivant et de ses autres ascendants. L'enfant né du mariage, par son existence, empêche donc que la chaîne des solidarités disparaisse : la preuve en est d'ailleurs que, s'il décède avant celui de son père ou de sa mère qui décède en premier, le lien d'alliance n'est pas maintenu, malgré son existence passée.

C'est ensuite la question des descendants au deuxième degré qui permet d'éclairer cette question. Citons une nouvelle fois Monsieur le professeur Pélissier :

« La seule petite controverse existant sur ce point est relative à l'hypothèse où survit au *de cuius*, non un enfant issu du mariage, mais un descendant de cet enfant. Une tendance restrictive⁵⁰² applique le texte à la lettre, et, en l'absence « d'enfants », se prononce pour la disparition de l'obligation alimentaire. Une autre tendance, à notre avis mieux fondée, décide que l'existence d'un petit-fils ou d'une petite-fille suffit pour laisser subsister l'obligation alimentaire résultant de l'alliance⁵⁰³. À l'appui de cette opinion, on peut invoquer le sens large du terme « enfants », qui est souvent utilisé par le code pour signifier le « descendant », et aussi le fait que le petit-fils est, comme le fils, « issu du mariage », et que sa présence maintient l'affinité, comme le ferait la présence d'un enfant »⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ V. J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 121.

⁵⁰² Sont cités à titre d'exemple, par l'auteur, Ripert et Boulanger.

⁵⁰³ Sont ici cités à titre d'exemple, par l'auteur, Rouast et Savatier.

⁵⁰⁴ V. J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 121.

Dès lors, et des jugements ont pu être rendus en ce sens⁵⁰⁵, il semblerait que si, les enfants nés du mariage sont décédés, mais en laissant des petits-enfants, l'obligation alimentaire entre alliés soit maintenue. La question se pose dès lors de la justification de cette solution, et l'analyse la plus fréquente consiste à expliquer que, dans la constitution de la famille, les petits-enfants interviennent ici, en quelque sorte, en représentation de leurs parents décédés. On retrouve ici le mécanisme de la représentation, cette « fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté », pour reprendre la lettre de l'article 751 du Code civil, qui en donne une définition légale. La représentation apparaît en droit des successions⁵⁰⁶, pour permettre aux descendants de l'héritier prédécédé (parfois renonçant) d'un *de cujus* d'intervenir dans la succession en lieu et place de celui-ci : comme l'explique l'article 753 du Code civil, on opère, dans le cadre de la représentation, « comme si le représenté venait à la succession ». Fictivement, c'est donc en lieu et place du représenté que la représentation s'opère, et on peut se demander si, dans le cadre de l'article 206 du Code civil, ce n'est pas également une opération de ce type qui s'opère. Les enfants et petits-enfants du prédécédé, de la sorte, interviendraient en représentation de ce dernier, ce qui explique pourquoi ils interviennent, sans passer par le truchement de l'alliance, dont nous avons vu qu'elle semblait insuffisante à fonder la solidarité entre alliés.

170. Il apparaît donc, à rebours de ce que l'instinct nous dicterait, que si le Code de 1804 a maintenu le rapport d'alliance qui pouvait exister entre familles dans certains systèmes juridiques antérieurs, il ne l'a pas fait sans une certaine distance, et sans vraiment pousser pleinement la logique de l'alliance jusqu'à la faire survivre au décès de l'un des époux. C'est d'autant plus vrai lorsqu'on réfléchit à qui profite cette dissolution. On peut citer, à cet égard, Madame la professeure Goldie-Genicon, qui, examinant la distinction effectuée par le Code civil dans l'article 206, s'interroge : « On peut se demander si une telle distinction est logique, et notamment si elle est en harmonie avec la promotion successorale des droits du conjoint survivant »⁵⁰⁷. Et l'autrice de faire le constat de la situation plutôt paradoxale dans laquelle se trouve le conjoint survivant, si on s'interroge sur ses droits⁵⁰⁸, selon qu'existent ou non des enfants communs : « en présence d'enfants communs, les droits légaux du conjoint survivant sont limités (C. civ., art. 757), il n'a pas la qualité de réservataire (C. civ., art. 914-1) et les libéralités qui ont pu lui être consenties vont se heurter à la nue-propriété de la réserve des

⁵⁰⁵ V. not. Tribunal de paix de Juvigny-le-Tertre, 9 mars 1908, DP 1910. 5. 4, ou encore Tribunal civil de la Seine, 11 mai 1920, DP 1922. 5. 17.

⁵⁰⁶ Sur ce mécanisme de la représentation, v. M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^{ème} édition, 2017, spéc. pts. 150 s. p. 117 s.

⁵⁰⁷ V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁵⁰⁸ Et donc non seulement sur ses besoins mais aussi sur sa capacité à venir en aide à ses ex-beaux-parents.

enfants (C. civ., art. 1094-1) ; il peut donc n'avoir que peu à offrir à ses beaux-parents dans le besoin. À l'inverse, en l'absence d'enfants communs, les droits légaux du conjoint sont largement augmentés (C. civ., art. 757-1), il a qualité de réservataire et les libéralités qui ont pu lui être consenties vont pleinement pouvoir se déployer »⁵⁰⁹.

Dès lors, « le conjoint survivant aura beaucoup plus à offrir à ses beaux-parents, ces derniers ayant d'autant plus besoin d'avoir leur gendre ou belle-fille comme répondant alimentaire possible qu'ils n'auront ni enfant, ni petit-enfant, dans la souche de leur enfant prédécédé tout du moins, vers lequel se tourner. Quant à l'article 758 du Code civil, il ne leur serait d'aucun secours, puisqu'il ne profite qu'aux ascendants ordinaires dans le besoin, le législateur semblant avoir oublié qu'en supprimant la réserve des ascendants, il laissait au *de cuius* le loisir de dépouiller ses parents de leurs droits successoraux »⁵¹⁰. La solution retenue semble donc tout à fait étonnante dans son résultat, puisqu'elle prive les beaux-parents de secours précisément dans le cas où ils en ont le plus besoin : certes, la situation n'était pas aussi caricaturale en 1804, mais on peut difficilement, dans la situation actuelle, voir dans le lien d'alliance autre chose qu'un lien particulièrement fragile et ténu.

171. Une autre manifestation que l'on peut trouver de la défiance originelle du législateur à l'égard des recompositions familiales repose dans l'exclusion, effectuée dès 1804, de la marâtre et du parâtre, et qui a conduit les rédacteurs du Code civil à modifier expressément la formulation de l'article 206 (qui dans sa version initialement envisagée parlait d'alliés) précisément afin que seuls les beaux-parents puissent en bénéficier⁵¹¹. C'est dire combien, s'il y a parfois des zones d'ombre ou des angles morts, dans l'œuvre des codificateurs originels, ce n'était absolument pas le cas ici, où l'exclusion est, dans le cadre des recompositions familiales, pensée et affirmée sans ambiguïté aucune. Comme le remarque Madame la professeure Dekeuwer-Défossez, « au-delà de l'homonymie, l'article 206 du Code civil nous pose quand même une question : pourquoi édicter une obligation alimentaire entre parents et conjoints des enfants et ne pas en prévoir une entre enfants et conjoint d'un parent ? Il ne semble pas qu'une réponse tirée de la logique puisse être apportée à cette question. La raison de cette absence de symétrie tient, précisément, dans le refus du second conjoint du parent »⁵¹². La recomposition

⁵⁰⁹ V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁵¹⁰ V. *idem*.

⁵¹¹ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 9, préc., p. 66 : « Le Consul Cambacérès dit qu'alors la disposition est trop étendue, puisqu'elle pourrait obliger à fournir des aliments à une marâtre. M. Tronchet dit qu'il faudrait se servir des mots beau-père et belle-mère et restreindre l'effet de la disposition aux ascendants de l'autre époux ».

⁵¹² V. F. Dekeuwer-Défossez, « Familles éclatées, familles reconstituées », in *Recueil Dalloz* 1992 p.133.

familiale est vue par le codificateur avec une défiance qui semble s'expliquer tant par une volonté de protection des personnes que par une volonté de protection de l'institution elle-même.

172. Volonté de protection des personnes, d'une part, car ce rejet des recompositions familiales fait partie de « toute une série de règles destinées à protéger les droits pécuniaires de la première famille, et surtout des enfants du premier lit »⁵¹³. Ce qui surgit ici, c'est la figure de la marâtre et toute la méfiance qui l'entoure, cette méfiance qui fait que le terme de marâtre peut désigner aussi bien la « femme du père, par rapport aux enfants nés d'un précédent mariage », que la « mère cruelle qui maltraite ses enfants »⁵¹⁴. La figure de la marâtre est tellement ancrée et chargée négativement que la lecture du *Dictionnaire de l'Académie française* nous apprend que c'est bel et bien le sens péjoratif qui l'a emporté sur le sens commun⁵¹⁵.

C'est donc la figure littéraire de la marâtre⁵¹⁶, celle qui maltraite Blanche-Neige, Cendrillon ou Hansel et Gretel, qui semble avoir triomphé dans l'esprit du législateur, qui s'est dès lors investi d'une mission de protection de la famille de celui ou celle qui se remarie, et surtout des enfants issus d'un premier mariage. Ceux-ci, en effet, sont préservés non seulement dans leurs droits⁵¹⁷, mais également dispensés de devoir quelque prestation que ce soit à une personne qui serait, de leur point de vue, étrangère au groupe familial « initial », peu important, à cet égard, que le nouveau beau-parent ait joué un rôle dans leur éducation, ou ait participé à subvenir à leurs besoins. La situation est alors ambiguë et difficilement tenable. Si, d'après une analyse classique, « même lorsque le second mari, marié sous le régime de la communauté, verse des aliments aux enfants de son épouse, il n'est pas à proprement parler débiteur alimentaire » mais « ne fait que payer, sur les revenus de sa femme, une dette qui grevait les biens de celle-ci au jour de son mariage »⁵¹⁸, cette analyse n'est pas dénuée de faiblesses, au vu de l'importance tant juridique qu'économique des phénomènes de perméabilité des patrimoines, *a fortiori*, concernant les revenus, dans le cadre d'un régime de communauté

⁵¹³ V. *idem*.

⁵¹⁴ Définitions tirées du TLF.

⁵¹⁵ V. *Dictionnaire de l'Académie française*, 9ème édition, définition du mot marâtre : « Belle-mère, pour des enfants dont le père s'est remarié. Ne se dit plus guère en ce sens que d'une femme qui maltraite les enfants que son mari a eus d'un autre lit ».

⁵¹⁶ Sur celle-ci, v. le chapitre consacré à la figure de la marâtre par B. Bettelheim dans son ouvrage *Psychanalyse des contes de fées*.

⁵¹⁷ Notamment en 1804, époque à laquelle le conjoint était bien moins protégé dans ses droits successoraux qu'aujourd'hui.

⁵¹⁸ V. J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 118.

légale. La jurisprudence n'y est d'ailleurs pas demeurée insensible, et elle n'a pas hésité à retenir l'existence, entre parâtres, marâtres et filiâtres, d'une obligation naturelle alimentaire⁵¹⁹.

173. Volonté de protection de l'institution matrimoniale elle-même, d'autre part. La limitation des droits dans le cadre de la recomposition familiale marque fortement, tant juridiquement que symboliquement, la réserve du législateur à l'égard de la recomposition familiale elle-même. Maintenir la marâtre et le parâtre hors de la solidarité familiale, c'est les maintenir hors de la famille elle-même, cette famille entendue comme le cercle de ceux qui se soutiennent, s'entraident, et, disons-le, s'aiment : cette exclusion est donc plus que significative, et pas très loin d'être infamante. Ce qui transparaît, en fond, c'est donc aussi la volonté de protéger le mariage dont, comme on le sait, la dissolubilité n'a été admise qu'à regret par les codificateurs⁵²⁰, et dont le vœu de perpétuité se retrouve, en quelque sorte, bafoué par la présence d'une seconde union.

Si l'on explique assez aisément ces exclusions, dont nous verrons par ailleurs qu'elles sont aujourd'hui contestées, au regard du contexte de l'époque, une autre soulève davantage d'interrogations : il s'agit de l'exclusion, bien plus surprenante, des frères et sœurs.

B) L'exclusion des frères et sœurs

174. « Il est anormal que les collatéraux les plus proches ne soient pas obligés de se porter secours, alors que les alliés sont réciproquement créanciers et débiteurs alimentaires »⁵²¹. Dès 1804, les frères et sœurs sont exclus du cercle des obligés alimentaires, et depuis lors, ce constat ne cesse d'étonner, régulièrement, les observateurs. Il faut dire que cette exclusion – on ne peut guère, ici, parler d'omission – est étonnante à bien des points de vue.

175. Sur le terrain du droit comparé, déjà, qui nous conduit à constater que le droit français, en la matière, se trouve très isolé. Si certains droits tendent aujourd'hui à l'abandonner, dans un mouvement plutôt cohérent avec le phénomène contemporain d'individualisation qui

⁵¹⁹ V. pour les cas les plus anciens, Trib. Paix Duclair, 23 février 1954, Dalloz 1954, 216.

⁵²⁰ V. J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, préc.

⁵²¹ V. J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 123.

touche le droit de la famille⁵²², rares étaient les droits, à part le droit allemand⁵²³, qui n'accueillaient pas à l'origine d'obligation alimentaire entre frères et sœurs. Citons à titre d'exemple nos voisins espagnols et italiens, dont les codes civils respectifs retiennent en leurs articles 143 et 433 une telle obligation.

Le Code civil espagnol le fait de manière classique, listant simplement les obligés, en son article 143, lequel dispose : « *Están obligados recíprocamente a darse alimentos [...] 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. / Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida. [...]* », ce que l'on pourrait traduire par « Se doivent réciproquement des aliments 1º Les conjoints 2º Les ascendants et descendants. Les frères et sœurs ne se doivent que l'aide nécessaire à la vie [...] ».

Le Code civil italien, lui, le fait avec une subtilité qui ne manquera pas d'intéresser le juriste français, puisqu'il ne se contente pas de prévoir une liste d'obligés alimentaires, mais les présente de façon hiérarchique. Ainsi l'article 433 du Code civil italien dispose : « *Persone obbligate - All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine (2751 n.4): 1) il coniuge (51, 129-bis, 156, 548, 585); 2) i figli legittimi o legittimati o naturali o adottivi, e, in loro mancanza, i discendenti prossimi, anche naturali; 3) i genitori e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi, anche naturali; gli adottanti; 4) i generi e le nuore; 5) il suocero e la suocera; 6) i fratelli e le sorelle germani o unilaterali, con precedenza dei germani sugli unilaterali* », ce que l'on pourrait traduire par « Sont tenus de payer une pension alimentaire, dans cet ordre : 1) le conjoint ; 2) les enfants, y compris les enfants adoptés, et, en leur absence, les descendants les plus proches ; 3) les parents et, en leur absence, les ascendants les plus proches; les adoptants ; 4) les beaux frères et les belles filles ; 5) le beau-père et la belle-mère ; 6) les frères et sœurs germains ou unilatéraux, avec priorité des germains sur les unilatéraux »⁵²⁴. On apprend ainsi le rôle « parfaitement subsidiaire » de l'obligation alimentaire entre frères et sœurs, puisqu'elle est au dernier rang des solidarités alimentaires

522 Ainsi du Code civil suisse, qui accueillait autrefois une obligation alimentaire entre frères et sœurs en son article 328, lequel disposait que « Chacun est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, ainsi qu'à ses frères et sœurs, lorsqu'à défaut de cette assistance ils tomberaient dans le besoin », mais a abandonné cette obligation au tournant du siècle.

523 V. §1601 BGB : « *Unterhaltsverpflichtete - Verwandte in gerader Linie sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren* » que l'on peut traduire par « Débiteurs d'aliments - Les parents en ligne directe sont obligés de subvenir aux besoins les uns des autres » les uns pour les autres. Une obligation alimentaire et primant les autres est en outre prévue entre conjoints et partenaires engagés dans un partenariat civil – l'équivalent de notre PACS – par le §1608 BGB : « *Haftung des Ehegatten oder Lebenspartners - Der Ehegatte des Bedürftigen haftet vor dessen Verwandten. [...] Der Lebenspartner des Bedürftigen haftet in gleicher Weise wie ein Ehegatte* », ce que l'on peut traduire par « Responsabilité du conjoint ou du partenaire de vie - Le conjoint de la personne dans le besoin doit lui porter secours. [...] Le partenaire de vie de la personne dans le besoin y est tenu de la même manière que le conjoint ». Précisons encore qu'existe, en droit allemand, une hiérarchie des obligés alimentaires, prévue par le §1609 BGB.

524 Notons que le terme « unilatéraux » est utilisé, dans une optique de traduction littérale, pour désigner des frères et sœurs utérins ou consanguins. (Traduction M. Fanizza).

reconnues par le Code civil, ce qui est un indice intéressant du rôle qui est donné, dans la conception du législateur italien, à ce lien de droit, et qui semble d'ailleurs commun à l'analyse des diverses législations prévoyant une telle obligation, puisque le Code civil espagnol⁵²⁵ la présente également en dernier lieu.

176. Sur le terrain de l'analyse historique, également, notamment à une époque où, après avoir dénoncé le dévoiement dont le terme de « fraternité » avait fait l'objet lors des heures sombres de la Révolution⁵²⁶, le desserrement des liens familiaux était régulièrement regretté. Citons encore ici l'article de Monsieur le professeur Martin, en ce qu'il rappelle combien, au sortir de la Terreur, l'esprit de famille fut invoqué :

« Le second procédé, c'est la promotion, dans la rhétorique, des vertus familiales, comme garantissant l'harmonie sociale. Un correspondant de Mme de Charrière soulignait de Suisse, dès 1793 : "Il s'agit, Madame, de réconcilier des pères, des enfants, des frères, des sœurs, des maris, des femmes, des amis". Après Thermidor, ce type de propos devient officiel. Il le faut, semble-t-il. Les responsables politiques en ont du moins la conviction. Souvenirs de l'un d'eux : "Un cynisme révoltant régnait dans tous les actes qui créent les liens des familles ou qui en nourrissent les affections. Or, sans l'ordre dans les familles, comment peut subsister celui de l'Etat ? "⁵²⁷. Dès octobre 1794, une solennelle adresse de la Convention, lue par Cambacérès, et suscitant un enthousiasme signalé, rappelle au peuple français que "les vertus domestiques forment le citoyen"⁵²⁸. On observe bien sûr ici, sous la pression des faits, un net retournement par rapport aux années précédentes. Pour user d'expressions qu'emploiera Portalis, c'est l'amorce d'une revanche de "l'esprit de famille contre l'esprit de société"⁵²⁹. »⁵³⁰.

⁵²⁵ De même que le faisait, autrefois, le Code civil suisse.

⁵²⁶ V. X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc. : « Or ce qui est vrai c'est, d'une part, que depuis l'origine de la Révolution, beaucoup d'éléments clés dont la stabilité est en quelque sorte consubstantielle à l'ordre social ont été, dans les faits, brutalement descellés, à un degré tel que peut s'expliquer l'excessif émoi des contemporains. La liste n'en finirait guère. [...] Le langage : le sens de certains mots est gravement subverti par la dictature jacobine. N'emprisonne-t-on pas et ne massacre-t-on pas au nom de la « liberté », ne prêche-t-on pas la haine sous prétexte de « fraternité », ne tue-t-on pas des gens socialement modestes comme « aristocrates », etc. ? Un orateur, après la chute de Robespierre, dénoncera rétrospectivement ceux qui chantaient « le règne de la vertu en professant le crime ; la liberté, en fondant l'esclavage ; l'égalité, en dominant en satrapes ; la sûreté individuelle, en peuplant les cachots ; la propriété, en volant les citoyens ; la fraternité, en provoquant les délations du frère contre la sœur, du père contre le fils, de la femme contre l'époux » (cf. *Moniteur*, n° 193, 13 germinal an III (2 avr. 1795), p. 784, col. 1, de l'orateur d'une députation de la commune de Rouen à la Convention, 10 germinal an III). « On vit alors, notera La Révellière-Lépeaux, changer brusquement la signification des termes et dénaturer toutes les idées » (cf. La Révellière-Lépeaux, *Mémoires* (écr. 1821-1823), 3 vol. Paris, sans date (1895), t. 1, p. 401). « Les mots ne désignaient plus les choses », rappellera sobrement Portalis (Portalis, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIème siècle* (écr. 1798-1800, publ. 1820, 1827), 2 vol. Paris, 1834, t. 2, p. 391).

⁵²⁷ V. La Révellière-Lépeaux, *Mémoires*, t. 2, p. 158, cité par X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc.

⁵²⁸ V. Arch. parlem. 1/99/32/1, 18 vendémiaire an III (9 oct. 1794), *Adresse rédigée par les trois comités*, cité par X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc.

⁵²⁹ V. Portalis au Corps législatif, sur le mariage, 16 ventôse an XI (7 mars 1803), Arch. parlem. 2/4/89/1, cité par X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc.

⁵³⁰ V. X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc.

Plus encore, à la conscience et aux mots, suivent les actes : ainsi la Déclaration des devoirs de 1795 énonce-t-elle que « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux »⁵³¹, et la devise républicaine est-elle formée sur le triptyque « Liberté, égalité, fraternité »⁵³², évoqué dès 1790. On emploie donc, à titre symbolique, le concept de fraternité dans le but même de renvoyer à un idéal relationnel, à une idée de grande proximité et de solidarité entre des êtres unis par le sang, afin de manifester le fait que les liens qui unissent les citoyens doivent être marqués du sceau du même absolu. Et, pourtant, c'est à ce moment précis que les codificateurs choisissent d'écarter les frères et sœurs des liens de la solidarité alimentaire. Nombreux furent d'ailleurs les observateurs à le remarquer. Ainsi Abrial observe-t-il qu'« on ne trouve guère l'esprit de famille que dans les ascendants et les descendants »⁵³³. Dans son article précité, Monsieur le professeur Martin résume les choses ainsi : « en 1789, les étrangers étaient des "frères" ; dorénavant, les frères sont des "étrangers" »⁵³⁴.

177. Sur le point de la pure technique interne, enfin, la solution peut étonner. Alors qu'il les sacrifie sur le terrain alimentaire, le Code Napoléon est loin, bien loin, de négliger les frères et sœurs. Les exemples en sont multiples : ainsi les frères et sœurs sont-ils assimilés aux alliés lorsqu'il s'agit de prohiber leur union matrimoniale (article 162 du Code Napoléon), et aux descendants du défunt pour admettre l'ouverture d'une succession déferée aux ascendants (article 746 du Code Napoléon). Plus encore, les articles 748 et suivants du Code civil de 1804 accordent une vocation successorale aux frères et sœurs. Le contraste apparaît dès lors saisissant au sein d'un Code qui accorde aux frères et sœurs la qualité de successibles mais non celle d'obligés alimentaires, quand il l'accorde à des alliés qui, eux, n'ont pas la qualité de successibles ! On peine à y trouver une logique, et les phénomènes contemporains de protection de la fratrie (dont on s'efforce, par exemple, d'éviter la séparation ou la dispersion dans les procédures de placement ou de divorce) ne font que renforcer cette impression.

Dans sa thèse précitée, Monsieur le professeur Pélissier s'étonne de cette exclusion des frères et des sœurs de la vocation alimentaire : « Pourquoi priver les collatéraux les plus proches, comme les frères et sœurs, de ce droit aux aliments ? Les liens entre eux sont suffisamment étroits pour qu'ils en soient bénéficiaires »⁵³⁵. Certes, il ne manque pas de

531 C'est nous qui soulignons.

532 C'est nous qui soulignons.

533 V. Abrial (ministre de la Justice), au Conseil d'Etat, 14 vendémiaire an X (6 - et non 8 - oct. 1801), Arch. parlem. 2/7/302/1, cité par X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc.

534 V. X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », préc.

535 V. J. Pélissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 47.

souligner les raisons d’être d’une telle exclusion, expliquant que « la solution du droit français s’explique, en réalité, par une protection des aînés de familles nombreuses. Le législateur français craint qu’une obligation alimentaire entre frères et sœurs fasse peser sur les aînés de familles nombreuses de lourdes charges, à un moment de leur existence où ils ont eux-mêmes à faire face à des charges personnelles souvent importantes »⁵³⁶, souci qu’il déclare légitime mais dont il retient qu’« il ne devrait pas emporter les conséquences qu’on lui attribue »⁵³⁷.

178. À vrai dire, l’exclusion des frères et des sœurs du cercle des obligés alimentaires ne saurait se justifier d’un point de vue technique. *De lege lata*, son fonctionnement même suffit à écarter ce risque : proportionnée aux besoins du créancier mais également aux capacités du débiteur d’aliments, l’obligation alimentaire sait déjà s’adapter aux situations afin d’éviter de conduire le débiteur à l’asphyxie financière⁵³⁸. *De lege feranda*, il suffirait en outre – et nous y reviendrons – de prévoir une hiérarchie entre les débiteurs alimentaires pour y échapper : c’est là la solution qu’ont retenue tous les pays précités, plaçant chaque fois les frères et sœurs au dernier rang des créanciers alimentaires, soit explicitement (c’est le cas des droits allemand, italien et espagnol), soit implicitement (c’était le cas du droit suisse, avant qu’il n’abandonne l’obligation alimentaire entre collatéraux), ce qui assure une évidente protection des débiteurs sans sacrifier les intérêts des créanciers⁵³⁹. Cette solution, plus équilibrée que la solution du droit français, semble en outre plus conforme à l’esprit de fraternité qui semble – ou devrait – guider l’esprit du législateur français.

Si la rigidité des choix effectués initialement peut étonner quelque peu, il ne faudrait pour autant pas en conclure une imperméabilité du droit de la famille français aux effets potentiellement négatifs de ces exclusions. Est dès lors intervenue, par le biais technique de l’obligation naturelle, une forme de modération des solutions ainsi adoptées.

536 V. *idem.*, p. 48.

537 V. *idem.*, p. 48.

538 V. *idem.*, p. 48.

539 V. *idem.*, p. 48.

Sous-section 2. L'obligation naturelle, mécanisme modérateur des exclusions

179. L'obligation naturelle est un mécanisme qu'il conviendra de tenter de définir **(I)** afin d'en montrer l'intérêt dans le cadre d'une étude dédiée à l'obligation alimentaire et, plus spécifiquement, aux limites des choix relatifs au cercle des obligés alimentaires opérés en 1804 **(II)**. Nous constaterons alors que l'obligation alimentaire est devenue un des domaines de prédilection d'intervention de l'obligation naturelle, et que les hypothèses dans lesquelles l'existence d'une obligation alimentaire naturelle est reconnue permettent d'interroger voire d'envisager de redessiner les limites du cercle des obligés.

I) L'obligation naturelle : tentative de définition

II) L'obligation naturelle et les limites du cercle des obligés

I) L'obligation naturelle : tentative de définition

180. L'obligation naturelle est un curieux spécimen. Ripert évoquait tous les paradoxes d'une « obligation reconnue sans être imposée », de ce « lien entre créancier et débiteur qui ne permet pas de forcer le débiteur récalcitrant », qui n'a à offrir « qu'un paiement régulier mais une exécution impossible »⁵⁴⁰. On ne la trouve évoquée dans le Code civil, qui n'a jugé bon de la définir qu'au titre de son effet qui est l'absence de répétition : une somme versée, une prestation effectuée au titre d'une obligation naturelle, ne peut pas être qualifiée d'indue. C'est là le sens de l'article 1302 du Code civil. On la trouve également sous-entendue, et non nommée, en l'article 1100, alinéa 2, du code civil, qui dispose que les obligations « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ».

181. Encore faut-il déterminer ce qu'est une obligation naturelle. Or, comme nous l'enseigne Pothier, le droit romain ne nous est, pour une fois, pas utile. Pothier nous explique en effet que :

« Les principes du droit françois sont à cet égard différens de ceux du droit romain. On appelloit dans le droit romain *obligation naturelle*, celle qui étoit destituée d'action, c'est-à-dire, qui ne donnoit pas à celui envers qui elle étoit contractée, le droit d'en demander en justice le paiement. [...] Ces obligations étoient très favorables. [...] Si elles étoient destituées d'action, ce n'étoit que par une raison tirée de la politique des patriciens, qui pour leur intérêt particulier avoient jugé à propos de faire dépendre le droit d'action des formules dont ils avoient seuls la connoissances dans les premiers tems ; afin d'obliger les plébéiens à avoir recours à eux dans leurs affaires, & de les tenir par là dans leur dépendance. C'est pourquoi, à cela près qu'elles étoient destituées d'action, elle avoient tous les autres effets que peut avoir une obligation civile. Non seulement le paiement de ce qui étoit dû par une obligation purement naturelle étoit un paiement valable, & non sujet à répétition, mais suivant les principes du droit romain, je pouvois contre l'action de mon créancier, opposer la compensation de ce qu'il me devoit de sa part par une obligation purement naturelle. [...]

Selon les principes de notre droit François, qui n'a pas admis la distinction du droit romain entre les simples pacts, & les contrats ; ces obligations naturelles du droit romain, sont dans notre droit de véritables obligations civiles. Celles qu'on peut appeller dans notre droit obligations

⁵⁴⁰ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1925, pt. 186.

purement naturelles, sont celles pour lesquelles la loi dénie l'action par rapport à la défaveur de la cause d'où elles procèdent : telle est la dette due à un cabaretier pour dépenses faites par un domicilié du lieu, dans son cabaret. [...] Ces obligations qui naissent d'une cause improuvée par les lois, ou qui ont été contractées par des personnes à qui la loi ne permet pas de contracter, n'auroient pas eu par le droit romain, même le nom d'obligation naturelle. C'est pourquoi je ne pense pas qu'elles doivent avoir parmi nous les effets que le droit Romain donnoit aux obligations purement naturelles »⁵⁴¹.

Ce ne sont donc pas les obligations purement naturelles du droit romain que nos obligations naturelles de droit français. Pourtant, bien que dépourvues de droit d'action en exécution forcée, les obligations naturelles de droit français ne sont pas, loin de là, hors du droit. Pothier, toujours, nous met en garde contre cette confusion :

« On ne doit pas confondre les obligations naturelles, dont nous avons parlé dans ce chapitre, avec les obligations imparfaites dont il a été parlé au commencement de ce traité. Celles-ci ne donnent aucun droit à personne contre nous, même dans le for de la conscience. Par exemple si j'ai manqué de rendre à mon bienfaiteur un service que la reconnaissance m'obligeoit à lui rendre ; ce qu'il souffre de ce que j'ai manqué à ce devoir, ne le rend pas pour cela mon créancier, même dans le for de la conscience. [...] Au contraire les obligations naturelles, dont nous avons traité dans ce chapitre, donnent à la personne, envers qui nous les avons contractées, un droit contre nous, non pas à la vérité dans le for extérieur, mais dans le for de la conscience. C'est pourquoi si j'ai fait une dépense de cent livres dans un cabaret du lieu de mon domicile, ce cabaretier est vraiment mon créancier de cette somme, non dans le for extérieur, mais dans le for de la conscience »⁵⁴².

⁵⁴¹ V. R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieure*, Nouvelle édition, revue, corrigée, & considérablement augmentée par l'Auteur, Paris, Debure l'aîné, 1770, t. 1, spéc. pt. 191, p. 182 s. Sans doute le droit romain, à vrai dire, est-il quelque peu plus complexe que ce que la lecture de Pothier semble indiquer, tant le droit romain a pu, au cours de sa longue histoire, connaître d'évolutions. On peut utilement renvoyer, sur cette question, aux points 6 et suivants de l'article « Obligation naturelle », rédigé par Bout et P. Stoffel-Munck au *Répertoire de droit civil* Dalloz. Remarquons en outre qu'on peut douter que la dette que l'on doit à un cabaretier puisse être qualifiée d'obligation naturelle : à l'instar des dettes de jeu, à l'égard desquelles de nombreux auteurs ont pu faire cette remarque, ne serait-il pas quelque peu paradoxal d'invoquer la morale pour refuser la répétition alors même que c'est la morale elle-même qui interdit qu'une telle dette soit qualifiée d'obligation civile ? Ainsi « le fondement moral de l'obligation naturelle s'accorde mal avec le caractère, jugé immoral, du jeu et du pari. Peut-on soutenir que l'on soit tenu, en conscience, d'exécuter une obligation immorale ? [...] Cette obligation a une cause illicite, et ne peut donc être reconnue. L'absence de répétition n'est, en réalité, qu'une application de la règle selon laquelle "nul ne peut invoquer sa propre turpitude", ou de sa variante *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. [...] Au reste, s'il y avait obligation naturelle, on ne saurait expliquer pourquoi la promesse de payer une dette de jeu demeure inefficace (Civ. 27 avr. 1870, DP 1870. 1. 258), ce que l'existence d'une cause immorale, ne pouvant donner naissance à une obligation valable, explique en revanche parfaitement » (v. pt. 39 de l'article « Obligation naturelle », Bout et P. Stoffel-Munck, préc.).

⁵⁴² V. *idem*, pt. 197, p. 187 s.

182. L'obligation naturelle est donc d'une nature tout à fait particulière. Pour reprendre la belle formule de Ripert, il convient d'y voir un « devoir moral qui monte à la vie civile »⁵⁴³. En adoptant cette conception, Pothier, et dans ses pas Ripert, s'éloignent donc de la conception originelle, dite classique, qui fut encore celle d'un Domat⁵⁴⁴, et qui ne voyait dans les obligations naturelles que des obligations civiles imparfaites ou dégénérées, pour y adjoindre, sous l'influence du Droit canonique, les devoirs de conscience, ou devoirs moraux. Cette seconde conception est dite conception moderne de l'obligation naturelle. Ce qui rend cette conception si intéressante, c'est qu'elle met en dialogue droit et morale, non pas pour permettre de moraliser le droit, ou de le soumettre à un ordre moral qui lui serait supérieur⁵⁴⁵ : il s'agit plutôt de mettre droit et morale en dialogue, sans contrainte excessive, pour laisser la seconde infuser dans le cadre de la première.

La meilleure définition en est probablement, à ce titre, la citation, précitée, de Ripert qui, dans son ouvrage *La règle morale dans les obligations civiles*, consacre à la question des obligations naturelles le dernier chapitre de sa démonstration. Selon lui, « si la théorie de l'obligation naturelle reste peu précise, c'est justement parce qu'elle n'est pas située toute entière dans le domaine juridique ; elle plonge encore dans le domaine moral. Le devoir s'efforce de devenir obligation ». Et l'auteur de poursuivre par un des aphorismes dont il a le secret : « Nous sommes dans une région inférieure du droit "où la nuit n'est plus, où le jour n'est pas encore". Quand un de ces devoirs arrive au jour, il se transforme en obligation civile »⁵⁴⁶. Rejetant la conception classique et ses défenseurs, dont il remarque qu'« ils s'efforcent de séparer nettement l'obligation naturelle du devoir moral et pour cela de lui donner tous les caractères de l'obligation civile » et que, dès lors, « ce n'est pas un devoir moral qui monte vers l'obligation civile, c'est une obligation civile dégénérée, une ombre qui survit à une réalité, un double qui reste après la mort »⁵⁴⁷, Ripert choisit clairement d'adopter une

⁵⁴³ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., pt. 192.

⁵⁴⁴ V. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, J.-B. Coignard, 1689, spéc. pt. IX p. 101 : «Ceux que la nature ne rend pas incapables de contracter, & qui ne le sont que par la defense de quelque loy, ne laissent pas de s'engager par leur convention à une obligation naturelle, qui selon les circonstances peut avoir cet effet ; qu'encore qu'ils ne puissent être condamnez à ce qu'ils ont promis ; s'ils satisfont à leur engagement, ils ne peuvent en ester relevez". On voit bien, ici, que Domat n'inclut nullement de dimension morale dans son explication de l'obligation naturelle : celle-ci relève purement de l'obligation civile imparfaite.

⁵⁴⁵ Au sujet des bonnes mœurs, dans un travail précédent, nous avons pu exprimer des réserves quant à l'outil juridique que constitue le contrôle des bonnes mœurs en droit français, faisant le constat « d'une certaine illégitimité de la conduite morale par la sanction des "mauvaises" mœurs », expliquant qu'« on peut développer l'idée qu'à une époque où, il est vrai, les individus semblent en perte de repères moraux , ce n'est pas de la sanction de mœurs jugées "mauvaises" en dehors de tout texte qu'on a besoin, mais bien de lois claires et éventuellement impératives [...], qui posent un cadre juridiques et des limites plus précises à la liberté des citoyens, mais qui suppose corrélativement une bonne éducation de ces derniers, ce qui relève, alors, non pas du droit, dont l'office premier n'est pas d'enseigner et d'éduquer, mais de l'Ecole Républicaine. ». V. C. Colas, *Ordre public et disparition des bonnes mœurs*, mémoire réalisé sous la direction de Monsieur le professeur Molfessis, 2016, Université Panthéon-Assas, p. 11.

⁵⁴⁶ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., pt. 186

⁵⁴⁷ V. *idem*, pt. 187.

conception moderne, ancrée dans la morale, en condamnant au passage le fait que « le mot d'obligation naturelle n'[ait] été admis et conservé que parce que l'on avait peur d'introduire la considération du devoir moral dans la vie civile »⁵⁴⁸.

183. Il nous faut ici évoquer la position, semble-t-il tout à fait particulière, d'Aubry et Rau, dans leur célèbre *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. Reprenons leur présentation des choses :

« Les obligations simplement naturelles sont, d'une part, les devoirs qui, fondés sur une cause juridique de nature à engendrer, au profit d'une personne contre une autre, un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligations civiles⁵⁴⁹. À cet égard, il importe de remarquer qu'en l'absence, soit d'un fait personnel imputable à son auteur, soit d'un rapport préexistant entre deux personnes, on ne saurait admettre de cause juridique dans le sens qui vient d'être indiqué. Les obligations simplement naturelles sont, d'autre part, les obligations à la fois naturelles et civiles à l'origine, auxquelles le législateur a, par des motifs d'utilité sociale, retiré le droit d'action »⁵⁵⁰. Or, les auteurs ajoutent ensuite que « Pour terminer l'indication des obligations simplement naturelles, il convient d'ajouter que l'on doit considérer comme telles, et non comme obligations civiles, les engagements que les parties ont qualifiés d'engagements d'honneur, ou qui, d'après leur intention commune, ne devaient pas donner au créancier d'action en justice »⁵⁵¹.

Il est habituel de présenter Aubry et Rau comme des représentants de la théorie classique de l'obligation naturelle, voire comme « le véritable reflet de la théorie classique », ces auteurs étant réputés être ceux à qui « revient le mérite d'en avoir donné la meilleure formule »⁵⁵². Il semble pourtant qu'on puisse en douter. Les auteurs font ici, nous semble-t-il, une synthèse assez complète des débats, et admettent – certes à demi-mots, sans réduire l'obligation naturelle à cela, et en reprochant vivement à certains auteurs de le faire – de lier l'obligation naturelle à

⁵⁴⁸ V. *idem*, pt. 193.

⁵⁴⁹ Les auteurs précisent ici : « On définit assez ordinairement les obligations naturelles, en disant que ce sont celles qui dérivent de l'équité ou de la conscience, ou bien encore celles qu'imposent la délicatesse ou l'honneur. [...] Ces définitions, qui manquent d'ailleurs de précision, ont le défaut essentiel de ne tenir aucun compte du caractère propre des devoirs juridiques, qui supposent toujours la possibilité légitime et rationnelle de l'application d'une coercition extérieure. Si, dans certaines circonstances que nous indiquerons ultérieurement, le juge est autorisé à maintenir un engagement ou un paiement, comme ayant été déterminé par un sentiment individuel d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, ce n'est pas à dire pour cela qu'il existe en pareil cas une obligation naturelle, c'est-à-dire un devoir dont le législateur eût pu imposer l'accomplissement à toute personne se trouvant dans la même situation ».

⁵⁵⁰ V. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Marchal et Bilard, 1902, 5^{ème} édition, t. 4, p. 4-5.

⁵⁵¹ V. *idem*, p. 8.

⁵⁵² V. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, Bibliothèque juridique et économique, 1957, p. 2. V. également, défendant le même point de vue, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., pt. 187.

un devoir d'équité ou de conscience, c'est-à-dire à un devoir moral, mais sans retenir que tout devoir moral est susceptible de fonder une obligation naturelle. Seuls certains devoirs, ceux qui sont « fondés sur une cause juridique de nature à engendrer, au profit d'une personne contre une autre, un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure » et qui relèvent d'« un devoir dont le législateur eût pu imposer l'accomplissement à toute personne se trouvant dans la même situation » pourraient être qualifiés d'obligations naturelles. Le fait demeure, certes, que la présentation faite par Aubry et Rau prend toujours l'obligation civile comme point de repère ou de comparaison.

Cependant, même les auteurs qui présentent Aubry et Rau comme les représentants de la théorie classique reconnaissent, après avoir fait la présentation de leur conception de l'obligation naturelle, qu'« une telle théorie de l'obligation naturelle aurait été nette si Aubry et Rau l'avaient ainsi présentée », mais que « ces auteurs l'ont eux-mêmes quelque peu brouillée en ajoutant que [...] sont encore des obligations naturelles les "engagements contractés pour obéir à un simple sentiment d'équité, de conscience ou d'honneur" », avant de conclure que « c'est là la conception la plus large de la doctrine classique, celle qui revient sur une séparation systématique du Droit et de la Morale, celle qui fait une place au devoir moral en admettant les engagements d'honneur. Elle ouvre aux obligations naturelles d'autres horizons, elle indique déjà la seconde direction empruntée par les auteurs »⁵⁵³. Ripert, de même, étudiant les auteurs défendant la théorie classique, note qu'« il faut toutefois faire des réserves pour Aubry et Rau qui classent certains devoirs moraux parmi les obligations naturelles »⁵⁵⁴.

184. Il semble que la vérité se niche dans la dernière phrase ici reproduite de Madame la professeure Gobert : la conception d'Aubry et Rau « ouvre aux obligations naturelles d'autres horizons, elle indique déjà la seconde direction », c'est-à-dire la conception moderne de l'obligation naturelle. En ce sens, il se pourrait que, bien loin d'être réductible à la dualité conception classique / conception moderne, la théorie d'Aubry et Rau se fasse soit œuvre de transition – ce qu'elle révèle être, au fond, par l'attachement qui demeure au fait d'utiliser l'obligation civile comme référentiel –, soit œuvre de synthèse – ce qu'elle est en présentant, et en tâchant de ne pas les opposer, les différents points de vue.

⁵⁵³ V. *idem*, p. 4.

⁵⁵⁴ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., pt. 187.

On peut d'ailleurs penser que la conception moderne, si les auteurs n'avaient pas ainsi veillé à opposer les deux présentations, auraient tout à fait pu s'intégrer, largement, dans la première catégorie d'obligations naturelles présentée par Aubry et Rau : un devoir moral, n'est-ce pas un de ces « devoirs qui, fondés sur une cause juridique de nature à engendrer, au profit d'une personne contre une autre, un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligations civiles » ? Inversement, ne peut-on pas penser que l'exécution volontaire d'une obligation de la deuxième catégorie, celle des « obligations [...] auxquelles le législateur a, par des motifs d'utilité sociale, retiré le droit d'action », repose avant tout sur la conscience qu'a le débiteur de l'obligation qui a perdu son droit d'action qu'il convient tout de même, bien qu'une telle exécution ne puisse être forcée, d'y procéder, pour des considérations d'honneur et de morale ? On le voit, l'opposition des théories, chez ces deux auteurs, semble bien moins évidente qu'il pourrait y paraître au premier regard, et bien moins se positionner du côté de la théorie classique qu'on a pu le dire, par le passé.

Surtout, il nous semble que l'apport principal d'Aubry et Rau ne réside pas tant dans leur positionnement quant au débat entre conception classique et conception moderne, mais plutôt dans leur présentation tout à fait complète d'une typologie des obligations naturelles, qui en révèle tout l'intérêt dans le cadre d'une étude dédiée à l'obligation alimentaire et à la fonction normative du droit de la famille.

II) *L'obligation naturelle et les limites du cercle des obligés*

185. Comme un article relativement récent⁵⁵⁵ a pu le mettre en évidence, l'obligation naturelle se révèle être, si on adopte la conception moderne, un outil non seulement efficace mais également marqué par sa modernité. Le constat n'était pas évident. Comme l'évoque l'autrice, « le concept d'obligation naturelle s'inscrit en apparence à contre-courant de l'époque, surtout dans sa conception moderne. La montée de l'individualisme et du relativisme moral semble le remettre en cause dans son fondement même. Il procède d'une technique juridique en totale opposition avec la technique normative actuelle, caractérisée par l'accumulation de textes de plus en plus précis et qui tentent de régir les situations de fait *a priori*, de manière rigide, restreignant d'autant le champ d'action des juges. Là où le mécanisme de l'obligation naturelle, avec une totale économie de moyens législatifs, en souplesse, permet au juge d'appréhender des situations de fait *a posteriori*, lui laissant une grande autonomie pour dire le droit »⁵⁵⁶.

Il est vrai que le droit, et cela lui est couramment reproché, semble plus ancré dans une technique d'inflation législative, de spécialisation voire de sur-spécialisation, et de renforcement de sa technicité, que dans l'usage de principes généraux et souples. Pourtant, l'obligation naturelle, par sa capacité à coller au plus près des faits et des situations individuelles, semble correspondre aux aspirations contemporaines à une meilleure individualisation de l'application des règles de droit, dans les perspectives actuelles d'individualisme et de contractualisation, et à davantage de prise en compte juridique des fondements moraux consensuels dans le groupe social.

Reprenons le cours de la démonstration de Madame Coudray :

« Elle [l'obligation naturelle] permet de rendre compte d'un besoin de moralisation, et de revitalisation des liens sociaux ainsi distendus. Elle ne représente pas une contrainte pour les sujets de droit ni une menace pour leur liberté, étant insusceptible d'exécution forcée. Elle se contente de sanctionner un choix libre exercé par ceux-ci, en interdisant la répétition du paiement intervenu volontairement⁵⁵⁷. Par ailleurs, elle offre une solution alternative aux impasses de la technique juridique actuelle. Moderne, l'obligation naturelle l'est donc à double

⁵⁵⁵ V. M. Coudrais, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », in *RTD civ.* 2011, p. 453

⁵⁵⁶ *Idem*, spéc. pt. 4.

⁵⁵⁷ Et en forçant à l'exécution éventuellement promise.

titre, à la fois comme expression possible des mentalités en cours, et comme processus d'évolution. Elle présente une portée rénovatrice, voire révolutionnaire, comme porteuse d'un progrès par retour à un équilibre antérieur plus approprié. Un retour aux sources, dans tous les sens du terme. [...] La préservation de cet héritage technique précieux de par son degré d'affinement et son efficacité exceptionnels semble constituer, dans une perspective bien moderne, ce qu'on pourrait être tenté de qualifier de devoir d'écologie juridique. On pourrait également souligner l'esthétique de l'obligation naturelle, due au laconisme et à la perfection dépouillée de la formule qui la définit. Concernant l'articulation entre les valeurs, les principes et les règles plus techniques, l'approche mise en œuvre est en phase avec l'impact du droit européen qui soumet les législations internes à un contrôle de conformité avec les droits de l'homme, avec pour instrument privilégié, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi, l'obligation naturelle se révèle comme un instrument intrinsèquement moderne, et ce à plus d'un titre. Il offre un moyen de faire évoluer le droit positif en y incorporant des valeurs sociales en évolution. La souplesse et la plasticité de cet outil juridique permettent d'assurer la pérennité du système juridique en favorisant son évolution harmonieuse et, dans une véritable continuité, si nécessaire à notre temps »⁵⁵⁸.

L'obligation naturelle présente en cela les mêmes qualités techniques que les bonnes mœurs : malléabilité et souplesse, instrument susceptible de s'adapter dans la continuité, vecteur de changement sans rupture. Pourtant, la logique en est tout à fait inversée, d'une certaine manière : là où les bonnes mœurs, au sens de l'article 6 du Code civil, sont un outil permettant de s'opposer à la volonté d'individus, en apportant des limites aux possibilités d'exercice de leur volonté, l'obligation naturelle et le mécanisme de transformation de l'obligation naturelle en obligation civile permettent, tout au contraire, de l'accompagner, et de lui donner une force qu'elle n'aurait pas pu avoir sans cela. Pour ces raisons, elle se révèle être un précieux outil d'analyse de l'obligation alimentaire, qui est une des matières de prédilection de sa mobilisation.

186. L'obligation alimentaire est en effet un des domaines de prédilection d'intervention et d'observation de l'obligation naturelle. C'est le cas chez Aubry et Rau⁵⁵⁹, chez Ripert⁵⁶⁰, qui dédie un long passage à cette question, ou encore chez Madame la professeure Gobert. Dans le travail de cette autrice, la portée de cette évocation est tout à fait particulière. On sait qu'une part non négligeable de son travail de thèse a consisté à démontrer que dans de très nombreuses

⁵⁵⁸ V. *idem*, spéc. pt. 5-6.

⁵⁵⁹ V. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, préc., p. 6.

⁵⁶⁰ V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., pt. 199.

hypothèses, l'obligation naturelle était mobilisée pour de pures raisons d'opportunité, dissimulant ainsi l'intention libérale derrière le masque de l'obligation naturelle afin de la faire échapper au régime de la donation, qui pourrait s'avérer défavorable⁵⁶¹. Même constat, pour l'autrice, s'agissant des règles des libéralités, ou encore de la prescription. Madame la professeure Gobert tranche : « Chaque fois, l'obligation naturelle est incapable de fournir une solution plus rapide ou plus juste ; bien mieux, elle n'est même pas toujours capable d'en fournir une aussi bonne »⁵⁶². Pourtant, il est une hypothèse, et une seule, où le recours à l'obligation naturelle a la faveur de l'autrice : celui des obligations alimentaires naturelles. Citons ses mots :

« Cependant, il existe une série d'hypothèses où l'obligation naturelle correspond à autre chose qu'à une façade [...]. Parmi ces hypothèses, les principales étaient certainement constituées par l'obligation alimentaire du père envers son enfant naturel (avant la loi de 1912), ou envers son enfant adultérin (avant la loi de 1955). Dans ces cas, nous avons observé que le juge était en présence d'un débiteur obligé selon les règles du droit civil, sans qu'il soit possible de découvrir, à la source de son engagement, un acte ayant, selon la conception classique, le pouvoir de faire naître pareilles obligations. L'obligation naturelle apparaît alors comme le support d'une obligation civile dont on ne trouvait l'origine ni dans un contrat, ni dans la loi »⁵⁶³.

L'obligation naturelle « pure », qui ne peut être expliquée autrement, et sûrement pas selon les moyens offerts par la conception classique de l'obligation naturelle, serait donc l'obligation alimentaire. À vrai dire, cela se conçoit tout à fait. Pour le comprendre, il convient de partir de quelques constats de base. Premièrement, la liste des obligés alimentaires prévue par le Code civil est limitative. Deuxièmement, cette liste est incomplète, en ce sens qu'un certain nombre d'hypothèses d'importance et que nous avons précédemment évoquées (frères et sœurs, couples non mariés, enfants naturels – en dépit de quelques aménagements précédemment exposés) demeurent hors du droit de l'obligation alimentaire au sens d'obligation civile.

187. Par conséquent, deux options s'offraient au juge. La première aurait consisté à prendre acte de l'absence de ces cas dans le droit positif et à rejeter toute évolution autre que législative : ce fut le choix effectué, nous l'avons mentionné, concernant le concubinage

⁵⁶¹ V. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préc. p. 194-195.

⁵⁶² V. *idem*, p. 194.

⁵⁶³ V. *idem*

homosexuel. La seconde consiste, au contraire, à contourner la lettre du texte pour aller au-delà des limites posées. Mais pour cela, il faut un support technique : c'est ici qu'intervient l'obligation naturelle. C'est même, d'après Madame la professeure Gobert, son sens profond, selon laquelle « le rôle réel de l'obligation naturelle [...] est de perturber l'ordre juridique positif », et « d'apporter éventuellement un ultime recours à diverses notions trop juridiques pour être capables de sauver toutes les situations intéressantes, c'est-à-dire de fournir la solution humaine désirée, parce qu'elle est la seule institution juridique à pouvoir le faire »⁵⁶⁴. C'est par excellence le rôle joué par l'obligation naturelle dans le cadre de l'obligation alimentaire : puisque le cadre légal ne permet pas à lui seul de fournir une solution humainement acceptable, c'est l'obligation naturelle qui intervient pour fournir un cadre juridique technique pour ce faire.

C'est ainsi que chacune des diverses hypothèses correspondant à ceux que nous avons qualifiés d'« oubliés » de l'obligation alimentaire fut envisagée par la jurisprudence par le biais de l'obligation naturelle⁵⁶⁵. A déjà été évoqué sous la plume de Madame la professeure Gobert, le cas des enfants naturels, adultérins ou incestueux⁵⁶⁶, mais on pourrait ajouter celui des frères et sœurs (même naturels)⁵⁶⁷, celui des collatéraux du troisième degré⁵⁶⁸, celui des parents envers leurs enfants⁵⁶⁹ ou des enfants envers leurs parents qui viennent apporter une assistance excédant ce qui était dû⁵⁷⁰, etc.

188. Furent même prises en compte des situations que l'on pourrait qualifier d'« extra-familiales » en ce sens que n'existe pas, entre les personnes concernées, de lien de droit. On peut à cet égard citer deux exemples célèbres : celui du concubinage, d'une part, qui a vu la jurisprudence retenir – la formule est à la fois belle et terrible – l'existence d'une obligation naturelle dont le concubin serait débiteur, « tendant à garantir l'avenir de la femme qu'il s'apprête à délaisser »⁵⁷¹, solution par la suite reprise de manière constante. D'autre part,

564 V. *idem*, p. 11.

565 Pour un exposé de la jurisprudence, v. pt. 50 s. de l'article « Obligation naturelle », Bout et P. Stoffel-Munck, préc.

566 V. not. Cass. Req., 3 avril 1882. Pour un aperçu complet de cette question, v. V. Vũ Văn Mão, « Les engagements d'entretien des enfants adultérins à travers la jurisprudence récente », in *JCP* 1953. I. 1121 ; ou encore J. Viatte, « Le droit aux aliments de l'enfant adultérin », in *Rec. gén. lois* 1971. 5. En outre, comme le notent dans leur article précité Bout et P. Stoffel-Munck (n°51) : « Aujourd'hui, depuis que le législateur a, pour la loi n°72-2 du 3 janvier 1972, transformé l'action alimentaire en une action "à fins de subsides" largement ouverte à tout enfant illégitime, l'obligation naturelle pourra encore être reconnue quand cette action n'aura pas été exercée dans les délais requis (Civ. 1re, 3 oct. 2006, no 04-14.388) ».

567 V. not. Cass. 27 mai 1862, 5 mai 1868, 10 janvier 1871, 7 mars 1911.

568 V. not. CA de la Seine, 16 novembre 1893, s'agissant d'un oncle et de sa nièce ou T. civ. du Havre, 27 juill. 1935, s'agissant d'une tante et de son neveu.

569 V. Civ. 1re, 5 avr. 1993, n°90-21.734.

570 V. Civ. 1re, 5 janv. 1999, n°96-20.151, Civ. 1re, 6 juill. 1999, n°97-20.398, Civ. 1re, 3 nov. 2004, n°01-15176.

571 V. Civ. 1re, 6 oct. 1959.

Messieurs les professeurs Bout et Stoffel-Munck nous rappellent que, très tôt, la jurisprudence a admis l'existence d'une obligation naturelle d'assistance « au bénéfice de l'enfant d'une maîtresse, qu'il soit ou non le fils du débiteur »⁵⁷². Il semble bien qu'il y a là une admission qui va même au-delà de recompositions familiales contemporaines plus « classiques » – par exemple par le remariage de deux personnes précédemment divorcées.

Dans toutes ces situations, l'existence d'un devoir naturel d'assistance, c'est-à-dire d'un devoir naturel de nature alimentaire, a été reconnue par la jurisprudence, dans la plupart des hypothèses où, nous l'avons pointé, une obligation alimentaire civile semblait manquer. On peut, semble-t-il, en tirer des conclusions très diverses. *A minima*, il y a là pour le juge une possibilité de moraliser quelque peu des situations concrètes, en permettant de faire jouer à l'obligation naturelle ses deux effets principaux connus : d'une part, empêcher toute action en répétition des sommes déjà versées, lesquelles ne peuvent plus être qualifiées, du fait de l'existence d'une obligation naturelle, d'indues, et d'autre part, permettre, en certaines hypothèses particulières, que soit actée la transformation de cette obligation naturelle en obligation civile⁵⁷³.

189. Rappelons ici tout l'intérêt de cette seconde hypothèse : la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile rend l'exécution forcée de l'obligation possible. Cette transformation de l'obligation naturelle en obligation civile résulte de l'engagement unilatéral pris en connaissance de cause par le débiteur d'exécuter une obligation naturelle, selon la formule retenue par la Cour de cassation. Par exemple, le concubin délaissé pourra demander que l'auteur de la rupture respecte l'engagement qu'il a pris d'assurer sa subsistance. Pour admettre la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, il faut en revanche apporter la preuve de l'engagement unilatéral de volonté. Or, si l'engagement peut être tacite, la Cour de cassation considère qu'un commencement d'exécution ne suffit pas : il faut que l'existence de l'engagement soit établie clairement, et à défaut d'écrit, il appartient aux juges du fond de rechercher la volonté de l'auteur⁵⁷⁴. Ces effets sont déjà particulièrement remarquables. Mais les choses apparaissent plus intéressantes lorsqu'on raisonne au-delà de ce *minima*.

572 V. Paris, 20 avr. 1944, DA 1944. 79. Pour approfondir cette question, v. M.-C. Rondeau-Rivier, « La contribution spontanée dans les familles recomposées », in *L'enfant, la famille, l'argent*, coll. Lille, LGDJ 1991, 153.

573 V. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, n°97-17541, arrêt abondamment commenté, v. not. la note d'H. Lécuyer (Dr. famille 2000, n° 19) et celle de J. Hauser (RTD civ. 2000, p. 297). Pour une hypothèse plus récente, v. Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n°04-19.099.

574 Prenons quelques exemples, à titre d'illustration, dans lesquels a été admise la transformation d'une obligation alimentaire en obligation civile. Dans un arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile le 3 juin 1998 (inédit), il s'agissait d'un engagement unilatéral formulé par le biais d'une lettre manuscrite de verser une somme d'argent, aux vues de permettre à la concubine délaissée de garder l'appartement dans lequel elle vivait avec ses enfants, et ce jusqu'au moment soit de son déménagement, soit de la fin des études de la plus jeune des enfants du couple. Or, l'ex-concubin cesse les versements au bout d'un an. La concubine délaissée demande l'exécution forcée de l'engagement, ce qu'admet la Cour de

Reprenons le raisonnement à Aubry et Rau. Les auteurs veillent en effet à présenter une typologie des différentes obligations naturelles. Leur distinction a déjà été ici évoquée : « Les obligations simplement naturelles sont, d'une part, les devoirs qui, fondés sur une cause juridique de nature à engendrer, au profit d'une personne contre une autre, un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligations civiles [...]. Les obligations simplement naturelles sont, d'autre part, les obligations à la fois naturelles et civiles à l'origine, auxquelles le législateur a, par des motifs d'utilité sociale, retiré le droit d'action »⁵⁷⁵. Les auteurs citent ensuite différents exemples sur lesquels il ne semble pas forcément utile de revenir exhaustivement : évoquons simplement que c'est selon eux à la première catégorie d'obligations naturelles qu'appartient « le devoir qui incombe aux proches parents, autres que ceux indiqués aux art. 205 et 207, de fournir, dans la mesure de leurs facultés, des aliments à leurs parents légitimes ou naturels qui se trouvent dans le besoin »⁵⁷⁶ ; et que l'exemple typique des obligations de la seconde catégorie est le cas où l'action du créancier est prescrite⁵⁷⁷.

La différence de dynamique entre les deux catégories exposées par Aubry et Rau est particulièrement intéressante. La seconde catégorie semble correspondre à la conception classique de l'obligation naturelle : nous sommes face à une obligation civile « dégénérée », qui a perdu quelque chose de sa qualité d'obligation civile – le droit d'action – et n'est dès lors « plus qu'une » obligation naturelle. Or, la nature profonde de la première catégorie est tout à fait différente : on parle d'obligations qui sont fondées sur des causes juridiques reconnues par le droit, mais pour lesquelles le législateur n'a pas poussé leur reconnaissance jusqu'à leur accorder la pleine qualité d'obligation civile. Ce ne sont donc pas des obligations « dégénérées », témoignant d'une défaveur du droit, mais des obligations « avortées », témoignant d'une faveur insuffisante ou incomplète. Pour les obligations dégénérées, le

cassation. Dans un autre arrêt, rendu par la même Chambre le 17 novembre 1999 (inédit), il s'agissait de l'offre faite, *via* une lettre, par un concubin à son ex-concubine d'occuper l'immeuble lui appartenant sa vie durant. La Cour vient ici casser l'arrêt d'appel qui avait refusé d'y voir une obligation naturelle transformée en obligation civile : « en statuant ainsi, par un motif général, sans rechercher si, compte tenu des circonstances de la cause, M. Y... n'avait pas entendu exécuter un devoir de conscience et n'avait pas ainsi transformé une obligation naturelle en une obligation civile ». Dans un troisième arrêt, du 19 février 2002 (inédit), la 1^{ère} Chambre civile avait à connaître du cas d'un homme consentant à sa concubine une donation de la maison lui appartenant. Au jour de la rupture du concubinage, il demande l'expulsion de la concubine de la maison au motif que la donation était nulle comme ne respectant pas les conditions de forme. La Cour de cassation le déboute, au motif notamment que l'acte litigieux avait pour cause l'exécution par le concubin d'une obligation naturelle tendant à réparer le préjudice résultant de son abandon de la donataire après une dizaine d'années de vie commune.

575 V. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, préc., p. 4-5.

576 V. *idem*, p. 6.

577 V. *idem*, p. 7.

processus a conduit à la perte de qualité d'obligation civile, quand, pour les obligations avortées, il n'a pas conduit à la reconnaissance civile. Or, nul ne peut dire, alors, si ce caractère des obligations avortées est le fruit d'un processus définitif ou d'une dynamique inachevée. On pourrait tout à fait imaginer que certaines obligations naturelles de cette catégorie soient en fait des obligations qui sont en train d'apparaître dans l'inconscient collectif du système juridique qui les accueille, et qui bien loin d'être avortées sont en train de naître à la vie civile.

190. Deux visions de l'obligation naturelle s'opposent alors ici. D'un côté, le point de vue de Madame Coudray. D'après elle, l'obligation naturelle « offre un moyen de faire évoluer le droit positif en y incorporant des valeurs sociales en évolution. La souplesse et la plasticité de cet outil juridique permettent d'assurer la pérennité du système juridique en favorisant son évolution harmonieuse et, dans une véritable continuité, si nécessaire à notre temps ». Pour cette raison, l'autrice retient que « à cet égard, bien loin de perturber le système juridique, comme avait pu l'affirmer un auteur dans une thèse souvent citée en référence⁵⁷⁸, l'obligation naturelle en assure la stabilité et l'équilibre »⁵⁷⁹. L'assimilation est ici évidente avec la vision que certains auteurs ont pu avoir du contrôle de proportionnalité *in concreto* tel que mis en œuvre de manière particulièrement spectaculaire en droit de la famille : il ne s'agirait pas de perturber le système juridique, mais bien au contraire de permettre à une solution dans l'ensemble souhaitable d'être maintenue, tout en aménageant une forme de « soupape de sécurité » pour permettre à la solution d'être ponctuellement écartée, afin que l'inéquité de la solution particulière ne remette pas en cause la solution d'ensemble du fait d'une application par trop stricte et aveugle⁵⁸⁰. Si une telle vision peut être approuvée s'agissant du contrôle de proportionnalité *in concreto*, l'assimilation de l'obligation naturelle semble tout à fait discutable. À cette vision qui permet de faire de l'obligation naturelle un mécanisme conservateur et un gage de stabilité, ne peut-on pas plutôt préférer celle de Madame la professeure Gobert, qui y voit un outil perturbateur, et en ce sens profondément révolutionnaire ?

578 Est ici citée la thèse de M. Gobert.

579 V. M. Coudrais, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », préc. spéc. pt. 6.

580 V. H. Fulchiron, « La Cour de cassation juge des droits de l'homme ? », in *Dalloz* 2014, p. 153 : « On peut se demander si, sur des questions aussi discutées, il n'est pas opportun de donner à la règle une certaine flexibilité. Cette souplesse ne signifie pas que l'on abandonne les principes posés par le législateur au terme d'arbitrages souvent difficiles [...]. On éviterait au contraire de devoir les abandonner de façon générale, au motif que, dans des cas particuliers, la balance penche en faveur de tel ou tel intérêt individuel. A défendre la règle dans toute sa rigidité, on aboutit non seulement à des solutions inhumaines [...], mais on risque surtout de casser la règle. Certes, la voie est pleine d'incertitudes, tant la flexibilité de la règle peut paraître difficile à concilier avec sa nécessaire prévisibilité, mais elle mérite assurément d'être explorée ». Pour une vision plus critique, v. la note de F. Chénédé au *Dalloz* 2017, p. 953, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* ».

Comme l'explique l'autrice :

« Entre *le droit positif*, système théoriquement clos, et les constantes *aspirations* de la conscience morale, l'obligation naturelle maintient constamment le contact. Elle est ce que nous serions tenté d'appeler le véhicule de la justice. Le droit contient évidemment une part de justice, mais paraît toujours en retard par rapport à elle. Malgré les efforts incessants pour faire coïncider leurs domaines, il reste évident que la seconde conservera toujours une certaine avance. Il faut tout au moins l'espérer : dans le cas inverse, le droit aurait atteint un état de dangereuse *stagnation*. L'obligation naturelle est l'instrument le mieux adapté pour permettre d'incorporer au fur et à mesure les idées de justice au droit positif, elle est l'instrument qui lui assure le mouvement et par là même, la vie »⁵⁸¹.

On le voit, ici, le contrôle de proportionnalité *in concreto* est un mécanisme de débrayage, quand l'obligation naturelle est un mécanisme moteur, ou correcteur. Le premier évite les évolutions du droit positif, la deuxième y invite. L'autrice poursuit d'ailleurs sa démonstration en ce sens :

« On tend sans cesse vers une réalisation plus complète de la justice, mais celle-ci n'est possible que par l'intermédiaire des lois. Une telle nécessité présuppose le consentement de la société. En effet, tout bond en avant ne s'effectue que si la société est décidée à tenter l'expérience et, pour cela, il faut qu'elle se soit laissée convaincre par quelqu'un. Or, pareille hypothèse n'est réalisable que s'il existe déjà un état d'âme que les réformes – paraissant de prime abord irréalisables – ne feront que consacrer. Au fur et à mesure que les réformes seront acceptées, le domaine de la justice officiellement consacrée sera d'autant plus élargi. Ce passage délicat se fera sous la responsabilité du juge : [...] c'est précisément ce mécanisme d'incorporation de la justice au droit positif que l'étude de l'obligation naturelle nous a permis de décomposer »⁵⁸².

L'obligation naturelle nous intéresse donc particulièrement en ce qu'elle dessine ce que pourrait être, à l'avenir, le droit positif de la famille en matière d'obligation alimentaire, *de lege ferenda*.

581 V. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préc. p. 197-198.

582 V. *idem*, p. 198.

Section 2. L'opportunité de redessiner le cercle des obligés alimentaires

191. Redessiner le cercle des obligés alimentaires nécessite, une fois révélées les limites des choix effectués en 1804, au regard des évolutions de la famille, d'une part, et de la fonction normative du droit de la famille, d'autre part, impose de s'interroger tant sur les fondements que sur les modalités techniques de cette entreprise.

S'agissant des fondements, il faut remarquer l'importance considérable qu'a pris, dans le débat politique, la notion de parentalité, notion plus politique que juridique, mais dont l'essor ne cesse de réinterroger les cadres du droit de la famille (**Sous-section 1**). Nous tâcherons, à cet égard, de mettre en évidence le fait que le développement de la parentalité vient redessiner, d'une part, les principes et valeurs traversant le droit de la famille contemporain, et interroger, d'autre part, les limites actuelles du cercle des obligés alimentaires.

Il conviendra, ensuite, de formuler des propositions pour une évolution du cercle des obligés alimentaires (**Sous-section 2**), notamment en proposant l'élargissement de ce cercle à la fraternité et aux recompositions familiales, ainsi qu'en envisageant l'instauration d'une hiérarchie au sein des créanciers et des débiteurs d'aliments.

Sous-section 1. Le développement de la parentalité

Sous-section 2. Propositions pour une évolution du cercle des obligés

Sous-section 1. Le développement de la parentalité

192. « Dessine-moi un parent ». Ce titre, choisi par Agnès Buzyn, alors ministre des Solidarités et de la Santé, pour désigner la « Stratégie nationale de soutien à la parentalité 2018-2022 »⁵⁸³, résume assez bien les tensions que connaît actuellement le droit de la famille en matière de relation parents-enfants. Dans la perspective d'une normativité renouvelée du droit de la famille contemporain, qui vise à penser la famille à partir de l'enfant, et non plus la famille en premier lieu, puis les membres qui la composent, on assiste en effet au développement considérable de la parentalité.

193. La notion de parentalité ne se laisse pas appréhender aisément, et nombreux sont les ouvrages, articles et autres écrits qui tentent d'en dessiner les contours⁵⁸⁴. Aujourd'hui bien installée dans le paysage politique et juridique, nous venant *a priori* de la psychanalyse *via* la sociologie⁵⁸⁵, la parentalité se révèle porteuse des différentes aspirations, complémentaires ou contradictoires, que le droit et les politiques publiques familiales attachent à l'idée d'« être parent ». Celles-ci semblent avoir été notamment synthétisées et explicitées sous la plume du groupe de travail dirigé par Monsieur le professeur Houzel⁵⁸⁶, lequel retenait « trois dimensions dans ce "fait d'être parent" : celle de "l'exercice", qui renvoie à une définition juridique de la parentalité, celle de la "pratique", qui renvoie à la personne qui concrètement prend soin de l'enfant, assure son éducation, et celle de "l'expérience" d'être parent, qui renvoie plus à un sentiment subjectif, à un lien vécu avec l'enfant »⁵⁸⁷. Concrètement, « ce que veut souligner le concept de parentalité, c'est qu'il ne suffit ni d'être géniteur ni d'être désigné comme parent pour en remplir toutes les conditions, encore faut-il "devenir parent", ce qui se fait à travers un processus complexe impliquant des niveaux conscients et inconscients du fonctionnement

⁵⁸³ V. le dossier de présentation de celle-ci, accessible en ligne (URL : https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/strategie_nationale_2018-2022.pdf).

⁵⁸⁴ V. notamment, outre l'article précité de D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine » : M. Boisson et A. Verjus, *La parentalité, une action de citoyenneté - Une synthèse des travaux récents sur le lien familial et la fonction parentale (1993 – 2004)*, CAF/CERAT, Dossier d'étude n°62, novembre 2004 ; A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck, G. Poussin (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érès, « Maison des droits des enfants et des jeunes », 2001 ; C. Martin, *La parentalité en questions - Perspectives sociologiques*, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, avril 2003 ; ou encore D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », in *Petites affiches*, n°59, mars 2010, p. 7.

⁵⁸⁵ Sur l'origine et l'histoire du terme, v. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 41, et spéc. p. 42 s. Sur son essor dans les politiques publiques, v. M. Chauvière, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », in *Informations sociales*, 2008/5 (n° 149), p. 16.

⁵⁸⁶ V. D. Houzel (dir.), *Les enjeux de la parentalité*, Eres, 1999 ; ouvrage issu des travaux du groupe de travail dirigé de 1993 à 1998 par D. Houzel à la demande du ministère de l'Emploi et de la Solidarité.

⁵⁸⁷ D. Mellier et E. Gratton, « Éditorial. La parentalité, un état des lieux », in *Dialogue*, 2015/1 (n° 207), p. 7.

parental »⁵⁸⁸. Qu'est-ce que cela signifie concrètement, et en quoi l'apparition de ce terme se révèle-t-elle être bien plus qu'une coquetterie sémantique ?

Pour le comprendre, il conviendra de revenir, en premier lieu, sur **les fonctions de la parentalité (I)** puis, en second lieu, sur **les effets de la parentalité (II)**.

⁵⁸⁸ D. Houzel, « Les enjeux de la parentalité » in *La parentalité. Défi pour le troisième millénaire. Un hommage international à Serge Lebovici*, sous la dir. de Leticia Solis-Ponton, Paris, Puf, 2000, p. 62, cité par M. Boisson et A. Verjus, *La parentalité, une action de citoyenneté - Une synthèse des travaux récents sur le lien familial et la fonction parentale (1993 – 2004)*, préc, p. 6.

I) Les fonctions de la parentalité

194. A l'examiner attentivement, il semble que la parentalité, notion moins juridique que politique, présente au moins quatre aspects que nous examinerons successivement : ainsi du rapport entre la parentalité et **la responsabilité parentale (A), l'émergence du couple parental (B), la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes (C)** et enfin le **développement du soutien à la parentalité (D)**.

A) La responsabilité parentale

195. Pour comprendre l'émergence de la notion de parentalité dans le lexique contemporain, il faut semble-t-il en premier lieu corréler cette évolution du vocabulaire avec la consécration de l'intérêt de l'enfant. Puisqu'il s'agit ici de penser la famille à partir de l'enfant, il devient nécessaire de repenser, corrélativement, le fait d'être parent. Or, pour résumer la pensée contemporaine en matière de « fait d'être parent » : on ne naît pas parent, on le devient, et il existe non seulement une différence entre être géniteur (passif) et être parent (actif), mais également entre être parent et être un bon parent. Comme l'explique Madame la professeure Dekeuwer-Défossez, c'est probablement là le premier sens qui a pu être donné à la parentalité, puisque l'autrice relève que :

« Le mot "parentalité" est au départ un terme de psychanalyse [qui] semble avoir été utilisé par Racamier, en 1961, pour désigner un processus de maturation psychique qui se développe chez les adultes qui deviennent parents. Autrement dit, il introduit l'idée que le fait d'avoir engendré un enfant ne suffit pas à devenir réellement "parent", mais qu'une évolution psychique est nécessaire pour endosser ce rôle de façon satisfaisant. Dès l'origine, la parentalité contient, comme une ombre, un questionnement sur l'aptitude des père et mère à assumer correctement leur mission »⁵⁸⁹.

196. Se révèle, à travers la parentalité, une forme de défiance vis-à-vis des parents, dans un souci de préservation des enfants, d'une part, et une dissociation d'avec la parenté d'autre part. A certains égards⁵⁹⁰, la parentalité est porteuse, en elle-même, d'un idéal, d'un modèle plus directement identifiable que la parenté. Elle est, en ce sens, profondément normative. Il

⁵⁸⁹ V. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », préc., p. 42.

⁵⁹⁰ Et bien que la parenté et la filiation soient, par elles-mêmes, porteuses de normativité.

n'est pas anodin que les politiques publiques aient choisi de s'écarter de la notion juridique d'autorité parentale pour investir celle de parentalité. Tout d'abord parce que l'autorité parentale, est trop souvent perçue avant tout comme un pouvoir exercé sur l'enfant par ses parents⁵⁹¹.

Le terme d'« autorité » semble certes *a priori* bien éloigné de la désormais très usitée éthique du *care*⁵⁹² puisqu'il évoque davantage la survivance de l'ancienne puissance paternelle que l'attention et la sollicitude parentales. C'est oublier qu'en matière d'autorité parentale, le pouvoir n'est pas une finalité, mais un moyen visant à préserver l'intérêt de l'enfant. La méfiance à l'égard de potentiels abus parentaux se retrouve jusque dans la lettre de l'article 371-1 du Code civil, qui précise en ses alinéas 2 et 3 que l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » et qu'elle « s'exerce sans violences physiques ou psychologiques ».

C'est là, semble-t-il, le premier trait de la parentalité, marquée par une certaine défiance vis-à-vis de l'exercice d'une autorité parentale, en tout cas ainsi présentée⁵⁹³ : la parentalité joue presque, pourrait-on dire, un office pacificateur des relations parents-enfants, et n'oublie pas de le marquer symboliquement par le choix des mots effectué⁵⁹⁴. En ce sens, donc, la parentalité prend le visage d'une éthique parentale, tournée entièrement vers le soin apporté à l'enfant, et visant à éviter les pratiques abusives dans la mise en œuvre des actes éducatifs⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Notamment par le grand public, et ce malgré une définition posée par l'article 371-1 du Code civil qui met en évidence le fait que l'autorité parentale est « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

⁵⁹² V. A. Zielinski, « L'éthique du *care*. Une nouvelle façon de prendre soin », in *Études*, 2010/12, t. 413, p. 631.

⁵⁹³ V. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », préc., p. 53-54, notant qu'« en appeler à "l'autorité" de parents défaillants semble inefficace, et contribue à mettre en lumière leur échec pédagogique, tandis que les rappeler à leurs responsabilités semble plus efficient », avant de toutefois soulever deux critiques. D'une part, « ce glissement terminologique contribue à mettre les parents en position défensive, puisqu'en droit français, la "responsabilité des parents" est celle qui est engagée, en application de l'article 1384 [actuel 1242] du Code civil, par les actes préjudiciables commis par leurs enfants ». D'autre part, l'auteur relève que « cette mise à l'écart de la terminologie du Code civil s'explique par le fait que le "soutien à la parentalité" est totalement construit en dehors du droit civil », et que « ce sont des textes de droit social, voire de droit pénal, ou encore de droit public qui l'organisent ». On assiste donc, ici comme ailleurs, à l'éclatement des sources dont est victime le droit de la famille depuis un certain nombre d'années, et qui contribue à le rendre plus difficilement lisible et, par là même, moins efficient d'un point de vue normatif.

⁵⁹⁴ V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », préc. spéc. p. 116, note de bas de page n°127 : « Certains suggéraient de remplacer l'autorité par la responsabilité en s'inspirant du droit européen (Règlement dit Bruxelles II bis sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale du 27 novembre 2003) lors du vote de la loi du 4 mars 2002. V. *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui, dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, dir. J.-P. Rozenczweig, janv. 2014, p. 9 : "du fait que, ainsi que le disait Kant, les parents ont mis au monde l'enfant sans demander son consentement, ils sont responsables de le protéger, de l'éduquer et d'assurer son développement. À cette fin ils disposent de pouvoirs à l'égard de leur enfant. Cependant, ces pouvoirs qui peuvent être contraignants doivent respecter la dignité et l'humanité de l'enfant. C'est la raison pour laquelle le concept d'autorité parentale ne saurait convenir et que doit lui être préférée la notion de responsabilité parentale" ».

⁵⁹⁵ Ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser problème, quand les parents peinent à déterminer les limites des actes éducatifs qu'ils peuvent mettre en œuvre. Comme l'expliquent J.-C. Quentel et J.-Y. Dartiguenave dans leur article intitulé « La parentalité et ses enjeux », in *Diversités*, 2010, Parents d'élèves, p. 32 : « Le parent se sent aujourd'hui facilement coupable de poser des actes éducatifs qui vont nécessairement frustrer l'enfant ; il lui semble qu'il n'en a plus le droit étant donné ce qui lui est dit des capacités de l'enfant, avec lequel il lui faudrait à présent négocier. Le parent se sent cependant coupable également de ne pas parvenir à le frustrer. Il n'est pas en effet sans savoir, plus ou moins consciemment, que l'éducation repose malgré tout sur des interdits que l'adulte doit renvoyer à l'enfant lorsque le comportement de ce dernier va à l'encontre du sentiment du « bien » dont lui, parent, se fait du coup le garant pour l'enfant. Ne parvenant pas à assumer les actes éducatifs

197. L'existence de l'enfant se révèle être pour les parents, et peut-être même avant toute chose, une source de responsabilité. De même que, par l'égalité des filiations, ce principe de responsabilité a été renforcé par la facilitation de l'établissement de la filiation – et par conséquent de l'obligation pour les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants –, de même qu'il s'est, à la même période, accompagné du renforcement de la responsabilité (civile) des parents du fait de leurs enfants mineurs, la parentalité vient réaffirmer la responsabilité parentale⁵⁹⁶.

C'est probablement, pour partie, l'inefficacité constatée de cette stratégie⁵⁹⁷ qui explique que l'on fasse le choix, dans les années 1980-1990, d'adopter une attitude de responsabilisation et de soutien, sous le vocable de parentalité. Comme l'explique Madame la professeure Neirinck, « le passage de la parenté à la parentalité [...] vient consacrer une compétence parentale, en principe totalement étrangère à la notion de parenté. En effet, la compétence renvoie à une aptitude de fait alors que la parenté renvoie à une place juridique. Est mis en place de parent non pas un ascendant, mais celui qui remplit correctement un rôle de père »⁵⁹⁸, ou plus généralement de parent.

198. Cette mutation semble procéder par deux moyens qui se complètent : d'un côté, une incitation, de l'autre, un soutien. L'incitation d'abord, qui prend la suite des politiques classiques en matière d'intervention étatique au sein de la vie familiale. Si l'Etat n'hésite naturellement pas à intervenir de manière prescriptive ou prohibitive, notamment *via* des décisions judiciaires, par l'intervention de l'Aide sociale à l'enfance, ou encore par le

qu'il pose malgré tout à certains moments, il lui arrive fréquemment aujourd'hui de se justifier *a posteriori* aux yeux de l'enfant. Il lui fournit la raison pour laquelle il a agi ainsi, comme si c'était une nécessité absolue pour l'enfant, alors qu'il ne fait la plupart du temps que se délivrer de sa propre culpabilité. Or l'enfant a besoin de s'y retrouver dans l'attitude de l'adulte à partir de critères qui sont tout autres. Il doit rencontrer chez l'adulte des limites à son comportement, non pas pour qu'il lui obéisse aveuglement, mais pour qu'il dispose de repères qui lui permettront d'exercer sa propre capacité de contrainte ».

⁵⁹⁶ V. J. Faget, « La fabrique sociale de la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck, G. Poussin (dir.), *De la parenté à la parentalité*, préc., p. 69.

⁵⁹⁷ V. *idem*, p. 74 s. : « Malgré l'existence d'un contrôle social de la scène familiale de plus en plus sophistiqué, de nombreux dysfonctionnements perdurent. Tantôt ce sont les parents « indignes » qui mettent en péril la santé physique et morale des enfants, tantôt c'est le comportement « incivil » des jeunes qui révèle de réelles carences éducatives. [...] La montée des incivilités ou des comportements délinquants des jeunes des cités sensibles est attribuée à leur absence de socialisation et d'intégration des normes régissant la vie en société. Et l'on invoque la dérive des parents quand toutes les figures de l'autorité sont en souffrance, les policiers malmenés, les professeurs contestés, quand on assiste à un effondrement de la société adulte. Et l'on stigmatise aussi les défaillances éducatives des familles d'origine étrangère. [...] Le type de contrôle social exercé sur les familles n'est d'ailleurs pas sans effet pervers. Beaucoup de parents étrangers ou de culture étrangère vivent l'intervention des travailleurs sociaux dans leur foyer comme une intrusion et une dépossession de leur prérogative parentale. Au lieu de corriger leurs comportements et de les adapter aux attentes normatives de la société d'accueil, ils finissent par désinvestir leur rôle et rendent la société responsable de la dérive de leurs enfants. On se retrouve alors confronté à la combinaison classique de mères hyperprotectrices et de pères déçus, emmurés dans leur silence ».

⁵⁹⁸ C. Neirinck, « De la parenté à la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck, G. Poussin (dir.), *De la parenté à la parentalité*, préc., p. 15 s., spéc. p. 26.

renforcement des cadres légaux protecteurs des membres de la famille⁵⁹⁹, le droit de la parentalité se révèle avant tout être incitatif et directif, profondément normatif, mais sous la forme du droit *doux et mou*⁶⁰⁰, cette *soft law* désormais tant usitée et dont on a déjà eu l'occasion d'expliquer combien elle se révélait profondément normative.

D'une certaine manière, et malgré les lacunes que connaît encore la parentalité pour jouer pleinement son rôle normatif⁶⁰¹, le choix de la *soft law* permet peut-être paradoxalement au droit d'être plus directif : puisqu'elle ne passe pas principalement par la prohibition mais par l'incitation, parce qu'elle « privilégie des outils de régulation tels l'éducation, l'accompagnement, le conseil, la recommandation, la conclusion de contrats, etc. »⁶⁰², puisqu'elle ne vient pas uniquement sanctionner des comportements déviants mais également porter modèles et idéaux, la normativité portée par le droit de la parentalité peut se révéler plus interventionniste, être plus précise dans ses préconisations, dans ses contours.

B) L'émergence du couple parental

199. Le droit de la famille n'hésite pas, ce faisant, à recourir à des fictions, l'exemple le plus célèbre en étant peut-être les deux premiers alinéas de l'article 373-2 du Code civil : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale » (al. 1) ; « Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent » (al. 2). Ce que reflète parfaitement cet article, c'est la création d'un mythe du droit de la famille contemporain : celui du couple parental, et de son indissolubilité⁶⁰³. Sans revenir dans les détails sur la définition ou plutôt les

⁵⁹⁹ Ainsi par exemple du Titre consacré depuis 2010, dans le Code civil, aux « mesures de protection des victimes de violences » (v. articles 515-9 à 515-13).

⁶⁰⁰ V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », préc. spéc. p. 113

⁶⁰¹ V. *idem*, p. 114-115 : « La parentalité entend donc bien assumer une fonction normative. Mais l'analyse révèle les limites de cette ambition. La parentalité semble d'abord parfois ignorer la distinction du droit et du non-droit, et celle du fait et du droit. À certains égards, elle surestime la fonction normative du droit en adoptant une *posture dogmatique* présomptueuse, qui survalorise l'artificialisme et le volontarisme juridique : affirmer que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale » est déni du réel autant que norme directive. À d'autres égards, elle sous-estime la fonction normative du droit en adoptant une *posture sociologique* réductrice qui semble tirer de la réalité le sens profond des normes : puisque tant d'enfants vivent dans des familles recomposées, ou monoparentales, ou homoparentales, il faut consacrer juridiquement ces faits. *Les prérequis d'une fonction normative* font ensuite défaut. *Formellement*, une telle fonction symbolique suppose des textes écrits dans le marbre : ils doivent être peu nombreux, rédigés sous forme de principe concis et immédiatement signifiants, placés dans les codes nobles, stables dans le temps, etc. *Matériellement*, elle implique un dispositif convaincant, qui réponde aux aspirations de justice et de sécurité du corps social. Or, le droit de la parentalité est aux antipodes de cette double exigence. Formellement, le dispositif est peu lisible : volatilité temporelle du dispositif ; empilement de dispositions de détail, souvent contradictoires ; syntaxe incertaine ; éclatement de la matière, terminologie ambiguë, polysémique, fluctuante, fictive ; sources inaccessibles ; sanctions hésitantes. À quoi s'ajoute une certaine résistance du corps social, signe possible de ce que le modèle proposé ne répond ni aux besoins et possibilités de la pratique, ni aux représentations familiales communes ».

⁶⁰² V. *idem*, p. 114.

⁶⁰³ Sur le sujet, v. not. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 41 ainsi que F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, 1999.

essais de définition possibles de la notion de couple, on peut rappeler que la grande distinction née ces dernières années est la distinction du couple conjugal, d'une part, et du couple parental, d'autre part.

Le couple conjugal⁶⁰⁴ est celui que l'on reconnaît de la manière la plus instinctive, qui recouvre les couples mariés, les couples pacsés ou encore les concubins et qui, dès lors, est soumis aux aléas des sentiments et des séparations : quel que soit son vécu, le droit français rend sa dissolution possible, et la sociologie nous apprend même qu'elle est probable⁶⁰⁵.

Le couple parental, lui, apparaît *via* la parentalité, et notamment à travers la notion, hautement symbolique et politique, de coparentalité, et ce particulièrement lors des différentes réformes de l'autorité parentale, à savoir la *Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales* – laquelle a procédé à l'extension de l'autorité parentale conjointe à des concubins avec une communauté de vie jugée suffisante – et surtout la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale* – laquelle a procédé à la déconnexion des caractéristiques du couple des parents avec l'attribution de l'autorité parentale, afin de permettre un exercice partagé dans la majorité des cas. Ces réformes sont venues inclure sous le concept de couple non seulement les couples mariés, Pacsés et les concubins, mais également les couples séparés, à condition toutefois que le couple ait donné naissance à un ou des enfant(s) commun(s) : ici est affirmée l'indissolubilité du couple parental, et la dissociation du couple parental et du couple conjugal⁶⁰⁶.

La volonté affichée par le droit est de garantir à l'enfant, dans son intérêt, le cadre familial le plus stable possible, et supposé survivre même à la séparation de ses parents. Dans le même sens et répondant au même objectif, on peut penser à la suppression de la notion de garde, aujourd'hui redistribuée entre résidence de l'enfant – laquelle n'est pas nécessairement partagée à la suite de la séparation du couple conjugal – et exercice de l'autorité

⁶⁰⁴ Dont on peut faire remonter l'apparition en droit à sa consécration dans le Code de la santé publique, en matière d'AMP.

⁶⁰⁵ Ainsi rappelle-t-on régulièrement que d'après les statistiques, près d'un mariage sur deux prend fin par un divorce, chiffre néanmoins en baisse depuis une dizaine d'années d'après l'INSEE (l'étude sur le site de l'INSEE : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2121566>).

⁶⁰⁶ Dans son article précité « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », D. Fenouillet relève un certain nombre de règles techniques destinées à assurer cette nouvelle parentalité : « restriction des cas d'exercice unilatéral de l'autorité (Art. 372 al. 2, 373, 373-2-1) ; admission de la résidence alternée (Art. 373-2-9) ; encadrement du changement de résidence d'un parent lorsqu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale (Art. 373-2, al. 3) ; préservation du droit de visite et d'hébergement du parent avec lequel l'enfant ne réside pas ou qui n'exerce pas l'autorité, en l'organisant dans des espaces de rencontre (Art. 313-2-1 al. 3, al. 4 et 373-2-9 al. 3 et 4 et 373-2) ; faveur aux accords parentaux (en organisant leur homologation de façon générale, art. 373-2-7, et en chargeant le juge de les initier par la conciliation et la médiation, art. 373-2-10), qui ont le mérite de procéder d'un choix égal des parents, à défaut de choisir un exercice égalitaire de l'autorité » (p. 101).

parentale – lequel, comme on l’a vu, est déclaré non impacté par ladite séparation. Bref, la naissance d’un enfant commun fait naître entre ses parents, d’après le droit de la famille français, un lien inaltérable, inébranlable, indéfectible⁶⁰⁷.

200. On ne peut en lisant ces dispositions que penser à la phrase de Jean Giraudoux : « Le droit est la plus puissante des écoles de l’imagination. Jamais poète n’a interprété la nature aussi librement qu’un juriste la réalité »⁶⁰⁸. L’indissolubilité du couple parental proclamée par la parentalité relève au mieux d’un idéal, au pire d’une négation de la réalité, ce qui questionne naturellement son effectivité normative. Car il est certain que la vocation normative de la coparentalité et du couple parental est très forte : en posant un modèle d’indissolubilité de l’union, alors même que toute l’évolution du droit de la famille ces deux derniers siècles s’est globalement attelée à faciliter et l’entrée dans et la sortie de la vie de couple, elle vient interroger, si ce n’est contrecarrer cette tendance. On croirait voir ressuscitée la méfiance qu’avaient certains des rédacteurs du Code civil vis-à-vis du divorce, méfiance qui avait conduit à la question de limiter ou de fermer la faculté de divorcer en présence d’enfants⁶⁰⁹. Pourtant, même si on aime à dire que c’est par convenance personnelle de Bonaparte que fut retenu le divorce, il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Code civil étaient bien loin de céder à l’angélisme en matière humaine et familiale⁶¹⁰, et qu’ils ont tâché de faire des choix réalistes, adaptés aux citoyens et citoyennes pour lesquels ils étaient faits⁶¹¹.

Il convient dès lors de s’interroger. « La parentalité ne serait-elle qu’une incantation rassurante à l’attention des parents, des tiers et de la société, un moyen de répondre à la décomposition familiale [...] en faisant comme s’il ne se passait rien ? En somme, un moyen de conforter la liberté qu’ont les adultes de ne pas constituer un couple, de rompre un couple, de reconstituer un couple »⁶¹² ? Ou joue-t-elle, au contraire, un rôle fortement responsabilisant, visant à « sécuriser le lien de l’enfant à chacun de ses deux parents » et à réaffirmer que « la société considère qu’il existe une contrepartie très forte à la liberté accrue du

⁶⁰⁷ Quand, parallèlement, même si on peut ne pas croire que « Les histoires d’amour finissent mal en général » (v. Les Rita Mitsouko, « Les histoires d’A. », in *The No Comprendo*, Virgin, 1986), il n’en reste pas moins que pour celles qui finissent, il semble illusoire de croire que cette fin se passe sans remous.

⁶⁰⁸ J. Giraudoux, *La guerre de Troie n’aura pas lieu*, Grasset, 1935, Acte II, Scène 5.

⁶⁰⁹ V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc. not. tome 9, plus précisément p. 273.

⁶¹⁰ V. par ex. A.-J. Abrial, alors Ministre de la Justice : « Les hommes sont naturellement égoïstes ; ils sont froids pour les affaires d’autrui : on ne trouve guère l’esprit de famille que dans les ascendants et dans les descendants ». V. *idem*, p. 272.

⁶¹¹ V. Concernant l’admission du divorce, *idem*, p. 248 s.

⁶¹² V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », préc. spéc. p. 118.

couple : l'obligation corrélative pour chacun des deux parents de maintenir sa responsabilité à l'égard de l'enfant, et de respecter et encourager celle de l'autre »⁶¹³?

201. Il existe aujourd'hui des indices qui semblent témoigner en faveur de chacune de ces deux hypothèses. On ne peut ainsi guère nier que les mesures destinées à faciliter les volontés et projets des couples et parents ne cessent de se multiplier – ainsi de la dernière réforme de la bioéthique et de ses évolutions en matière d'assistance médicale à la procréation, du traitement juridique de la gestation pour autrui ou encore de la consécration du divorce sans juge même en présence d'enfants mineurs – ce qui permet de douter du caractère réellement contraignant du vœu pieux affiché par la parentalité.

Pourtant, et nous y reviendrons plus en détail tout au long de ce travail, on ne saurait nier que le législateur multiplie les attentions, d'une part pour assurer une meilleure responsabilisation parentale – ainsi de la création, hautement symbolique tout autant qu'ayant une forte vocation technique, de la GIPA et de l'ARIPA, et globalement de la protection, tant sur le terrain patrimonial qu'extrapatrimonial, de l'enfant par et / ou contre ses parents – et d'autre part pour assurer un meilleur investissement des hommes dans leur rôle de père et un meilleur partage des tâches liées à la vie de famille – outre la réforme de l'autorité parentale, pensons particulièrement ici à la récente réforme du congé paternité par la *Loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021*, qui a notamment modifié l'article L. 1225-35 du Code du travail.

Ce qu'exprime la parentalité, lorsqu'elle proclame cette indissolubilité du couple parental, c'est avant tout, nous semble-t-il, qu'il est aujourd'hui considéré que c'est l'enfant qui fait la famille. À ce titre, Madame la professeure Dekeuwer-Défossez résume un des rôles de la parentalité comme recouvrant la « nécessaire coopération des adultes qui se trouvent amenés à élever un même enfant »⁶¹⁴ : c'est donc encore une fois le caractère responsabilisant de la parentalité qui transparaît, laquelle impose d'une certaine manière aux parents, du fait de la naissance d'un enfant, de se comporter en adultes.

Ce dernier point est particulièrement important car il permet de révéler un autre visage de la parentalité : une normativité tournée pour partie non pas vers l'enfant directement, mais

⁶¹³ V. I. Théry (dir.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, préc., p. 194.

⁶¹⁴ V. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », préc., p. 43

vers ses parents, dans un objectif de promotion et de réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes.

C) La promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes

202. Comme le souligne Madame la professeure Fenouillet, « l'autorité parentale était hier une technique familiale ordonnée à l'intérêt de l'enfant, et c'est dans ce cadre qu'il convenait de respecter autant que possible l'égalité des père et mère. Devenue coparentalité, elle semble avant tout vouloir assurer l'égalité des sexes »⁶¹⁵, quitte « à se demander si l'objectif est d'assurer l'égalité des père et mère dans la famille, et ce pour l'intérêt de l'enfant : la coparentalité ne relève-t-elle pas davantage d'une politique volontariste, de promotion de l'égalité des sexes *par la famille* ? »⁶¹⁶. De la même manière, Madame la professeure Dekeuwer-Défossez remarque que « le refus de distinguer paternité et maternité pour ne voir que la "parentalité" » et « l'indifférenciation des rôles du père et de la mère » sont, « bien évidemment, destinés à asseoir une parfaite égalité des sexes, dont l'exigence est incontestable »⁶¹⁷.

On pourrait peut-être nuancer le propos et se demander si cette promotion de l'égalité des sexes ne se fait pas seulement *par* mais également *pour* la famille. S'il est vrai que la parentalité, par l'attention constante qu'elle semble avoir pour les droits des parents, semble s'éloigner de l'intérêt de l'enfant en tant que tel, il semble également qu'il ne faudrait pas lui faire les mêmes critiques que celles qu'avait rencontrées l'autorité parentale, à laquelle était déjà reproché, largement à tort, d'être trop centrée sur les adultes et éloignée de l'intérêt de l'enfant. On peut se poser la question⁶¹⁸, mais il semble prématuré de condamner la parentalité en tant que telle.

203. Il est indéniable que l'égalité entre les hommes et les femmes est, tant symboliquement que techniquement, l'une des pierres angulaires de la parentalité⁶¹⁹.

⁶¹⁵ V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », préc. spéc. p. 101

⁶¹⁶ V. *idem*, p. 102

⁶¹⁷ V. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », préc., p. 44.

⁶¹⁸ V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », préc. p. 120 : « Si l'on ajoute que la parentalité se soucie plus de l'égalité père / mère que de l'intérêt de l'enfant, qu'elle vise à escamoter les difficultés que l'enfant éprouve du fait de l'absence de couple parental, que la parentalité des tiers assouvit le besoin de reconnaissance des adultes qui ont élevé l'enfant d'autrui et qu'elle tente de nier les difficultés attachées aux recompositions familiales, est-il excessif de dire du modèle de la parentalité qu'il est centré sur l'intérêt des adultes ? ».

⁶¹⁹ Même si, comme le remarque F. Dekeuwer-Défossez dans son article précité : « En droit civil, ces principes ne sont pas contestés, même si leur mise en pratique confronte parfois l'égalité juridique et l'indifférenciation des rôles parentaux à la réalité de pratiques sociales différentes. La résidence alternée, expression radicale de cette égalité indifférenciée, peine à décoller des 15% statistiques où elle demeure confinée.

Néanmoins, cette seule circonstance ne saurait permettre de conclure au sacrifice de l'intérêt de l'enfant. En effet, outre le simple fait qu'on peut considérer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de grandir dans une société ayant à cœur de promouvoir et *in fine* d'assurer une meilleure égalité entre les hommes et les femmes⁶²⁰, il semble qu'en visant à équilibrer, pacifier et faciliter les relations entre les membres du couple parental y compris après la dissolution du couple conjugal⁶²¹, tout en portant sur le fait d'être parent un discours mêlé d'attention pour l'enfant et de responsabilisation du parent, le droit de la famille tâche d'aménager, autant que faire se peut, le cadre de vie le plus favorable possible à l'enfant.

Contrairement à la critique d'idéalisme et de déconnection de la réalité qui peut lui être faite, la parentalité part ici d'un constat : la volatilité des sentiments et la fragilité des relations, dès lors que la loi autorise à mettre fin au couple conjugal, fût-il marié⁶²², sont des faits avec lesquels il faut composer. Lorsque le couple conjugal s'est séparé, organiser autant que faire se peut les relations des parents de sorte à garantir le respect de chacun, malgré les hésitations auxquelles cela peut mener, semble être tâcher de garantir à l'enfant si ce n'est le cadre de vie le plus stable – car en effet l'indissolubilité du couple parental est, on l'a vu, une fiction – du moins le moins conflictuel possible, en posant clairement les principes directeurs de la relation parentale et en offrant un vaste éventail d'aménagements possibles de sorte à pouvoir, le plus possible, individualiser les mesures prises.

C'est donc, sur le papier tout du moins, un dispositif à la fois pragmatique mais aussi porteur d'idéaux qui est mis en place, et il semble que le bon ordre de la relation parentale ne peut, *in fine*, que profiter à l'enfant⁶²³, même si cette logique peut, parfois, conduire à ce que

Massivement, les enfants de parents séparés continuent à résider avec leur mère et à passer avec leur père trois week-ends par mois. Mais personne ne remet en question le bien-fondé du paradigme fondateur de l'égalité par l'identité de droits et de fonctions ». Les objectifs que se donne la parentalité en matière d'égalité entre les hommes et les femmes semblent donc encore très lointains, ce qui ne doit néanmoins pas conduire à les condamner en tant que tel, mais plutôt à en questionner les modalités de réalisation, d'autant plus que « eu égard à la discrimination pesant sur la carrière des femmes, notamment en terme de durée et de rémunération, il est plus que probable que cette uniformisation se fera à leur détriment, et ceci d'autant plus que, pour des raisons économiques compréhensibles, l'égalité des droits sociaux a tendance à toujours se caler sur le moins-disant des régimes » (v. *idem*, p. 45).

⁶²⁰ Ce qui est encore, y compris au sein du droit de la famille, loin d'être le cas, et ne peut que conduire à encourager l'usage de tous les moyens disponibles afin d'atteindre cet objectif, par ailleurs assumé. V. par ex. *Dessine moi un parent – Stratégie nationale de soutien à la parentalité 2018-2022*, dossier précité, p. 20 : « L'exercice de la fonction parentale est un élément majeur de l'égalité entre les femmes et les hommes : il est établi que le "travail parental" est aujourd'hui inégalement réparti entre les femmes et les hommes ; l'éducation parentale est déterminante dans la construction ou déconstruction des stéréotypes sexistes chez l'enfant. Les actions d'accompagnement des parents sont donc un levier pour favoriser la mise en place d'un partage plus égal des responsabilités parentales et inviter à prendre du recul quant aux stéréotypes susceptibles d'être véhiculés au quotidien de la vie familiale ».

⁶²¹ Dans le cas d'ailleurs où un tel couple conjugal aurait existé, ce qui n'est que partiellement le cas.

⁶²² Et il semblerait malaisé, tout comme malvenu, de revenir aujourd'hui sur ce point.

⁶²³ Pour citer la *Recommandation n°2006/19 du Comité des ministres aux Etats membres [du Conseil de l'Europe] relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive* : « "Parentalité" comprend l'ensemble des fonctions dévolues aux parents pour prendre soin des enfants et les éduquer. La parentalité est centrée sur la relation parent-enfant et comprend des droits et des devoirs pour le développement et l'épanouissement de l'enfant ; "Parentalité positive" se réfère à un comportement parental fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui vise à l'élever et à le responsabiliser, qui est non violent et lui fournit reconnaissance et assistance, en établissant un ensemble de repères favorisant son plein développement ».

soient adoptées des solutions de compromis entre les parents qui peuvent être controversées quant à leur conformité au meilleur intérêt des enfants. On peut évoquer, à cet égard, le cas de la résidence alternée, dont la conformité à l'intérêt de l'enfant est aujourd'hui remise en question, certains professionnels avançant que cette solution est la meilleure pour préserver l'équilibre de l'enfant et le lien avec ses deux parents, tandis que d'autres y voient une institution pensée avant tout pour assurer une forme d'égalité des parents dans leur rapport à leur enfant⁶²⁴.

D) Le développement du soutien à la parentalité

204. L'intention de favoriser l'intérêt de l'enfant semble guider un autre volet de la parentalité, qui prend de plus en plus d'importance : le soutien à la parentalité, dont on peut faire remonter les origines, soit à la fin du XIX^{ème} siècle, avec la *Loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, soit à la création, par l'ordonnance du 23 décembre 1958, de « l'assistance éducative »⁶²⁵. La lecture du dossier de présentation précité de la Stratégie nationale de soutien à la parentalité 2018-2022 est à ce titre tout à fait révélatrice. Dès son avant-propos, l'intention est affichée de la mise en place qu'une « politique pour accompagner les parents et prévenir les risques qui pèsent sur les familles »⁶²⁶ : on apprend que plus de 40% des parents « jugent aujourd'hui difficile l'exercice de leur rôle de parent »⁶²⁷, et qu'un des enjeux essentiels de la mise en place d'une politique publique de soutien à la parentalité est de « développer les possibilités de relais parental et de répit en famille » afin de « donner aux parents qui en ont besoin la possibilité d'être relayés, de souffler, pour prévenir le *burn-out* parental et préserver l'équilibre familial »⁶²⁸.

Depuis maintenant un peu plus d'une vingtaine d'années, et conformément d'ailleurs à un mouvement global de psychologisation du droit, les difficultés de la tâche des parents font l'objet d'une attention particulière, et ce d'autant plus que ces difficultés se sont, pour les femmes, probablement renforcées puisque leur entrée en activité n'est pas encore corrélée à un partage équilibré des tâches ménagères⁶²⁹. Les parents, partagé entre vie familiale et vie

⁶²⁴ V. par ex., faisant un résumé des différentes positions et controverses en la matière, B. Hachet, « Résidence alternée : Pratiques polémiques et normes ambivalentes », in *Journal des anthropologues*, Association française des anthropologues, 2016, 144-145, p. 191.

⁶²⁵ V. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », préc., p. 52 s.

⁶²⁶ V. *Dessine moi un parent – Stratégie nationale de soutien à la parentalité 2018-2022*, dossier précité, p. 4.

⁶²⁷ *Idem*.

⁶²⁸ *Idem*, p. 27.

⁶²⁹ V. à ce sujet C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital - Comment la famille reproduit les inégalités*, éditions la découverte, 2019, spéc. p. 12 : « En France, en 2010, dans les couples avec enfants, les femmes travaillent en moyenne chaque semaine 54 heures, qui comprennent 34 heures de travail domestique non rémunéré et 20 heures d'activités professionnelles. Dans ces mêmes ménages, les hommes travaillent 51

professionnelle, dans un monde où s'exerce en outre une considérable charge mentale autour du fait d'être bon parent⁶³⁰, peuvent en effet se sentir dépassés, ce qui peut dans les cas les plus graves conduire à des actes d'abandon parental ou de *burn-out*, voire à des actes de violence à l'égard des enfants⁶³¹. Il était donc impératif que ces difficultés soient prises en compte, et on se rend compte ce faisant que ce sont bien, par la prise en considérations des problématiques parentales, l'intérêt et la protection des enfants qui sont en jeu.

205. Ce dernier volet de la parentalité peut d'ailleurs potentiellement se révéler particulièrement interventionniste, comme le relève Madame la professeure Dekeuwer-Défossez à l'aune de l'analyse du passage sémantique de l'assistance éducative au soutien à la parentalité, car ce soutien, une fois dépassé le stade de l'accompagnement simple, peut conduire dans certains cas à une forme de mise sous tutelle parentale⁶³², dont on avait pourtant vu que la parentalité avait tâché de se défaire : il s'agit, avant tout, de protéger l'enfant, ce qui, pour son intérêt, doit en principe se faire au sein d'un cadre familial stable, mais n'exclut pas pour autant des mesures plus radicales.

Nous sommes donc avec la parentalité face à une notion éminemment protéiforme, ce dont témoigne d'ailleurs l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles, lequel définit le rôle de l'Aide sociale à l'enfance en mêlant éléments de protection de l'enfant et de soutien des parents⁶³³. Responsabilisante, défiante et accompagnante à l'égard des parents, la

heures, soit trois heures de moins par semaine ; ils consacrent en moyenne 18 heures à des activités domestiques gratuites et 33 heures à des activités professionnelles. Au final, les femmes travaillent davantage mais sont beaucoup moins payées (Source : enquête "Emploi du temps" de l'INSEE. Delphine Roy, "Le travail domestique : 60 milliards d'heures en 2010") ». v. Également p. 76 s. Ou encore le Chapitre 7, « Esclave entre tous est l'ex-femme du prolétaire », p. 235 s.

⁶³⁰ On peut ici évoquer ici le développement, à l'époque contemporaine, de nombreuses préoccupations telles que la prévention des violences éducatives ordinaires, l'impératif de laisser son enfant se développer sans imposer des schémas familiaux ou des stéréotypes de genre, et de tout un ensemble de problématiques liées par exemple aux nouvelles technologies dont il faut déterminer la place dans le foyer.

⁶³¹ Que l'on pense à cet égard à la récente et terrifiante affaire Cottrez, et ses infanticides multiples, dont il semble qu'ils aient été en partie causés par la détresse de la maternité sur une personne dont les facultés étaient altérées et par ailleurs psychologiquement fragile. V. *Dessine moi un parent – Stratégie nationale de soutien à la parentalité 2018-2022*, dossier précité, p. 27 : « Monoparentalité, handicap du parent ou de l'enfant, situation professionnelle difficile, précarité... Les raisons pouvant conduire parents et enfants à l'épuisement sont diverses et peuvent parfois se cumuler. Cette fatigue physique et/ou psychique crée un terrain favorable aux violences éducatives ordinaires. C'est pourquoi, les familles particulièrement exposées à ce risque doivent trouver des possibilités de souffler [...] Toutes les actions permettant aux parents ou aux familles de se ressourcer, si elles sont utiles, ne constituent pas en elles-mêmes des actions de soutien à la parentalité ; elles s'inscrivent toutefois dans cette politique dès lors que l'un au moins de leurs objectifs explicites est la prévention du burn-out parental ou l'amélioration de la qualité de la relation enfants/parents ».

⁶³² V. F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », préc., p. 56 : « Quelle différence alors faire entre l'assistance éducative classique et le nouveau "soutien à la parentalité" obligatoire ? Cette différence tient, en réalité, moins dans la nature des défaillances auxquelles il s'agit de porter remède, que dans le regard porté sur ces dernières. Le critère d'intervention de l'assistance éducative est le danger couru par l'enfant ou à tout le moins le "risque de danger". Le soutien forcé à la parentalité, sous les formes plus modernes du contrat de responsabilité parentale, de l'accompagnement parental décidé par le maire de la commune, ou des stages parentaux, est déclenché par des anomalies de comportement laissant craindre un basculement dans la délinquance. Le paradigme n'est plus alors de soutenir les familles par une aide, mais de les obliger à faire leur travail éducatif, sous menace de sanction ».

⁶³³ « Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes : 1° Apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs et à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social, qu'aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre ; [...] 3° Mener en urgence des actions de

parentalité tâche de jouer des fonctions diverses et complémentaires, *a priori* dans un objectif de protection de l'intérêt de l'enfant, bien qu'elle se donne parfois d'autres rôles, par exemple lorsqu'elle intervient en matière d'égalité hommes-femmes, ce qui peut sembler plus périphérique⁶³⁴.

206. *In fine*, il apparaît donc que le réel défaut de la parentalité ne repose pas dans le fait de dissimuler ce qu'elle entend faire, mais plutôt, ce faisant, de se disperser. On retrouve là une tentation assez récurrente du législateur⁶³⁵ contemporain. Celui-ci se veut normatif, et se dote pour ce faire, dans un souci apparent de clarté et d'efficacité, de notions-cadre qui se veulent fortes : intérêt supérieur de l'enfant, parentalité, etc. Pourtant, ce faisant, il fait jouer à chaque notion tant de rôles, il les mobilise dans tant de situations différentes et parfois contradictoires⁶³⁶, que l'objectif initial de clarté *via* des grands principes est dévoyé, la normativité en elle-même éventée. L'intelligibilité du droit de la famille s'en trouve durement atteinte, et on finit par croire qu'il n'y a plus, en droit de la famille, ni modèle ni normativité, et que seules comptent quelques mesures phare hautement politiques, enrobées dans des concepts flous. Il semblerait dès lors nécessaire de procéder à un important travail de clarification, des notions telles que la parentalité mêlant tellement d'enjeux, individuellement louables, qu'elles finissent par ne plus être lisibles. C'est, semble-t-il, ce qui fonde la conclusion que Madame la professeure Dekeuwer-Défossez donne à son article précité :

« L'utilisation de la notion de parentalité [...] n'apporte pas d'éléments véritablement positifs en droit. Bien au contraire, cette notion indéterminée qui permet d'éluder les termes précis de père, mère ou d'autorité parentale est propice à toutes les manipulations et à toutes les instrumentalisation. Et elle détourne l'attention de l'enfant dont l'intérêt n'est plus recherché, vers les adultes qui, selon les circonstances, revendiquent des "droits" sur un enfant, ou se voient reprocher de ne pas assumer leurs responsabilités »⁶³⁷.

protection en faveur des mineurs mentionnés au 1° du présent article ; [...] 5° bis Veiller au repérage et à l'orientation des mineurs victimes ou menacés de violences sexuelles, notamment des mineurs victimes de mutilations sexuelles ; 6° Veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur ; [...] 8° Veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec ses frères et sœurs soient maintenus, dans l'intérêt de l'enfant ».

⁶³⁴ Et laissons pour l'instant de côté la question de la place des tiers, également centrale en matière de parentalité, et qui révèle, de son côté, des limites qui nous semblent constituer le support d'objections plus indiscutables de l'usage qui en est fait.

⁶³⁵ Et derrière lui, du discours politique, puisque des notions comme la parentalité sont apparues, dans le discours, dans le cadre de la présentation des politiques familiales.

⁶³⁶ Les errements législatifs et jurisprudentiels en matière d'AMP et de GPA semblent à ce titre exemplaire, puisque l'intérêt de l'enfant a pu être mobilisé par toutes les forces en présence, au soutien d'arguments diamétralement opposés.

⁶³⁷ V. F. Dekeuwer-Défossez, dans son article précité « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », p. 5.

Le risque semble donc grand que, malgré ses bonnes intentions, l'éparpillement et le manque de clarté de la parentalité, alliés au fait qu'elle occulte des notions juridiques précises alors qu'elle devrait les accompagner, voire entre en contradiction avec elles, la conduisent à causer à la fonction normative du droit de la famille contemporain plus de torts qu'elle ne lui apporte de bénéfices. On s'aperçoit cependant que le développement de cette notion est susceptible d'avoir des effets concrets pour la compréhension du cercle des obligés alimentaires, en ce qu'elle questionne les frontières de ce qu'est un groupe familial.

II) Les effets de la parentalité

207. La parentalité, envisagée au-delà du seul rapport parents-enfants, et bien que cette notion ait émergé dans ce cadre, vient questionner les limites du groupe familial, en s’attachant à une fonction plus qu’à un statut juridique. Cette circonstance a, notamment, un effet en matière d’appréhension des recompositions familiales. On a en effet déjà pu mentionner la défiance originelle du législateur à l’encontre des recompositions familiales, dont l’article 206 du Code civil se fait le reflet. Néanmoins, on peut remarquer que s’agissant des recompositions familiales, cette défiance s’est exercée notamment, voire exclusivement, à l’égard de la marâtre ou du parâtre : les fillâtres et filsâtres, eux, semblent ignorés du législateur de 1804.

Pour le comprendre, il faut faire le constat qu’à l’époque contemporaine, la réalité de la famille recomposée⁶³⁸ diffère considérablement de ce qu’elle était au début du XIX^{ème} siècle. Comme a pu le remarquer un auteur, les recompositions familiales, « ces cellules familiales aux contours incertains [...] étaient autrefois courantes, et souvent rapides. Consécutives à des décès, elles passaient par le remariage d’un veuf ou d’une veuve. Jusqu’à la Seconde Guerre mondiale, les unions étaient rompues par la mort d’un des deux conjoints alors qu’aujourd’hui la cause principale des ruptures est le divorce (ou la séparation dans les couples non mariés). Les recompositions familiales concernaient autrefois des orphelins, qui trouvaient ainsi un beau-père (parâtre) ou une belle-mère (marâtre) »⁶³⁹. Les choses ont considérablement évolué : l’auteur remarque ainsi qu’« aujourd’hui, les enfants des recompositions sont les enfants des désunions », et que dès lors, ces « recompositions contemporaines procéd[ent] non du destin et de la fatalité mais de l’aspiration et de la volonté »⁶⁴⁰.

208. La perspective est alors tout à fait différente. D’une certaine manière, comme on a déjà pu l’observer précédemment, ce n’est plus seulement le couple qui est pris en considération, mais le groupe familial entier, et ce notamment, en adoptant le point de vue de

⁶³⁸ Il peut être difficile de définir ce qu’est une famille recomposée. Si on se réfère aux définitions adoptées par l’Insee (v. [Pour l’Insee] E. Algava, K. Bloch et I. Robert-Bobée, « Les familles en 2020 : 25 % de familles monoparentales, 21 % de familles nombreuses », in *Insee Focus* n°249, 13 septembre 2021), « Les familles sont définies à partir des liens unissant les personnes qui partagent le même logement. On s’intéresse aux familles avec au moins un enfant mineur : un couple et des enfants ou un adulte et des enfants. [...] Les couples avec enfants comprennent des familles dites « traditionnelles », où tous les enfants du logement sont ceux du couple, et des familles recomposées. Une famille recomposée comprend un couple d’adultes et au moins un enfant né d’une union précédente de l’un des conjoints. Les enfants qui vivent avec leurs parents et des demi-frères ou demi-sœurs font aussi partie d’une famille recomposée ». Pour aller plus loin sur cette question, v. M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd’hui*, Nathan, 1993.

⁶³⁹ V. J. Damon, « Les familles recomposées. Approche sociologique », in *Études*, 2013, vol. 418, n°5, p. 619, n°1.

⁶⁴⁰ V. *idem*, n°2.

l'enfant, l'idée étant désormais bien intégrée dans les schémas de pensée contemporains que c'est avant tout l'enfant qui subit le choix des adultes qui l'entourent, la recomposition familiale étant le résultat de ceux-ci. Comme l'explique Monsieur le professeur Damon :

« Les recompositions familiales, maintenant principalement conséquences de l'instabilité conjugale, sont souvent analysées du point de vue des parents. Pourtant l'unité de compte adulte ou famille n'est pas la plus simple, ni vraiment la plus éclairante. L'unité de compte la plus valable est l'enfant. Pour apprécier ces familles recomposées, il faut les voir, statistiquement, des yeux des enfants concernés. L'option est d'ailleurs cohérente avec le primat donné maintenant par le droit de la famille à l'intérêt de l'enfant. Elle est également pleinement cohérente avec l'idée selon laquelle c'est maintenant l'enfant qui fait la famille (et non le mariage). On peut discuter mille ans de la validité générale d'une telle affirmation. Elle est incontestable dans le cas des familles recomposées. En effet, c'est parce qu'il y a des enfants que l'on parle de recomposition familiale. Une nouvelle union, après une séparation, ne pose aucun des problèmes contenus dans la problématique des recompositions familiales lorsqu'il n'y a pas d'enfant. La définition même de la famille recomposée tient dans la présence d'un enfant qui vit, en permanence ou en alternance, avec un de ses parents et son conjoint. C'est bien l'enfant qui fait la famille. L'approche de la famille recomposée recentre la famille sur l'enfant, et pas sur le couple »⁶⁴¹.

D'un point de vue quantitatif, le phénomène est désormais bien installé. L'INSEE nous informe ainsi qu'en 2020 près d'une famille sur dix était en France une famille recomposée⁶⁴², ce qui représente, car ce chiffre est peut-être plus parlant, 717.000 familles. Celles-ci hébergeant en moyenne, en 2020, 2,4 enfants par famille, ce sont actuellement 1,72 millions d'enfants qui vivent, en France, au sein d'une famille recomposée. Ajoutons à cela que ces familles sont, en moyenne, plus touchées que les familles dites « traditionnelles » par les problématiques de logement surpeuplé⁶⁴³ et de pauvreté⁶⁴⁴. Dans ces conditions, il n'est plus possible ni de présenter ce phénomène de recomposition comme marginal, ni d'en ignorer l'hypothèse au sein d'une étude consacrée aux solidarités intrafamiliales.

209. Or, ce phénomène d'ampleur est aujourd'hui ignoré. Il reste rare, ainsi, que les ouvrages consacrés au droit de la famille exposent et discutent ces questions de recompositions

⁶⁴¹ V. *idem*, n°14.

⁶⁴² V. (Pour l'Insee) E. Algava, K. Bloch et I. Robert-Bobée, « Les familles en 2020 : 25 % de familles monoparentales, 21 % de familles nombreuses », préc.

⁶⁴³ Puisque 10,3% des familles traditionnelles vivent dans un logement surpeuplé contre 16,3% des familles recomposées. V. *idem*.

⁶⁴⁴ Puisque le taux de pauvreté des familles traditionnelles est de 15,6% contre 16,6% au sein des familles recomposées. V. *idem*.

familiales. *De lege lata*, les articles 205 et suivants du Code civil sont clairs : les recompositions familiales n'emportent pas, à elles seules, la création d'un lien de solidarité alimentaire entre le parâtre ou la marâtre et les enfants nés d'une précédente union de son ou de sa compagne. Entre les membres du couple eux-mêmes, l'existence d'une obligation alimentaire dépendra de leur statut juridique, mais quoi qu'il en soit, celui-ci sera sans incidence sur la relation de chacun avec les enfants de l'autre.

On peut s'en étonner à bien des égards.

En premier lieu, pour des raisons sociologiques : la fréquence et l'importance du phénomène de reconstitution familiale, les enjeux familiaux, sociaux et économiques liés pourraient plaider pour que ce phénomène fasse l'objet d'une prise en compte juridique.

En deuxième lieu, pour des raisons tirées de l'étude du droit de la famille lui-même : ce dernier, on le sait ne craint pas de mobiliser le vécu, parfois qualifié de « vérité sociologique »⁶⁴⁵ aux fins de produire des effets considérables, qu'il s'agisse, en matière de filiation, d'établir un nouveau lien de filiation sur le fondement de la possession d'état (v. art. 310-1 et 311-1 s. du Code civil), ou de conforter un lien de filiation pour le rendre incontestable (v. not. art. 333 du Code civil). Le vécu n'est donc pas absent du droit de la famille, et il peut servir de fondement à des effets bien plus riches en conséquence, en soi, qu'une « simple » relation alimentaire, puisqu'il permet de conduire au jeu de tous les effets de la filiation : autorité parentale, vocation successorale, devoir d'éducation et d'entretien, etc. Pourquoi ne pas admettre que si le vécu peut donner naissance à un lien de filiation, il peut *a fortiori* donner naissance à un lien de nature alimentaire ? Évidemment, il faudrait alors délimiter strictement les choses, mais une telle mission ne semble pas inaccessible, comme nous le verrons dans la sous-section suivante.

En troisième lieu, il semble que le droit fiscal, ou encore le droit de l'aide sociale, de leur côté, soient moins imperméables dans leurs principes aux situations de fait des familles : il est d'usage de dire que ces matières sont teintées d'une forme de réalisme et d'amoralité, ce qui explique des notions comme celle de foyer, ou de charge, dépassent les catégories juridiques posées par le droit civil de la famille⁶⁴⁶. Ce dernier se révèle d'ailleurs, dans l'application qu'en

⁶⁴⁵ Même si la formule peut sembler regrettable, dans la mesure où elle suscite davantage de questions qu'elle n'en résout.

⁶⁴⁶ Sur ces points, v. partie 2.

fait la jurisprudence, plus concret et factuel qu'il n'y paraît au premier abord. Il est ainsi constant que, bien que « la dette du débiteur d'aliments [soit] une dette personnelle dont le montant est fixé eu égard à ses seules ressources », cela n'exclue pas une prise en considération des revenus de l'autre membre du couple, la jurisprudence ayant jugé que « les revenus du conjoint ne [peuvent] être pris en considération que dans la mesure où ils réduisent les charges du débiteur »⁶⁴⁷. Or, comme nous le verrons plus tard, cette solution pose, aujourd'hui, des problèmes considérables, notamment sur le terrain de la cohérence.

Il se pourrait donc, d'un point de vue technique, que le droit ait d'ores et déjà commencé son cheminement vers une prise en considération renouvelée de la question de la place, dans la famille vécue, des beaux-parents.

⁶⁴⁷ V. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, n°07-10.285, solution également retenue s'agissant du concubin, v. Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, n°06-21.168.

Sous-section 2. Propositions pour une évolution du cercle des obligés

210. L'évolution du cercle des obligés alimentaires peut, techniquement, connaître deux modalités principales. La première consiste à interroger les limites du cercle des obligés, ce qui nous conduira à en proposer l'élargissement **(I)**. La seconde consiste à interroger les modalités de mise en œuvre de l'obligation alimentaire au sein de ce cercle, ce qui nous conduira à proposer l'introduction d'une hiérarchie au sein des créanciers et des débiteurs d'aliments **(II)**.

I) Par l'élargissement du cercle des obligés

211. S'agissant de l'élargissement du cercle des obligés à de nouveaux acteurs familiaux, précisons d'ores et déjà que nous ne mentionnerons pas ici le couple non marié et le cas de l'alliance.

S'agissant du Pacs, dont l'incertitude du contenu obligationnel a d'ores et déjà été largement évoquée, et sur lequel nous reviendrons plus précisément dans le cadre du Titre II. Il semble qu'il ne soit pas nécessaire de défendre ici l'utilité d'une obligation alimentaire dans le Pacs : l'aide matérielle y est déjà incluse, de sorte qu'en révéler ou préciser la nature au moins pour partie alimentaire suffit. Quant au cas du concubinage, il a déjà fait l'objet de développements s'agissant du principe d'une obligation alimentaire, et nous y reviendrons, de même, dans le cadre du Titre II, afin d'envisager d'éventuels palliatifs à la faible protection, *de lege lata*, de ses membres.

Écartons en outre la question de l'obligation alimentaire entre alliés. En effet, pourrait se poser la question de sa suppression, qui apparaîtrait alors comme la conséquence logique de l'affaiblissement constaté du lien d'alliance. Cependant, cela ne semble pas particulièrement opportun : son existence, qui participe par ailleurs de la spécificité de l'union matrimoniale, semble, comme cela a pu être évoqué, justifiée, d'autant que le présupposé qui sous-tend cette étude n'est pas qu'il faut diminuer, mais bien qu'il faut accompagner et refonder la solidarité intrafamiliale afin de la renforcer⁶⁴⁸. A dire vrai, ce n'est pas, nous semble-t-il, d'une suppression, dont l'obligation alimentaire entre alliés a besoin, mais d'un régime rénové pour être plus satisfaisant, d'une part, et d'une place plus cohérente dans l'éventail des obligations alimentaires, d'autre part. Or, ce n'est pas là une question d'existence, mais de régime du lien obligationnel : l'étude de ces questions doit par conséquent être renvoyée aux développements ultérieurs.

Ces précisions étant faites, il convient de revenir sur deux hypothèses principales que sont **le cas des frères et sœurs (A)**, et **le cas des recompositions familiales (B)**.

A) Le cas des frères et sœurs

⁶⁴⁸ Pour approfondir ces questions, v. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

212. On a pu, dans la section précédente, consacrer de vastes développements à l'exclusion, à notre sens injustifiée⁶⁴⁹, des frères et sœurs du cercle des obligés alimentaires. La question qui se pose est, en fait, assez simple : puisque l'obligation alimentaire ne peut être imposée, en tant qu'obligation civile, qu'entre ceux qui sont suffisamment proches pour qu'un tel devoir de solidarité puisse, quittant le domaine du devoir moral, devenir devoir juridique, il s'agit de savoir, qui sont aujourd'hui, dans la famille, les « proches ».

Il y a peu de critiques à formuler à l'égard des choix d'inclusion, en soi, dans la liste des obligés alimentaires, mais tout de même, comment justifier que les alliés y soient inclus, et que les frères et sœurs en soient exclus ? Ces derniers, qui grandissent et se construisent au sein de la même structure familiale ne sont-ils pas liés, de manière importante, par des liens d'affection qui pourraient supposer l'établissement d'une solidarité ? À cette question, la jurisprudence, dans la limite de ce que les textes lui permettent de dire, a déjà eu l'occasion de répondre « oui », en admettant l'existence, entre frères et sœurs, d'une obligation naturelle, admission qui pourrait être perçue comme de nature à rendre envisageable une consécration législative en tant qu'obligation simple, comme cela existe dans d'autres pays proches de la France. Rien, *a priori*, ne s'y oppose.

213. La proposition, du reste, n'est pas nouvelle. Évoquons à ce titre la proposition de loi, hélas non retenue, émise par le député de Gaulle, et « visant à la création d'une obligation alimentaire entre collatéraux »⁶⁵⁰. Dans l'exposé des motifs, le petit-fils du général de Gaulle faisait un plaidoyer vibrant pour la reconnaissance d'une telle obligation alimentaire, expliquant qu'à une époque où, la précarité ne cessant de progresser et où, pourtant le revenu moyen avait progressé, « il est plus que jamais nécessaire de renforcer les liens de solidarité qui unissent nos concitoyens ». Or, dans un tel contexte, le député s'oppose très clairement à la non-évolution du Code civil sur la question de la fratrie :

« A l'heure où la lutte contre la pauvreté et les exclusions a été définie par les pouvoirs publics comme une priorité fondamentale, il paraît surprenant de constater qu'une des omissions les plus choquantes de notre droit, datant de la rédaction du code civil, n'a toujours pas été rectifiée par

⁶⁴⁹ Même si certaines circonstances, telles que le règlement des successions, permettent parfois de révéler une conflictualité au sein des fratries, ou de l'exacerber, ce qui peut donner à voir les limites de l'affection fraternelle.

⁶⁵⁰ V. J. de Gaulle, *Proposition de loi n°3548 visant à la création d'une obligation alimentaire entre collatéraux*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2002.

le législateur. En effet, le droit français ne reconnaît toujours pas, aujourd'hui, d'obligation alimentaire entre collatéraux [...]. Cette omission, dénoncée par plusieurs générations de commentateurs du code civil, est en outre en flagrante contradiction avec les principes fondateurs de notre République, qui fait de la fraternité la troisième composante de sa devise. Depuis 1804, les tribunaux français ont toutefois tenté de remédier à cette carence en jugeant que les collatéraux étaient tenus d'une obligation naturelle entre eux, tendant aux mêmes fins. [...] Cette solution est hélas incomplète et insatisfaisante. En effet, elle présente le risque de surprendre le donateur ignorant l'étendue de son engagement, et fait l'objet d'un débat complexe au sujet de sa transmissibilité. Il convient donc de combler ce vide du code civil et d'instituer une obligation alimentaire civile entre collatéraux ».

Au soutien de sa demande, Monsieur de Gaulle n'hésite pas à invoquer des arguments de finances publiques, et plus largement d'utilité sociale. Il note en effet que :

« L'instauration de cette obligation permettrait de mettre fin à des situations choquantes et de renforcer les solidarités familiales, en allégeant ainsi d'autant la très lourde charge qui pèse aujourd'hui sur les mécanismes et institutions garants de la solidarité nationale. [...] Ayant pour objectif le renforcement des solidarités familiales, cette proposition de loi aurait un coût des plus réduits pour la collectivité. Son utilité sociale peut apparaître évidente en vertu des principes qui régissent notre République, et, tout simplement, au regard du bon sens. Son adoption permettrait de contribuer utilement à la réinsertion sociale de nombreuses personnes en difficulté et s'avérerait être un outil efficace de lutte contre la pauvreté ».

Sa proposition apparaît donc tout à fait séduisante. Il s'agirait alors, pour lui, d'insérer dans le Code civil un nouvel article 205-1 ainsi rédigé : « Les frères et sœurs doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs collatéraux qui sont dans le besoin. ». Sur le principe, on ne peut qu'approuver la proposition, car elle remet de la cohérence en une matière qui en manquait. Si, inversement, le choix devait être fait de ne pas retenir l'opportunité de consacrer une telle obligation alimentaire, il faudrait semble-t-il en tirer les conséquences, et supprimer, parallèlement, l'obligation alimentaire entre alliés, dont le maintien semblerait alors quelque peu incohérent.

214. Reste que nous avons à l'esprit les craintes que la consécration d'une telle obligation avait pu faire naître chez certains des pères du Code civil. Comment faire, en effet, pour qu'une telle charge ne pèse pas trop lourdement sur des personnes par ailleurs probablement déjà largement sollicitées, tant par la solidarité collective (impôts, taxes, etc.) que

par la solidarité familiale. Pour le député, ce risque est écarté : il estime en effet que « le principe de l'absence de hiérarchie entre les créanciers d'aliments et la possibilité reconnue à tout débiteur d'exercer un recours contre ses coobligés tendent à écarter cette hypothèse. La charge de l'obligation alimentaire est donc ainsi équitablement répartie entre tous les membres de la famille visés par le code civil »⁶⁵¹. Selon lui, donc, le jeu classique et sans modification substantielle du régime de l'obligation alimentaire suffirait à aplanir toutes les difficultés.

Sur ce point, il faut dire qu'il est possible de rester dubitatifs. Déjà, parce que, certes, chaque débiteur peut exercer un recours, mais il n'y a là qu'une faculté, et il n'y a pas, à défaut de recours contre tous les autres obligés alimentaires, de principe de répartition équitable ou proportionnelle de la dette : chaque débiteur alimentaire est, en principe, tenu du tout⁶⁵². L'absence de hiérarchie et de principe de subsidiarité entre les obligés – sur lequel nous reviendrons dans le paragraphe suivant afin de proposer une évolution sur ce point – a précisément pour but de permettre au demandeur d'aliments de s'adresser à n'importe lequel de ses débiteurs, supposément le plus solvable, et ce pour l'intégralité de la dette. D'un point de vue technique, l'argument ne tient donc pas. En outre, cette solution se heurte à de sérieux arguments pratiques. On le sait : il peut être délicat de recourir à l'aide de ses proches, et de les solliciter. À dire vrai, c'est probablement surtout dans le cadre des récupérations d'aides sociales, ou plus largement lorsqu'est intervenu un tiers fournisseur d'aliments, que de tels recours sont exercés le plus efficacement. En outre, obtenir une équitable répartition rend nécessaire d'agir contre tous les débiteurs potentiels, ce qui, au-delà du caractère délicat d'une telle action d'un point de vue personnel, a pour conséquence de judiciaireiser considérablement la matière. Tout cela ne semble donc pas vraiment cohérent.

215. Il nous semble donc préférable de retenir certes la proposition d'inclure les frères et sœurs dans le cercle des obligés alimentaires, mais également de leur prévoir, dans ce cercle, une place subsidiaire. On pourrait, à cet effet, s'inspirer des exemples européens précités, soit en prévoyant, de manière générale, une hiérarchie des obligés alimentaires, et c'est là la solution qui semble être à la fois la plus simple et la plus efficace, soit en prévoyant une rédaction

⁶⁵¹ V. J. de Gaulle, *Proposition de loi n°3548 visant à la création d'une obligation alimentaire entre collatéraux*, préc.

⁶⁵² En théorie, les recours contributifs devraient certes permettre de rétablir équitablement la dette, en raison de la différence fondamentale en la matière, entre obligation et contribution à la dette. Cela suppose toutefois une charge procédurale qui pèse sur les obligés, et, s'agissant de recours exercés au sein d'une famille, il faut semble-t-il garder à l'esprit que leur mise en œuvre peut s'avérer délicate pour les concernés.

d'article incluant la mention de cette vocation subsidiaire. Par exemple, reprenant l'idée d'un article 205-1 du Code civil, ainsi que celle de l'ancienne solution du Code civil suisse.

Article 205-1 du Code civil (proposition) :

« Les frères et sœurs doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leurs collatéraux, lorsqu'à défaut de cette assistance, ils tomberaient dans le besoin »⁶⁵³.

B) Le cas des recompositions familiales

216. Les recompositions familiales apparaissent comme un cas particulièrement symptomatique des paradoxes et des incertitudes auxquelles les hésitations du droit de la famille peuvent mener sur le plan patrimonial. Sur le papier, les choses sont très simples : il n'y a pas, en principe, d'obligation alimentaire qui naisse du simple fait de la recomposition familiale. Mais les choses sont considérablement plus complexes que cela⁶⁵⁴. Pour le comprendre, il convient de distinguer entre les recompositions intervenant par mariage ou remariage **(1)**, premièrement, et celles intervenant sans mariage **(2)**, deuxièmement, avant d'envisager une éventuelle évolution du cadre juridique des recompositions familiales, troisièmement **(3)**.

1) Les recompositions familiales par mariage

217. En cas de mariage, il convient en premier lieu de rappeler que va naître entre les nouveaux époux un devoir de secours. Par suite, de même, interviendront les autres obligations alimentaires qui naissent du mariage, et notamment celles prévues par les articles 206 et 207 du Code civil, c'est-à-dire l'obligation alimentaire entre alliés qui unit beaux-parents et beaux-enfants (étant entendu que les beaux-enfants sont ici les époux). *Quid*, alors, des enfants ? Les articles 203 et 371-2 du Code civil s'appliquent bien évidemment, mais ils n'ont pour conséquence que de lier les époux à leurs enfants respectifs, soit ensemble s'ils sont communs, soit séparément s'agissant des enfants nés d'un premier lit. N'étant pas un effet du mariage mais bien de la parenté, une telle obligation ne peut naître que de l'établissement d'un lien de

⁶⁵³ Dans le même sens, v. J. Houssier, *Les dettes familiales*, IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2017, n°86 s. p. 87 s.

⁶⁵⁴ Pour un aperçu complet, v. F. Rogue, « Aliments et familles recomposées », in *Les Petites Affiches*, 8 septembre 2017, n°179-180, p. 42.

filiation. Le mariage n'a, sur ces liens, aucun effet, ou, à tout le moins, aucun effet direct. Pour ces raisons, il pourrait sembler que le seul moyen possible pour que se crée un lien de solidarité au sein de la famille recomposée soit le recours, pour le parâtre ou la marâtre, à l'adoption simple ou plénière des enfants nés d'un premier lit de son conjoint ou de sa conjointe⁶⁵⁵.

218. Ce n'est en réalité pas tout à fait vrai, et surtout, cela ne signifie pas que le mariage reste sans effet sur la situation juridique de la famille recomposée. Comme nous l'explique Madame Rogue, cela serait faire abstraction du droit des régimes matrimoniaux et de ses règles. En effet, « l'article 220 du Code civil [...] impose une solidarité entre époux quant aux dettes qualifiées de ménagères, c'est-à-dire celles qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants »⁶⁵⁶. La question se pose donc : la pension alimentaire due par le parent des enfants nés d'un premier lit est-elle, ou non, une dette du ménage au sens de l'article 220 du Code civil ? La question est assez complexe.

Reprenons l'explication de l'autrice :

« La doctrine est partagée : certains estiment que la solidarité ne joue qu'à l'égard des dettes alimentaires nées pour les enfants communs⁶⁵⁷. D'autres considèrent qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas⁶⁵⁸. Certains enfin font une distinction selon que l'enfant né d'un premier lit vit ou pas au foyer du beau-parent, la dette n'étant ménagère et solidaire que lorsque l'enfant cohabite avec le nouveau conjoint de son parent biologique⁶⁵⁹. En outre, le principe énoncé par l'article 220 du Code civil est relatif uniquement à l'obligation à la dette, au rapport entre créancier et débiteur. Ce n'est donc pas parce que le nouveau conjoint est actionné en paiement de la dette alimentaire qu'il en aura la charge définitive. La contribution à la dette résulte, quant à elle, du régime matrimonial sous l'égide duquel les époux sont mariés. Lorsque les époux sont mariés sous le régime légal, l'article 1409 du Code civil fait des dettes alimentaires des dettes définitivement communes. La charge définitive d'une telle dette revient donc à la communauté, même si elle est due à l'enfant né d'un premier lit d'un époux. Si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, la charge définitive de la dette alimentaire due à l'enfant né d'un premier lit incombe à l'époux parent de l'enfant. Si le beau-

⁶⁵⁵ Possibilité étendue aux couples de partenaires pacsés et aux couples de concubins depuis la *Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption*, qui a notamment modifié l'article 343 du Code civil, dont l'alinéa 1^{er} dispose désormais que « L'adoption peut être demandée par un couple marié non séparé de corps, deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou deux concubins ». Par suite, les textes relatifs à l'adoption conjointe ont également été modifiés de manière à inclure le cas des partenaires pacsés et des concubins.

⁶⁵⁶ *Idem*.

⁶⁵⁷ V. F. Delecourt, « Les rapports alimentaires et patrimoniaux dans les familles recomposées », in *Dr. et patr.*, sept. 2000, p. 59.

⁶⁵⁸ V. B. Vareille, « Régime des dettes ménagères », in Grimaldi M. (dir.), *Dalloz action Droit patrimonial de la famille*, 2015-2016, n° 111.73.

⁶⁵⁹ V. 113^e Congrès des notaires de France, *Familles, Solidarité, Numérique. Le notaire au cœur des mutations de la société*, 2017, n° 1593.

parent acquitte une telle dette, il est titulaire d'une créance à l'égard de son époux, sous réserve, tout de même, qu'elle excède sa contribution aux charges du mariage »⁶⁶⁰.

On voit ici apparaître un premier effet du mariage, issu du régime primaire impératif et du principe de solidarité des dettes. Que faut-il en penser ? La Cour de cassation ayant déjà eu l'occasion de considérer qu'il y avait lieu de comprendre les pensions alimentaires dues à des enfants nés d'une précédente union s'agissant d'époux mariés sous le régime de la communauté légale comme des dettes communes, à titre définitif⁶⁶¹, il semble délicat de soutenir qu'une telle dette n'est pas une dette du ménage au sens de l'article 220 du Code civil. Reste à déterminer s'il convient de distinguer, ici, selon que l'enfant auquel les aliments sont dus cohabite, ou non, avec le ou la nouvelle conjoint(e) de son parent. Il est permis d'hésiter : l'argument est séduisant qui conduit à considérer que c'est lorsque l'enfant fait partie, matériellement, de la vie, du foyer du ménage, que la dette est ménagère.

219. En réalité, une telle solution poserait de multiples problèmes. Tout d'abord, en termes économiques : si une telle dette d'aliments devait être considérée comme personnelle, et donc sujette à récompense, les conséquences en seraient économiquement très lourdes. Rappelons que d'après l'article 1401 du Code civil, « La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ». Or, et la Cour de cassation ne varie pas dans son appréciation sur ce point depuis bientôt un demi-siècle, il est constant que les gains et salaires des époux, en ce qu'ils proviennent de leur industrie personnelle et / ou des économies faites sur les fruits et revenus des biens propres, constituent des biens communs⁶⁶². Par conséquent, les dettes alimentaires étant, en principe, réglées sur les gains et salaires des obligés alimentaires, on voit qu'un tel règlement serait alors fait sur des biens communs, probablement pendant des mois voire des années, ce qui risquerait de conduire à ce que la récompense due à la communauté au moment de sa dissolution, du fait de ces règlements, soit considérable.

En outre, une telle solution poserait de multiples difficultés d'un point de vue logique. Comment expliquer, par exemple, que les arriérés de cotisations dues par un époux au titre de

⁶⁶⁰ V. F. Rogue, *idem*.

⁶⁶¹ V. en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, n°03-14.831, ayant retenu, au visa de l'article 1409 du Code civil, que Vu l'article 1409 du Code civil « la communauté se compose passivement, à titre définitif, des aliments dus par les époux », fût-ce pour des enfants nés d'une précédente union.

⁶⁶² V. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 1978, n°75-15.731.

sa sécurité sociale agricole⁶⁶³, ou encore l'imposition des membres du couple au titre de l'impôt sur le revenu, soient considérés comme des dettes ménagères, au regard du caractère éminemment personnel des dettes en question ? Comment, surtout, trouver de la cohérence en une telle solution lorsque l'on sait que, pour évaluer les ressources d'un parent débiteur d'aliments, il faut indirectement prendre en compte celles de son époux ou de son épouse, « dans la mesure où ils réduisent les charges du débiteur »⁶⁶⁴ ?

2) *Les recompositions familiales sans mariage*

220. En l'absence de mariage, les choses sont naturellement quelque peu différentes : si l'adoption conjointe ou de l'enfant de l'autre membre du couple est désormais ouverte pour tous les couples, il n'est en revanche pas question, ici, de jeu du régime primaire impératif, et du droit des régimes matrimoniaux. Pour autant, la Cour de cassation n'a pas hésité à retenir, comme en mariage, qu'il faut tenir compte des ressources du concubin⁶⁶⁵ – et on pourrait étendre cette solution, *a fortiori*, aux partenaires pacsés – au moment de déterminer les ressources d'un débiteur d'aliments, en ce sens, une fois encore, qu'elles réduisent les charges du débiteur : la recomposition familiale n'est donc pas, en raison de la prise en compte concrète de la situation du débiteur d'aliments, sans effet sur les obligations alimentaires. En outre, et en toute hypothèse, il convient d'ajouter que, comme nous l'avons précédemment évoqué, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de retenir, en de nombreuses hypothèses, l'existence d'une obligation naturelle de subvenir aux besoins d'un membre du cercle familial qui n'était pourtant pas créancier d'aliments au sens civil du terme.

Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'une telle solution soit étendue à des enfants nés d'une précédente union⁶⁶⁶, de telle sorte que ce mécanisme pourra utilement être invoqué en pareille situation. Reste que toutes ces hypothèses sont des mécanismes soit indirects (prise en compte des revenus de l'autre membre du couple), soit dépendants de la volonté du potentiel débiteur d'aliments (adoption, obligation naturelle). Est-il opportun que cela demeure ainsi ? Il est permis d'en douter. Même sans revenir sur la fréquence statistique de la recomposition familiale au sein de la société française, on peut s'interroger sur la possibilité d'envisager la création d'une obligation alimentaire dans de tels cas.

⁶⁶³ V. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004.

⁶⁶⁴ V. Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2008, n°07-10.285.

⁶⁶⁵ V. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, n°06-21.168.

⁶⁶⁶ D'autant qu'il a déjà pu être reconnu qu'une telle obligation existait entre un concubin et l'enfant de sa concubine, v. Paris, 20 avr. 1944.

221. Il est vrai que la doctrine contemporaine a plutôt tendance à s'élever contre une telle proposition⁶⁶⁷. Dès 1999, le Rapport Dekeuwer-Défossez⁶⁶⁸ s'était prononcé contre une telle évolution⁶⁶⁹. Tout d'abord, était évoqué le fait que « pendant la vie commune, il y a, dans la plupart des cas, mise en commun des ressources et des moyens d'existence, et donc, de façon plus ou moins large, transfert "indirect" de patrimoine en faveur des enfants du conjoint ou du concubin » : on pourrait en effet considérer que, puisque cette dynamique de solidarité advient *de facto*, il n'est pas nécessaire de l'encadrer juridiquement. Pourtant, on pourrait aussitôt objecter que c'est pour les situations où, précisément, les choses ne se font pas d'elles-mêmes, que le droit intervient. En réalité, c'est plutôt la question des fondements et des modalités d'une telle obligation entre enfant et beau-parent qui se pose. Il y a en effet ici de nombreux enjeux assez contradictoires à concilier. Outre l'évidente question statistique, l'enjeu se cristallise autour de deux thématiques. D'une part, « reconnaître le rôle que pourraient très utilement jouer les beaux-parents dans la vie quotidienne des enfants », et d'autre part, le faire « tout en se gardant de toute confusion du point de vue de la filiation comme de l'autorité parentale »⁶⁷⁰. Il faut, semble-t-il, se remettre dans le contexte de l'époque.

Un des principaux objectifs est alors de poser les jalons d'un couple parental que l'on veut autant que faire se peut égalitaire, et certains passages de ce rapport le montrent clairement. Ainsi est-il par exemple mentionné que : « Bien que les familles recomposées et monoparentales prennent de plus en plus d'importance dans la constellation des familles, ces changements ne paraissent pas devoir remettre en cause la référence fondatrice que représente pour un enfant le couple de ses parents. Le destin et les choix de l'un et l'autre de ses parents ne peuvent en aucune façon laisser croire qu'ils ne seraient plus ses parents qui l'ont engendré ensemble et qui continuent, à ce titre, d'exercer l'autorité parentale en commun, comme le droit en pose le principe »⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ V. F. Rogue, « Aliments et familles recomposées », préc., ou encore C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁶⁶⁸ V. F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, préc., p. 141.

⁶⁶⁹ Notons que le rapport Théry (I. Théry (dir.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, préc.) excluait également cette possibilité, mais avec moins de développements. Ainsi est-il simplement affirmé (p. 219) que « La question a été débattue, dans de nombreux pays, d'une éventuelle obligation alimentaire du beau-parent. Celle-ci ne paraît pas souhaitable, en l'absence de lien de filiation. Dans la famille unie, le devoir d'entretien s'exécute par la vie commune, dans le cadre de l'entraide conjugale. En cas de séparation du couple, une vocation alimentaire du beau-parent survivrait à la séparation, créant d'une part une multiplicité de créanciers, d'autre part, une réciprocité pour l'enfant à l'égard de son beau-parent ».

⁶⁷⁰ V. *idem*, p. 5.

⁶⁷¹ V. *idem*, p. 9.

On le voit, le rapport refuse absolument tout risque d'un « mélange des genres » qui viendrait remettre en cause la primauté parentale, et refuse, dès lors, toute atteinte directe ou indirecte à la filiation. La conséquence directe sera le refus, en 1999, d'envisager tout statut intermédiaire entre celui de parent et celui de tiers⁶⁷², le beau-parent étant alors considéré comme un tiers comme les autres, ce qu'il n'est pourtant concrètement pas. Dans l'objectif affiché de « renforcer le principe de coparentalité »⁶⁷³ et de « construire l'autorité parentale sur le couple parental »⁶⁷⁴, on pourrait penser que le beau-parent a été quelque peu oublié. Ce serait toutefois un raccourci quelque peu injuste, et la question de la beau-parentalité est en fait abordée deux fois assez longuement, au titre de l'autorité parentale d'une part (p. 74), et au titre de l'obligation alimentaire d'autre part (p. 141). Or, ces développements révèlent, outre la crainte réaffirmée d'un mélange des genres⁶⁷⁵, une difficulté à penser un statut cohérent au regard de la grande diversité des situations et des aspirations, et, surtout, un refus de fonder un éventuel statut de beau-parent sur le mariage⁶⁷⁶, par crainte de discrimination entre les situations familiales, ou sur le fait ou la volonté, qui posent des difficultés pratiques⁶⁷⁷.

3) *Vers une obligation beau-parentale d'entretien ?*

222. Au moment d'envisager une éventuelle évolution du cadre juridique des recompositions familiales, il convient concrètement de se demander s'il est opportun de créer une obligation beau-parentale d'entretien. Il convient donc d'envisager **le principe (a) d'une part, et les modalités (b) d'autre part.**

⁶⁷² V. *idem*, part. p. 15 : « L'originalité du rapport de filiation est de faire naître un ensemble de droits et de devoirs [...] qui découlent fondamentalement d'une responsabilité dans la procréation, pour les filiations d'origine, ou d'une décision judiciaire d'adoption pour les filiations électives. [...] Juridiquement, la filiation n'est donc pas réductible à de simples rapports affectifs ou éducatifs. Perdre de vue cette caractéristique par un élargissement de la notion de filiation risquerait de provoquer deux dangers : d'une part, à la fois d'obscurcir le sens de la filiation et renforcer un mouvement de "privatisation", le lien devenant plus largement tributaire des volontés individuelles ; d'autre part, démobiliser le parent par le sang concurrencé dans sa fonction par la présence d'un parent issu d'une "seconde famille" [...] quotidiennement plus proche de l'enfant. Il semble plus prudent de continuer à nettement distinguer la filiation des situations qui appartiennent à un autre ordre, telle celle du beau-parent ou plus généralement de tous tiers qui peuvent de fait élever l'enfant sans prétendre pour autant occuper la place de parent. [...] C'est pourquoi il n'a pas paru bon au groupe de travail que soient instaurés des statuts intermédiaires qui pouvaient engendrer pour l'avenir des confusions et une dilution de la notion de filiation ».

⁶⁷³ V. *idem*, p. 62.

⁶⁷⁴ V. *idem*.

⁶⁷⁵ V. par exemple p. 74. « En fait, la question essentielle est la suivante : quelle place donner au beau-parent ? Celle d'un troisième parent, disposant de droits et de devoirs sinon identiques, ou du moins "décalqués" de ceux des père et mère (une sorte de "mini parent") ou celle d'un tiers assumant la charge de l'enfant concourant à son éducation ? Dans le premier cas, le risque est d'aller beaucoup trop loin par rapport aux besoins et aux attentes ; de plus, il y aurait quelque incohérence à affirmer d'un côté le principe de coparentalité, à insister sur la place et sur le rôle du parent qui ne vit pas avec l'enfant et, de l'autre, à institutionnaliser la fonction de beau-parent qui risque fort d'entrer en concurrence avec la fonction parentale. Dans le second cas, il serait préférable de s'orienter de façon plus générale vers la création d'un statut de tiers ».

⁶⁷⁶ V. *idem*, p. 141 : « On pourrait certes songer à faire entrer la charge des enfants du conjoint dans le cadre de l'obligation faite aux époux "de nourrir, entretenir et élever leurs enfants" ; mais cette orientation, dont on pourrait d'ailleurs discuter le bien fondé, laisserait entière la question des familles recomposées hors mariage. Or, comme on l'a souligné à propos de l'autorité parentale, il ne paraît pas cohérent de construire un statut du beau-parent sur le seul mariage ».

⁶⁷⁷ V. *idem*, p. 74 : « Se pose le problème du fondement d'un éventuel statut du beau-parent : faut-il le fonder sur le mariage (mais serait-il opportun de laisser la famille hors mariage en marge du droit ?), faut-il la fonder sur le fait (mais comment constater le fait ?), faut-il le fonder sur la volonté (une déclaration du beau-parent, mais dans quelles conditions et avec quels contrôles ?) ».

a) Le principe

223. Il semble que la question du fondement a considérablement évolué depuis qu'a été rendu le rapport Dekeuwer-Défossez. Si les difficultés liées au fait de fonder le statut de beau-parent sur le fait ou la volonté demeurent, il en va tout autrement concernant la question du mariage. Il ne faut pas oublier, ici, le contexte historique dans lequel le rapport s'inscrit : rendu en septembre 1999, il se situe en amont de nombre d'évolutions essentielles, à savoir notamment l'instauration du Pacs, la reconnaissance du concubinage homosexuel, la consécration du mariage « pour tous » ou encore l'égalité des filiations. Il est évident que ces évolutions ne sont pas sans conséquences : lorsqu'il n'y avait que deux possibilités qui étaient la vie en ou hors mariage, et lorsque le mariage n'était par ailleurs pas ouvert à tous, la crainte de laisser une partie de la population hors du droit pouvait exister. Désormais, et c'est là un des héritages trop peu explorés du Pacs et de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, chacun peut faire le choix de son type de conjugalité : il semble dès lors logique de donner des conséquences différentes à des choix qui diffèrent aussi. Il ne serait donc pas inenvisageable de fonder le statut de beau-parent sur le (re)mariage. Au-delà du principe, c'est donc surtout, dans la littérature juridique, la question des contours techniques d'une telle obligation alimentaire qui semble concentrer les débats. Se posent ainsi la question du fondement, et celle des modalités d'une telle obligation.

224. S'agissant des fondements tout d'abord. On l'a vu, cette question a occupé l'essentiel de la réflexion du groupe de travail à l'origine du rapport Dekeuwer-Défossez, et on la retrouve jusqu'à l'époque récente⁶⁷⁸. Comme l'évoque par exemple Madame la professeure Goldie-Génicon :

« On peinerait d'abord à trouver l'assise d'une telle obligation. Elle ne trouverait aucun lien juridique sur lequel s'épanouir, si ce n'est celui d'une éventuelle délégation de l'autorité parentale, assise bien fragile puisqu'elle ne fait pas cesser l'obligation d'entretien du parent délégant. L'obligation alimentaire n'a pas été, jusqu'alors, conçue comme un effet possible de la seule cohabitation et il faut s'en réjouir, tant ce fondement paraît incertain : à partir de combien d'années la cohabitation serait-elle jugée suffisante pour faire naître une obligation

⁶⁷⁸ V. également le rapport plus récent d'I. Théry et A.-M. Leroyer (I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la santé, Odile Jacob, 2014), qui survole quelque peu cette question, p. 341 : « Il n'y a pas d'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants et il n'est pas question d'en créer une dans le cadre des dispositions relatives à la place familiale du beau-parent. Nous ne proposons donc pas de reprendre la solution du Royaume-Uni "*dependant child*" où l'enfant peut se retourner contre le beau-parent ».

alimentaire ? À moins d'en limiter la charge aux seuls époux remariés, mais ce serait alors créer une discrimination difficilement justifiable entre les beaux-enfants »⁶⁷⁹.

On retrouve ici les hypothèses⁶⁸⁰ ainsi que les réserves émises en 1999. Laissons de côté la question de l'autorité parentale, qui semble être une problématique parallèle, et qui ne saurait, pour cette raison, fonder l'existence de l'obligation alimentaire⁶⁸¹. Restent deux fondements envisageables : le fait et le droit, ou, pour le dire plus explicitement, l'existence d'une cohabitation qualifiée et suffisamment longue pour produire un effet juridique ou l'engagement pris, notamment par le biais du mariage ou du Pacs. Pour ce qui est de baser une telle obligation sur le fait, il convient d'admettre que cette éventualité suscite de nombreuses réserves. Sur le terrain technique, d'abord, se poseraient de nombreuses questions : quel délai poser pour faire exister une obligation ? Quelles modalités de preuve ou de reconnaissance du fait ? Faut-il admettre une pareille obligation à l'égard des enfants dans des hypothèses où, en raison d'un concubinage simple, les membres du nouveau couple (disons le beau-parental) ne sont pas engagés juridiquement l'un envers l'autre ? On le voit, les objections sont nombreuses. En outre, sur le terrain du principe, s'agissant d'une telle évolution, il ne semble pas souhaitable de l'introduire en droit français, le cas échéant, par la « petite porte » du fait, d'autant que l'obligation naturelle et son éventuelle transformation en obligation civile sont là pour remplir un tel rôle. Non : si une obligation doit exister, elle doit être introduite de manière claire et symboliquement affirmée. C'est pourquoi il semble qu'il faille rejeter cette première hypothèse.

225. *Quid*, alors, de la possibilité de l'appuyer sur le (re)mariage des membres du couple beau-parental, voyant le mariage sceller la recomposition familiale ? Si on devait faire le choix de faire naître, autrement que par l'adoption, une obligation alimentaire entre beau-parent et enfant issu d'un premier lit, cette solution semblerait la plus adaptée. Techniquement, la solution n'a rien d'aberrant. Déjà parce que s'engager dans le mariage, c'est s'engager, comme le précise l'article 203 du Code civil, à « nourrir, entretenir et élever leurs enfants » : on pourrait d'ores et déjà lire « les enfants qui sont à leur charge ». Ne pas le retenir est d'ailleurs, on l'a déjà vu, bien fictif : la dette alimentaire de l'un des membres du couple rejaillit nécessairement sur l'autre, que ce soit au titre des dettes ménagères ou non, et la vie des foyers recomposés est telle que les charges, concrètement, sont le plus souvent communes.

⁶⁷⁹ V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁶⁸⁰ Celle de la possibilité d'un engagement conventionnel en moins.

⁶⁸¹ Peut-être, toutefois, leurs existences peuvent-elles être liées, en ce sens qu'autorité parentale et obligation alimentaire présentent toutes les deux la caractéristique d'être à la fois droit et devoir familial.

Le mariage fait en outre déjà naître une obligation alimentaire entre alliés, à l'égard des parents de son époux ou de son épouse : si un tel lien peut se créer, comment justifier que les descendants de son conjoint ou de sa conjointe, nés d'un premier lit, en soient exclus, alors même qu'ils sont *a priori* plus susceptibles d'en avoir besoin puisqu'encore dépendants ? Il y a là une incohérence qui ne peut demeurer telle. On pourrait objecter que la charge pourrait être excessive sur celui ou celle qui devrait, alors, assumer ses beaux-enfants, mais d'une part, cette charge existe *a priori* déjà en fait, et d'autre part, le mécanisme de l'obligation alimentaire, basé entre autres sur les facultés du débiteur, permet de garantir qu'un tel excès n'advienne pas. Inversement, si le débiteur a des moyens suffisants, voire bien supérieurs à ceux de son ou de sa conjoint(e), il serait choquant que cette profusion ne profite pas aux enfants nés d'un premier lit qu'il accueille sous son toit, ou du moins dans sa famille au sens large. Enfin, on pourrait objecter que réserver ce mécanisme au cas des recompositions familiales par un mariage serait discriminatoire. Certains auteurs, tels que Monsieur le professeur Houssier, proposent à cet d'aller plus loin, et d'étendre l'obligation beau-parentale aux partenaires pacsés ⁶⁸². Il semble pourtant que la consécration du mariage dit « pour tous », en la matière, tout changé. Puisque la quasi-totalité des couples ont désormais accès au mariage, puisqu'il n'y a plus, en l'espèce, d'exclusion, effectuer des choix différents selon les types de conjugalité n'est pas discriminer, mais distinguer, afin de faire en sorte que le pluralisme conjugal ait un réel sens juridique, offrant trois formules, trois degrés d'engagement.

Le mariage conserve une portée qui dépasse la situation des seuls époux, et qui suppose une certaine stabilité et un certain engagement, que n'ont ni le Pacs ni le concubinage. Peu importe, à cet égard, que l'on considère qu'une obligation alimentaire doit exister entre les partenaires pacsés : pour respecter une forme de gradation entre les formes d'union, il semble pertinent de maintenir une différence sur le terrain de l'obligation beau-parentale d'entretien, et de la réserver au cadre du mariage. L'union matrimoniale, malgré toutes les atteintes qu'elle a subies sur le terrain du divorce, demeure parmi les formes de conjugalité la seule où, pour reprendre les mots de Carbonnier, « pénètre l'idée de la mort » et « où l'idée de la mort donne une règle » ⁶⁸³ : le mariage demeure voué à être viager. Épouser quelqu'un, c'est aussi épouser sa situation, son vécu, son passé, son état. S'il se trouve être parent, c'est aussi épouser un parent, et accepter l'existence d'enfants potentiellement encore à sa charge. Admettre une

⁶⁸² V. J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., point n° 137, p. 139.

⁶⁸³ V. J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », préc.

obligation envers les beaux-enfants dans le cadre du mariage semble donc tout à fait logique. Symboliquement, cela conduirait en outre à renforcer la spécificité du mariage, que l'on dit classiquement réaliser l'union entre deux familles, sans évidemment que la famille recomposée se substitue à celle qui a vu naître les enfants.

226. Enfin, notons que limiter la création d'un tel devoir alimentaire au cas du mariage permet de respecter la diversité des situations et des aspirations : celui ou celle qui choisira de se marier le fera alors en connaissance de cause⁶⁸⁴, et celui ou celle qui voudrait ne pas être ainsi engagé envers la famille de sa compagne ou de son compagnon peut encore, selon le degré d'union personnelle et patrimoniale qu'il ou elle souhaite avoir – et inversement, d'indépendance qu'il souhaite conserver – soit demeurer en concubinage, soit se pacser. La naissance de l'obligation alimentaire entre beau-parent et enfant né d'un premier lit reposerait ainsi sur un fondement certain et solide, et échapperait à un caractère systématique qui ne correspondrait pas aux diversités de situations.

Cette solution a, d'ailleurs, été adoptée par le droit suisse. L'article 278, alinéa 2, du Code civil suisse, dispose ainsi que : « chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage ». Il conviendrait cependant d'en faire une obligation accordée directement à l'enfant, sans passer par le truchement de l'assistance au conjoint, mais cette considération nous conduit, déjà, à envisager les modalités d'une obligation alimentaire beau-parentale. Notons enfin que rien n'empêche de prévoir que, dans les autres formes d'union que le couple, il soit présumé que les sommes versées pour le bénéfice des beaux-enfants l'aient été en exécution d'une obligation naturelle, afin de limiter le contentieux. Il s'agirait, alors, de reconnaître par la loi l'existence d'une obligation naturelle – ce qui, d'un point de vue normatif, semble pouvoir jouer un rôle non négligeable – sans imposer trop « facilement » aux membres du couple à l'origine d'une recomposition familiale la charge civile des enfants de l'autre, ce qui pourrait conduire, par une forme d'effet pervers, à dissuader d'engager une relation avec un parent séparé ayant la charge de son ou de ses enfant(s).

⁶⁸⁴ On pourrait opposer qu'une telle disposition risque de dissuader le (re)mariage des parents séparés, ce qui pourrait nuire aux femmes, et notamment aux mères élevant seules leurs enfants. C'est un risque qu'il convient de prendre au sérieux. Il semble cependant, d'une part, que la clarté du mécanisme ainsi posé serait, d'une certaine manière, protecteur, puisque les certitudes semblent généralement préférables aux zones d'ombre, en matière de législation. Il semble également, d'autre part, que réserver la création d'une obligation beau-parentale d'entretien au seul mariage, à l'exclusion du Pacs et du concubinage, permet aux couples de bénéficier d'un certain nombre de dispositions protectrices sans se voir imposer la charge des enfants de l'autre. La possibilité de modulation et la faculté de choix permettent, *a priori*, d'éviter l'essentiel des risques évoqués.

b) Les modalités

227. *Quid*, alors, des modalités d'une telle obligation alimentaire ? Il va de soi qu'elles ne sauraient qu'être adaptées. Diverses pistes de réflexion ont pu, à ce titre, être évoquées. Ainsi Madame la professeure Goldie-Genicon, dans son article précité, écrit-elle :

« Comment en fixer les limites ? Devrait-on la concevoir comme l'équivalent d'une obligation d'entretien limitée aux études de l'enfant ou se prolongerait-elle dans le temps ? Survivrait-elle à la séparation du nouveau couple ? Serait-elle réciproque ou non [...] ? Serait-elle subsidiaire ou non par rapport à l'obligation alimentaire des parents de l'enfant ? Par rapport à la créance alimentaire des propres enfants du beau-parent ? »⁶⁸⁵.

Ces questions font écho à celles du rapport Dekeuwer-Défossez, dans lequel les auteurs, envisageant la création d'une telle obligation alimentaire, s'interrogeaient :

« S'agirait-il d'une véritable obligation alimentaire (sans limitation de durée... et réciproque) ou d'une "obligation beau-parentale d'entretien" destinée uniquement à subvenir aux besoins de l'enfant mineur ? Cette obligation serait-elle subsidiaire par rapport à celle des parents ou prendrait-elle rang aux côtés de l'obligation parentale d'entretien (la question se posant non seulement dans les rapports entre l'enfant et le beau-parent, mais aussi dans les rapports du beau-parent à l'égard de ses propres enfants) ? »⁶⁸⁶.

228. Toutes ces interrogations révèlent certes un certain nombre de difficultés, mais nulle impossibilité, et surtout la richesse des réflexions autour de ce sujet. La question des fondements, ici, nous aide. Il faut en effet garder à l'esprit qu'une telle obligation alimentaire ne se fonde pas sur un lien de filiation, mais sur le mariage, et l'idée qu'il convient, en tant qu'époux ou épouse, de partager les charges de celui ou celle avec qui l'on s'est marié, y compris s'agissant des enfants nés d'un premier lit. C'est donc principalement cette idée de la charge, du foyer, qui doit ici, semble-t-il, guider la réflexion. En ce sens, la consécration d'une obligation alimentaire « classique », pleine et entière, avec toutes les conséquences qui s'en suivent (sans limite temporelle, sans possibilité de renonciation, avec un caractère réciproque avec ce que cela suppose de charge, plus tard, pour les enfants, etc.) ne peut se concevoir : de tels effets appartiennent à la parenté, à la filiation, et ne peuvent exister qu'en cas d'adoption

⁶⁸⁵ V. not. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁶⁸⁶ V. F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, préc., p. 141.

par le beau-parent desdits enfants. Le modèle idéal s'avère donc être l'obligation d'entretien. Elle est, par ses caractéristiques, parfaitement adaptée : n'existant que tant que l'enfant n'est pas encore indépendant et donc temporellement limitée, non réciproque⁶⁸⁷, elle permet d'éviter deux des difficultés principales qu'une telle obligation beau-parentale d'entretien pourrait poser.

229. Restent à régler deux difficultés. D'une part, celles liées à la subsidiarité. Sur ce point, nous renvoyons au paragraphe suivant, qui portera plus précisément sur la question de la hiérarchisation, qui semble aujourd'hui souhaitable, des obligations alimentaires. On peut toutefois d'ores et déjà citer à cet égard Monsieur le professeur Houssier, qui, dans sa thèse consacrée aux dettes familiales, suggère l'instauration d'une obligation alimentaire beau-parentale, mais sous réserve que celle-ci soit subsidiaire par rapport à celle unissant le beau-parent à ses propres enfants : « Ce devoir ne pourrait « intervenir qu'à titre subsidiaire afin de ne pas défavoriser les enfants nés d'un premier mariage ou d'un concubinage », comme le souligne justement un auteur⁶⁸⁸. Consacrant une obligation d'entretien subsidiaire, cette solution aurait le mérite de réaliser l'objectif d'égalisation des conditions de vie des membres de la famille nucléaire le plus fréquemment possible, sans pour autant nuire aux enfants du premier lit »⁶⁸⁹. Il faudrait donc que cette obligation beau-parentale soit subsidiaire par rapport à l'obligation parentale.

230. D'autre part, la question de la survie, ou non, de cette obligation à la dissolution du couple beau-parental. Il semble qu'il convienne, ici, d'adopter un raisonnement similaire à celui qui est tenu s'agissant des alliés. *A priori*, vu le fondement choisi, et vu l'absence de filiation, rien ne justifie qu'une telle obligation soit maintenue par-delà la dissolution du couple. Imposer une obligation vis-à-vis d'enfants qui ne sont pas ceux du débiteur, mais nés d'un premier lit, est une chose ; maintenir ce lien en cas de divorce ou de décès en est une autre, et cela serait probablement aller trop loin. Néanmoins, si un engagement venait à être pris en ce sens au moment du divorce, le mécanisme de l'obligation naturelle pourrait être utilement convoqué afin de donner un fondement juridique à un tel engagement, venant alors transformer l'obligation naturelle en obligation civile.

⁶⁸⁷ Dans le même sens, faisant un parallèle avec les subsides, v. J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., points n° 137 s., p. 139 s.

⁶⁸⁸ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Defrénois, 2003, n°321 et 322, p. 126 et 127.

⁶⁸⁹ J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., point n° 137, p. 139.

231. On peut donc reprendre, avec modification pour réserver aux seuls couples mariés l'obligation beau-parentale d'entretien, la proposition faite, par Monsieur le professeur Houssier, d'inclure à la suite de l'alinéa premier de l'article 371-2 du Code civil une nouvelle disposition ainsi rédigée.

Article 371-2, alinéa 2, du Code civil (proposition) :

« Le nouveau conjoint est également tenu de cette obligation, sous réserve de satisfaire entièrement à ses devoirs envers ses propres enfants »⁶⁹⁰.

232. On peut donc trouver des fondements et des modalités acceptables pour une obligation beau-parentale d'entretien. Reste que sa consécration est une question de volonté politique, et qu'on peut fort légitimement s'y refuser. Dans ce cas, cependant, il conviendrait de procéder à un certain nombre d'ajustements. Tout d'abord, supprimer l'obligation alimentaire entre alliés, dont on peinerait à justifier le maintien⁶⁹¹. Ensuite, il conviendrait de faciliter l'adoption simple de l'enfant du conjoint dans le cadre de la recomposition familiale, avec probablement un statut à part : comme cela a en effet pu être remarqué, « l'article 367 du Code civil a malencontreusement omis de prévoir une réserve pour l'adoption de l'enfant du conjoint, si bien qu'à lire le texte, l'obligation alimentaire du père ou la mère par le sang apparaît comme subsidiaire par rapport à celle du beau-parent adoptant »⁶⁹². La recomposition familiale ne pouvant conduire à occulter les liens qui unissent les enfants nés d'un premier lit à leurs parents, une telle solution ne peut demeurer.

En toute hypothèse, il faut dépasser, semble-t-il, l'ambiguïté actuelle du rôle du beau-parent : il n'est pas parent, mais il n'est pas un étranger et ne doit pas, semble-t-il, être traité comme tel.

⁶⁹⁰ *Idem.*

⁶⁹¹ L'analyse des travaux préparatoires du Code civil révèle d'ailleurs qu'en réalité, le sens même de l'existence de cette obligation tient avant tout à la volonté de permettre aux parents de la mariée d'exercer une action dirigée contre le mari de leur fille, en tant que chef de famille, raison d'être naturellement caduque de nos jours. V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., tome 9, p. 69.

⁶⁹² V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

II) Par l'instauration d'une hiérarchie alimentaire

233. Une des principales évolutions que l'on pourrait envisager s'agissant de l'obligation alimentaire serait d'en forger, de manière claire et systémique, une hiérarchisation. En effet, et contrairement à ce qui peut exister dans d'autres pays, l'obligation alimentaire au sens des articles 203 et suivants du Code civil existe en principe, en France, sans limitation de degré, de façon réciproque, et sans hiérarchisation entre créanciers et débiteurs alimentaires en cas de pluralité. Or, on peut s'interroger d'une part sur la réalité et d'autre part sur la pertinence d'une telle solution.

234. Évoquons tout d'abord les ambiguïtés de l'apparente absence de hiérarchie des obligations alimentaires. Il faut ici séparer les textes de la jurisprudence.

Les textes, eux, n'évoquent nulle hiérarchie : les différentes obligations alimentaires prévues par le Code civil sont évoquées tour à tour, sans qu'un ordre explicite vienne à apparaître. Tout au plus pourrait-on relever deux choses. D'une part, que l'ordre de présentation pourrait ne pas être anodin, puisqu'est d'abord évoquée l'obligation des parents envers leurs enfants (article 203 du Code civil), puis celle des enfants envers « leurs père et mère » (dans un premier temps) « ou autres ascendants qui sont dans le besoin » (dans un second temps, article 205 du Code civil), et enfin l'obligation entre alliés (article 206 du Code civil). L'article 207 du Code civil achève cette énumération en posant que « les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques ». D'autre part, que cet ordre d'énumération est renforcé par la formulation de l'article 206 : celui-ci dispose en effet que « les gendres et belles-filles doivent également⁶⁹³, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère ».

Ces indices, quelque peu diffus, pourraient laisser supposer qu'existait, dans l'esprit du législateur, une forme de hiérarchie entre les créanciers et débiteurs d'aliments. Las, rien de tout cela n'est explicite, et les travaux préparatoires du Code civil ne nous sont d'aucune aide en la matière. Il faut cependant noter l'existence d'une exception, précitée, concernant l'effet de l'adoption simple en matière d'obligation alimentaire. Rappelons en effet que l'article 364 du Code civil dispose que « L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. Les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant [...] ». Autrement dit,

⁶⁹³ C'est nous qui soulignons.

en cas d'adoption simple, ce sont d'abord les adoptants qui doivent des aliments à l'adopté, puis, de manière subsidiaire, les parents d'origine de l'enfant. Hormis cette disposition expresse, les textes restent relativement muets.

235. La jurisprudence est pourtant allée un peu plus loin que la lettre du texte, et ce dans deux hypothèses.

La première concerne le devoir d'entretien des parents envers leurs enfants. Dans un arrêt du 6 mars 1974⁶⁹⁴, la première Chambre civile de la Cour de cassation a en effet eu l'occasion de poser la primauté de celui-ci, dans un attendu qu'il convenait, pour le comprendre, de lire *a contrario* : « Mais attendu que l'obligation que l'article 203 du Code civil met à la charge des époux, de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, n'exclut celle que les articles 205 et 207 du même Code imposent en leur faveur aux autres ascendants que dans la mesure où les parents peuvent y faire face. S'il n'en est pas ainsi il suffit pour que des aliments soient accordés à des mineurs sur le fondement de ces derniers textes, que la partie à qui ils sont réclamés ait la possibilité de les payer et que les bénéficiaires des dispositions précitées soient dans le besoin⁶⁹⁵ ». C'est donc prioritairement aux parents d'intervenir, avant les autres obligés, en tout cas s'agissant d'enfants mineurs⁶⁹⁶.

La seconde concerne le devoir de secours entre époux. Ainsi, on peut par exemple citer un arrêt⁶⁹⁷ particulièrement explicite, qui a vu la Cour de cassation, dans une affaire de contribution aux frais de séjour en maison de retraite, casser l'arrêt d'appel qui avait retenu qu'il convenait de répartir la contribution à ce titre entre l'époux et les quatre enfants de la personne ainsi hébergée : « en se déterminant ainsi, sans constater que le mari, tenu à un devoir de secours qui prime l'obligation alimentaire découlant de la parenté⁶⁹⁸, se trouvait dans l'impossibilité de fournir seul les aliments dont son épouse avait besoin, la cour d'appel a[vait] privé sa décision de base légale ».

236. La jurisprudence en la matière est donc claire : elle rend les autres obligations alimentaires subsidiaires par rapport au devoir de secours. Deux hypothèses sont donc posées,

⁶⁹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 1974, n°72-11.070.

⁶⁹⁵ C'est nous qui soulignons.

⁶⁹⁶ Encore cette précision ne concerne-t-elle que le devoir d'entretien, et ne semble pas nécessairement conduire à ce que la solution soit étendue à l'obligation alimentaire « simple » des parents envers leurs enfants, une fois le temps de l'obligation d'entretien révolu.

⁶⁹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n°09-16.839.

⁶⁹⁸ C'est nous qui soulignons.

dans le silence de la loi. Cela reste fort peu, dans l'absolu, et cela ne concerne que la hiérarchie des débiteurs, et non des créanciers alimentaires. Et, comme le fait remarquer Madame la professeure Goldie-Genicon, « En dehors de ces quelques hypothèses exceptionnelles, c'est le principe inverse qui prévaut : il n'existe pas de hiérarchie entre les débiteurs alimentaires. Le créancier peut s'adresser à n'importe lequel d'entre eux pour lui réclamer paiement de la dette alimentaire, dans la limite des ressources du débiteur actionné, sans qu'il soit tenu de diviser ses recours »⁶⁹⁹. Comme l'écrivait Monsieur le professeur Pélissier – bien que son optimisme à l'égard de l'esprit de la lettre du Code puisse être discuté :

« Dans une première décision⁷⁰⁰, la Cour de cassation posa le principe de la simultanéité des dettes alimentaires familiales. Cette solution fut vivement critiquée par la doctrine. Les auteurs firent remarquer que cette solution était contraire à la tradition, à la logique et à l'esprit du Code. Contraire à la tradition, car l'Ancien droit avait consacré la hiérarchie des obligations alimentaires. Contraire à la logique, car certains individus, étant moralement plus tenus que d'autres, ils devaient l'être aussi juridiquement. Contraire à l'esprit du Code, dont le seul texte, où la question soit abordée, est favorable à la hiérarchie. La Cour de cassation se laissa influencer par cette argumentation et posa, en 1868⁷⁰¹, le principe de la hiérarchie. [...] Les inconvénients du système de la hiérarchie ne tardèrent pas à apparaître. Il fut impossible de dresser un ordre des débiteurs, une partie de la doctrine se référant à l'ordre successoral, une autre à la proximité du lien familial. Ce système obligeait par ailleurs le créancier à exercer une série de poursuites successives, et rendait ainsi plus difficile l'exercice de son action. Par faveur pour le créancier alimentaire, la Cour de cassation revint à sa jurisprudence primitive. Dans un arrêt du 2 janvier 1929⁷⁰², la Chambre civile décida que les enfants d'une part, les gendres et belles-filles d'autre part, devaient être placés au premier rang comme débiteurs alimentaires. Cet arrêt ne concernait que les dettes alimentaires des enfants et des alliés, et n'établissait la simultanéité qu'entre elles. [...] En réalité, cet arrêt avait une portée tout à fait générale. Dans la hiérarchie des dettes familiales, la dette des alliés et celle des descendants étaient, en effet, aux deux extrêmes. [...] Au surplus, la justification de l'absence de hiérarchie était un motif d'ordre général (le défaut de texte établissant une hiérarchie des dettes alimentaires), ce qui suffisait à faire de l'arrêt un arrêt de principe »⁷⁰³.

⁶⁹⁹ L'autrice cite ici, en note de bas de page, un certain nombre de références jurisprudentielles : not. un arrêt célèbre Cass. civ. du 2 janvier 1929 dit « époux Giraud », ainsi que des réitérations plus récentes, not. Civ. 1^{ère}, 25 av. 2007, n° 06-12614. V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁷⁰⁰ Cass. Req. 17 mars 1856, D.P. 1856, I, 251.

⁷⁰¹ Cass. Req. 7 juillet 1868, D.P. 1869, I, 243.

⁷⁰² Cass. civ. 2 janvier 1929, D.P. 1929, I, 137.

⁷⁰³ V. J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc. p. 256-257.

On le voit, une telle solution n'est pas optimale, et on pourrait ajouter que le bricolage jurisprudentiel reste un peu bancal. Constatant l'absence de texte – autre que l'article 364 du Code civil et son hypothèse assez particulière – et le fait que cela permet au créancier d'aliments d'actionner le plus fortuné de ses débiteurs alimentaires, la Cour de cassation avait fait le choix de la simultanéité. Constatant les limites théoriques et le caractère quelque peu amoral de cette solution – puisqu'il s'agissait simplement d'offrir l'action la plus efficace, et non la plus juste –, elle fit le choix de réintroduire une certaine hiérarchie, mais sans pouvoir particulièrement convaincre, tant ces solutions sont opposées par leur logique.

237. Les critiques faites à la hiérarchisation peuvent être appréciées assez diversement.

S'agissant de la critique consistant à pointer la difficulté à établir une hiérarchie, on pourra objecter qu'une telle construction a été possible en matière successorale, et que sa difficulté de mise en œuvre, dès lors qu'elle n'est qu'intellectuelle, ne peut guère conduire à écarter une solution.

La critique concernant la protection du créancier semble plus sérieuse, car il est constant que le souci tant du législateur, de la doctrine, que de la jurisprudence, est de garantir à celui qui a besoin d'aliments de les recevoir le plus rapidement et le plus simplement possible, somme toute, l'efficacité. Or, comme le fait remarquer Madame la professeure Goldie-Génicon, évoquant la tentation de revenir sur le principe de simultanéité pour instaurer un principe de hiérarchisation des débiteurs alimentaires, « il faut en revanche bien comprendre l'incidence qu'aurait l'instauration d'une telle hiérarchie sur le terrain des recours : la génération actionnée n'aurait pas la possibilité d'exercer un recours contre la génération suivante dès lors qu'elle aurait, prise dans son ensemble, les ressources suffisantes pour faire face aux besoins du créancier. Une génération ferait en quelque sorte front devant l'autre et protégerait les suivantes. Seule une action complémentaire serait envisageable pour le cas où l'ensemble des membres de la génération actionnée, pris collectivement, ne pourraient pas faire face aux besoins du créancier ».

Pour cette raison, l'autrice préfère défendre un maintien du système actuel, qui « paraît finalement offrir plus de souplesse, en refusant de cibler une génération particulière ; il a

également pour avantage, en multipliant les répondants alimentaires potentiels, de diluer le poids d'une dette qui sera de plus en plus lourde, avec l'accroissement de la dépendance »⁷⁰⁴.

238. Tout cela est vrai. Néanmoins, il convient également de ne pas oublier les effets délétères de l'absence de hiérarchie : s'il est vrai que celle-ci permet en principe de mieux répartir la dette entre tous les obligés alimentaires, il faut également constater qu'il est en pratique extrêmement rare qu'un créancier engage des actions contre tous ses débiteurs potentiels, ce qui serait le seul moyen de garantir une équitable charge de la dette. En outre, la lourdeur procédurale d'une telle multiplicité d'actions vient nettement contredire le vœu de souplesse, précédemment formulé.

Plus encore, il ne faut pas oublier que le débiteur est, en matière d'obligation alimentaire, tenu de l'intégralité de la dette, s'il peut y répondre, sans pouvoir opposer au créancier d'aliments l'existence d'autres débiteurs potentiels. Il devra donc, s'il en a les moyens, payer pour le tout, et sinon, payer le plus possible dans la limite de ses capacités, puis il devra s'il le souhaite (et on peut imaginer combien cela pourrait s'avérer délicat au sein d'une famille) exercer lui-même des actions récursoires contre les autres débiteurs d'aliments, tenus *in solidum*⁷⁰⁵. Peu importe, en outre, son degré de proximité avec le créancier : ainsi un enfant (majeur et n'étant plus bénéficiaire du devoir d'entretien) pourrait-il, théoriquement, s'adresser à ses beaux-parents avant de s'adresser à ses propres parents, voire sans jamais s'adresser à ces derniers. D'un point de vue pratique, le système est effectivement très efficace, mais il peut sembler difficilement justifiable.

239. On pourrait, s'il fallait envisager une hiérarchie des débiteurs et / ou des créanciers, proposer différentes solutions, plus ou moins ambitieuses. Il est peut-être plus facile d'inverser le raisonnement, et d'examiner les choses du point de vue du créancier. On comprend assez bien, de ce point de vue, les solutions rendues par la Cour de cassation dans les arrêts précédemment cités : il est logique que les époux s'adressent prioritairement l'un à l'autre, en

⁷⁰⁴ V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁷⁰⁵ V. Cass. 1^{ère}, 29 mai 1974, n°71-13.711. Il faut cependant remarquer que ce point est discuté, notamment depuis un arrêt Cass. Civ. 1^{ère} du 22 novembre 2005, n° 02-11.534, qui fut parfois interprété comme revenant purement et simplement sur l'idée d'une obligation *in solidum* (au sens d'obligation au tout), et qui a pu conduire à parler d'obligation *in solidum* particulière, ou plus simplement d'obligation au tout. La formule était en effet en apparence plutôt claire (« le montant de la dette alimentaire de chacun des débiteurs étant fixé en considération de ses ressources et charges, il n'y a ni solidarité ni obligation *in solidum* entre les codébiteurs d'aliments ») mais, puisqu'elle n'abandonnait pas l'obligation de chacun au tout, elle a surtout conduit à semer un grand trouble quant au fondement de celle-ci. V. à cet égard les explications de F. Chénéde, « Quelques précisions en matière d'obligation alimentaire : pluralité de débiteurs et prise en compte des revenus du conjoint – Cour de cassation, 1^{re} civ. 25 avril 2007 », in *AJ fam.* 2007. 269. Pour aller plus loin sur cette question, v. la synthèse réalisée par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., n°57-58, p. 368 s. V. également H. Lécuyer, « La pluralité de débiteurs de l'obligation alimentaire », in *Dr. fam.* 1997, chronique, n°2.

cas de besoin, de même qu'il est logique qu'un enfant qui dépend encore de ses parents pour sa subsistance s'adresse prioritairement à eux. Ces solutions, qui semblent difficilement critiquables, mériteraient d'être consacrées par la loi, ne serait-ce que dans un objectif de clarté de la loi.

Cette idée rejoindrait celle, développée par Monsieur le professeur Bénabent⁷⁰⁶, qui distingue entre deux degrés de l'obligation alimentaire, l'un étant celui de l'obligation « simple », et l'autre, celui de l'obligation « renforcée » (entre conjoints, et entre parents et enfants). Cette présentation semble permettre une nouvelle approche de la diversité de la solidarité familiale. Il faut cependant peut-être aller plus loin. On peut le faire en ajoutant à ces deux règles d'autres règles spéciales : peut-être pourrait-on, par exemple, prévoir qu'en cas de pluralité de créanciers alimentaires, les enfants qui dépendent encore de leurs parents (cas de l'existence du devoir d'entretien), ou du moins les enfants mineurs, soient toujours préférés, et ce y compris pour des débiteurs qui ne seraient pas leurs parents, les autres obligations devenant alors subsidiaires⁷⁰⁷. Une telle règle serait aisément justifiable par la protection et l'attention toutes particulières auxquelles l'enfant a droit, étant encore vulnérable puisque non parvenu au bout du processus d'émancipation qui advient dans le cercle familial, de la part des membres de sa famille.

240. Si on voulait, de manière plus ambitieuse, mettre en place une hiérarchie complète des débiteurs alimentaires, nous pourrions nous inspirer de différents modèles. Le modèle successoral, d'une part, et celui du droit comparé, d'autre part.

Concernant le droit des successions, on ne peut que renvoyer ici aux articles 731 et suivants du Code civil. Comme l'explique Monsieur le professeur Grimaldi, la dévolution successorale s'organise autour de trois principes directeurs⁷⁰⁸ – le classement selon l'ordre, le classement selon le degré, et la non-discrimination selon l'état⁷⁰⁹ –, deux principes correcteurs⁷¹⁰ – la fente et la représentation, qui visent à éviter un partage inégal entre héritiers du même degré ou à régler les cas de concours entre des héritiers de degrés inégaux –, auxquels

⁷⁰⁶ V. A. Bénabent, *Droit de la Famille*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2014, p. 497.

⁷⁰⁷ Ou, plus généralement, que les aliments dus aux descendants priment sur ceux dus aux ascendants et alliés, mais cette solution, généralisée, présente le double défaut d'être plus difficilement justifiable – puisque le descendant, n'étant plus dépendant de ses ascendants, n'a plus forcément à être privilégié – et de rendre la place à accorder aux aliments dus au conjoint difficilement déterminable.

⁷⁰⁸ V. M. Grimaldi, *Droit des successions*, préc. p. 94 s.

⁷⁰⁹ Que nous ne développerons pas plus avant : celle-ci, prévue à l'article 735 du Code civil, implique que « les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes ».

⁷¹⁰ V. *idem*, p. 108 s.

il convient d'ajouter, de manière générale, la nuance de la promotion successorale du conjoint survivant⁷¹¹. S'il ne s'agit pas de faire ici un cours complet de droit des successions, il nous semble que ces principes peuvent ici éclairer la réflexion. Reprenons-les donc, rapidement.

Concernant le principe de classement selon l'ordre, celui-ci signifie que les successibles sont répartis en ordres subséquents (1. descendants, 2. ascendants et collatéraux privilégiés, c'est-à-dire les parents, les frères et sœurs et leurs descendants, 3. ascendants ordinaires, c'est-à-dire les ascendants autres que les parents, et enfin 4. collatéraux ordinaires, c'est-à-dire les collatéraux autres que les frères et sœurs et leurs descendants, soit les cousins et cousines, les oncles et tantes, etc.), étant entendu que chaque ordre exclut les suivants : on dit que « les héritiers d'un ordre donné priment ceux d'un ordre subséquent »⁷¹². Cette répartition est « la hiérarchie établie par la loi entre les quatre ordres de parents », et trouve ses racines dans les « deux fondements possibles de la succession légale : devoir de famille ou volonté présumée »⁷¹³. En effet, comme l'explique Monsieur le professeur Grimaldi : « C'est à l'égard des enfants, que l'on a faits et que l'on a élevés au fil des années passées sous le même toit, que les devoirs sont les plus vifs et l'affection⁷¹⁴ la plus forte. Le second rang reconnu aux père et mère ainsi qu'aux frères et sœurs se justifie sans peine : entre eux et le *de cuius*, il a dû jadis exister une communauté de vie, source de devoir et de tendresse⁷¹⁵. Seule, finalement, la priorité donnée aux ascendants plus éloignés sur les collatéraux ordinaires – par exemple les grands-parents sur les oncles – peut laisser un certain sentiment d'arbitraire »⁷¹⁶.

A ce premier principe, s'ajoute celui du classement selon le degré : au sein d'un ordre, qui a déjà exclu les ordres suivants, « la sélection entre les héritiers se fait en fonction de leur degré de parenté »⁷¹⁷. Cela signifie, et c'est ce que prévoit l'article 744 du Code civil, d'une part que « dans chaque ordre, l'héritier le plus proche exclut l'héritier plus éloigné en degré » (al. 1), autrement dit, par exemple, que les oncles et tantes excluent les neveux et nièces, et d'autre part qu'« à égalité de degré, les héritiers succèdent par égale portion et par tête » (al. 2), autrement dit que la répartition se fait de manière équitable entre tous les oncles et tantes. Concernant les principes correcteurs de la fente de la représentation, ceux-ci permettent de

⁷¹¹ V. *idem*, p. 131 s.

⁷¹² V. *idem*, p. 96.

⁷¹³ V. *idem*, p. 97.

⁷¹⁴ On ajouterait volontiers « supposée »

⁷¹⁵ M. Grimaldi note ici que « l'argument, il est vrai, ne vaut pas pour les neveux et nièces », mais on pourrait peut-être voir dans leur inclusion dans cet ordre une forme légale, particulière, de la représentation.

⁷¹⁶ Encore qu'on pourrait estimer qu'en général, les liens de solidarité et les transferts patrimoniaux sont bien plus importants des ascendants envers les descendants que des collatéraux envers d'autres collatéraux, surtout lorsqu'il ne s'agit pas de collatéraux privilégiés. V. *idem*, p. 97.

⁷¹⁷ V. *idem*, p. 98.

limiter les effets potentiels du principe du classement selon le degré. La fente, prévue par les articles 746 et suivants du Code civil⁷¹⁸, est portée par une idée générale qui est que « lorsqu’une succession est dévolue à des ascendants ou à des collatéraux, elle se divise, elle se *fend* en deux parts égales : elle revient pour moitié aux parents de la ligne paternelle et pour moitié aux parents de la ligne maternelle »⁷¹⁹.

La représentation, prévue par les articles 751 et suivants du Code civil, est quant à elle « une institution en vertu de laquelle un héritier exerce dans la succession les droits d’un autre héritier qui, quoique de degré plus proche, n’y vient pas : il l’y *représente* ; le premier est *représentant*, le second est le *représenté* »⁷²⁰. L’idée est de garantir une forme d’égalité au sein de la dévolution successorale⁷²¹ : le représentant vient en effet, dans la succession, exercer les droits du représenté. Il a donc droit, à ce titre, aux mêmes droits que ceux qu’aurait eus le représenté s’il était venu à la succession, et auxquels le représentant n’aurait, en raison du principe du classement selon le degré, pas eu droit normalement. Pour cette raison, Monsieur le professeur Grimaldi parle d’une « fente inversée, avec possibilité de refente », en ce sens qu’« elle provoque une division de la succession en autant de part égales qu’il existe de lignes descendantes ou collatérales privilégiées »⁷²².

241. Il convient enfin d’ajouter à tous ces développements la place, tout à fait particulière, de la situation du conjoint survivant. Celui-ci, après une longue évolution historique, a en effet la possibilité d’avoir à la fois des droits dans la succession⁷²³ (une quote-part ou la totalité de la succession, d’une part, comme le prévoient les articles 756 et suivants du Code civil⁷²⁴, et un droit viager au logement, d’autre part, prévu par l’article 764 du Code civil, qui n’est pas d’ordre public) et des droits contre la succession⁷²⁵ (un droit annuel au logement aux frais de la succession et qui est d’ordre public, d’une part, comme en dispose l’article 763 du Code civil, mais aussi un droit à une pension alimentaire, d’autre part, comme le prévoit l’article 767 du même Code, nous y reviendrons).

⁷¹⁸ Et plus spécifiquement les articles 747 et 749 du Code civil.

⁷¹⁹ V. *idem*, p. 108-109.

⁷²⁰ V. *idem*, p. 117.

⁷²¹ V. *idem*, p. 119-120 : « Dans l’ordre des descendants et des collatéraux privilégiés, qui sont ceux où jouent la représentation, le devoir de famille comme l’affection présumée s’apprécie non pas envers chacun des enfants ou des frères ou sœurs considérés *isolément*, mais envers les souches que chacun de ceux-ci forme *avec sa propre descendance*. Dans ces deux ordres, l’égalité des devoirs ou des affections appelle donc une dévolution qui assure l’égalité des souches : il faut en exclure les inégalités que le classement selon le degré pourrait y introduire dans le cas d’un prédécès inattendu, d’une indignité ou d’une représentation. D’où l’institution de la représentation, dont le propre est précisément de corriger la règle du degré. En résumé, si le législateur a introduit la représentation dans la dévolution, c’est certes pour neutraliser certains aléas, mais c’est pour les neutraliser en vue d’assurer l’égalité des souches ».

⁷²² V. *idem*, p. 130.

⁷²³ V. *idem*, p. 142 s.

⁷²⁴ V. articles 756, 757, 757-1 et 757-2 du Code civil.

⁷²⁵ V. *idem*, p. 175 s.

Il n'est pas besoin, semble-t-il, d'aller plus loin dans la présentation du droit des successions et notamment des droits du conjoint survivant, en tout cas pas à ce stade de la réflexion. Ce qui importe, surtout, c'est la place qu'occupe chacun dans la succession, car une hiérarchie est clairement établie avec le classement par ordre, auquel s'ajoute l'inclusion, avec des quotes-parts variables, du conjoint survivant, lorsqu'il est en concours avec des descendants ou les parents du conjoint prédécédé. Il prime en revanche les autres successibles, fussent-ils des collatéraux privilégiés. Cela complexifie quelque peu les choses, car à un ordre en apparence simple, s'ajoute cette spécificité. Schématiquement, l'ordre proposé est donc le suivant :

1. descendants et / ou conjoint survivant
2. ascendants et / ou conjoint survivant
3. conjoint survivant
4. collatéraux privilégiés (frères et sœurs et leurs descendants)
5. ascendants ordinaires
6. collatéraux ordinaires

242. Concernant le droit comparé, on peut notamment évoquer ici les droits espagnol et italien. L'article 433 du Code civil italien, précité, prévoit en effet explicitement une hiérarchie des obligés alimentaires : 1) le conjoint, 2) les enfants ou les descendants les plus proches, 3) les parents ou les ascendants les plus proches, 4) les gendres et les belles filles 5) le beau-père et la belle-mère 6) les frères et sœurs germains ou unilatéraux avec priorité des germains sur les unilatéraux. De même, le Code civil espagnol procède, en son article 144, par ordre, en faisant en outre expressément le lien entre vocation alimentaire et vocation successorale. Il dispose en effet que « *La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos se hará por el orden siguiente : 1.º Al cónyuge. 2.º A los descendientes de grado más próximo. 3.º A los ascendientes, también de grado más próximo. 4.º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos* », ce que l'on peut traduire ainsi : « La réclamation d'aliments, en cas de pluralité d'obligés, sera faite dans l'ordre suivant : 1. Au conjoint. 2. Aux descendants du degré le plus proche. 3. Aux ascendants, également du degré le plus proche. 4. Aux frères et sœurs, mais ceux qui ne sont

qu'utérins ou consanguins sont obligés en dernier lieu. Entre les descendants et les ascendants, la gradation sera réglée par l'ordre dans lequel ils seraient appelés à la succession légitime de celui qui réclame des aliments ».

On le voit, les logiques sont proches, notamment sur trois points : les conjoints doivent être les premiers actionnés, les frères et sœurs les derniers. Entre les deux, la présence d'ascendants et de descendants conduit à s'adresser d'abord aux descendants, puis aux ascendants. En revanche, le droit espagnol ne semble pas accueillir d'obligation alimentaire entre alliés. Cet ordre semble, dans les deux cas, révéler naturellement une place prépondérante du mariage et du conjoint, puisque tous s'accordent à dire que c'est avant tout le devoir né du mariage qui doit intervenir. En outre apparaît clairement, semble-t-il, un lien très fort avec la vocation successorale, qui permet *a priori* de justifier le fait que la dette des descendants – appelés prioritairement à succéder – prime celle des ascendants.

243. Un ordre semble donc se dessiner, *a priori* cohérent. Néanmoins, deux questions se posent. D'une part, est-il pertinent de calquer l'ordre des obligés alimentaires sur celui des successibles ? D'autre part, est-il pertinent que l'ordre des bénéficiaires soit symétrique de celui des obligés ? Étudions ces deux points successivement.

S'agissant du rapport entre ordre des obligés alimentaires et ordre des successibles, on peut évidemment comprendre les correspondances qui sont faites entre l'un et l'autre. Les deux vocations – alimentaire et successorale – sont portées par des principes proches : d'une part, les affections supposées, et d'autre part, une forme de devoir de certains des membres de la famille envers d'autres, dans ce lieu des échanges et de l'entraide qu'est le cercle familial restreint. Pour autant, il semble que là s'arrête la possibilité de comparaison, car la vocation successorale, qui tend à devenir un droit pour certains membres de la famille⁷²⁶, ne semble pas pouvoir être assimilée à un droit de nature alimentaire. Certes, des indices pourraient le laisser croire. Ainsi peut-on noter l'existence de la réserve héréditaire, qui empêche en quelque sorte de laisser certains des membres de sa famille « sans rien » à un moment où, du fait de sa disparition, on ne pourra plus subvenir à leurs besoins. Ainsi peut-on également remarquer que, dans l'histoire, c'est souvent lorsque les droits successoraux étaient exclus (ainsi du conjoint survivant

⁷²⁶ V. C.-M. Péglion-Zika, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », préc.

autrefois, ou des enfants illégitimes) qu'était accordé un droit aux aliments opposable à la succession.

Cependant, il existe également de nombreuses objections à formuler à l'encontre d'une assimilation entre les deux mécanismes. Ainsi peut-on remarquer que, dès les premiers jours du Code Napoléon, certains étaient successibles sans être créanciers d'aliments, comme les frères et sœurs. Ainsi peut-on également remarquer que les situations qui peuvent conduire à être privé de son droit aux aliments ou à être privé de son droit de succession ne sont pas identiques. Ainsi peut-on encore remarquer qu'il est possible d'exhérer quelqu'un – exception faite des réservataires, dont on notera qu'ils sont de moins en moins nombreux⁷²⁷ – quand la volonté seule ne permet pas de priver quelqu'un de son droit aux aliments : les aliments sont une dette de l'un envers l'autre, la succession est, sauf le cas des réservataires, une forme de libéralité. Les logiques sont donc presque opposées. Ainsi peut-on enfin remarquer que dans certains cas, comme celui du conjoint survivant, les vocations peuvent se cumuler.

244. Il semble, en réalité, que la confusion vienne du fait que, recevant des biens ou des valeurs par le biais du droit des successions, une personne verra naturellement en ceux-ci un moyen de subvenir à ses besoins : lorsque je reçois un bien immobilier, celui-ci me permet naturellement de me loger ou bien d'en tirer des revenus qui me permettront de me loger, et lorsque je reçois une somme d'argent, celle-ci me permettra effectivement d'acheter de quoi me nourrir, me vêtir, me loger. Mais cette potentialité d'usage alimentaire ne doit pas conférer une nature alimentaire à la vocation successorale : je peux tout aussi bien, recevant une somme d'argent dans le cadre d'un héritage, décider de dépenser l'intégralité de celle-ci dans un voyage, pour me faire construire une piscine ou encore pour satisfaire mon irrépressible envie d'avoir dans mon salon une œuvre originale de Pierre Soulages ou de Lucio Fontana... Difficile alors, sauf à adopter une conception très extensive de la notion d'aliments, d'y voir une nature alimentaire. C'est pourquoi il semble possible de ne pas faire se correspondre les deux listes, notamment sur le terrain de la hiérarchie.

Or, il semble que la place des ascendants et des descendants n'obéit pas aux mêmes logiques. La vocation successorale pose une question de transmission : qui doit, prioritairement,

⁷²⁷ Sur la question de la réserve héréditaire, v. C. Pérès et P. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, Editions Panthéon Assas, 2020.

recevoir le patrimoine de quelqu'un qui n'est plus. La vocation alimentaire, elle, pose une question de charge et, d'une certaine manière, de responsabilité : qui doit, prioritairement, subvenir aux besoins de celui qui n'est pas en mesure de le faire lui-même, ou du moins pas seul. Les logiques sont donc inversées : là où l'on cherche, dans la vocation successorale, un héritier, on cherche dans la vocation alimentaire un soutien, un responsable. Or, contrairement à ce que laissent supposer les droits espagnol et italien, il ne nous semble pas du tout certain qu'il soit pertinent que ce soit prioritairement celui qui a une vocation successorale qui ait la charge de celui dont il recevra peut-être. Certes, on peut expliquer le fait que ce soit principalement les enfants qui aient la charge de leurs parents par l'idée de la piété filiale, et du devoir de reconnaissance envers ceux qui nous ont élevés et nous ont fait vivre, mais d'une part, cela ne permet pas d'expliquer que ce soient globalement les descendants qui priment les ascendants sur le terrain de l'obligation alimentaire, et d'autre part, la piété filiale semble être un argument bien maigre face à la responsabilité de celui qui fait venir un être au monde⁷²⁸.

Les orientations prises par la jurisprudence de la Cour de cassation vont d'ailleurs dans ce sens, puisqu'elle fait de l'obligation des parents, sous la forme du devoir d'entretien, une des rares exceptions au principe d'absence de hiérarchie des obligations alimentaires : c'est prioritairement les parents, plus que tout autre, qui doivent fournir des aliments à leurs enfants. Certes, cette jurisprudence semble limitée au cas particulier du devoir d'entretien, sans inclure l'obligation « classique » des parents à l'égard de leurs enfants. Il n'en demeure pas moins que cette orientation est particulièrement claire, et qu'elle semble plus conforme à la logique qui sous-tend l'obligation alimentaire. C'est d'ailleurs *a priori* également le sens le plus commun des transmissions patrimoniales intrafamiliales, qu'elles soient ou non sous-tendues par une idée de solidarité, de secours ou de soutien.

245. Pour cette raison, envisageant la hiérarchie des obligations alimentaires, il nous semble préférable d'envisager que l'obligation des ascendants envers leurs descendants prime celle des descendants envers leurs ascendants. On pourrait objecter qu'il n'est pas toujours possible aux ascendants de subvenir aux besoins de tous leurs descendants, mais cette objection peut être facilement contredite par deux éléments : d'une part, les principes mêmes de l'obligation alimentaire, qui en font une charge proportionnée aux facultés du débiteur, et

⁷²⁸ Ou qui l'engendre, pour reprendre le terme de V. Deschamps, v. V. Deschamps, *Le fondement de la filiation - Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préc.

d'autre part, le fait qu'une hiérarchie des débiteurs s'accompagne forcément également d'une hiérarchie des créanciers, sur laquelle nous reviendrons.

Reste la question des couples. Le lien qui unit les membres d'un couple juridiquement engagés l'un envers l'autre est, en soi, le seul lien véritablement électif (à l'exception du lien adoptif, mais qu'il ne semble pas opportun de distinguer de la parenté naturelle), sous-tendu par un devoir de venir prioritairement en aide à celui ou celle auprès duquel ou de laquelle on s'est engagé, et ce qu'il s'agisse du Pacs ou du mariage. Pour cette raison, le conjoint ou le partenaire pacsé doit, semble-t-il, être au premier rang des débiteurs d'aliments.

Il semble donc que l'ordre hiérarchique des débiteurs d'aliments⁷²⁹ devrait être le suivant :

1. conjoint ou partenaire pacsé ;
2. ascendants ;
3. beaux-parents, dans le cas du mariage⁷³⁰, et sous certaines conditions liées à l'adage « morte ma fille, mort mon gendre » ;
4. descendants ;
5. frères et sœurs ;
6. alliés.

246. Reste la question de la hiérarchie des créanciers. La question est assez peu étudiée, alors qu'elle suscite de nombreuses interrogations et révèle d'importants enjeux. Comme l'explique Madame la professeure Goldie-Genicon, « La hiérarchie des créanciers alimentaires ne connaît actuellement, contrairement à la précédente, pas de réelle illustration. L'opportunité d'en instaurer une pourrait susciter un intérêt nouveau avec le concours des générations potentiellement dépendantes et le recul de l'entrée dans la vie active des enfants. La question

⁷²⁹ Dans le même sens, v. J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., spéc. n°313 s. p. 328 s.

⁷³⁰ Précisons à cet égard, comme nous l'avons fait en étudiant l'opportunité d'inclure, dans le Pacs, une obligation beau-parentale d'entretien, qu'il semble préférable d'exclure l'existence d'une obligation alimentaire entre alliés dans le cas du Pacs. Il semble en effet qu'une spécificité de l'union matrimoniale est de créer une alliance entre les familles, et que préserver cette spécificité impose d'exclure la création d'un lien alimentaire entre alliés dans le Pacs. Dans cette perspective, le Pacs est donc avant tout une union entre les membres d'un couple.

se présente dans les termes suivants : si plusieurs créanciers alimentaires dans le besoin se présentent à un même débiteur, qui doit l'emporter ? »⁷³¹.

247. Il y a, schématiquement, trois solutions. La première serait le critère chronologique, sous le modèle du « premier arrivé, premier servi », l'idée étant que « la pension alimentaire déjà octroyée à l'un diminue les ressources du débiteur alimentaire et affaiblit d'autant ses facultés contributives à l'égard d'un autre prétendant à la pension »⁷³². Ce critère, s'il a le mérite de la simplicité, ne semble pas opportun, pour une évidente raison : il n'est pas juste, et il n'est porté par aucune considération concernant la question de savoir qui doit être, en priorité, le bénéficiaire du soutien familial. La deuxième, soutenue par certains auteurs⁷³³, serait de faire correspondre la hiérarchie des créanciers alimentaires à celle des débiteurs alimentaires. Pour l'essentiel, ce système semble être non seulement plus logique, mais encore le plus juste et le plus praticable.

Pourtant, il ne semble pas indiscutable, car il apparaît que le droit, et en particulier le droit de la famille, ne rend pas toujours les droits symétriques des devoirs, notamment parce que certains intérêts et surtout certaines personnes méritent et bénéficient d'une protection particulière. En droit de la famille, cette considération est portée par la notion d'intérêt de l'enfant, qui légitime, il nous semble, une attention particulière au sort de l'enfant soit mineur, soit encore dépendant (c'est-à-dire l'enfant qui bénéficie encore du devoir d'entretien des parents). Pour cette raison, il semble qu'une troisième voie soit possible, qui rendrait ces enfants prioritaires dans la hiérarchie des créanciers alimentaires.

L'ordre hiérarchique des créanciers d'aliments pourrait, alors, être le suivant :

1. enfant mineur ou dépendant, selon le choix effectué ;
2. conjoint ou partenaire pacsé ;
3. descendants ;
4. ascendants ;
5. frères et sœurs ;

⁷³¹ V. C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », préc.

⁷³² V. *idem*.

⁷³³ V. *idem*.

6. beaux-parents, dans le cas du mariage, et sous certaines conditions liées à l'adage
« morte ma fille, mort mon gendre » ;
7. alliés.

248. Réserveons ici une question : celle de l'existence même d'une obligation alimentaire envers les ascendants. Celle-ci, nous le verrons, ne va pas nécessairement de soi, ce qui conduirait à supprimer tant l'obligation envers les ascendants de sa famille que celle envers les beaux-parents. Nous y reviendrons.

Cela étant dit, restent d'autres questions.

La première est celle des règles accompagnant cette hiérarchie des débiteurs et des créanciers d'aliments. Ainsi posées, les listes ne font que distinguer des groupes, ce qui correspond au principe, en droit des successions, du classement selon l'ordre. Or, ce principe ne fonctionne qu'en ce qu'il est en outre accompagné d'un principe de classement selon le degré. Chacun doit, *a priori*, secourir prioritairement ceux qui lui sont les plus proches – exception faite de la place de « superprivilégié », pour reprendre une terminologie propre au droit des procédures civiles d'exécution, qu'est l'enfant mineur ou dépendant –, ce qui justifie l'introduction d'une règle de classement selon le degré, dans chaque ordre. Le seul risque, semble-t-il, lié à une telle règle, est celle qui laisserait un créancier confronté au fait que le classement par ordre et par degré pourrait, du fait du prédécès de son ascendant ou de son descendant le plus proche, lui donner une place subsidiaire dans une hiérarchie bouleversée par cette circonstance.

Pour cette raison, il semble juste d'introduire également une règle de représentation, empruntée au droit des successions et aux articles 751 et suivants du Code civil, ce qui lui permettrait de retrouver une place plus favorable, celle de la personne prédécédée, lui permettant ainsi de « remonter » à un degré plus proche du débiteur actionné. Ainsi aménagé, le système de hiérarchie des obligations alimentaires semblerait plus juste que la non-organisation qui règne actuellement sur cette matière.

249. On pourrait craindre, ce faisant, deux choses. D'une part, qu'en obligeant le créancier d'aliments à agir contre chaque ordre successivement, on le contraigne à exercer une

multiplicité d'actions successives, ce qui rendrait le tout assez coûteux en temps et en argent. D'autre part, que ce système faisant *a priori* obstacle à l'action récursoire actuellement envisageable, chaque ordre puis chaque génération fasse obstacle à une répartition de la dette alimentaire. Mais ces deux objections ne semblent pas pouvoir emporter la conviction.

Concernant la protection des créanciers, tout d'abord, il convient de remarquer que si les principes fondamentaux de l'obligation alimentaire, et notamment son caractère proportionné aux moyens du débiteur, ainsi que l'application de l'adage « aliments ne s'arrangent pas »⁷³⁴, étaient systématiquement respectés et appliqués, le cas arriverait régulièrement où les facultés d'un seul débiteur ne suffiraient pas pour répondre aux besoins du créancier. Or, le cas échéant, le créancier n'aurait d'autre choix que d'opter soit pour de multiples actions, soit pour une action commune, visant plusieurs débiteurs, charge au juge de dire qui doit quoi, ce qui serait parfaitement possible avec une hiérarchisation de l'obligation alimentaire et permettrait d'ailleurs la répartition la plus juste qui soit.

250. En outre, il faut sur ce terrain remarquer le bouleversement profond apporté par les différentes allocations et aides fournies en général par l'Etat et notamment par l'aide sociale, et surtout par l'introduction en droit français de la GIPA et de l'ARIPA et l'intermédiation des caisses d'allocations familiales⁷³⁵. Concernant la protection des débiteurs, qu'on nous permette de résumer les choses en une formule peut-être quelque peu provocatrice : il ne nous semble pas que le rôle du droit soit de protéger les individus de leurs devoirs. Qu'on nous permette également de la nuancer aussitôt : leurs devoirs, oui, mais rien que leurs devoirs. Car le système actuel, dénué de hiérarchisation, permet des abus, et une telle hiérarchisation, basée sur les affections supposées, permettrait de limiter la possibilité, pour les recours, de sauter des générations, notamment dans toutes les hypothèses d'actions récursoires menées par les établissements hospitaliers ou accueillant des personnes âgées et dépendantes. Ce faisant, elle permettrait de rétablir une forme de justice dans le jeu des obligations alimentaires, et donc d'en limiter les dévoiements, et, ce faisant, d'écarter les risques de perte de sens qui peuvent menacer l'obligation alimentaire au nom de prétendus impératifs pratiques⁷³⁶.

⁷³⁴ Sur lequel nous reviendrons, car il faut remarquer d'une part que ce principe, qui n'est qu'un adage, ne repose sur aucun fondement légal autre que celui, très critiquable, de l'*habitus* et de la coutume, et d'autre part que pour l'essentiel, son usage a servi, par exemple dans les cas des récupérations effectuées par les tiers fournisseurs d'aliments, notamment les maisons de retraite, à limiter les effets délétères de ce qui apparaît comme un dévoiement des obligations alimentaires et de leurs principes fondamentaux. Sur cette question, qui fera l'objet de développements plus conséquents en deuxième partie de cette étude, v. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc.

⁷³⁵ Nous y reviendrons, de même, dans la deuxième partie de cette étude.

⁷³⁶ V. à ce sujet D. Everaert-Dumont, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », in *RDSS* 2008, p.538 : « Il existe des domaines où la finalité assignée au droit est si impérieuse qu'elle en fait perdre de vue la

L'examen de ces différentes questions étant achevé, nous avons fait, pour l'essentiel, le tour des questions concernant les personnes concernées par l'obligation alimentaire. Pour autant, une fois ainsi dessiné le cercle des solidaires, il convient d'examiner plus avant la nature et le sens du lien qui les unit, en abordant la question de la solidarité elle-même.

construction juridique qui le porte. En droit des aliments, l'urgence commande de répondre au plus vite au besoin dont souffre le demandeur. Les aléas de la vie ou les bouleversements climatiques, canicule pour les uns, grand froid pour les autres, ne permettent pas de tergiverser. La collectivité « providence » et la famille « refuge » peuvent apparaître comme des lieux de secours, comme les débiteurs potentiels d'un droit fondamental à l'assistance. Face à cette légitimation du rapport d'obligation, la règle juridique qui en pose les principes peut être vite réduite au rang de simple outil entièrement voué à la satisfaction de la cause qui la justifie. Le risque est alors grand de faire disparaître derrière une démarche essentiellement pragmatique, dépendante de l'appréciation des faits, toute la logique de la construction juridique qui participe également à la légitimité du droit en sécurisant ses conditions et procédures ».

Conclusion du chapitre 2

251. L'analyse du cercle des obligés alimentaires par-delà la famille nucléaire, c'est-à-dire par-delà le couple et la filiation, nous a ainsi permis d'envisager, *de lege lata*, les exclus du cercle des obligés alimentaires, et notamment les cas, d'une part, des frères et sœurs, et d'autre part, des recompositions familiales.

Ces exclusions, comme nous avons tenté de le montrer, ne semblent pas justifiées. C'est le cas, *ab initio*, s'agissant des frères et sœurs, dont l'absence dans le cercle des obligés d'aliments ne semble ni logique, ni souhaitable, et ce quelle que soit l'approche envisagée, qu'elle soit historique, axiologique, ou empreinte de droit comparé. C'est également le cas, aujourd'hui, des recompositions familiales. Initialement motivée à la fois par une défiance à l'égard des remariages et par une volonté de protéger l'institution matrimoniale, cette exclusion ne se justifie plus, aujourd'hui, tant elle semble en décalage avec les transformations de la société et celle de la fonction normative du droit de la famille.

Si, pendant des siècles, ce fut l'obligation alimentaire naturelle qui, pour pallier l'absence de protection des exclus du cercle des obligés, est venue offrir un support technique à l'existence d'une forme de solidarité intrafamiliale, au-delà du cercle des obligés alimentaires sur le fondement d'une obligation civile, il semble donc nécessaire, *de lege ferenda*, de proposer une double réforme de ce système.

La première piste de réflexion consisterait à inclure, dans le cercle des obligés alimentaires, d'une part les frères et sœurs, et d'autre part, sous conditions, les beaux-parents. S'agissant de l'obligation beau-parentale d'entretien, il est cependant proposé d'en limiter l'instauration au seul cas des recompositions familiales par remariage, ce notamment afin de maintenir une pluralité alimentaire au sein des formes d'union, seule l'union matrimoniale semblant engager l'union de deux familles, et non seulement de deux individus. De surcroît, il est proposé d'en faire une obligation unilatérale, et subsidiaire.

La seconde piste de réflexion consisterait à inclure une hiérarchie alimentaire. Inspirée à la fois du droit français des successions et du droit comparé, il s'agirait de dessiner deux hiérarchies obligationnelles : une hiérarchie des débiteurs d'aliments, d'une part, et une hiérarchie des créanciers d'aliments, d'autre part.

Conclusion du premier titre

252. Analyser le cercle des obligés alimentaires et en comparer les évolutions, relativement minimales, à celles qu'ont connu les appréhensions sociale et juridique de la famille a permis d'identifier, d'une part, un certain nombre de mutations de la fonction normative du droit de la famille. Cette étude nous a également permis, d'autre part, de mettre en évidence un certain nombre de contradictions techniques, invitant à envisager des évolutions significatives du cadre législatif entourant la solidarité intrafamiliale.

S'agissant de la fonction normative du droit de la famille contemporain, on peut ainsi évoquer le passage d'une normativité du modèle unique, cherchant à promouvoir voire imposer le modèle de la famille légitime constituée d'un couple composé d'un homme et d'une femme, mariés, et ayant des enfants dans le cadre du mariage, au développement d'un pluralisme des formes de conjugalité. En droit de la filiation, sous l'impulsion, notamment, de la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'apparition du pluralisme conjugal a vu s'opérer une décorrélation entre droit de la filiation et droit des couples. La conséquence directe en est la consécration de l'égalité des filiations, qui vient affirmer le rôle central de la protection de l'enfance : autrefois assurée, pour partie, *via* des palliatifs techniques tels que l'obligation naturelle ou les subsides, l'égalité des filiations a en effet permis à des enfants, qui jusqu'alors en étaient exclus, d'accéder à la qualité d'obligés alimentaires classiques, créanciers aussi bien de l'obligation alimentaire familiale classique que de sa forme particulière qu'est la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Par-delà du cercle de la famille nucléaire, enfin, nous avons pu évoquer les exclus du cercle des obligés alimentaires, et notamment les cas des frères et sœurs, et des recompositions familiales. Nous avons, à cet égard tâché de montrer que ces exclusions n'étaient pas justifiées, et ne semblaient plus, aujourd'hui, ni logiques, ni souhaitables.

Ces constats nous ont ainsi conduit, *de lege ferenda*, à proposer une double réforme de ce système. Il s'agirait, d'une part, d'inclure, dans le cercle des obligés alimentaires les frères et sœurs, ainsi que, sous conditions, les beaux-parents. D'autre part, il s'agirait de prévoir, en s'inspirant à la fois du droit français des successions et du droit comparé, une hiérarchie des débiteurs d'aliments ainsi qu'une hiérarchie des créanciers d'aliments.

TITRE 2. LES EVOLUTIONS DE LA SOLIDARITE FAMILIALE

SAISIES PAR L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

253. La sagesse populaire nous l'enseigne : les eaux calmes sont les plus profondes. Cet adage semble parfaitement s'adapter au cas de l'obligation alimentaire. Cette matière semblait au premier regard être marquée par une inaltérable stabilité et, disons-le, par une certaine pesanteur. Pourtant, l'examen des évolutions du cercle des obligés alimentaires a apporté à ce présumé un premier démenti, révélant la complexité des évolutions d'une matière peut-être trop souvent présentée comme un chemin vers l'égalité. Nous l'avons vu, le mouvement qui s'opère est double : au monolithe matrimonial a succédé le pluralisme des conjugalités quand, connaissant en cela un destin inverse, le pluralisme des filiations, traditionnel reflet d'une vision de la famille qui ne reconnaissait de légitimité qu'au travers du mariage et qui ne voulait légitimer que ses fruits, a disparu, dans une perspective renouvelée n'accueillant plus que l'enfant, et sa protection qui devrait primer, semble-t-il, toute autre considération. L'obligation alimentaire, qui autrefois avait pu servir à modérer les effets jugés inacceptables d'une normativité s'exprimant en des termes particulièrement stricts, allait devenir le témoin et pour ainsi dire le compagnon de voyage, au statut parfois incertain, de cette évolution.

Il est important, à cet égard, de rappeler quelques caractéristiques fondamentales de l'obligation alimentaire. Ses caractères principaux en font, en effet, un marqueur essentiel du groupe familial. Comme le rappelle Monsieur le professeur Houssier :

« Les liens familiaux, en unissant mutuellement les membres de la famille, assignent à chacun une place, un statut, auquel est attribué un ensemble de droits et de devoirs conçus et coordonnés dans l'objectif final de l'épanouissement du groupe. Telle une matrice, le lien familial, en tant que schéma structurant de la famille, installe chacun de ses membres dans une situation juridique préétablie [...] porteuse d'effets de droit, d'obligations et de devoirs. Le lien familial constitue donc un lien de droit, un lien qui oblige. Il « fixe les bornes et les repères, indique les interdits, les devoirs, les obligations, les droits des individus par rapport aux autres »⁷³⁷. Le lien familial représente le pivot autour duquel s'articule la vie de la famille, le vecteur indispensable à son fonctionnement »⁷³⁸.

⁷³⁷ P. Signorile, « Le lien familial en philosophie », in C. Siffrein-Blanc et al. (dir.), *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre 1 – Lien familial et lien obligationnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 25, spéc. p. 42.

⁷³⁸ J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., n°55, p. 59.

La nature du lien familial considéré, ici l'obligation alimentaire, est donc essentielle, car elle est, profondément, porteuse de sens. Si l'on a déjà pu, à cet égard, évoquer le caractère familial de cette obligation, il semble essentiel d'en évoquer, rapidement, les caractères. L'obligation alimentaire est ainsi, en premier lieu, une obligation au caractère personnel fortement marqué, et en principe réciproque : c'est ce qui explique, notamment, qu'il s'agisse d'une obligation intransmissible, mais également que son débiteur puisse, en cas de manquement personnel du créancier d'aliments, invoquer une exception d'indignité alimentaire, sur laquelle nous reviendrons. L'obligation alimentaire, en deuxième lieu, est une obligation d'ordre public : c'est ainsi que bien que l'on puisse, en partie, en aménager contractuellement certaines modalités, elle demeure indisponible en ce sens qu'elle ne peut faire l'objet, ni d'une renonciation, ni d'une transaction. En troisième lieu, le *quantum* de la créance alimentaire dépend, d'une part des besoins du créanciers, et d'autre part des ressources du débiteur : elle a, partant, un caractère par essence variable, et ce sera le contexte dans lequel son exécution sera réclamée qui permettra, seul, de déterminer le montant de l'aide à apporter.

Autrement dit, le principe de l'obligation est permanent, entre obligés alimentaires, et ce ne seront que les circonstances qui permettront, à un moment donné, de cristalliser le devoir de solidarité intrafamiliale en une créance déterminée. Ces quelques éléments de régime permettent, déjà, de témoigner de l'importance profonde de l'obligation alimentaire, tant d'un point de vue technique que d'un point de vue symbolique, puisqu'elle marque, par son régime même, l'importance que le droit de la famille entend donner aux solidarités intrafamiliales.

254. Or, au-delà de la question de l'évolution du groupe familial tel que perçu par le corps social et reçu par le droit, c'est l'obligation alimentaire elle-même qui, sans remous particuliers, a progressivement évolué, de telle sorte qu'aujourd'hui, ce ne sont pas seulement les solidaires, mais bien la solidarité qui doit faire l'objet d'un examen.

La solidarité intrafamiliale a en effet profondément changé et s'est, à son tour, diversifiée afin de correspondre aux aspirations du temps et aux nouvelles normativités qu'entend porter le droit de la famille. Ce n'est donc pas, ici, un vent d'égalité qui souffle, mais des vents, divers, de liberté, de responsabilité, de protection de l'enfance, et d'adaptation de l'obligation alimentaire aux enjeux renouvelés d'une société contemporaine qui n'a, semble-t-il, cessé que d'engendrer de nouvelles nécessités et de nouveaux nécessiteux.

Dans ce contexte, ce n'est pas seulement le contour de la famille qui change, mais également son sens profond, l'étendue de ses liens et de ses engagements, et, en ce sens, ses équilibres et sa géométrie. Pour s'en rendre compte, en observant au plus près les évolutions techniques de la matière, il conviendra de procéder en deux temps, en examinant en premier lieu l'objet de l'obligation alimentaire, dont nous verrons qu'il est devenu protéiforme (**Chapitre 1**), et sa durée, dont nous verrons qu'elle a perdu sa vocation viagère, ou en tout cas lui obéit moins (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'objet de l'obligation alimentaire

256. Notre étude des mutations de l'obligation alimentaire débutera avec l'étude de l'objet de l'obligation alimentaire, c'est-à-dire, pour reprendre la définition que le *Vocabulaire juridique* de Cornu donne de l'objet d'un droit personnel, de la « prestation attendue »⁷³⁹. Plus disert, le dictionnaire *Trésor de la langue française* nous indique qu'au sens juridique du terme, on qualifie d'objet « ce sur quoi porte un droit, une procédure, un acte juridique ». Il s'agit donc de déterminer, après avoir vu dans le premier titre ce qui fonde la solidarité et qui y est tenu, ce qu'implique cette solidarité intrafamiliale, et comment elle se manifeste. Or, celle-ci ne se manifeste désormais plus toujours de la même façon. Ainsi, à côté d'une obligation alimentaire dite « classique » qui demeure relativement inchangée, sous réserve de quelques points qui seront étudiés dans ce titre, c'est à travers deux cas particuliers que la solidarité intrafamiliale révèle le mieux ses évolutions : il s'agit, d'une part, du lien qui unit les membres d'un couple (**Section 1**), et d'autre part, de l'obligation que fait naître la parenté au sens strict (**Section 2**).

⁷³⁹ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc.

Section 1. En matière de couple

256. L'union patrimoniale des couples, dont l'un des volets est l'obligation alimentaire, a connu de nombreuses évolutions, et ce dans toutes les formes contemporaines de conjugalité. C'est ainsi qu'il nous faudra, ici, procéder à une étude systématique, en envisageant dans un premier temps le profond renouveau qui s'est opéré dans le couple marié (**Sous-section 1**) et dans un deuxième temps les questions nouvelles que fait naître l'étude de l'union patrimoniale dans le couple non marié (**Sous-section 2**). Il semble utile, dans un troisième temps, d'envisager une refonte de la matière, afin de clarifier un droit qui est, en matière de solidarité entre les membres du couple, devenu presque illisible (**Sous-section 3**).

Sous-section 1. De lege lata, le couple marié

257. Le couple, *a fortiori* marié, est un lieu d'intenses échanges patrimoniaux. Se caractérisant par une vie en commun⁷⁴⁰, il conduit à un écheveau complexe de mise en commun de moyens, de partage d'un certain nombre de biens mobiliers et immobiliers, d'engagements communs de patrimoines, qu'ils soient personnels ou commun. Il est, en outre, un lieu classique d'entraide et de solidarité, entre deux personnes ayant fait le choix de traverser ensemble les joies et les épreuves de la vie. C'est particulièrement évident dans le cas du couple marié, dont les liens patrimoniaux sont nombreux et parfois délicats à distinguer. En effet s'enchevêtrent dans le mariage deux obligations patrimoniales communes à tous les couples mariés en ce qu'elles appartiennent au régime primaire impératif : le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage. Pour bien le comprendre, il convient de s'interroger dans un premier temps sur la distinction de ces notions **(I)**, avant d'envisager dans un second temps une éventuelle disparition de la dualité au profit de la contribution aux charges **(II)**.

⁷⁴⁰ Que cette vie commune soit, comme dans le Pacs et le mariage, un devoir, ou comme dans le concubinage, un élément constitutif.

I) Devoir de secours et contribution aux charges

258. Le devoir de secours, rappelons-le, est prévu par l'article 212 du Code civil, qui dispose notamment que les époux se doivent « mutuellement [...] secours ». Il s'agit là de la forme conjugale que prend, entre les époux, l'obligation alimentaire intrafamiliale. On pourrait croire, dès lors, que le changement de vocable qui s'opère n'est qu'artificiel, et que le régime n'en n'est que peu différent. Pourtant, une étude attentive du devoir de secours permet d'opposer un démenti à ce premier réflexe assimilateur : si obligation alimentaire et devoir de secours peuvent être comparés, ils ne peuvent être pleinement assimilés. De même, la tentation pourrait exister d'assimiler devoir de secours et contribution aux charges du mariage : ici aussi, il faut *a priori* s'en garder. La contribution aux charges du mariage, quant à elle, est prévue par l'article 214 du Code civil qui, en son alinéa 1^{er}, dispose que « si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ».

Cette contribution est en principe assez nettement distincte de l'obligation alimentaire : là où l'obligation alimentaire est une règle de solidarité, destinée à assurer le secours du nécessiteux par celui qui en a la possibilité, la contribution aux charges est une règle d'union patrimoniale minimale, ayant vocation à « égaliser les niveaux de vies des conjoints » et à « éviter que les inégalités de fortunes soient vécues au quotidien »⁷⁴¹. En cela, la contribution aux charges du mariage est le pendant d'une part de la solidarité des dettes prévues par l'article 220 du Code civil, et d'autre part du devoir de communauté de vie de l'article 215 du Code civil. Pour cette raison, on peut, tout au contraire, penser que contribution aux charges et obligation alimentaire doivent être strictement distinguées, mais nous verrons qu'en la matière, les frontières ont été considérablement brouillées.

259. Commençons par évoquer la distinction qu'il convient d'opérer entre devoir de secours et obligation alimentaire classique. Celle-ci se manifeste principalement par deux aspects.

Le premier, et nous l'avons déjà évoqué, est la primauté qu'a, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le devoir de secours sur les autres obligations alimentaires : ainsi la première Chambre civile retient-elle que le « devoir de secours [...] prime l'obligation

⁷⁴¹ V. D. Fenouillet, *Droit de la famille*, préc. p.134 s.

alimentaire découlant de la parenté »⁷⁴². Ce faisant, elle vient clairement marquer la spécificité, même au sein des obligations alimentaires, du devoir de secours. Comme l'explique Madame Philippe, si « l'entraide conjugale s'exerce avant toute autre aide familiale, c'est parce que le devoir de secours et d'assistance n'est pas une simple obligation alimentaire. Il s'agit d'un devoir particulier qui tire son caractère de l'essence même de l'union conjugale » et a, dès lors, « une nature propre »⁷⁴³. L'union entre deux époux, qui est un lien profondément électif contenant un engagement particulièrement fort de l'un envers l'autre, et ne reposant sur aucun lien de sang préétabli, emporte une primauté venant traduire le vœu d'union consubstantiel au mariage. La primauté de cette solidarité, dès lors, vient tant en terme technique qu'en terme symbolique manifester la forte charge normative, toute spécifique, que le droit de la famille attache au mariage.

Le second, qu'exprime l'article 212 du Code civil, est le caractère mutuel, et non réciproque, de ce devoir. Le *Dictionnaire de l'Académie française* nous enseigne que le terme « mutuel », « dérivé savant du latin *mutuus*, [...] se dit de sentiments que deux ou plusieurs personnes éprouvent les uns pour les autres ou d'actions qu'elles accomplissent les uns pour les autres »⁷⁴⁴. D'un point de vue symbolique, ce caractère mutuel a une première portée particulièrement remarquable bien qu'elle ne soit parfois un peu perdue de vue, plus d'un demi-siècle après sa consécration. Si elle a toujours été affirmée, étant déjà présente dans le Code Napoléon de 1804, la mutualité des obligations a en effet pris un sens supplémentaire au cours des années 70, avec la consécration de l'égalité entre les droits et devoirs des époux l'un envers l'autre : elle vient en effet, au sein des « devoirs et droits respectifs des époux » consacrés aux articles 212 et suivants du Code civil, poser une règle de parité obligationnelle au sein du couple marié⁷⁴⁵. Nous y reviendrons.

⁷⁴² Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n°09-16.839.

⁷⁴³ V. C. Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, LGDJ, 1981, p. 59.

⁷⁴⁴ V. définition de « mutuel », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} édition.

⁷⁴⁵ V. « Fasc. 10 : MARIAGE. – Organisation de la communauté conjugale et familiale. – Principes directeurs du couple conjugal : réciprocité des devoirs entre époux (C. civ., art. 212). – Principes structurant la communauté familiale : direction conjointe de la famille et contribution conjointe aux charges du mariage (C. civ., art. 213 et 214) », in *Jurisclasser*, LexisNexis : « à l'origine, l'égalité était loin d'être parfaite. L'article 213 du Code civil, dans sa rédaction originaires de 1804, en témoignait particulièrement bien puisqu'il imposait deux autres devoirs qui n'étaient pas exactement réciproques mais distributivement assignés à l'un et l'autre des époux : le mari devait protection à sa femme et la femme obéissance à son mari. L'égalité dans le mariage devait donc s'accommoder de « l'infériorité naturelle » ou supposée telle de la femme, sur le plan personnel comme au plan patrimonial. L'évolution l'a fait heureusement disparaître. Aujourd'hui, l'article 213 du Code civil affirme que les époux « assurent ensemble la direction matérielle et morale de la famille » et que le principe hiérarchique a disparu. De la même façon, concernant la communauté de vie – et avant que l'égalité ne l'emporte puisque les époux s'obligent aujourd'hui « mutuellement à une communauté de vie » –, la femme devait suivre son mari qui choisissait le lieu d'habitation. C'est la femme qui était obligée de cohabiter avec le mari alors que ce dernier devait la recevoir. Le message porté par l'article 212, de l'égalité et de la réciprocité, est donc celui que l'évolution a fait prévaloir ».

260. D'un point de vue technique, ce caractère mutuel a pour effet de neutraliser l'application, pour le devoir de secours, de l'article 207 du Code civil, qui dispose en son alinéa 2 que, « quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ».

La première Chambre civile de la Cour de cassation a en effet eu l'occasion de refuser l'application de l'article 207, alinéa 2, du Code civil entre époux, posant que, si l'article 207 du Code civil dispose que « lorsque le créancier a lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge peut décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire », « cette faculté ne s'étend pas, sauf l'exception prévue par l'article 303, alinéa 2, du Code civil, au devoir de secours entre époux, dont l'obligation alimentaire pesant sur la succession de l'époux prédécédé n'est que la continuation »⁷⁴⁶. Il n'est pas inutile de préciser que les juges du fond avaient retenu cette solution en considération de manquements qui semblaient particulièrement graves aux devoirs entre époux : « le départ provisoire du domicile conjugal de Mme X..., en 1987 », « la scène violente qui a[vait] opposé les époux en août 1988 », « le fait que le mari, atteint d'un cancer, n'ait pas bénéficié des soins et attentions que devait lui prodiguer son épouse » jusqu'à son décès. Pourtant, faisant en cela une application particulièrement stricte du caractère mutuel du devoir de secours, la Cour de cassation cassait l'arrêt d'appel : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les fautes imputées à Mme X... ne pouvaient priver celle-ci de son droit à aliments, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Le message est particulièrement clair : en principe, le devoir de secours, puisqu'il est mutuel et non simplement réciproque, n'est pas susceptible de déchéance en raison du comportement de son créancier.

Ce n'est dès lors qu'exceptionnellement, et en présence d'un texte le prévoyant expressément, qu'une telle déchéance pourra intervenir. C'est notamment le cas en cas de séparation de corps : ainsi, si l'article 303, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que « la séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin », l'alinéa 2 du même article prévoit expressément que « Cette pension est attribuée sans considération des torts », en principe, mais que « L'époux débiteur peut néanmoins invoquer, s'il y a lieu, les dispositions de l'article 207, alinéa 2 »⁷⁴⁷. On peut remarquer, à ce titre, que même la *Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des*

⁷⁴⁶ V. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, n° 92-21.599.

⁷⁴⁷ V. H. Lécuyer, « Dispense du devoir de secours dans certaines circonstances de la séparation de fait », in *Dr. fam.* n° 12, Décembre 2003, com. p. 138.

couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants et ses réformes successives, en introduisant au sein du Code civil un titre dédié aux mesures de protection des victimes de violences, n'est pas revenue sur ce principe. Ainsi, si, aux termes de l'article 515-11 du Code civil, le juge aux affaires familiales a, dans le cadre de la délivrance d'une ordonnance de protection – c'est-à-dire « s'il estime, au vu des éléments produits devant lui et contradictoirement débattus, qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime est exposée » – des pouvoirs particulièrement étendus, qui lui permettent entre autres « de prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et, le cas échéant, sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle au sens de l'article 515-4 pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », on remarque aussitôt que le texte ne l'autorise pas à suspendre l'exécution du devoir de secours.

Peut-être s'agit-il là simplement d'une erreur de plume, ou du résultat de la conviction du législateur que devoir de secours et contribution aux charges du mariage se confondent, mais en toutes hypothèses, ce silence du texte contribue à mettre en exergue le statut tout à fait particulier du devoir de secours, qui ne saurait être confondu avec l'obligation alimentaire classique.

261. Restent deux questions. D'une part, celle des fondements de cette spécificité. D'autre part, celle du bien-fondé de ces solutions.

S'agissant des fondements, une réponse peut se trouver en s'interrogeant sur le point de savoir si seul le devoir de secours échappe à une potentielle déchéance sur le terrain de l'article 207, alinéa 2, du Code civil. Or, ce n'est pas à propos du devoir de secours, mais à propos de l'obligation d'entretien et d'éducation des parents à l'égard de leur enfant encore dépendant, que la solution conduisant à en écarter l'application a été retenue pour la première fois, par un arrêt rendu le 17 juillet 1985 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. Le lien qui unit un parent à ses enfants, comme celui qui unit des époux, appartient au premier cercle des solidarités familiales, celui des obligations alimentaires renforcées.

Les fondements n'en sont naturellement pas les mêmes, mais il y a dans ces deux types de relations, d'une part une proximité supposée entre les obligés, et d'autre part une composante

volontaire dans l'existence même du lien, en ce sens que, plus que les autres relations familiales, le lien familial est porté par la volonté. C'est évidemment le cas pour le couple, qui est un lien électif, mais également, de la filiation qui, bien qu'elle ne résulte pas toujours d'un choix, bénéficie à tout le moins, pour ce qui est de la filiation du titre VII, du renforcement en France des droits contraceptifs et procréatifs, de sorte que, le contrôle des naissances aidant, l'établissement d'un lien de filiation résulte *a priori* de plus en plus⁷⁴⁸ d'un fait volontaire⁷⁴⁹. Le responsable de l'engendrement d'un enfant voit donc, de ce fait, naître une charge particulière, renforcée à son égard. Tout se passe comme si les liens familiaux étaient confortés, renforcés, par la composante volontaire qui sous-tend ces relations familiales, ce qui n'est pas sans rappeler l'hypothèse, en matière de filiation, du titre conforté par une possession d'état. La meilleure preuve en est d'ailleurs que dans le cas du devoir de secours, la disparition du lien ou son affaiblissement (cas du divorce ou hypothèse de l'article 303, alinéa 2, du Code civil) le fait disparaître : quand la volonté s'affaisse, et avec elle l'engagement juridiquement pris de l'un envers l'autre, le devoir de secours disparaît de même.

262. S'agissant du bien-fondé de ces solutions, toutefois, on peut s'interroger. Il y a dans le fait de refuser par principe, et sans texte, la déchéance du devoir de secours, une forme d'attachement désuet mêlé d'angélisme, dans un contexte où l'on sait combien les problématiques des violences intrafamiliales sont fortement prises en compte. À vouloir par trop défendre l'institution matrimoniale, le système juridique risque de protéger ceux qui se rendent coupables de manquements graves aux devoirs issus du mariage⁷⁵⁰. Il y a là, semble-t-il, une forme de rigidité excessive dans l'application de la règle. Il serait préférable de prévoir la possibilité, aussi bien au titre de l'article 515-11 qu'au titre de l'article 212 du Code civil, d'une déchéance du droit du créancier au secours, décidée judiciairement, et qui pourrait être conditionnée au constat de manquements graves aux devoirs familiaux, solution qui n'existe

⁷⁴⁸ Il ne s'agit toutefois évidemment pas, ici, d'ignorer les hypothèses, parfois dramatiques, dans lesquelles intervient une grossesse non désirée.

⁷⁴⁹ Du moins depuis que le contrôle des naissances a été en France rendu possible par l'adoption d'une part de la *Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique*, dit loi Neuwirth, et d'autre part de la *Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, dite loi Veil. A titre indicatif, un rapport établi pour le Fonds des Nations unies pour la population (UNFPA) en 2022 faisait état d'un taux de grossesses non intentionnelles de 2,9% chez les femmes âgées de 15 à 49 ans (entre 2015 et 2019), taux qui n'est certes pas négligeable mais témoigne que l'immense majorité des grossesses sont, en France, désirées. V. UNFPA, *Comprendre l'imperceptible – Agir pour résoudre la crise oubliée des grossesses non intentionnelles*, 2022, p. 127.

⁷⁵⁰ V. à cet égard Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, n°92-21.599, Bull., ayant rappelé que : « Attendu que lorsque le créancier a lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge peut décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ; que, cependant, cette faculté ne s'étend pas, sauf l'exception prévue par l'article 303, alinéa 2, du Code civil, au devoir de secours entre époux, dont l'obligation alimentaire pesant sur la succession de l'époux prédécédé n'est que la continuation ».

actuellement qu'en cas de séparation de corps⁷⁵¹. Une telle solution, tout en préservant les principes, permettrait davantage de souplesse, et éviterait des situations iniques.

263. S'agissant de la distinction entre contribution aux charges et devoir de secours, il faut encore résister à la tentation de l'assimilation. En principe, le devoir de secours présente en effet cette spécificité qu'il « ne s'exécute pas de la même manière que le devoir alimentaire, en raison de l'obligation mutuelle à une communauté de vie ». Pour cette raison, « s'agissant d'époux vivant au même foyer et dont les patrimoines sont le plus souvent en rapports étroits, quel que soit le régime matrimonial, le devoir de secours est pratiquement masqué par l'obligation qu'ont les époux de contribuer aux charges du mariage (C. civ., art. 214) » de telle sorte que « en assumant sa contribution de la manière que lui impose le régime matrimonial, chaque époux exécute le devoir de secours qui lui incombe »⁷⁵². Ce n'est donc en pratique qu'en cas d'absence de communauté de vie que réapparaît le devoir de secours. C'est évidemment déjà le cas en cas de séparation de fait, mais c'est aussi et surtout le cas de situations dans lesquelles le desserrement du lien conjugal se manifeste davantage : l'instance en divorce, la séparation de corps, le décès de l'un des membres du couple. Dans toutes ces situations, alors que le devoir de contribuer aux charges du ménage disparaît, le devoir de secours, lui, demeure, signe d'une solidarité indéfectible et qui semble quasi inébranlable entre les membres du couple marié⁷⁵³. En outre, le devoir de secours suppose en principe, pour être mis en œuvre, la constatation d'un état de besoin chez l'un des époux, tandis que la contribution aux charges du ménage a vocation à jouer en toute hypothèse.

La contribution aux charges du mariage, quant à elle, est prévue par l'article 214 du Code civil, lequel dispose que « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ». Elle est, avec le devoir de secours, le second marqueur juridique que le Code civil vient poser de l'union matrimoniale du couple, dans son versant « actif », la solidarité des dettes ménagères de l'article 220 du Code civil en étant le versant passif⁷⁵⁴. Sa nature est empreinte d'une forme d'ambiguïté. Fondamentalement, elle semble distincte du devoir de secours et d'une obligation

⁷⁵¹ L'article 303, alinéas 1 et 2, du Code civil, dispose en effet que : « La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin. La pension alimentaire peut aussi être prévue par la convention de séparation de corps par consentement mutuel. / Cette pension est attribuée sans considération des torts. L'époux débiteur peut néanmoins invoquer, s'il y a lieu, les dispositions de l'article 207, alinéa 2 ».

⁷⁵² V. F. Terré, C. Goldie-Génicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc. p.156 s.

⁷⁵³ V. Au titre des mesures provisoires à la suite de l'ouverture de l'instance de divorce, l'article 255 du Code civil ; au titre de la séparation de corps, l'article 303 du Code civil, au titre de la créance due par la succession au conjoint survivant, l'ancien article 207-1 du Code civil dont la teneur semble avoir été reprise par l'article 767 nouveau du Code civil suite à la loi du 3 décembre 2001.

⁷⁵⁴ Rapprochement qu'il faut toutefois nuancer en raison de la distinction qui existe entre obligation et contribution à la dette.

alimentaire : elle semble, et son rapprochement avec l'article 220 du Code civil et la solidarité passive des époux permet de renforcer cette impression, dirigée dans une perspective si ce n'est plus comptable, du moins plus quotidienne, tournée vers les besoins de la vie quotidienne et les dépenses qu'induit la vie en ménage.

Partant, elle ne comprend pas, au premier abord, les aspects de besoin et d'urgence (au sens d'urgence *vitale*) qui se trouvent, fondamentalement, dans l'obligation alimentaire. Il s'agit, en réalité, d'un mécanisme contribuant à l'égalisation des conditions de vie du couple, qui met en œuvre un principe distributif⁷⁵⁵. Pourtant, comme on a déjà pu l'expliquer, puisque le champ d'intervention de la contribution aux charges du ménage dépasse celui du devoir de secours, et au-delà celui de l'obligation alimentaire classique, il le comprend naturellement également. Ainsi, même sans avoir une finalité exclusivement alimentaire, la bonne exécution du devoir de contribuer aux charges du mariage a nécessairement un effet alimentaire. L'ambiguïté n'est pas nouvelle et fait, de longue date, l'objet d'observations doctrinales. Comme l'explique le doyen Carbonnier :

« C'est bien toujours, au fond, un rapport alimentaire. Mais son exécution est rendue diffuse par la communauté de vie, ainsi que par l'interférence du régime matrimonial ; et son objet est élargi, parce qu'il ne s'agit plus seulement de faire subsister un conjoint nécessiteux : il faut faire marcher le ménage »⁷⁵⁶.

264. À vrai dire, c'est moins la définition même de la contribution aux charges du mariage que le duo qu'elle forme avec le devoir de secours qui pose ici problème. On pourrait, en effet, analyser la contribution aux charges comme la forme matrimoniale de l'obligation alimentaire, qui aurait, alors, un objet élargi, en raison des spécificités de la vie commune. Une telle remarque se trouve néanmoins réduite à néant par la simple existence du devoir de secours, qui occupe déjà cette position.

Faut-il alors conclure que devoir de secours et contribution aux charges ne sont que les deux faces d'un même devoir, et que les pères du Code civil auraient, par maladresse de plume, désigné par deux expressions distinctes ? L'affirmer serait faire peu de cas de la précision de leur travail, et la Cour de cassation l'a rappelé dans un célèbre arrêt de 1981, particulièrement

⁷⁵⁵ V. J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., n°101 s., p. 102 s.

⁷⁵⁶ V. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc., p. 1244.

explicite en la matière, en soulignant que « la contribution [aux] charges du mariage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire », notamment en ce qu'elle « peut inclure des dépenses d'agrément »⁷⁵⁷ : le devoir de secours, de par sa vocation alimentaire, est en principe limité aux besoins essentiels de l'individu, quand la contribution aux charges, qui a en ce sens une assiette beaucoup plus large, vient prendre en compte toutes les charges « classiques » de la vie à deux, et comprend des dépenses de loisir, les frais afférents à la prise en charge de tous les membres du foyer. La vocation de la contribution aux charges du mariage montre alors sa vocation première, qui est d'assurer une forme d'égalisation des niveaux de vie de ceux qui, du fait du mariage et de la communauté de vie, forment un foyer.

C'est du moins ce qu'enseigne la conception classique de cette distinction, mais il faut constater que cette présentation est aujourd'hui remise en cause.

⁷⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 20 mai 1981, n°79-17.171, Bull.

II) Une distinction dépassée ?

265. Avec le temps, des rapprochements ont été opérés entre devoir de secours et contribution aux charges. C'est déjà le cas, comme nous le verrons dans la section suivante, du fait de l'élargissement progressif de la notion d'aliments, qui conduit aujourd'hui à avoir de la notion de besoin une vision bien plus extensive. C'est aussi le cas, concernant ces deux devoirs, en raison des nombreux rapprochements qu'ils ont connus d'un point de vue technique et procédural, de telle sorte qu'on peut aujourd'hui envisager une remise en cause de cette distinction.

C'est ainsi que de plus en plus, le champ du devoir de secours s'élargissant en même temps que la notion d'aliments, des dépenses d'agrément peuvent être prises en compte, ce qui semble nous éloigner de la définition des aliments au sens strict et de la dimension alimentaire de ce devoir. Pourtant, cette critique sera aisément écartée : puisque toutes les obligations alimentaires tendent aujourd'hui à connaître ce même élargissement, il n'y a en l'espèce aucune spécificité du devoir de secours.

Plus sérieux semble l'argument qui met en évidence que les deux mécanismes, devoir de secours et contribution aux charges, tendent à devenir un outil d'équilibre des niveaux de vie au sein du couple. Ce changement de paradigme a été très expressément opéré dès la fin des années 70, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation ayant dans un arrêt demeuré célèbre condamné un ex-époux à payer à son ex-épouse une pension alimentaire, alors qu'il était patent que celle-ci disposait de « ressources personnelles assez substantielles ». La Cour de cassation, validant en ceci le raisonnement de la cour d'appel, était venue considérer qu'il n'était pas établi que « les ressources personnelles de celle-ci, quoiqu'assez substantielles, suffisent à satisfaire ses besoins alors que ceux-ci ne se limitent pas aux seules nécessités matérielles de la vie et doivent être évalués en fonction, notamment, du niveau social des époux »⁷⁵⁸.

L'importance de cette affirmation est considérable. Tout d'abord, et nous reviendrons sur ce point, la Cour de cassation vient déclarer que la notion de besoin est une question de niveau social, on dirait peut-être aujourd'hui de *standing*. Les « besoins » ne sont dès lors plus les besoins humains, compris de manière abstraite et universelle, mais les besoins spécifiques

⁷⁵⁸Civ. 2^{ème}, 11 juillet 1979, n°78-14.620, Bull.

d'une personne placée dans un contexte spécifique, appréciés *in concreto*. Plus encore, il en résulte que le sens profond du devoir de secours s'est dilué, au fil des années, dans la contribution aux charges. En statuant ainsi, la jurisprudence est revenue sur la différence de degré qui existait entre devoir de secours et contribution aux charges, brouillant les pistes entre ces deux obligations.

266. On observe en effet, d'un point de vue purement technique, un rapprochement : c'est ainsi que les voies d'exécution forcée propres à l'obligation alimentaire sont également ouvertes en matière de contribution aux charges, que les peines pénales liées aux manquements aux devoirs alimentaires sont applicables pour la contribution aux charges, que les deux matières sont de la compétence du juge aux affaires familiales⁷⁵⁹... Rares sont donc les différences, d'un point de vue technique, qui demeurent entre les deux mécanismes. Outre celles déjà évoquées (survivance du devoir de secours dans un certain nombre d'hypothèses faisant disparaître la contribution aux charges), on peut par exemple penser à l'adage « aliments ne s'arrangent pas », qui est une spécificité – dès lors discutable – du devoir de secours inapplicable à la contribution aux charges⁷⁶⁰.

Précisons d'emblée que si nous le déclarons discutable, c'est parce que l'adage « aliments ne s'arrangent pas » semble manquer cruellement de justification. Il trouve application sans base textuelle, laisse généralement le juriste dans l'embarras lorsqu'il s'agit d'en expliquer le fondement, et conduit en pareille hypothèse une obligation purement alimentaire – le devoir de secours – à sembler moins efficace, car non susceptible de rétroactivité, que la contribution aux charges, alors même que, par sa nature alimentaire, le devoir de secours est, par essence, nécessaire à la vie de son créancier. En réalité, comme nous le verrons, « aliments ne s'arrangent pas » semble, aujourd'hui, trouver sa principale utilité dans le fait de limiter les revendications de certains tiers fournisseurs d'aliments – on peut ici penser aux établissements d'hébergement pour personnes âgées et dépendantes – envers des débiteurs qui pourraient, pourtant, être protégés par d'autres mécanismes.

C'est ainsi qu'à l'époque la plus récente, s'appuyant sur le constat d'une différence « purement terminologique » reposant sur le fait qu'« on parle plus volontiers de contribution aux charges du mariage quand les époux cohabitent et de devoir de secours lorsque leur

⁷⁵⁹ Tous ces points seront développés dans la deuxième partie de cette étude.

⁷⁶⁰ Civ. 2^{ème}, 29 octobre 1980, n°79-15.301, Bull. On ne manquera pas de remarquer la schizophrénie certaine d'une chambre qui, un an après avoir brouillé les frontières entre contribution aux charges et devoir de secours, ne manque pas d'affirmer leur claire distinction.

séparation résulte d'une décision de justice »⁷⁶¹, certains travaux universitaires proposent l'abandon de la distinction et la dilution du devoir de secours dans la contribution aux charges⁷⁶². On peut peut-être d'ailleurs déjà trouver une trace de cette analyse dans le glissement qui s'est opéré s'agissant de l'aide matérielle dans le Pacs. Ce glissement, qui a vu l'aide alimentaire assimilée d'abord, en 1999, au devoir de secours, puis, au courant des années 2000, à la contribution aux charges, pourrait témoigner, si ce n'est d'une volonté de voir unifiés les devoirs patrimoniaux des époux sous la bannière de la contribution aux charges, au moins d'une confusion, dans l'esprit des interprètes, entre ces deux notions.

267. Pourtant, un tel abandon du devoir de secours peut questionner. Il ne semble pas en effet nécessairement opportun de confondre deux notions qui, pour être proches, ne sont pas identiques. On ne peut guère tirer d'une proximité technique la conclusion de l'inutilité d'une dualité qui peut trouver d'autres justifications. Le devoir de secours n'est pas, contrairement à la contribution aux charges, la simple expression d'une union patrimoniale, ou la clé de répartition des dépenses dans un couple potentiellement déséquilibré sur un plan économique⁷⁶³. Si on peut, et un tel regard est probablement déjà réducteur, avoir de la contribution aux charges une vision essentiellement comptable, le devoir de secours se dérobe à une telle analyse. Le devoir de secours n'est pas l'expression d'un partage, mais celui d'un lien, essentiel et premier, qui unit les membres d'un couple lorsque l'un d'entre eux est confronté au besoin. Dans cette acception, le devoir de secours a un sens et une essence propres, et doit être distingué de la contribution aux charges. C'est ce que dit la Cour de cassation en affirmant que « la contribution [aux] charges du mariage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire »⁷⁶⁴. Peu importe, fondamentalement, que la contribution aux charges, dûment exécutée, occulte le devoir de secours : ce dernier n'a pas qu'une fonction technique. Si la fonction du devoir de secours était purement technique, sa suppression pourrait être envisagée. Mais ce serait là oublier, d'une part sa fonction symbolique, et d'autre part, dès lors, sa fonction normative profondément spécifique.

268. On comprend en effet assez simplement que les affirmations « nous partagerons équitablement les charges de notre vie » et « nous nous promettons, si l'un d'entre nous tombe dans le besoin, de lui venir en aide » ne sont en aucun cas équivalentes. Certes, la contribution

⁷⁶¹ V. A. Bénabent, *Droit de la famille*, préc., n°316.

⁷⁶² V. M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, préc., n°366 s. p. 302 s.

⁷⁶³ V. *idem*, n°341 p. 284.

⁷⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 20 mai 1981, n°79-17.171, Bull.

aux charges n'est pas dénuée de normativité, et elle porte en elle des valeurs marquées : par son inscription dans le régime primaire impératif, elle fait du partage un principe d'ordre public, même pour des couples mariés sous le régime de la séparation de biens, et par la règle de répartition qu'elle donne, elle indique que celui qui a plus se doit de contribuer davantage afin que les deux membres du couple puissent s'élever en terme de conditions de vies, avec cette idée que la communauté formée par le couple tirera de ce partage le meilleur avantage. C'est, fondamentalement, l'idée qui sous-tend l'impôt sur le revenu, et qui vise à assurer à l'ensemble une forme d'équité.

Cependant, le devoir de secours porte davantage que cela. Avec le devoir de secours, le droit de la famille donne un sens et un rôle à la cellule familiale, celui de refuge pour l'individu, y compris dans les moments d'épreuve. Il vient assurer un lien primaire, un *minima* de la relation familiale. D'un point de vue normatif, le droit de la famille vient, à travers l'obligation alimentaire et donc à travers le devoir de secours, affirmer que la famille, c'est au minimum la solidarité. En outre le devoir de secours concerne uniquement les deux membres du couple, là où la contribution aux charges et la solidarité des dettes placent le couple dans une relation avec leurs créanciers. En quelque sorte, là où la contribution aux charges cherche à établir ce que chacun doit aux membres de la famille, et la proportion que chacun doit assumer dans la charge financière de la famille, le devoir de secours s'attelle à dire ce que chacun doit à l'autre.

269. Reposant sur des fondements différents, répondant à des logiques différentes, exprimant des valeurs différentes, dessinant des modèles différents, contribution aux charges et devoir de secours ne sont donc en aucun cas surabondants, mais complémentaires. Le simple fait que la bonne exécution de l'un implique nécessairement, au moins pour partie, la bonne exécution de l'autre, ne saurait servir d'argument pour justifier leur confusion, et encore moins la disparition de l'une de ces obligations.

Cette nécessité de bien distinguer les deux apparaît d'autant plus, semble-t-il, lorsqu'il s'agit d'envisager l'union patrimoniale dans le couple non marié.

Sous-section 2. De lege lata, le couple non marié

270. Les textes actuels invitent à distinguer la question du couple marié et celle du couple non marié. Dans le couple non marié, la question de la solidarité familiale mêle, plus encore peut-être que dans le couple marié, la question du fait et du droit. Pourtant, il serait erroné de dire que le droit ne prévoit pas de solidarité dans le Pacs ou en concubinage. Certes, le monde du non-mariage est *a priori*, marqué par une certaine forme de liberté, qui ne se pare nécessairement pas des atours de la solidarité. Il suffit, pour s'en rendre compte, de relire quelques lignes de Carbonnier, qui à propos des concubins, écrivait : « Pas d'obligation alimentaire, de devoir de secours entre concubins ; et bien qu'il y ait ménage commun, entraînant des charges, pas d'obligation pour chacun d'y contribuer, dont l'exécution puisse être poursuivie en justice. Si l'amant, en fait, remet de l'argent à sa maîtresse, c'est sans engagement pour l'avenir »⁷⁶⁵. Le propos est néanmoins aussitôt nuancé du fait de la présence de tiers, lesquels ont un intérêt à la solidarité : « Toutefois, quand celle-ci fait des achats à crédit pour les besoins du ménage, du faux ménage, on voit les fournisseurs s'attaquer de préférence à l'amant, généralement plus solvable, et des tribunaux le leur permettent »⁷⁶⁶. Si l'on fait abstraction des formulations quelque peu désuètes⁷⁶⁷, ce double regard sur la solidarité va nous fournir deux angles d'étude pour cette question de la solidarité dans le couple non marié : **la solidarité opposée aux membres du couple (I)**, d'une part, et **la solidarité des membres du couple l'un envers l'autre (II)**, d'autre part.

⁷⁶⁵ V. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc., p. 1457.

⁷⁶⁶ *Idem*.

⁷⁶⁷ En effet, il semblerait aujourd'hui incongru de qualifier concubins et concubines d'amants et maîtresses, et plus encore de qualifier un couple de concubins de « faux ménage ».

I) La solidarité opposée aux membres du couple

271. L'utilisation du terme de « solidarité » ne se fait jamais, en droit de la famille, sans une certaine ambiguïté. Comme on a pu l'évoquer s'agissant du couple marié dans la sous-section précédente, la solidarité des membres du couple présente deux faces. D'une part une face active, qui les conduit à avoir des droits et des devoirs l'un envers l'autre, et dont l'admission dans le couple non marié est sujette à controverse. D'autre part, une face passive, qui conduit les membres du couple à être tenus ensemble d'un certain nombre de dettes à l'égard des tiers. Or, comme nous allons le voir, l'admission de celle-ci pose nettement moins de problèmes, ce qui n'est pas sans susciter quelques interrogations. Doit-on en effet en conclure qu'il est plus facile au législateur et à la communauté juridique d'admettre une forme de solidarité quand il s'agit de la faire jouer contre les membres du couple, au profit de tiers créanciers, qu'au profit des membres du couple eux-mêmes ?

272. S'agissant du Pacs, la question est explicitement réglée par l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil, qui, reprenant l'essence, la lettre et l'esprit de l'article 220, dispose que : « Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ». Il ne fait donc aucun doute qu'il existe dans le Pacs une forme de solidarité ménagère : la question est plutôt de savoir si celle-ci s'accompagne ou non d'une forme de solidarité, au sens générique du terme, qui s'incarnerait dans une obligation alimentaire. Le contraire serait, *a priori*, incongru, sauf à affirmer que la composante de « solidarité » à laquelle s'engagent les partenaires d'un pacte civil de *solidarité* n'est constituée qu'à l'égard de leurs créanciers.

273. En concubinage, au contraire, c'est logiquement, en principe, une stricte indépendance financière qui devrait être le principe. Et la Cour de cassation a eu à de nombreuses reprises l'occasion de l'affirmer, refusant toute application par analogie de l'article 220 du Code civil au cas du concubinage. Ce fut notamment le cas dans un arrêt resté célèbre

du 11 janvier 1984⁷⁶⁸, solution depuis réitérée à diverses reprises. On peut citer la très explicite formulation adoptée par la première Chambre civile de la Cour de cassation : « Vu l'article 220 du Code civil ; Attendu que ce texte, qui institue une solidarité de plein droit des époux en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'est pas applicable en matière de concubinage »⁷⁶⁹.

Pourtant, il arrive qu'il soit porté atteinte à cette indépendance de principe. C'est ainsi que dans un arrêt remarqué et largement commenté⁷⁷⁰, le Conseil d'État a, en matière de remboursement d'aides personnalisées au logement versées à tort, « découvert » entre concubins une solidarité que la jurisprudence civile n'avait pourtant de cesse de refuser de retenir, malgré quelques aménagements épars. La formulation du Conseil est à ce titre, tout à fait explicite, et inclut, en outre, les partenaires Pacsés, ce qui s'explique certes davantage au regard des dispositions les concernant : « Eu égard à la finalité de la réglementation en cause, lorsque l'aide personnalisée au logement a été versée à tort pour un logement occupé à titre de résidence principale par deux personnes vivant en concubinage, les concubins sont tenus solidairement au remboursement de l'indu en raison du profit qu'ils en ont l'un et l'autre retiré, alors même que l'aide n'avait été nommément attribuée qu'à un seul des deux en raison de sa qualité de propriétaire ou de locataire. Cette solution, valable aussi bien avant qu'après l'intervention de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 qui a introduit dans le code civil un article 515-8 définissant légalement le concubinage, s'applique également aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité régi par les articles 515-1 à 515-7 du code civil »⁷⁷¹.

Malgré quelques exceptions, le principe de l'indépendance des concubins sur le plan patrimonial demeure. Il faut néanmoins remarquer que cette absence de solidarité ménagère ne saurait conduire à en déduire nécessairement l'absence d'obligation alimentaire dans le concubinage : l'absence d'engagement solidaire vis-à-vis des tiers ne saurait en effet servir à elle seule d'argument pour justifier une absence de responsabilité de l'un des membres du couple envers l'autre.

⁷⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 11 janvier 1984, n°82-16.198.

⁷⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, n°98-22.836. Pour une formulation plus complète, intégrant les principes fondamentaux du droit civil en matière de solidarité, laquelle ne se présume pas, v. Civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, n°02-16.291, « Vu les articles 220 et 1202 du Code civil ; Attendu qu'aux termes du second de ces textes, la solidarité ne se présume point ; qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée ; que cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ; que le premier, qui institue une solidarité de plein droit des époux en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'est pas applicable en cas de concubinage ».

⁷⁷⁰ V. not. J. Hauser : « Concubins ou Pacsés : la cohabitation pour le meilleur mais aussi pour le pire », *in RTD Civ.* 2004 p.69.

⁷⁷¹ CE, 9 juillet 2003, n°255110, publié au recueil.

274. On ne peut à ce stade que s'interroger. Il ne faudrait pas, en effet, que le droit de la famille accepte qu'existe entre les membres d'un couple une solidarité qui s'avèrerait ne jouer qu'au bénéfice des tiers, mieux protégés par l'existence de débiteurs multiples, sans que cette solidarité passive s'accompagne d'une solidarité des membres du couple l'un envers l'autre. En effet, sur un plan normatif, une telle solution pourrait être perçue comme une forme de dissuasion, de la part du droit, adressée aux couples non mariés : il serait en effet plus contraignant et plus dangereux de vivre en couple, d'un point de vue patrimonial, cette interprétation étant particulièrement remarquable s'agissant du Pacs. On pourrait certes arguer que réside ici, par là même, une forme d'incitation au mariage, puisque le mariage emporte de nombreux avantages protecteurs du couple en tant que tel. Cette défaveur pour le couple non marié pourrait alors s'interpréter comme une forme de promotion du mariage, *via* un mécanisme incitatif. Toutefois, on pourrait tout autant considérer que ce faisant, intervient une forme d'incitation à rester en concubinage plutôt que de conclure un Pacs, ce qui semble regrettable d'un point de vue symbolique, et en outre contre-productif, s'il s'agit de promouvoir les formes d'unions les plus stables.

C'est pourquoi il semble essentiel de concentrer la réflexion, en matière de couple, non sur la solidarité des membres du couple à l'égard des tiers, qui n'est en fin de compte qu'une question de gage des créanciers, mais sur la solidarité des membres du couple entre eux, seule à même de dessiner véritablement le visage d'une famille.

II) La solidarité des membres du couple l'un envers l'autre

275. La question qui se pose ici est, naturellement, celle de l'existence ou non d'une forme d'obligation alimentaire **dans le Pacs (A) et dans le concubinage (B).**

A) Dans le Pacs

276. S'agissant du Pacs, comme nous avons pu le voir, l'examen de la loi de 1999 et de ses réformes successives permet de faire deux constats. Le premier est l'existence, dans cette forme d'union, d'une « aide matérielle » que se doivent réciproquement les partenaires. Le deuxième, et nous l'avons montré dans le titre précédent, est qu'il n'est pas possible de conclure s'agissant de la nature de ce devoir : indéterminée à l'origine, non explicitée dans la loi comme dans ses réformes, sa nature n'a été analysée qu'en doctrine, mais de façon non définitive et fluctuante. S'il est aujourd'hui quasi-unaniment considéré que l'aide matérielle se rapproche davantage de la contribution aux charges que du devoir de secours⁷⁷², cette affirmation repose sur des arguments qu'il est relativement aisé de discuter.

Or, il semble qu'il est non seulement possible mais plus encore souhaitable d'analyser l'aide matérielle, *a minima*, comme une obligation alimentaire. Les mots choisis pour élaborer le Pacs incitent d'ailleurs eux-mêmes à une telle réflexion : en effet, comment pourrait-on, sans contradiction apparente, choisir de parler de pacte civil de *solidarité* tout en refusant qu'il y ait, dans cette institution, une forme de solidarité entre partenaires ? Un tel refus, au moins pour le Pacs, semblerait curieux. Or, l'obligation alimentaire est la forme essentielle, fondamentale, que prend en droit civil le minimum légal de la solidarité familiale. Sans renier les arguments en faveur de l'assimilation à la contribution aux charges, qui permet d'inclure en principe un plus grand nombre de dépenses et d'échapper à l'application de l'adage « aliments ne s'arrangent pas », il semble qu'il serait regrettable, d'un point de vue tant technique que symbolique, d'admettre qu'existe une forme de conjugalité comprenant une association patrimoniale mais dénuée d'effet alimentaire.

⁷⁷² V. notamment X. Labbé, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », préc. V. également, en ce sens, *Le pacte civil de solidarité, Réflexions et propositions de réforme*, Rapport remis à M. Dominique Perben, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 30 novembre 2004, qui conclut également à l'assimilation entre aide matérielle et contribution aux charges. Cette analyse est en outre reprise dans l'essentiel des manuels dédiés au droit de la famille.

277. Pour cette raison, il nous semble qu'en matière de Pacs, il n'y a en réalité que trois possibilités. La première consiste à analyser l'aide matérielle comme n'étant pas un devoir de nature alimentaire. Comme nous l'avons démontré, rien dans les textes n'impose d'adopter cette conception, et tout, dans l'esprit, s'y oppose. On pourrait même dire qu'au contraire, l'article L.213-3 du code de l'organisation judiciaire, en son point 3° a), plaide pour la nature alimentaire de l'aide matérielle, puisqu'il associe les actions relatives à la fixation de l'obligation alimentaire et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants aux actions liées au pacte civil de solidarité. On peinerait à croire qu'intervienne ici une obligation qui n'est pas de nature alimentaire. Restent dès lors deux possibilités : soit l'aide matérielle est la traduction dans le Pacs du devoir de secours, soit on adopte une conception de la contribution aux charges du mariage qui englobe le devoir de secours, ce qui permet, alors, de dire que l'aide matérielle est l'équivalent dans le Pacs de la contribution aux charges. Reprenons ces deux possibilités.

278. S'agissant d'abord de l'hypothèse selon laquelle l'aide matérielle serait la traduction dans le Pacs de la contribution aux charges, il convient de remarquer que cette conception a été adoptée dans la thèse de Madame Saulier, qui détaille longuement ce choix. L'autrice indique ainsi qu'il convient, malgré une « divergence terminologique » qu'elle juge parfaitement « artificielle », d'assimiler aide matérielle et contribution aux charges, « identiques dans leur objet » : « le couple de partenaire doit contribuer, comme celui d'époux, aux dépenses imposées par le train de vie qu'il se donne »⁷⁷³. Évidemment, une telle conception, assez classique dans sa forme, peut se heurter, *a priori*, aux objections déjà largement présentées. En réalité, celle-ci se fait au prix d'une forme d'assimilation de la contribution aux charges et du devoir de secours, de telle sorte qu'il faudrait concevoir l'aide matérielle comme une obligation en quelque sorte hybride. D'après l'autrice, en effet, « à l'image du devoir de contribution aux charges du mariage, l'aide matérielle des partenaires tend à « égaliser les niveaux de vie » et « dépasse donc, tout en les comprenant, les simples aliments »⁷⁷⁴.

L'hybridation des obligations est en réalité nécessaire pour que le raisonnement demeure possible. En effet, si on peut, s'agissant du mariage, dire que le devoir de secours est en quelque sorte absorbé, masqué par le jeu du devoir de contribuer aux charges du mariage, ne réapparaissant qu'en cas de crise, il n'en demeure pas moins qu'existe l'article 212 du Code

⁷⁷³ V. M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, préc., n°346, p. 286.

⁷⁷⁴ *Idem*, n° 352, p. 292.

civil, qui prévoit expressément le devoir de secours, et donne une assise textuelle à un devoir de nature alimentaire. Dire, à l'inverse, que l'aide matérielle dépasse, par son objet, les simples aliments, tout en les comprenant, et tout en conservant ainsi pour partie une nature alimentaire – nécessaire pour pouvoir employer les voies d'exécution forcée propres aux aliments – alors qu'il n'existe dans le Pacs qu'une seule obligation textuelle qui est l'aide matérielle, est plus audacieux, et peut susciter quelques interrogations. C'est pourtant ce que fait l'autrice qui, allant plus loin, propose de consacrer un devoir unitaire de contribution pour toutes les formes de couple, mais d'une nature hybride :

« Époux, partenaires et concubins seraient dans l'obligation de contribuer aux dépenses qu'entraîne le train de vie du ménage et non simplement de satisfaire les besoins élémentaires de celui qui partage leur existence. Faudrait-il, pour autant, en déduire que cette obligation aux charges du ménage ne possède pas de caractère alimentaire ? Nous ne le croyons pas. Les charges du ménage devraient en effet comprendre, tout en les enveloppant, les simples aliments. [...] Un caractère alimentaire existe indéniablement. Simplement, il conviendrait de considérer que l'obligation de contribution aux charges du ménage ne possède pas ce seul caractère : elle est à la fois alimentaire et compensatoire »⁷⁷⁵.

La qualification de contribution aux charges n'est pas ici mobilisée, pour exclure le caractère alimentaire, contrairement à ce qu'on peut lire sous la plume d'autres auteurs⁷⁷⁶. Il s'agit bien de voir dans l'aide matérielle une obligation de nature hybride, ayant les effets d'une obligation alimentaire pour sa part alimentaire, et répondant à des conditions plus classiques pour sa partie compensatoire. L'autrice explique, au soutien de sa démonstration, que ce double caractère est en réalité déjà présent dans la contribution aux charges du mariage, et qu'il ne s'agit en fait que d'étendre cette analyse à l'aide matérielle :

« Concernant les époux, l'application de la procédure de recouvrement direct des *pensions alimentaires* aux sommes dues en vertu de l'article 214 illustre le caractère alimentaire de cette contribution. Cependant, on ne peut nier son caractère compensatoire et les suites qu'il impose. Ainsi est-il logique que la règle « aliments ne s'arrêtent pas » ne soit pas appliquée à cette obligation qui dépasse les seuls aliments⁷⁷⁷ ou encore que l'exécution du devoir de contribution ne suppose pas un état de besoin de celui qui la réclame⁷⁷⁸. [...] L'aide matérielle comprend

⁷⁷⁵ *Idem*, n°353, p. 293.

⁷⁷⁶ V. X. Labbée, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », préc.

⁷⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 9 mai 1967, Bull. civ. I, p. 117.

⁷⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 23 juin 1970.

également, selon nous, ces deux caractères, compensatoire et alimentaire. Certes, les procédures traditionnellement offertes aux débiteurs alimentaires ne semblent pas applicables à l'aide matérielle en droit positif⁷⁷⁹. [...] Il s'agit d'une lacune regrettable »⁷⁸⁰.

Les conséquences nécessaires s'ensuivent, pour l'autrice, sur le terrain de l'exécution forcée de cette obligation commune de contribuer aux charges du ménage :

« En droit prospectif, concubins comme partenaires devraient pouvoir solliciter du juge aux affaires familiales l'exécution de l'obligation. Certes, dans ce cas, celui qui sera assigné en exécution de son devoir préférera mettre un terme à l'union. La contribution pourrait toutefois être réclamée pour la période de vie commune passée. À l'instar de ce que décide la jurisprudence en matière de contribution aux charges du mariage, la règle « aliments ne s'arrangent pas » ne devrait pas trouver à s'appliquer dans ces hypothèses, au regard du caractère compensatoire, et pas seulement alimentaire, de l'obligation. [...] En revanche, en raison même de ce caractère alimentaire, les voies d'exécution spécifiques prévues pour le recouvrement des pensions alimentaires devraient trouver à s'appliquer »⁷⁸¹.

279. Cette vision de la contribution aux charges permet de proposer d'étendre à toutes les formes d'union, une forme tout à fait remarquable de « super obligation alimentaire » ou, pour reprendre la terminologie du droit des procédures collectives, de créer un « créancier alimentaire superprivilegié ». Sa situation serait en effet tout à fait exceptionnelle au regard du droit positif de l'obligation alimentaire : il s'agirait d'une obligation bénéficiant de toutes les voies d'exécution forcée propres aux obligations alimentaires, mais sans avoir à subir les limitations propres aux aliments, à savoir le jeu de la règle « aliments ne s'arrangent pas ». En hybridant ainsi les obligations, en empruntant ainsi des caractéristiques tant au devoir de secours qu'à la contribution aux charges, on obtient en quelque sorte le « meilleur des deux mondes ».

Sur le papier, l'hypothèse est séduisante : comment, en effet, s'opposer à la possibilité pour les plus faibles de recourir pleinement aux possibilités offertes par le droit afin de leur assurer des moyens de subsistance ? En outre, le risque de confusion tenant à l'utilisation des voies d'exécution forcée propres aux obligations alimentaires n'a plus guère de raison d'être

⁷⁷⁹ Sur ce point, il semble plutôt qu'il faille parler d'interrogation ou d'incertitude : c'est d'ailleurs d'incertitudes qu'elle parle, en la matière, dans les pages suivantes.

⁷⁸⁰ M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, préc., n°353, p. 293.

⁷⁸¹ *Idem*, n°359 et 360, p. 296. L'autrice précise bien que le cas échéant, il conviendrait d'opérer une unification des règles applicables au non-paiement des pensions alimentaires, dans un souci de clarté et d'efficacité (v. n° 360, p. 298-299).

invoqué, dans la mesure où ces voies sont aujourd'hui expressément ouvertes pour le recouvrement des sommes dues au titre de la contribution aux charges⁷⁸².

Cependant, il y a également de sérieuses objections à opposer à une telle conception. Car même si certains arrêts, pour des raisons qui relèvent probablement de l'opportunité, entretiennent une certaine confusion entre contribution aux charges et devoir de secours, ces deux mécanismes ont des fondements, et par là même des natures, qui divergent considérablement. Comme l'a d'ailleurs bien relevé Madame Saulier dans son étude, là où le devoir de secours a une nature alimentaire, qui le tourne vers la survie – vitale ou sociale, comme nous le verrons –, l'essentiel et une certaine forme d'urgence, la contribution aux charges a une nature essentiellement compensatoire, et vise à équilibrer des niveaux de vie.

Ce constat de base permettrait d'expliquer une différence de régime entre ces obligations : il n'est *a priori* que peu discutable qu'en matière juridique, les confusions ne sont que rarement au service du droit. Or, en principe, si des voies d'exécution forcée spécifiques existent, si, l'adage « aliments ne s'arrêtent pas » peut être opposé, si certains revenus et certaines sommes, en raison de leur nature alimentaire, connaissent des règles dérogatoires en matière de fiscalité, par exemple, ou de saisissabilité, c'est parce qu'elles sont nécessaires à la survie de la personne, et pas simplement destinées à compenser une disparité de revenus entre deux membres d'un couple. Un changement de perspective peut certes être envisagé, mais celui-ci impose une refonte complète, et une reprise des réflexions : car ce qui apparaîtrait, dès lors, c'est que naîtrait entre les membres du couple une obligation alimentaire particulière y compris s'agissant de sa vocation et de son assiette. C'est ce que nous étudierons dans la sous-section suivante.

280. En toute hypothèse, l'analyse de l'aide matérielle (et avec elle de la contribution aux charges du mariage) comme ayant une nature hybride ne semble pas être une analyse possible en ce qui concerne le droit positif : tant qu'existera, du côté du mariage, un dualisme en matière d'obligations patrimoniales auquel seule l'aide matérielle répondra dans le Pacs, il semble *a priori* nécessaire d'analyser l'aide matérielle comme ayant une nature unitaire.

⁷⁸² Nous y reviendrons dans la deuxième partie de ce travail.

S'agissant ensuite de l'hypothèse selon laquelle l'aide matérielle serait la traduction dans le Pacs du devoir de secours exclusivement, à l'inverse, force est de constater qu'en l'état actuel du droit positif, cette analyse serait, de premier abord, de maigre portée, au vu des rapprochements considérables s'étant opérés entre contribution aux charges et devoir de secours. Pourtant, si l'aide matérielle doit avoir une nature unitaire, c'est assurément celle du devoir de secours. Nous l'avons dit : le devoir de secours, l'obligation alimentaire dans son expression première et pure, c'est l'obligation fondamentale du droit de la famille. On peut, naturellement, y ajouter d'autres éléments, comme un architecte penserait de nouveaux espaces à partir d'une structure de base, mais il semble difficilement envisageable de penser le droit de la famille sans le bâtir sur ces fondations que sont les obligations alimentaires, traduction juridique d'un devoir primaire de solidarité intrafamiliale, sauf à ne faire de la famille qu'un espace de droits sans devoirs – mais cela est-il possible ? – tourné entièrement vers des problématiques personnelles. Penser le droit de la famille, c'est penser l'individu compris dans un ensemble, et inséré dans un champ d'interactions et d'interdépendance. L'obligation alimentaire en est la reconnaissance juridique, dont la présence dans le Pacs s'avère, dès lors, indispensable.

281. Reste qu'alors, il faut s'interroger sur les raisons d'être et les conséquences de l'absence de la contribution aux charges dans le Pacs.

S'agissant des raisons d'être, on pourrait trouver une forme de justification de l'absence de la contribution aux charges dans le Pacs dans la volonté d'établir une forme de gradation entre les formes d'union. Au concubinage la liberté, de principe, et l'absence dès lors d'union patrimoniale. Au Pacs, ensuite, un engagement solennel des deux partenaires à se soutenir dans les épreuves et à traverser ensemble les aléas de l'existence : dès lors, de leur union naît, sur un plan patrimonial, un devoir de nature alimentaire, cantonnant l'union patrimoniale à la solidarité. Cette solution est d'ailleurs cohérente avec le fait que le Pacs ne fait pas à proprement parler naître de patrimoine commun : le Pacs, pacte civil de *solidarité*, est par dénomination et par définition une union de solidarité, et non une union de communauté patrimoniale.

Au mariage, enfin un degré supplémentaire : ce n'est pas qu'à une solidarité que s'engagent les époux, mais bien à un degré d'union supplémentaire, qui se manifeste à plusieurs égards. Le plus évident est la naissance, en tout cas à défaut de volonté contraire des époux, d'un patrimoine commun plus ou moins étendu, là où dans les autres formes d'union, le principe

se trouve peu ou prou inversé. Ce qui nous intéresse davantage, évidemment, c'est la contribution aux charges, qui s'inscrit dans la lignée de cette union des patrimoines. La conséquence en est que, là où existerait une inégalité entre les époux, les mécanismes juridiques interviennent pour effectuer une forme de rééquilibrage. Cette gradation semble logique : nous avons déjà eu l'occasion de défendre l'idée que l'un des grands apports, trop souvent ignoré, de la loi de 2013 instaurant le mariage « pour tous » était la possibilité, chaque forme d'union étant désormais, sauf exception, ouverte à chaque type de couple, d'instaurer entre les trois formes de conjugalité reconnues par le droit français une véritable gradation de régime qui repose, nécessairement, sur une claire distinction. On ne peut donc, en principe, qu'approuver l'existence, sur ce point, d'une différence.

Il nous semble ainsi indéniable qu'existe dans le couple pacsé, par l'aide matérielle, une forme d'obligation alimentaire, dont le régime demeure cependant tout entier à dessiner, car il est demeuré, du fait du législateur, indéterminé. S'agissant du concubinage, toutefois, la situation est bien différente, car il n'y a, entre les concubins, aucune solidarité de principe.

B) Dans le concubinage

282. S'agissant du concubinage, il faut faire un constat simple : le Code civil n'a, en la matière, prévu aucune obligation alimentaire civile. Le propos doit toutefois être nuancé, et ce à deux égards. D'une part, parce que si rien n'est actuellement prévu *stricto sensu*, cela ne peut conduire à déduire qu'il n'est ni possible ni souhaitable d'admettre l'existence d'une obligation alimentaire entre concubins. D'autre part, parce que, par le mécanisme de l'obligation naturelle, la jurisprudence est déjà venue admettre, dans certaines circonstances, l'existence d'un devoir de secours entre concubins.

S'agissant des objections opposées à l'existence, en matière de concubinage, d'une obligation alimentaire, force est de constater qu'elles ne paraissent plus guère avoir cours aujourd'hui. On pense ici notamment au grief lié à la précarité propre à une forme d'union (qui fut opposé aussi bien au Pacs qu'au concubinage), qui ne peut plus être avancé aujourd'hui au regard des réalités sociologiques de l'union des couples, lesquelles révèlent que ne cessent de se multiplier les situations où des partenaires et concubins construisent des histoires longues, qui s'inscrivent dans un schéma d'union personnelle – avec un projet d'enfants qui n'est plus

perçu comme étant l'apanage du mariage – et patrimoniale – notamment par l'achat d'un logement en commun, qui témoigne d'une stabilité et d'une projection dans le futur –.

Pour bien des couples aujourd'hui, le mariage n'est donc pas un début, un préalable nécessaire, mais une étape, comme l'est également parfois le Pacs. Il faut en faire le constat : si on ne parle plus, aujourd'hui, de couple « libre », c'est bien que l'idée n'est plus communément partagée que le concubinage est une forme d'union nécessairement instable. Plus encore, la notion de couple libre renvoie aujourd'hui, dans le vocabulaire courant, à des conceptions bien plus spécifiques du couple, visant à qualifier des couples ayant fait le choix, bien qu'engagés dans une relation affective stable et privilégiée, et considérant, dans une forme d'auto-détermination relationnelle, former un couple, de ne pas s'engager à offrir et à demander à l'autre une exclusivité en matière de relations sexuelles – et parfois également affectives.

Le couple dit « libre » ne qualifie donc plus par principe le concubinage lui-même, mais certaines formes que l'on peut qualifier d'exceptionnelles par rapport à une norme sociale dans la définition du couple qui demeure attachée à la monogamie et à l'exclusivité. On pourrait dire, en quelque sorte, que le couple libre ne l'est plus autant qu'autrefois. Dans le même temps, le mariage ne peut plus guère se parer des atours de la stabilité, tant le recours au divorce est devenu usuel, et ce avec le soutien actif du législateur, qui a ces dernières années tout fait pour faciliter la dissolution du mariage tout en réduisant la place laissée, dans les procédures de divorce, à la réflexion et à la conciliation, le point d'orgue de cette logique étant, comme nous l'avons déjà dit, le divorce sans juge. La définition légale du concubinage elle-même est exclusive de l'instabilité, puisqu'elle repose sur un « caractère de stabilité et de continuité » selon la lettre de l'article 515-8 du Code civil, ce que ne manque pas de rappeler la Cour de cassation⁷⁸³.

283. On pourrait arguer qu'il serait inconcevable de faire naître des droits, en l'occurrence alimentaires, de la simple durée attachée à des situations de fait, en l'occurrence le concubinage. Ces arguments ne tiennent pas davantage.

D'une part, parce que les exemples de situations où l'écoulement du temps, allié à la persistance d'une situation de fait, fait naître des droits, bien loin d'être isolés, sont multiples,

⁷⁸³ Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2018, n°17-13.113, Bull.

et avec des conséquences remarquables. On pense ici évidemment à l'usucapion, qui permet, y compris de mauvaise foi, d'acquérir sur un bien la pleine propriété, ce droit que l'on a souvent dit être « le plus absolu »⁷⁸⁴. Plus encore, des exemples notables existent en droit de la famille : on pense naturellement au cas de l'établissement de la filiation par la possession d'état, et à la consolidation qu'opère la possession d'état lorsqu'elle est conforme au titre.

D'autre part, il semble qu'il faille ici tirer les pleines conséquences de la jurisprudence de la CEDH en matière de définition de la notion de famille. Si on se réfère, en effet, au fameux arrêt *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, rendu par la Grande chambre de la CEDH le 24 janvier 2017, on constate que la Cour de Strasbourg estime « *que la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits* », ce qui implique dès lors que « *la notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens « familiaux » de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital ou lorsqu'une relation a suffisamment de constance* ».

En l'espèce, cette appréciation très large avait, certes au nom de la protection de l'intérêt de l'enfant, conduit à estimer qu'il n'était pas possible pour l'Etat italien, même en vertu de considérations d'ordre public, de faire obstacle à la remise d'un enfant de neuf mois, issu d'une GPA, aux requérants – ses parents d'intention –, malgré l'absence de tout lien biologique et la brièveté de la période pendant laquelle ils s'étaient occupés de lui. Cette brève cohabitation, née dans un contexte parfaitement illégal et frauduleux au regard de la loi italienne, avait suffi pour constituer selon la CEDH une vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *compte tenu de ce que l'enfant [avait] certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé* ». Si quelques mois d'une cohabitation frauduleuse peuvent suffire à mettre en échec les dispositions d'ordre public d'un Etat souverain, il semble envisageable de considérer qu'une cohabitation d'une durée suffisamment longue⁷⁸⁵ entre deux concubins puisse être à l'origine d'une création de droits et de devoirs entre eux.

285. On entend également parfois dire que les concubins ont voulu rester hors du droit, et qu'il y a dès lors là un choix qu'il conviendrait de respecter : c'est d'une certaine manière

⁷⁸⁴ Affirmation toutefois controversée, v. A. Ruelle, et E. Fabri, « Le *plus absolu* des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 81, n°2, 2018, p. 109.

⁷⁸⁵ Nous y reviendrons.

une reprise directe de la bien connue formule selon laquelle « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux ». Difficile, au premier abord, de nier que puisse exister, dans le fait de ne pas se marier et de ne pas se pacser, un choix de ne pas juridiciser une relation amoureuse, décision qui peut être sous-tendue par une forme d’idéal attaché à la liberté des membres du couple.

Pourtant, à cette affirmation, les objections sont encore une fois nombreuses. D’un point de vue sociologique, tout d’abord. On peut en effet douter que tous les concubins sacrifient en conscience les protections offertes par le droit, et il est plutôt vraisemblable que la plupart d’entre eux aient, à vrai dire, davantage une mauvaise connaissance du régime juridique leur étant applicable⁷⁸⁶ qu’une véritable intention libertaire. D’un point de vue légal, ensuite. C’est en effet un contresens historique que d’affirmer que les concubins souhaitent rester hors du droit : comme nous l’avons montré précédemment, c’est bien au contraire en raison de la demande formulée par des couples qui, à l’époque, ne pouvaient prétendre ni au mariage ni même à être qualifiés de concubins, d’être mieux protégés par la loi face aux aléas de la vie qu’une définition du concubinage a été officiellement introduite dans le Code civil par la loi de 1999. L’introduction d’une définition légale du concubinage en 1999 est donc née d’un désir de protection juridique. Aujourd’hui, dans un contexte où les couples formés par des personnes de même sexe ont, en principe, accès au mariage, on peut certes admettre que les concubins ne sollicitent pas autant de protection que les couples engagés dans des formes juridiquement plus contraignantes d’union, et ne désirent pas voir peser sur leurs épaules autant de devoirs que les couples mariés, mais on ne saurait de cette circonstance déduire un rejet absolu du droit.

286. Seul demeure, et serait d’une certaine manière recevable, un argument lié à des considérations morales et de normativité. Il s’agit alors d’entendre différemment la formule de Bonaparte : ce ne serait pas d’un désintérêt réciproque que naîtrait l’absence de protection des concubins, mais d’une intention du législateur de les laisser démunis, sous-tendue par l’idée selon laquelle « s’ils veulent bénéficier d’une protection, ils n’ont qu’à se marier ou se pacser ». Cette vision semble toutefois incompatible avec la volonté marquée du droit contemporain de la famille, qui tend de plus en plus à cet égard à devenir un droit des familles.

⁷⁸⁶ Affirmation que l’on peut par ailleurs étendre aux partenaires Pacsés et aux couples mariés : combien parmi ceux-ci croient encore, à titre d’exemple, qu’une pension alimentaire est due, en principe, à son ex-conjoint(e) à la suite d’un divorce ?

En outre, n'est-ce pas régulièrement le rôle du droit de protéger, parfois malgré eux, ceux qui par manque de diligence ou de connaissance pourraient se trouver dépourvus de protection ? On ne saurait donc refuser par principe aux couples de concubins la qualification de famille. La récente refonte du droit de l'adoption par la *Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption* semble d'ailleurs aller en ce sens, en venant ouvrir l'adoption conjointe aux couples de concubins pouvant apporter la preuve d'une communauté de vie d'au moins un an ou (et non et !) qu'ils sont âgés tous deux de plus de vingt-six ans⁷⁸⁷. D'autres branches du droit n'ont d'ailleurs pas hésité, depuis de nombreuses années, à faire cette (r)évolution, à l'instar du droit social, qui prend en compte la qualité de concubin⁷⁸⁸.

287. *Quid*, alors, de l'obligation alimentaire dans le concubinage ? On observe que, dans certaines circonstances, une obligation alimentaire est bel et bien déjà admise entre concubins, soit directement, *via* le jeu d'une obligation naturelle, soit de manière indirecte, lorsque la jurisprudence vient reconnaître l'existence, entre les concubins, d'une forme d'obligation de contribuer aux charges.

S'agissant de l'obligation naturelle, celle-ci intervient notamment en jurisprudence pour être opposée à l'action *de in rem verso* que peut tenter un ex-concubin pour des sommes ou des avantages dont l'ex-compagnon (ou compagne) aurait prétendument indûment bénéficié. L'idée de la jurisprudence⁷⁸⁹, sur ce point, est d'assurer *via* l'obligation naturelle une forme de moralisation : il n'est pas question, eu égard à l'union patrimoniale de fait qui accompagne nécessairement une vie en couple marquée le plus souvent par une cohabitation, de faire après la rupture des comptes d'apothicaire qui apparaîtraient bien vite, dans certains cas, comme une volonté de la part de celui qui exerce l'action de « punir » l'autre du fait de la rupture. S'il y a évidemment des exceptions, la reconnaissance de l'existence d'une obligation naturelle permet ainsi à la jurisprudence de prendre acte de l'existence, pour un temps, d'une vie familiale, et de présumer que les échanges patrimoniaux induits étaient, soit équitables, soit consentis.

288. C'est sur ce fondement que, bien que refusant systématiquement d'appliquer aux concubins l'article 220 du Code civil, la Cour de cassation est venue en quelque sorte

⁷⁸⁷ Article 343 du Code civil dans sa version issue de la loi du 21 février 2022 : « L'adoption peut être demandée par un couple marié non séparé de corps, deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou deux concubins. Les adoptants doivent être en mesure d'apporter la preuve d'une communauté de vie d'au moins un an ou être âgés l'un et l'autre de plus de vingt-six ans ».

⁷⁸⁸ V. J.-J. Lemouland, « La diversité du droit contemporain de la famille : Un trompe-l'œil », préc.

⁷⁸⁹ Pour un exposé complet de la jurisprudence en la matière, et notamment de très nombreux arrêts rendus par des cours d'appel, v. K. Bellis, *Système de l'obligation naturelle*, thèse Paris II – Panthéon Assas, 2018, réalisée sous la direction de L. Leveneur, not. n°907 s. p. 467 s.

« découvrir » l'existence d'une telle obligation de contribuer aux charges du ménage pour les concubins. Certaines décisions le firent de manière quelque peu indirecte, et proche, somme toute, de la reconnaissance d'une obligation alimentaire naturelle entre concubins, par exemple lorsque les juges du quai de l'Horloge ont jugé que « l'hébergement d'une personne par son concubin, dans le cadre de leur vie commune, ne donne pas lieu au versement d'une indemnité d'occupation, sauf convention particulière dont la preuve incombe à celui qui sollicite une telle indemnité »⁷⁹⁰, laissant supposer que la charge de l'hébergement pouvait être perçue comme l'exécution d'une forme de devoir, que l'on pourrait assimiler au devoir de secours, entre membres du couple. De ces décisions pouvait donc déjà apparaître une forme d'obligation alimentaire naturelle entre concubins, assez couramment admise. Ces décisions, qui semblent naviguer quelque peu entre deux eaux, vont cependant par la suite être supplantées par des arrêts allant plus loin, et nettement plus explicites.

C'est ainsi que dans un arrêt du 24 septembre 2008 d'ailleurs publié au Bulletin, la Cour de cassation est venue, en quelque sorte, résumer sa position en matière de concubinage, dans un attendu particulièrement riche :

« Mais attendu qu'après avoir justement retenu qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées, l'arrêt estime, par une appréciation souveraine, que les travaux litigieux réalisés et les frais exceptionnels engagés par M. X... dans l'immeuble appartenant à Mme Y... excédaient, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont M. X... avait profité pendant la période du concubinage, de sorte qu'il n'avait pas, sur ce point, agi dans une intention libérale ; que la cour d'appel a pu en déduire que l'enrichissement de Mme Y... et l'appauvrissement corrélatif de M. X... étaient dépourvus de cause et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »⁷⁹¹.

Reprenons tous ces éléments. Après avoir justement rappelé qu'en principe, il n'y a entre concubins aucune union patrimoniale du moins sur le plan légal, la Cour de cassation approuve ici la cour d'appel d'avoir estimé qu'il y a, en matière de concubinage, une « participation normale » aux dépenses de la vie commune, en l'occurrence dépassée.

⁷⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n°96-19.221. Pour une hypothèse très proche, v. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, n°96-21.198.

⁷⁹¹ Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n°06-11.294, Bull.

C'est dire, donc, que la participation n'est pas seulement un fait, mais un devoir, au moins une obligation naturelle, dont l'exécution volontaire vient fonder les contributions versées : les sommes versées par un concubin ou les dépenses engagées par lui pour l'entretien du ménage sont donc dues par lui, selon la Cour de cassation. Cette dernière confirmera d'ailleurs, encore plus expressément, cette analyse, en retenant l'existence entre concubins d'une « obligation naturelle de participation aux charges de ménage qu'implique une vie de couple »⁷⁹². Ces arrêts, qui peuvent sembler marqués du sceau du bon sens, effectuent néanmoins une véritable révolution, en ce qu'ils viennent consacrer un embryon de régime matrimonial du concubinage, prenant certes modèle sur le régime de la séparation, mais accueillant une contribution naturelle aux charges. L'obligation naturelle sert donc ici, en quelque sorte, de véhicule à la construction jurisprudentielle en matière de concubinage.

Plus directement, la jurisprudence vient parfois même reconnaître la possibilité d'une novation de cette obligation naturelle en obligation civile. La portée de cette solution semble alors plus exceptionnelle, car il ne s'agit plus simplement d'apurer les comptes du passé, mais de constater l'existence d'un engagement pour l'avenir. L'hypothèse est donc plus rare, mais la Cour de cassation a eu l'occasion, par un arrêt remarqué, de casser pour défaut de base légale l'arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas procédé à la vérification d'une telle hypothèse.

Il s'agissait en l'espèce d'une ex-concubine résidant dans un immeuble appartenant à son ancien compagnon, avec leurs enfants communs. Par une lettre, le conseil de l'ex-concubin avait proposé à madame d'une part d'occuper l'immeuble de façon viagère, et d'autre part de verser une pension au montant déterminé. La cour d'appel avait pourtant retenu que la demande tendant à l'expulsion de l'occupante de l'immeuble « ne se heurtait à aucune contestation sérieuse », en raison de l'absence d'obligation alimentaire entre concubins, et du fait que l'offre avait été retirée avant qu'intervienne, soit une acceptation, soit un commencement d'exécution. La Cour de cassation casse pourtant, jugeant « qu'en statuant ainsi, par un motif général, sans rechercher si, compte tenu des circonstances de la cause, M. Y... n'avait pas entendu exécuter un devoir de conscience et n'avait pas ainsi transformé une obligation naturelle en une obligation civile, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁷⁹³. Encore faut-il, néanmoins, que les conditions d'une telle novation soient réunies, ce qui limite considérablement les hypothèses.

⁷⁹² Civ. 1^{ère}, 10 février 2016, n°15-10.150.

⁷⁹³ Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, n°97-17.541. Pour d'autres hypothèses, v. par ex. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, n°96-13.664, ou encore CA Nancy, 11 avril 2005, RG n°02/00514, JCP 2006. IV. 1255.

289. Comme l'explique Monsieur Bellis, c'est donc l'obligation naturelle qui a servi de technique – on n'oserait pas dire de prétexte – à la Cour de cassation pour imposer un embryon de régime matrimonial aux concubins :

« Concernant le concubinage, plus concrètement, il nous semble que l'on doit, sauf cas exceptionnel, considérer que les dépenses volontaires au profit de l'autre sont le fruit d'une obligation naturelle, et refuser toute répétition. La seule chose à veiller est que les paiements ne soient pas le fruit d'une violence psychique et morale. Toute dépense pour le concubin doit être considérée comme étant la reconnaissance d'une obligation naturelle, et par là exclure la restitution de l'indu. [...] Les parties ont choisi de ne pas soumettre leur relation à l'équilibre du droit civil, on doit présumer qu'ils ont eux-mêmes procédé à ce rééquilibrage. Cela même pour des sommes importantes. [...] La présence morale et affective de l'autre peut avoir une valeur inestimable que les parties ont décidé d'apprécier elles-mêmes en ne se mariant pas. Il y a donc en notre matière, de manière générale, une obligation naturelle potentielle objective »⁷⁹⁴.

L'auteur, pour permettre une clarification du régime applicable au concubinage, propose ainsi la consécration d'un article 515-8-1 dans le Code civil, ainsi rédigé :

« Sauf manifestation de volonté contraire préalable ou violence, les prestations fournies entre concubins valent paiement d'une obligation naturelle, y compris dans les cas visés aux articles 515, 815-9 et 815-13 du présent code. Les autres types de reconnaissances d'obligations naturelles entre concubins font l'objet d'un contrôle objectif de droit commun »⁷⁹⁵.

On peut souscrire à cette proposition. S'il est en effet malaisé d'imposer l'exécution pour le futur d'une obligation alimentaire entre concubins, en l'absence de fondement légal d'une part et afin de respecter les spécificités du concubinage d'autre part, il est en revanche souhaitable de reconnaître par une telle disposition que deux personnes qui, vivant en couple, ont choisi de partager pour un temps au moins une communauté de destin, ne devraient pas, en principe, instrumentaliser le droit pour judiciaireiser les rancœurs qui parfois peuvent accompagner les ruptures. Il ne faudrait pas, semble-t-il, permettre par le biais de l'action en répétition de l'indu revenir sur les arrangements comptables du passé et, partant, porter atteinte, d'une certaine manière, à la liberté de rupture, qui doit demeurer le principe. Cette solution,

⁷⁹⁴ K. Bellis, *Système de l'obligation naturelle*, préc., n°910 s., p. 469. Cette formulation appelle toutefois des réserves, tant sur la forme, volontairement provocante, que sur le fond, ce que nous développerons dans la sous-section suivante.

⁷⁹⁵ *Idem*, n°913, p. 469.

enfin, semble conforme à l'intention constante du législateur en matière de séparation depuis 1975, à savoir pacifier les relations et permettre à chacun, tirant un trait sur le passé, de regarder vers l'avenir.

On le voit, il y a donc, s'agissant tant du couple marié que du couple non-marié, un important besoin de clarification.

Sous-section 3. De lege feranda

290. Précisons d'ores et déjà qu'il ne s'agit pas, ici, d'évoquer la fin de l'union, qui sera étudiée lors du chapitre suivant. La question qui se pose ici est dès lors de savoir, d'une part, s'il convient de reconnaître, dans toutes les formes d'union, une obligation alimentaire civile **(I)**, et d'autre part, comment maintenir une forme de gradation de l'union patrimoniale au sein des différentes formes de conjugalité **(II)**.

I) Vers une obligation alimentaire unifiée ?

291. Cette question se subdivise en réalité en deux : faut-il, d'une part, qu'une solidarité alimentaire existe dans toutes les formes d'union ? Faut-il, d'autre part, qu'elle prenne la forme d'une obligation civile ? Lorsqu'il est question d'envisager un rapprochement de régimes entre diverses institutions juridiques se pose nécessairement la question de la raison d'être d'un tel rapprochement, et de sa portée.

De telles raisons existent, d'abord, pour la société. Comme le rappelle Madame Saulier, le droit a, en général, une fonction essentiellement utilitaire, en ce qu'il constitue « un moyen de parvenir à réaliser une finalité reconnue comme utile au bien commun, à l'intérêt collectif », « d'exprimer les valeurs fixées par la politique chargée d'orienter la société »⁷⁹⁶, et, en particulier, une fonction destinée à ancrer le rapport entre la cellule familiale et la structure collective dans laquelle elle s'inscrit : « les normes juridiques qui appréhendent unitairement, ou à tout le moins de façon harmonisée, les différentes formes de conjugalité, sont vouées à satisfaire une utilité d'ordre collectif, identifiée par le politique »⁷⁹⁷.

Nous ne reviendrons pas ici de manière exhaustive sur les utilités que la collectivité peut tirer des fonctions sociales du couple⁷⁹⁸. Le couple constitue une institution extrêmement profitable à la société car elle exerce de nombreuses fonctions. Fonctions sociales : le couple, du fait de l'engagement de ses membres l'un envers l'autre, et de la vie commune qu'il suppose, est ainsi un acteur fondamental de l'entraide, du *care*⁷⁹⁹, de la prise en charge de la vulnérabilité, de la vieillesse, de la maladie. Fonctions économiques : on sait que la vie en couple permet de réaliser des économies d'échelle considérables⁸⁰⁰, qu'elle permet non seulement de partager mais aussi de diminuer les charges, voire de participer directement à une production de richesse⁸⁰¹, et qu'elle constitue une aide évidente dans certaines étapes de la vie, fournissant par exemple une aide financière en cas de difficultés et de projets de vie, sa qualité de réservoir de

⁷⁹⁶ M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, préc., n°16, p. 23.

⁷⁹⁷ *Idem*.

⁷⁹⁸ *Idem*, p. 27 s. et p. 37 s.

⁷⁹⁹ Sur cette notion, v. A. Zielinski, « L'éthique du *care*. Une nouvelle façon de prendre soin », in *Études*, vol. 413, n°12, 2010, p. 631, notamment pour les aspects définitionnels, trop complets pour être repris ici.

⁸⁰⁰ Pour une publication grand public, v. « D'un point de vue économique, mieux vaut être en couple que célibataire », in *Le Monde*, 18 mars 2019, ressource accessible en ligne. Pour une publication plus spécialisée, v. H. Martin et H. Périvier, « Les échelles d'équivalence à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », in *Revue économique*, vol. 69, n°2, 2018, p. 303.

⁸⁰¹ Soit indirectement, en ce sens qu'en offrant un cadre de vie stable et sécurisant, le couple permet à ses membres de s'investir davantage dans leur activité professionnelle, soit directement car, comme le remarque M. Saulier, « la communauté de vie facilite le développement de la collaboration professionnelle au sein du couple, soit qu'une entreprise soit créée par les membres du couple, soit qu'ils décident d'unir leurs forces de travail au profit d'un employeur commun [...] ». Porteurs de croissance, les couples, en exerçant de concert leur activité, participent directement au circuit économique général ». v. M. Saulier, *Le droit commun des couples – Essai critique et prospectif*, préc., n°19, p. 31.

capitaux en faisant un substitut privé à des mécanismes bancaires de prêt, ou à des systèmes de mutuelle ou d'assurance, *via* des dons ou des prêts consentis dans le couple ou par ses soutiens familiaux. Fonctions familiales et éducatives : outre l'évidente fonction reproductive, le couple est également un des lieux privilégiés d'épanouissement de l'individu, et un espace de partage de connaissances et de réflexion⁸⁰².

Toutes ces fonctions servent la société : d'une part, parce que la procréation et la reproduction sont tout simplement essentielles à la survie du groupe social, qui doit dès lors en accompagner voire en protéger les acteurs, et d'autre part, parce que le couple, en ce sens, est à la fois créateur de richesses et assistant de l'État dans l'exercice de certaines de ses fonctions, soit directement, par exemple *via* toutes les fonctions liées au *care*, qui devraient autrement être assurées par des structures socio-médicales, soit indirectement, en limitant les risques pour les individus en couple de tomber dans des situations nécessitant un soutien de la part de la collectivité.

292. Les raisons d'être d'un rapprochement entre les formes de conjugalité se trouvent ensuite évidemment dans les formes de conjugalité elles-mêmes. Mariage, Pacs et concubinage partagent cette caractéristique d'être des formes d'unions consacrées et, si ce n'est définies, du moins encadrées par la loi, dont découlent des effets légaux plus ou moins importants et contraignants. Elles ont donc, *a priori*, des éléments de définition et, déjà, de régime juridique en commun : principe monogamique⁸⁰³, existence en principe d'une vie commune, prohibition de l'inceste⁸⁰⁴, indifférence de l'altérité sexuelle depuis la loi du 17 mai 2013, protection des membres de la famille et du couple contre les violences intrafamiliales, sexuelles ou physiques, protection du respect et du consentement, etc. Un droit commun des couples semble donc déjà

⁸⁰² On pourrait compléter en citant Carbonnier sur la famille. « La famille du bon vieux temps nous apparaît comme la synthèse élégante de plusieurs fonctions économiques : à la fois unité de production et de consommation, mécanisme d'assurance et réservoir de capital. La fonction de production a subi des dégradations peu niabiles : les ateliers de famille ont été ruinés par la grande industrie ; et les efforts législatifs déployés en faveur de la petite et moyenne exploitation agricole sont la meilleure preuve qu'elle est menacée. [...] C'est en tout cas à l'économie familiale que l'on demande encore, même dans les sociétés les plus industrialisées, d'assurer la production des services ménagers, poussière de travaux ennuyeux et faciles, mais qu'il convient de multiplier par des milliers d'heure et des millions de maisons. Symétriquement, la comptabilité nationale sait bien que le gros de la consommation continue à se faire par familles, non point par usines ou régiments. Il est vrai que, dans sa fonction d'assurance, de refuge contre les incidences pécuniaires de la maladie ou de la vieillesse, la famille semble relayée de nos jours par la Sécurité sociale ou l'Aide sociale, c'est-à-dire par la société. Cependant, même en droit, on ne peut parler de substitution complète, puisque l'Aide sociale est subsidiaire à la dette d'aliments. En fait, l'État est un assureur si médiocre – partiel, lent, toujours en retard sur les prix – que beaucoup de ses assurés seraient mal en point sans la réassurance familiale. Et combien de vieillards resteraient gisants, entre plusieurs lois, en état de dépendance, sans le sacrifice spontané de la fille au foyer ? [...] Nous avons la conscience plus à l'aise quand nous défendons la famille à travers ses fonctions extrapatrimoniales. Il n'empêche que, même sur ce terrain, une certaine décadence est couramment alléguée ». J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc. p. 279-280.

⁸⁰³ Certes discuté.

⁸⁰⁴ Du moins pour le Pacs et le mariage, qui prohibent directement les unions incestueuses, même si le droit pénal inclut le concubin dans la liste des personnes pour lesquelles l'acte de viol ou d'agression sexuelle est qualifié d'incestueux, aux côtés du conjoint et du partenaire pacsé, v. art. 222-31-1 du code pénal.

exister de fait, et ne demander qu'à s'étoffer, dans un souci de clarification, et de protection des couples et de leurs membres.

Un premier socle et des justifications suffisantes existent donc pour construire un droit commun des couples. Il ne semble toutefois pas opportun que ce droit se fasse trop détaillé ou trop technique : à l'instar du régime primaire impératif pour le mariage, ou plus encore à l'instar d'une constitution, il semble qu'un droit commun des couples devrait se concevoir non comme un ensemble de règles techniques et détaillées, mais plutôt comme un corps de règles claires destinées à poser des fondamentaux en matière de vie de famille et de couple.

Il y a à cela de nombreuses raisons. La première est le constat de l'actuelle confusion en la matière. Nous l'avons longuement dit s'agissant du Pacs, la quasi-absence de disposition concernant le concubinage dans le Code civil en est une preuve, et le mariage lui-même n'est pas épargné, tant son régime a perdu en clarté. Il est aujourd'hui devenu souvent malaisé de savoir quels sont les droits, devoirs et obligations applicables aux différentes formes d'union, ce qui est particulièrement préoccupant lorsque l'on sait qu'actuellement, plus de deux tiers des hommes et des femmes majeurs vivent, en France, en couple⁸⁰⁵. La deuxième est l'enjeu pratique et démocratique que suppose cette réalité : trop de couples « découvrent », au moins pour partie, le régime applicable à leur union au moment où surviennent des difficultés, des conflits, ou une rupture, ce qui cause une part non négligeable du contentieux. La troisième, enfin, concerne plus directement la question de la normativité. Si l'on souhaite, en effet, que le droit puisse en matière familiale jouer son rôle de suggestion d'une norme de comportement, cela impose de rendre accessibles des règles fondamentales, sur le modèle, par exemple, des textes lus par l'officier d'état civil lors de la célébration de mariage⁸⁰⁶. C'est un tel corpus qu'il conviendrait d'élaborer.

293. Se pose alors la question de savoir sur quoi peut se fonder ce droit commun, en termes de droits et de devoirs. De la liste précédemment dessinée, l'existence d'une vie commune et le principe monogamique peuvent à la fois constituer un devoir et un élément de définition des unions, de sorte qu'ils ne semblent pouvoir servir de fondement. Le devoir de fidélité, quant à lui, déjà battu en brèche dans le mariage et discuté par ailleurs, pourrait voir sa place de fondement du couple discutée, bien que l'exclusivité sexuelle accordée par chacun des

⁸⁰⁵ V. Insee, fiche thématique « Couples », accessible en ligne (document consulté pour la dernière fois le 11 juillet 2022, URL : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/COUFAM15g_FTL02_Couples.pdf).

⁸⁰⁶ V. article 75, al. 1, du Code civil.

partenaires semble demeurer un principe largement accepté et partagé par la population. Le devoir de respect et ses implications ne semble pas, par ailleurs, être propre ni aux relations de couple ni au cadre familial : l'interdit de porter atteinte à l'intégrité d'autrui, bien qu'il soit hélas nécessaire de le rappeler et de l'encadrer dans la loi y compris dans le cercle intime, n'est en rien un devoir né de l'union.

294. Reste, alors, et c'est là le sens de la proposition ici faite, le devoir de solidarité. Puisque le cercle familial est le seul où l'on peut, pour reprendre l'analyse de Monsieur le professeur Pélissier, imposer juridiquement l'exécution d'un devoir de solidarité, et puisqu'au sein du cercle familial, à la faveur du renforcement de la famille nucléaire et de la promotion d'une forme d'individualisme à laquelle cette forme de vie correspond bien, le couple est amené à devenir, s'il ne l'est déjà, une structure fondamentale⁸⁰⁷, juridiquement défendue en tant que telle, de la famille et par-delà, de la société. Puisque le couple est promu, et puisque sa liberté en tant qu'entité, comme la liberté des membres qui le composent, sont mises au cœur de la normativité portée par le droit des familles contemporain, il semble, si ce n'est normal, du moins bienvenu que cette libéralisation s'accompagne de responsabilisation, et c'est cette responsabilisation que peut véhiculer l'obligation alimentaire, puisqu'elle manifeste l'interdépendance, mais aussi l'interresponsabilité qui existe entre les membres du couple, quel qu'il soit. Il semble donc qu'afin de rester en cohérence avec l'essence profonde que le droit donne à la notion de famille, il est nécessaire de bâtir le droit commun du couple sur la notion de solidarité, et donc sur une obligation de nature alimentaire.

Cette affirmation, pourtant, ne présume pas du type d'obligation à consacrer, car si l'unité est nécessaire, la distinction doit également, semble-t-il, demeurer, de sorte qu'il convient de bâtir l'union patrimoniale et la solidarité des couples sur une logique de degrés.

⁸⁰⁷ Aux côtés de la figure de l'enfant, dont nous avons pu, précédemment, expliquer combien il était devenu une figure centrale.

II) Pour un pluralisme alimentaire du droit des couples

295. Pour comprendre la nécessité de maintenir une claire distinction entre les régimes, semble utile d'envisager les impératifs de spécificité du concubinage **(A)** et du Pacs **(B)**.

A) Dans le concubinage

296. Le refus d'introduire une obligation alimentaire civile dans le concubinage révèle tout son intérêt lorsque l'on s'interroge sur les modalités pratiques dans lesquelles celle-ci pourrait être réclamée et accordée. Rappelons que les obligations alimentaires, dans l'immense majorité des cas, s'exécutent en nature et au quotidien, sans que les créanciers pensent seulement à les réclamer : créanciers et débiteurs vivent et mangent ensemble, à la même table, aux mêmes heures. Lorsqu'ils sont éloignés, le créancier n'oppose pas non plus en principe de difficulté à assurer à son débiteur des moyens de subsistance en l'entretenant en argent (comme un enfant éloigné de ses parents), dans la mesure où leurs relations sont bonnes. C'est seulement dans le cas contraire, quand les relations qu'ils entretiennent se sont dégradées, que l'obligation alimentaire est sollicitée en justice. Créanciers et débiteurs ne vivent alors plus sous le même toit, et le créancier connaît un état de détresse matérielle qui le contraint, pour se défendre contre l'inaction ou le refus du débiteur, à revendiquer sa créance en justice.

L'obligation alimentaire civile trouve son utilité essentielle, par rapport à l'obligation naturelle, si elle survit à la dégradation des relations qu'entretiennent les deux personnes qu'elle unit, laquelle correspond au moment où cette obligation cesse d'être exécutée spontanément et où la possibilité d'en obtenir l'exécution forcée prend tout son sens. Or le concubinage, étant « caractérisé par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité » (article 515-8 du Code civil), prend précisément fin lors de la rupture de la vie commune, ce qui ne va pas sans poser de problème. En effet, reconnaître l'existence d'une obligation alimentaire postérieure à la rupture, à l'instant donc où il deviendrait pertinent de la revendiquer, reviendrait à faire produire à l'union de fait des effets plus importants que ceux attachés aux unions de droit, la prestation compensatoire n'étant pas systématiquement attribuée lors du divorce et aucun mécanisme similaire n'existant lors de la dissolution du Pacs.

297. D'un point de vue plus théorique, même si on peut partager l'analyse de Carbonnier selon laquelle ce serait une erreur de considérer le concubinage contemporain comme une union

« libre »⁸⁰⁸, il semble qu'il ne faille pas, pour autant, en atteindre trop directement l'essence par l'imposition d'une obligation alimentaire civile, en toute hypothèse, entre concubins, et encore moins par l'instauration d'une forme de contribution aux charges. Le pluralisme des formes d'union, symboliquement et normativement, conserve tout son sens.

S'agissant du concubinage, il est classiquement affirmé, lorsqu'il est assimilé à une union libre, qu'il constitue un mode d'organisation de la vie commune à part entière, destiné aux personnes refusant d'accueillir le droit dans leur ménage. En demeurant hors du droit, les concubins seraient alors présumés avoir accepté cette situation, et les conséquences légales de celle-ci. En réalité, il semble impossible, aujourd'hui, d'avoir une vision aussi monolithique du concubinage : règne au cœur du concubinage une importante diversité qui en rend l'analyse malaisée, et qui nécessite, à notre sens, de prévoir des règles, d'une part, à même d'accueillir une diversité de modes d'organisation, et d'autre part, à même de laisser aux juges une marge de manœuvre suffisante pour moduler leur appréhension des concubinages au cas par cas.

298. C'est pour respecter toutes ces considérations que, s'agissant du concubinage, il semble opportun de reprendre, comme principe, la proposition faite par Monsieur Bellis : reconnaissance de l'existence, dans les couples de concubins, d'une obligation alimentaire naturelle, et introduction, pour clarifier le régime applicable au concubinage, d'une présomption simple, pour les sommes versées lors du concubinage, qu'elles l'ont été en exécution de celle-ci⁸⁰⁹, en tout cas lorsqu'elles n'excèdent pas manifestement la participation normale aux dépenses de la vie courante. Concrètement, cette règle, qui instaurerait une forme d'obligation naturelle renforcée, permettrait au juge de présumer, au moment où apparaissent des difficultés dans le couple, que les échanges patrimoniaux jusqu'alors effectués étaient fondés et insusceptibles de contestation, donc de contentieux. Cette présomption n'étant que simple, elle pourrait être renversée en apportant la preuve contraire, mais elle devrait permettre, d'une part de pacifier les relations en faisant sortir un grand nombre d'opérations patrimoniales du contentieux, et d'autre part d'appréhender au mieux la diversité interne que la loi permet aux concubins d'adopter en matière d'union patrimoniale.

⁸⁰⁸ « Cette forme d'union est durable. Elle implique cohabitation, ménage commun. [...] Le point important, c'est qu'à ces *collages* l'expression d'union libre ne conviendrait pas du tout : ces concubins-là ne sont tombés au concubinage ni par choix de la liberté ni par liberté du choix. Choix de la liberté ? Mais, le plus souvent, ils ne se sentent pas moins liés que s'ils étaient mariés, quoique d'une autre manière ». J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc. p. 263.

⁸⁰⁹ Pour rappel, la proposition effectuée prévoyait l'introduction d'un article 515-8-1 du Code civil, ainsi rédigé : « Sauf manifestation de volonté contraire préalable ou violence, les prestations fournies entre concubins valent paiement d'une obligation naturelle, y compris dans les cas visés aux articles 515, 815-9 et 815-13 du présent code. Les autres types de reconnaissances d'obligations naturelles entre concubins font l'objet d'un contrôle objectif de droit commun ». v. K. Bellis, *Système de l'obligation naturelle*, préc., n°913, p. 469.

Il ne s'agit pas, en effet, ici, d'imposer, mais d'entériner tout en moralisant les relations, ce qui semble tout à fait conforme aux tendances contemporaines du droit de la famille. Un mécanisme réparateur des potentielles inéquités nées de ce système pourrait cependant être envisagé au stade de la rupture, pour limiter les conséquences d'une telle présomption, qui implique en principe que lorsque le couple prend fin, ses membres sont libérés de tout engagement l'un envers l'autre et ne se doivent, dès lors, rien⁸¹⁰. À dire vrai, une telle présomption peut, d'une certaine manière, être lue dans la jurisprudence de la Cour de cassation : n'est-ce pas ce qu'affirment les juges du quai de l'Horloge, lorsqu'ils retiennent qu'« aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées », pour estimer, dans un cas où un concubin avait financé des travaux dans l'immeuble de sa concubine, que les frais exposés « excédaient, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont M. X... avait profité pendant la période du concubinage »⁸¹¹ ?

299. La formulation proposée par Monsieur Bellis pourrait toutefois être reprise de manière, notamment, à faire apparaître qu'une telle présomption doit être considérée comme une présomption simple, et ce notamment dans le cas où les prestations versées s'avèreraient sans rapport avec les moyens de la personne y ayant procédé. Il ne faudrait pas, en effet, que sous prétexte de réduire le contentieux naisse une règle particulièrement stricte pour les concubins, susceptible d'être génératrice d'inéquité. Inversement, il convient de s'assurer que cette limite demeure une exception : ce sera alors aux juges du fond, par un contrôle strict, de s'assurer du caractère exceptionnel de cette possibilité d'échapper à la règle édictée par le futur article 515-8-1 du Code civil. Ce dernier pourrait alors être ainsi rédigé :

Article 515-8-1 du Code civil (proposition) :

« Hormis les hypothèses de manifestation de volonté contraire préalable, de dol ou de violence, les prestations fournies entre concubins sont présumées l'avoir été en

⁸¹⁰ Nous y reviendrons dans le chapitre suivant.

⁸¹¹ Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n°06-11.294, Bull.

exécution d'une obligation naturelle, sauf à ce qu'elles excèdent manifestement la participation normale aux charges de la vie commune, par leur objet, par leur ampleur sans rapport avec les moyens de celui qui les a fournies, ou par le déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs de chacun des concubins ».

Une telle formulation permettrait de poser une règle claire, dénuée de renvois que l'on peut penser susceptibles de nuire à la normativité, en ce qu'ils rendent la compréhension de la norme posée plus malaisée. De même, la mention du contrôle de l'existence d'autres obligations naturelles peut, semble-t-il, être retirée, car elle est un ajout non nécessaire à la règle. Il semble indispensable, en revanche, d'intégrer une limite claire à la présomption envisagée, notamment afin d'en préciser le caractère exceptionnel appuyé par l'usage des expressions « sauf à ce qu'elles excèdent *manifestement* » ou « leur ampleur *sans rapport avec les moyens* de celui qui les a fournies ». La mention du « déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs de chacun des concubins » permet, en outre, d'envisager des hypothèses où les moyens respectifs des concubins sont particulièrement déséquilibrés. Enfin, en offrant la possibilité de prévoir contractuellement une absence totale de solidarité et d'union patrimoniale, cette règle permet, semble-t-il, d'assurer autant que faire se peut une profonde adaptabilité de la norme, en matière de concubinage, aux choix de chaque couple.

Ce n'est que pour le Pacs et le mariage qu'il semble opportun qu'existe une obligation alimentaire civile. Reste toutefois à déterminer si une différence de nature ou de portée doit exister entre Pacs et mariage, et ici aussi, il semble juste qu'existe une forme de gradation, et donc de différenciation.

B) Dans le Pacs

300. Envisager le Pacs après l'entrée en vigueur du mariage « pour tous » impose de porter, avant toute chose, un regard sur les usages sociaux de cette forme d'union. Sociologiquement, il semble que l'usage d'un triptyque obligationnel en matière familiale s'ancre de plus en plus dans les usages sociaux. Un nombre croissant de couples semble tirer parti de l'existence d'un pluralisme familial, vivant d'abord un certain temps en concubinage,

puis utilisant le Pacs comme une sorte de fiançailles⁸¹², avant de se marier. Un schéma quasi chronologique semble donc, du moins pour une partie de la population, se dessiner, qui révèle non pas un intérêt théorique pour la différenciation, mais bien l'existence, au sein de la conscience collective, d'une échelle de valeur, ou plus exactement d'engagement, entre ces trois formes d'unions.

Ce n'est certes pas le seul usage que l'on peut observer du Pacs et du concubinage : Monsieur Rault met par exemple en évidence l'existence d'un usage antimatrimonial du Pacs, qu'il qualifie de surconcubinage, choisi précisément pour ne pas se marier, par refus d'une institution perçue comme oppressante⁸¹³. Ici, le Pacs se fait alternative juridique à une institution matrimoniale rejetée et décriée, parfois accusée de tous les maux : patriarcale, traditionnaliste, rétrograde, le mariage devrait être évité. On peut relever d'autres nuances, dont l'une qui était l'utilisation, à l'époque évidente, du Pacs comme seul substitut offert au mariage pour les couples homosexuels : cet usage, depuis 2013, n'a *a priori* plus lieu d'être. La seule constante, quelle que soit la conception adoptée par le couple pacsé, est une conception spécifique du Pacs, clairement distingué du mariage comme du concubinage, et porteuse de

⁸¹² V. W. Rault, « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », préc., qui distingue quatre usages sociaux du Pacs, dont l'un, qualifié par l'auteur de « mariage à l'essai », qui renvoie à des idées similaires de « fiançailles modernes » : « Le Pacs peut endosser [...] des significations qui vont bien au-delà de sa dimension juridique et l'inscrivent dans des systèmes de valeurs favorables au mariage. On trouve ainsi des Pacs qui jouent ce que l'on pourrait appeler – pour reprendre délibérément une célèbre expression des années 1970 – le rôle de « mariage à l'essai ». [...] Dans cette logique, les contractants souhaiteraient en définitive se marier. Certains parlent ainsi d'un Pacs qui constituerait dans leur esprit des « fiançailles modernes », à la fois parce qu'il incarne une forme d'engagement prospectif et qu'il représente un dispositif légal étiqueté comme novateur du fait de son ouverture au couple de même sexe. Le Pacs n'est donc pas réduit à sa dimension pratique et juridique, mais investi symboliquement. Il est, par exemple, construit comme l'objectivation d'un sentiment amoureux de type privé, tandis que le mariage, souhaité à plus long terme, aura vocation à incarner sa dimension publique. Dans ce cadre, l'union libre antérieure est requalifiée de manière négative, en termes d'incertitude, de précarité. Dans un même esprit, pour des couples envisageant d'avoir des enfants, le Pacs peut être assimilé à un engagement de type conjugal et le mariage envisagé comme un encadrement juridique et symbolique de la famille dans sa totalité. À l'inverse du type précédent, le pacte civil de solidarité revêt une dimension instituante. Elle trouve sa traduction dans une ritualisation entendue comme la mobilisation de séquences symboliques qui visent à donner sens au Pacs, celles-ci pouvant être circonscrites au couple ou associer des proches dans le cadre d'une célébration collective. Il est ainsi possible de parler ici d'un Pacs symbolique matrimonial : le nouveau dispositif revêt une signification indépendamment des usages juridiques pour lesquels il peut être choisi, tout en s'inscrivant dans une dynamique matrimoniale mise en œuvre concrètement ou simplement envisagée » (n°43 s.).

⁸¹³ « On peut parler de Pacs asymboliques antimatrimoniaux. Le premier qualificatif signifie que cet usage renvoie, dans sa figure typique, exclusivement à un fondement juridique et est dépourvu de tout surplus de sens. Comme dans le premier type (asymbolique matrimonial), les partenaires n'auraient pas recours au Pacs si les effets juridiques du concubinage leur permettaient, par exemple, de bénéficier du rapprochement géographique, de remplir une déclaration de revenus commune pour les impôts, etc. Il peut également s'agir de répondre à la demande d'établissements privés, tels que certaines banques qui invitent les couples à opter pour le Pacs en cas d'emprunt. Dans cette optique, les modalités strictement administratives de l'enregistrement sont en adéquation avec la signification du Pacs. Celui-ci prend sens dans une défiance vis-à-vis du mariage mais aussi de toute forme d'institutionnalisation du lien conjugal qui passerait par sa célébration ritualisée. C'est pourquoi les contractants se gardent de toute mise en scène qui modifierait la tonalité du Pacs. [...] Ce type se rapproche de ce que l'on pourrait nommer un surconcubinage. Le pacte civil de solidarité n'a pas de vocation instituante. Il est appréhendé positivement par les contractants parce qu'il leur permet de s'inscrire dans le droit sans pour autant entrer dans une logique d'institutionnalisation et de publication. Les contractants ne l'envisagent pas comme un dispositif qui modifierait la manière dont ils voient leur vie commune, mais comme la garantie d'un *statu quo*, à l'inverse du mariage qu'ils perçoivent comme un ensemble de concessions sociales qui menacerait l'authenticité de leur relation, représenterait un lien altérant les autonomies individuelles. [...] Sur ce dernier point, le Pacs est d'autant plus approprié pour les contractants en couple de sexe différent qu'il incarne pour eux, comme l'union libre, une distance vis-à-vis de la reproduction de rôles sexués. De la même manière, l'absence, dans le Pacs, d'injonctions de durée et de fidélité, incompatibles selon les contractants avec la spontanéité et l'authenticité que requièrent leurs sentiments, est perçue positivement. Certes, cette critique de ce qui apparaît pour les interviewés comme le signe d'une ingérence de l'État dans la vie privée traverse la plupart des propos des Pacsés. Mais dans le cas spécifique de ces Pacs asymboliques, cet aspect est mobilisé comme un élément du choix du Pacs. Il s'agit d'une position de principe refusant de se voir imposer un mode de fonctionnement conjugal qui ne doit relever que du couple et en aucun cas d'un tiers institutionnel. Ce processus d'attribution d'un sens au Pacs en opposition à des valeurs perçues comme matrimoniales apparaît enfin dans la manière dont est évoquée la rupture. Élément révélateur, sa possibilité, à l'instar des partisans de l'union libre en général, est explicitement mentionnée dans les discours des interviewés et de manière plus fréquente et plus directe que chez les autres pacsés. Le Pacs est d'autant plus adéquat que ces enquêtes considèrent les modalités de rupture comme la formulation écrite des modalités de rupture d'une union libre. ». V. *idem*, n°48 s.

sens en soi : le Pacs n'est donc pas, semble-t-il, une institution que le mariage « pour tous » a rendu désuète. Bien au contraire, dès 1999, il a été accueilli comme un mode alternatif d'union qui s'est fait sa place propre, et qui doit être accueilli comme tel dans le système juridique français.

301. Sur la base de ce constat, il semble qu'il faut, au moment d'envisager le régime juridique du Pacs, respecter deux principes. Le premier est que le Pacs est un engagement juridique, et qu'il est donc légitime qu'il existe entre les personnes liées par ce pacte des obligations civiles. Le deuxième, pour contrebalancer cette affirmation initiale, est qu'en présence d'un pluralisme, il convient de préserver une différenciation qui permette au Pacs de ne pas être mariage *bis*, d'autant que la plupart des couples peuvent désormais se marier, sous réserve de quelques limites d'ordre public que l'on retrouve dans le Pacs. C'est pourquoi le sens de l'aide matérielle doit être clarifié au regard de ces considérations. Existente alors deux possibilités. La première est la conservation de l'expression « aide matérielle », avec une clarification de son sens, qui pourrait être explicité au sein de l'article 515-4 du Code civil, dans un nouvel alinéa 2 venant s'intercaler entre les actuels alinéas qui composent cet article. La seconde serait d'abandonner l'expression même d'aide matérielle, qui a pu, par le passé, être source de confusion, et l'est encore. Et puisqu'une obligation alimentaire civile devrait exister, *a priori*, entre partenaires pacsés, puisque la forme que prend l'obligation alimentaire dans le couple marié est le devoir de secours, et puisque le régime du devoir de secours est bien plus clair que celui de l'aide matérielle, la solution la plus évidente semble être de remplacer, dans l'article 515-4 du Code civil, l'aide matérielle par le devoir de secours. Les enjeux politiques qui avaient interdit, en 1999, toute référence au devoir de secours, étant désormais obsolètes, il n'y a plus guère de raison de se priver d'une telle simplicité.

302. Reste à déterminer si, à l'instar du mariage, le régime du Pacs doit également comprendre en son sein une obligation civile de contribuer aux charges du ménage. Si certains travaux récents adoptent cette position⁸¹⁴, il semble toutefois préférable de ne pas franchir ce pas, afin de maintenir un pluralisme réel entre les différentes formes de conjugalités. Le Pacs est le lieu de l'union des personnes, et de la solidarité. Si imposer une obligation alimentaire civile entre les partenaires semble conforme à ce mode d'organisation, imposer une obligation civile de contribuer aux charges, en revanche, serait dépasser le sens tant juridique que

⁸¹⁴ V. M. Saulier, préc. spéc. p. 286 s.

sociologique qu'a, aujourd'hui, le Pacs. Ce dernier, à la différence du mariage, ne fait pas naître de patrimoine commun⁸¹⁵, de sorte, notamment, que les salaires et revenus des partenaires restent des biens propres. Il ne s'agit évidemment pas de dire que les partenaires ne doivent pas participer aux charges du quotidien : cette fonction est déjà attribuée à l'actuel article 515-4, alinéa 2, du Code civil. Simplement, il s'agit de dire que, par le Pacs, les partenaires ne prennent pas l'engagement juridique d'égaliser leurs niveaux de vie.

Cette absence de vocation à participer à la richesse⁸¹⁶ de l'autre se retrouve d'ailleurs dans l'absence de vocation successorale du partenaire survivant : s'il est loisible au *de cuius* de léguer des biens à son partenaire, et si le droit fiscal accompagne cette volonté par un régime fiscal favorable, ce n'est que par une manifestation de volonté conforme aux prescriptions du droit des successions qu'un tel legs interviendra, quand le conjoint survivant est, lui, héritier désigné par la loi. Il semble donc que, tant d'un point de vue technique que d'un point de vue symbolique, il convienne de ne pas prévoir de contribution aux charges dans le Pacs. Ne surestimons pas les conséquences pratiques d'un tel choix : les partenaires s'engagent d'ores et déjà à une communauté de vie, et l'exigence de vie commune rend quelque peu inconcevable, en pratique, que l'un des partenaires mène un train de vie profondément différent de celui de son compagnon ou de sa compagne. Concrètement, vie en commun et vie dans des conditions matérielles équivalentes semblent difficilement dissociables⁸¹⁷, menant, comme on a pu le considérer pour le concubinage, à une forme de contribution, en fait, aux charges. En outre, il convient de rappeler ici que le champ du devoir de secours est déjà considérable.

303. Il semble toutefois opportun de prévoir, à l'instar de ce qui a été envisagé pour le concubinage, une présomption d'exécution d'une obligation naturelle de contribuer aux charges du ménage.

Ce faisant, quatre objectifs seraient atteints. Le premier est un objectif de pacification des ménages : une telle présomption devrait en effet réduire le contentieux post-rupture. Le deuxième est un objectif d'explicitation du contenu de l'aide matérielle : cette dernière, en effet, comprend semble-t-il *également* une dimension attachée à la contribution aux charges, mais qu'il ne semble pas opportun de consacrer en tant qu'obligation civile. Ainsi partagée entre

⁸¹⁵ Sous réserve de la présomption d'indivision établie par l'article 515-5, alinéa 2, du Code civil, qui ne vient pas, à proprement parler, créer de patrimoine commun au couple, mais peut avoir pour effet de créer un patrimoine commun aux membres du couple.

⁸¹⁶ Ou aux dettes !

⁸¹⁷ Même s'il est possible d'opérer, par les dépenses de loisir ou d'agrément, des distinctions matérielles.

devoir de secours (obligation civile) et contribution aux charges (obligation naturelle), l'aide matérielle se trouve explicitée, en conservant la souplesse qu'il est nécessaire de préserver dans le Pacs, forme d'union moins contraignante que le mariage. Le troisième est un objectif purement normatif : cette utilisation de la loi pour expliciter une obligation naturelle permet, concrètement, s'inspirant des principes expérimentés par la *soft law*, d'encourager un comportement sans l'imposer, tout en respectant les spécificités de chaque forme d'union. L'explicitation *via* une présomption d'exécution d'une obligation naturelle permet de faire exister le modèle et la sanction sans passer pour autant pas l'imposition d'un comportement : ce faisant, une telle norme semble avoir toutes les qualités propres à former une normativité réellement contemporaine du droit de la famille. Le quatrième objectif, enfin, est la restauration d'une véritable cohérence et d'une gradation entre les formes d'unions, nécessaire et rendue possible par la loi de 2013, pourtant non encore mise en œuvre⁸¹⁸.

304. Ces propositions pourraient ainsi trouver place au sein d'un article 515-4 du Code civil ainsi refondu :

Article 515-4 du Code civil (proposition) :

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à se porter mutuellement secours et assistance.

Hormis les hypothèses de manifestation de volonté contraire préalable, de dol ou de violence, les prestations fournies entre partenaires sont présumées l'avoir été en exécution d'une obligation naturelle, sauf à ce qu'elles excèdent manifestement la participation normale aux charges de la vie commune, par leur objet, par leur ampleur sans rapport avec les moyens de celui qui les a fournies, ou par le déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs de chacun des partenaires.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu

⁸¹⁸ Précisons, enfin, que s'il semble nécessaire de procéder, s'agissant du Pacs et du concubinage, à des modifications substantielles de régime impliquant, notamment, l'introduction d'une présomption d'exécution d'une obligation naturelle, le besoin ne s'en fait pas ressentir s'agissant du mariage. Dans ce dernier cas, en effet, le jeu classique des règles constitutives du régime primaire impératif – notamment le triptyque devoir de secours, contribution aux charges et solidarité des dettes – semble en effet permettre de régir l'essentiel des situations, sans qu'il soit nécessaire d'inclure une règle supplémentaire sur le modèle de celles ici proposées pour le concubinage et le Pacs.

pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».

Section 2. En matière de parenté

305. Si l'obligation alimentaire née de la relation de couple permet ainsi de mettre en lumière une forme de diversification d'intensité du lien obligationnel, l'obligation née de la parenté, quant à elle, permet de révéler les évolutions qui touchent l'obligation elle-même. Car, si elle n'a pas fondamentalement changé de débiteur et de créancier, sous réserve de l'égalité des filiations, l'obligation alimentaire née de la parenté a été particulièrement affectée, d'une part, par le profond renouveau de la définition des aliments ces dernières années (**Sous-section 1**) qui affecte nécessairement le cadre, spécifique, de l'obligation d'entretien et d'éducation, et d'autre part par un mouvement de renforcement considérable de la relation entre les parents et les enfants, dans le cas particulier de l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Le renouveau de la définition des aliments

306. Le renouveau de la définition des aliments s'explique par la qualité même de ce terme. Le mot « aliments » se révèle en effet être moins un terme renvoyant à un objet précis qu'une notion, au sens littéral du terme, c'est-à-dire une « connaissance élémentaire, sommaire, idée plus ou moins précise qu'on a d'une chose », et au sens philosophique du terme, « concept, idée »⁸¹⁹. Les aliments ont les traits d'une notion, en ce qu'ils sont moins une addition d'objets définissables de façon limitative, qu'un concept permettant de rendre compte d'un ensemble comprenant « tout ce qui est nécessaire pour assurer la satisfaction des besoins vitaux d'une personne »⁸²⁰. Ce faisant, les aliments sont par définition évolutifs dans leur essence, et l'obligation alimentaire s'en est trouvée transformée en profondeur, par l'effet de l'évolution de la société et des besoins, pour passer d'une appréhension « vitale » ou biologique **(I)** à une appréhension sociale **(II)**, ce qui change et questionne le sens du lien obligationnel.

⁸¹⁹ V. *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^{ème} édition, définition du mot notion.

⁸²⁰ *Idem*, définition du mot aliments.

I) L'appréhension vitale originelle

307. L'appréhension classique de la notion d'aliments est, pour ainsi dire, transparente : les aliments renvoient à la nourriture. Comme le rappelle Monsieur le professeur Wycisk dans son article de référence consacré au sujet, étudiant l'étymologie du mot aliments, « ce mot vient du verbe *alere* qui signifiait exclusivement à l'origine [...] nourrir, fournir des aliments. Ce sens reste inchangé jusqu'à l'époque d'Auguste aussi bien dans les sources juridiques que non juridiques »⁸²¹. Ce n'est qu'à « l'époque classique (ou, au moins, de la fin de la République, [que] ce terme prend une nouvelle signification, et, dès ce moment, le verbe *alere* signifie non seulement « fournir de la nourriture » mais aussi, tout ce qui est nécessaire à la vie, à savoir – outre la nourriture – l'habillement, le logement, la literie, etc. »⁸²². La même évolution peut être observée s'agissant du terme *alimenta*, avec le même triptyque aliments, logement, vêtements, parfois rejoint par d'autres aspects qui révèlent davantage une explicitation qu'un ajout (ainsi de la literie ou du toit, de la boisson, ou des chaussures)⁸²³ : il est même incertain que, dans une conception classique, les aliments comprennent, ainsi, les soins médicaux⁸²⁴. La conception originelle du sens à donner aux aliments est donc particulièrement restrictive.

308. Lors de l'élaboration du Code civil, les travaux préparatoires ne révèlent pas une discussion particulière sur l'objet de l'obligation alimentaire : seule est discutée l'inclusion ou non de l'obligation pour le père de doter et d'établir sa fille⁸²⁵. Pourtant, dans son exposé des motifs au Corps législatif, Portalis revient en quelques mots sur le sens qu'il convient de donner aux aliments. C'est ainsi qu'il déclare que « les alimens et l'entretien ont pour objet la conservation et le bien-être de la personne »⁸²⁶ : en première lecture, cela pourrait donner à penser que, puisque le bien-être de la personne est visé, les aliments dépassent, dans son esprit, le simple cadre de ce qui est nécessaire pour vivre, au sens biologique du terme. Pourtant, le propos est aussitôt nuancé. D'une part, Portalis, revenant notamment sur la question de la dot et le recul de la puissance paternelle, met en avant la volonté des rédacteurs du Code civil de ne « pas conserver aux enfants les moyens d'attaque, quand on a dépouillé le père de ses moyens de défense » :

⁸²¹ F. Wycisk, « « *alimenta* » et « *victus* » dans le droit romain classique », préc., p. 206.

⁸²² *Idem*, p. 206-207.

⁸²³ *Idem*, p. 209 s.

⁸²⁴ *Idem*, p. 210 s. D'après l'auteur, les frais médicaux doivent même être considérés comme exclus des aliments au sens du droit romain, mais il convient tout de même de relever qu'un auteur certes isolé, Gaius, y fait référence, ce qui est discuté dans la seconde partie de son article. Gaius, d'une certaine manière, semblerait constituer, sur la question, une forme de doctrine minoritaire.

⁸²⁵ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 9, p. 59 s.

⁸²⁶ *Idem*, p. 175.

« Comme il faut que tout soit en harmonie, il eût été absurde d'augmenter les droits des enfans quand on diminuait ceux des pères. L'équilibre eût été rompu, les familles eussent été déchirées par des troubles journaliers. L'audace des enfans se fût accrue, et il n'aurait plus existé de gouvernement domestique. En laissant subsister la jurisprudence des pays de coutume⁸²⁷, on ne fait aucune révolution dans ces pays. On en eût fait une funeste, si on y eût introduit un droit nouveau. À la vérité, dans les pays de droit écrit on opère un changement par rapport au droit des filles, puisqu'on y affaiblit ce droit en y introduisant la jurisprudence des pays de coutume. Mais ce changement, contraire aux droits des enfans, est suffisamment compensé à leur profit par les changements qu'a éprouvés la puissance des pères. Ce n'est pas dans un temps où tant d'événements ont relâché tous les liens, qu'il faut achever de les briser tous. On va au mal par une pente rapide, et on ne remonte au bien qu'avec effort. S'il est des objets dans lesquels les lois doivent suivre les mœurs, il en est d'autres où les mœurs doivent être corrigées par les lois »⁸²⁸.

Le projet des rédacteurs du Code civil n'était donc pas, on le voit, d'élargir, mais bien de restreindre autant que possible, par crainte d'actions des enfants contre les parents, leur droit aux aliments, et ce *via* une conception restrictive des aliments, qu'explicite clairement Portalis : « les père et mère sont obligés de nourrir leurs enfans, les enfans sont obligés à leur tour de nourrir leurs père et mère »⁸²⁹. La référence directe à la nourriture semble marquer une conception très stricte des aliments. Cette rigueur est toutefois quelque peu tempérée par les propos suivants, dans lesquels Portalis veille à distinguer deux types d'aliments, liés à un nécessaire absolu ou relatif :

« Les alimens comprennent tout ce qui est nécessaire : mais il faut distinguer deux sortes de nécessaire, l'absolu et le relatif. L'absolu est réglé par les besoins indispensables de la vie ; le relatif, par l'état et les circonstances. Le nécessaire relatif n'est donc pas égal pour tous les hommes ; l'absolu même ne l'est pas. La vieillesse a plus de besoins que l'enfance ; le mariage, que le célibat ; la faiblesse, que la force ; la maladie, que la santé. Les bornes du nécessaire absolu sont fort étroites. Un peu de justice et de bonne foi suffisent pour les connaître. À l'égard du nécessaire relatif, il est à l'arbitrage de l'opinion et de l'équité »⁸³⁰.

⁸²⁷ Qui n'accueillaient pas l'obligation pour les parents de doter leurs enfants.

⁸²⁸ *Idem*, p. 175-176.

⁸²⁹ *Idem*, p. 176.

⁸³⁰ *Idem*, p. 177.

Par son propos, Portalis semble accueillir une conception plus étendue des aliments, sans pour autant choisir d'énumérer ou de préciser l'objet qu'ils recouvrent : il demeure dans une approche notionnelle, partant relativement imprécise. Pourtant, cette présentation distinguant deux types d'aliments permet de supposer que les premiers renvoient à une conception très restrictive – la référence à la nourriture se rattache évidemment à cette conception – quand les seconds semblent accueillir davantage d'hypothèses. L'inclusion de l'habillement et du toit dans le premier ou le second ordre semble assez indéterminée, mais il est certain que Portalis y voit des aliments. De manière peut-être plus intéressante, la mention qu'il fait des besoins spécifiques de la vieillesse et de la maladie semble indiquer, contrairement à ce qu'on pouvait penser de prime abord, que Portalis considère, dépassant en cela la conception classique, que les soins médicaux sont inclus dans les aliments : il est vrai que ce faisant, il favorise davantage les parents que les enfants, et s'inscrit dans la volonté de renforcer les devoirs des enfants envers leurs aînés, mais on ne peut que remarquer ce premier élargissement dans la définition des aliments. Il n'en demeure pas moins, cependant, que même par inclusion des soins, la conception originelle des aliments demeure stricte, et cantonnée à une vision si ce n'est biologique du moins essentialiste du mot « besoin » : les aliments restent destinés à répondre à des besoins élémentaires, sans place, par exemple, pour les loisirs, ou d'autres dépenses d'agrément.

309. Cette conception a prévalu pendant des années. C'est ainsi que dans une thèse de doctorat de la fin du XIX^{ème} siècle, un auteur a pu écrire que le mot aliments renvoie aux « moyens de satisfaire les besoins du corps, la protection contre la faim, le froid et la maladie, c'est-à-dire la nourriture, les remèdes, les vêtements et l'habitation. [...] Cette signification [...] semble exclure de la dette alimentaire, tout autre ordre d'idées, notamment ce qui tient aux jouissances intellectuelles et à la culture de l'esprit »⁸³¹. Et l'auteur de poursuivre : « Je ne crois pas que l'on puisse ainsi faire rentrer dans l'obligation alimentaire, la culture de l'esprit, l'étude des arts libéraux ; ce serait forcer le sens des lois »⁸³².

Pourtant, cette conception a considérablement évolué au cours du XX^{ème} siècle, qui a vu la jurisprudence changer son analyse en la matière, adoptant ce qu'on peut appeler une appréhension sociale des aliments.

⁸³¹ C. Piolet, *De l'obligation alimentaire sous le droit romain, le droit coutumier et le Code civil - thèse pour le doctorat*, Faculté de droit de Douai, 1876, p. 13-14.

⁸³² *Idem*, p. 15.

II) L'appréhension sociale contemporaine

310. L'évolution de la définition des aliments résulte, à y regarder de plus près, du fait même du lien de nécessaire interdépendance qui existe entre les aliments et la notion de besoin. Si l'on adopte ici la définition que donne Freund du besoin, dont la caractéristique fondamentale est d'après l'auteur « d'exprimer un manque, ressenti par l'individualité biologique, et accompagné de la tendance à l'éteindre par des moyens capables de le satisfaire », ce qui explique que, selon l'auteur, « le besoin est coextensif à la vie »⁸³³, on peut rattacher l'évolution de la notion d'aliments à l'évolution des besoins dans un contexte français et contemporain.

En effet, d'après l'analyse classique qu'ont fait la philosophie et la sociologie de la notion de besoin, que l'on peut rattacher notamment aux philosophes des Lumières⁸³⁴ et à Marx⁸³⁵, l'essence même du besoin, pour l'homme, est d'être évolutif, ou du moins dépendant du contexte socio-économique dans lequel il s'épanouit. En effet, « il est dans la nature de l'homme de n'être pas asservi uniquement aux besoins, mais de pouvoir en créer de nouveaux en créant une culture, des rites, des interdits, des traditions, des institutions et des règles »⁸³⁶ : « comme Freud l'a vu, la dynamique du besoin est à la fois d'ordre biologique et sociologique, elle lie nature et culture »⁸³⁷. Autrement dit, il serait illusoire et réducteur de limiter la compréhension de ce que sont les besoins aux seuls besoins biologiques : le groupe social, qui par ailleurs vient faciliter la satisfaction des besoins élémentaires – se nourrir, se vêtir, satisfaire les besoins relationnels et sexuels – de l'individu, vient également en créer des nouveaux, par divers moyens, que l'on peut qualifier de besoins sociaux, et qui évoluent en croissant à mesure

⁸³³ J. Freund, « Théorie du besoin », in *L'Année sociologique*, Troisième série, n°21, 1970, p. 13 s., spéc. p. 17.

⁸³⁴ V. not. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755 : « Avec une vie simple et solitaire, des besoins très bornés, et les instruments qu'ils avaient inventés pour y pourvoir, les hommes jouissant d'un fort grand loisir l'employèrent à se procurer plusieurs sortes de commodités inconnues à leur pères ; [...] ces commodités ayant par l'habitude perdu presque tout leur agrément, et étant en même temps dégénérées en de vrais besoins, la privation en devint beaucoup plus cruelle que la possession n'en était douce, et l'on était malheureux de les perdre sans être heureux de les posséder ». V. également : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, livre 18, chapitre 17 ; ou encore Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, 1764, article « Luxe », références citées par C. Gindin, « Besoins et humanité », in *La Pensée*, 2013/14, n°376, p. 22.

⁸³⁵ V. Marx, *Manuscrits de 1857-1858*, « Grundrisse » : « Plus les besoins, eux-mêmes déterminés historiquement – les besoins engendrés par la production, les besoins sociaux – et qui sont eux-mêmes le fruit de la production et des rapports sociaux, plus ces besoins sont posés comme nécessaires, plus le degré de développement de la richesse réelle est élevé » ; mais également *Introduction à la critique de l'économie politique* : « La production ne fournit donc pas seulement un matériau au besoin, elle fournit aussi un besoin à ce matériau » ; ou enfin *Manuscrit de 1863-1867*, *Le Capital*, livre I, Chapitre VI : « L'homme se distingue de tous les autres animaux par le caractère illimité et extensible de ses besoins » ; références citées par C. Gindin, « Besoins et humanité », in *La Pensée*, 2013/14, n°376, p. 24.

⁸³⁶ V. J. Freund, « Théorie du besoin », préc., p. 34.

⁸³⁷ *Idem*, p. 35. L'auteur précise également : « Est-ce à dire que le cadre social influencerait non pas l'essence du besoin, mais uniquement ses manifestations extérieures et les manières de le satisfaire ? Il est vrai, on peut aussi bien manger à sa faim avec des pommes de terre grillées sur un feu de bois à même la pelure qu'avec des préparations plus succulentes comme la pomme duchesse ou en matelote. Néanmoins le fait de désigner un plat comme succulent modifie quelque chose dans le sentiment du manque. [...] L'amélioration qualitative et l'accroissement quantitatif vont le plus souvent de pair avec le développement général de la société [...] Cela veut dire que l'on ne peut séparer l'évolution dans la satisfaction des besoins des évolutions dans les autres domaines, technique, politique, religieux, etc. Une civilisation forme un tout par interaction du développement d'une activité sur les autres » (p. 33).

que la société se développe⁸³⁸. L'évolution du groupe social est donc un facteur de création de besoins nouveaux.

311. Or, depuis l'époque de la mise en place de l'appréhension classique, largement teintée de considérations purement biologiques, et l'élaboration du Code civil, des révolutions économiques et sociales considérables – à commencer par les révolutions industrielles, et plus récemment les révolutions numériques – sont intervenues, modifiant considérablement le cadre de vie de notre société. Des besoins nouveaux sont apparus, et, avec l'amélioration globale du cadre et du niveau de vie, une considération renouvelée pour les besoins fondamentaux de l'individu.

En soi, l'approche classique des aliments elle-même n'était pas limitée au strict minimum vital : que l'on songe, par exemple, aux vêtements, qui ne sont pas uniquement un besoin biologique de l'être humain mais bien un besoin social, lié à des questions de représentation et de pudeur⁸³⁹. Cependant, la doctrine et la jurisprudence n'ont de cesse, depuis quelques dizaines d'années, de faire clairement évoluer la définition des aliments pour leur faire quitter la zone du minimum vital afin de les rattacher à une conception plus proche du besoin social. Il ne s'agit plus simplement de survivre, mais bien de vivre, de surcroît dans une société qui possède ses codes et ses modalités propres⁸⁴⁰. Comme l'explique Hauser :

« Dans une société économiquement développée, malgré ses soubresauts, on peut fort bien soutenir que l'obligation alimentaire doit aller au-delà d'un strict minimum vital ou alors il faut jouer sur cette dernière notion en soutenant que le « vital » concerne désormais plus que la survie naturelle et comprend aussi une dimension de survie sociale »⁸⁴¹.

⁸³⁸ *Idem*, p. 39 : « La forme la plus paradoxale des contradictions inhérentes au jeu des besoins et des désirs, nous la trouvons dans le système social actuel. Il apparaît que la satiété ou la réplétion n'est pas la même chose que la satisfaction, du fait qu'elle provoque une nouvelle insatisfaction. En effet, la société de consommation, tout en multipliant les besoins, parfois artificiellement par la publicité et d'autres moyens, facilite l'assouvissement des besoins élémentaires et crée même une saturation. Or, loin d'engendrer le contentement ou de stimuler l'être humain, cette situation provoque l'ennui, le désenchantement et la lassitude qui, par compensation, cherchent à surmonter la menace d'assoupissement au moyen de la violence gratuite et de la révolte permanente. Il semble donc que l'abondance ne résout pas les problèmes de la rareté mais en fait naître d'autres. [...] Autrement dit, l'abondance semble susciter un autre manque, comme si l'homme avait besoin de privation et de détresse, comme s'il avait besoin de besoin. La saturation ne supprime pas le désir ».

⁸³⁹ Les vêtements semblent, en réalité, avoir une nature mixte, en ce sens que si leur rôle social, de représentation, d'identification, de différenciation (le rapport entre civilisation et vêtement est, à cet égard, remarquable) semble central, ils conservent, dans certains contextes, des fonctions purement techniques, pour préserver le corps de certaines agressions extérieures telles que le froid, la pluie ou le soleil.

⁸⁴⁰ Que l'on pense, par exemple, au développement des techniques numériques et téléphoniques pour l'accomplissement d'un grand nombre de formalités administratives ou bancaires. D'autres modes de fonctionnement seraient possibles et ont été usités pendant de nombreuses années, avant que ne se généralise la « télédéclaration », mais un choix a été effectué, d'ailleurs lourd de conséquences : nous y reviendrons.

⁸⁴¹ J. Hauser, « Diversité et actualité des aliments en droit moderne », in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 621, spéc. p. 628.

312. Dans le même mouvement, on pourrait estimer qu'à l'époque contemporaine, les notions de dignité humaine et de bien être individuel ont infusé les perceptions sociales jusqu'à se trouver incluses dans la définition même du besoin, et donc des aliments⁸⁴². Différents exemples en témoignent, dont le plus marquant est peut-être l'inclusion des frais d'obsèques dans les aliments : au visa des articles 205 et 371 du Code civil, la Cour de cassation a en effet indiqué que « lorsque l'actif successoral ne permet pas de faire face aux frais d'obsèques, l'enfant, tenu de l'obligation alimentaire à l'égard de ses ascendants, doit, même s'il a renoncé à leur succession, assumer la charge de ces frais, dans la proportion de ses ressources »⁸⁴³, solution qu'elle a depuis régulièrement rappelée, saisissant notamment l'occasion de l'étendre à tous les obligés alimentaires⁸⁴⁴ et d'en préciser le régime⁸⁴⁵.

Une telle inclusion peut interroger, notamment depuis un arrêt de 2009 par lequel la Cour de cassation a énoncé d'une part que « l'obligation pour l'enfant de supporter les frais d'obsèques de son père existe dès sa naissance comme une conséquence des dispositions de l'article 371 du code civil qui impose à l'enfant à tout âge, honneur et respect à ses père et mère », d'autre part que « le fait que l'enfant n'ait pas connu son père, pour être née peu après son décès, n'exclut aucunement qu'elle ait à respecter cette obligation personnelle et indépendante des opérations relatives à la succession, l'existence d'un lien affectif direct n'en constituant pas une condition »⁸⁴⁶. S'agissant du fondement, la référence à l'article 371 du Code civil brouille un peu le propos, en introduisant dans le raisonnement ce qu'il est coutume d'appeler la « piété filiale » afin d'énoncer que l'absence de lien affectif n'est pas à même d'emporter une disparition de l'obligation, pour l'enfant, de supporter les frais d'obsèques de son père : ce que dit ainsi l'arrêt, c'est tout simplement que les frais funéraires étant inclus dans les aliments, ils sont soumis au même régime que toutes les obligations alimentaires, lesquelles sont, sauf hypothèse liée à l'exception d'indignité⁸⁴⁷, indifférentes aux relations et au comportement du créancier d'aliments. Seul compte, pour le droit, le lien juridique. Le raisonnement tenu, malgré son apparente complexité tenant aux circonlocutions employées par

⁸⁴² V. également J. Galtung, « Qu'appelle-t-on un besoin humain fondamental ? », in M. Calame et autres, *Il faut manger pour vivre... : Controverses sur les besoins fondamentaux et le développement*, Graduate Institute Publications, 1980, ou encore J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction; Les personnes; La famille, l'enfant, le couple*, préc., p. 810 s.

⁸⁴³ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n°90-18.967, Bull.

⁸⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 21 septembre 2005, n°03-10.679, Bull.

⁸⁴⁵ V. not. Civ. 1^{ère}, 31 mars 2021, n°20-14.107, Bull., arrêt par lequel la Cour de cassation a précisé que l'enfant déchargé de ses obligations alimentaires à l'égard de son père n'avait pas à supporter ses frais d'obsèques.

⁸⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2009, 07-14.272, Bull.

⁸⁴⁷ Notons à cet égard que c'est notamment en matière de frais funéraires que l'exception d'indignité peut être mobilisée : v. à cet égard un arrêt Civ. 1^{ère}, du 31 mars 2021 (n°20-14.107), commenté par J. Houssier (J. Houssier, « Obligation aux frais funéraires : le débiteur peut se prévaloir de l'indignité du défunt », in *A.J. Famille* 2021, p. 299).

la Cour de cassation, consiste donc seulement à mettre en évidence la banalité d'une créance alimentaire tout à fait classique.

313. Que peut-on déduire de cette inclusion ? Il est en effet évident que les frais d'obsèques ne sauraient être considérés comme un besoin – au sens biologique du terme – du défunt, lequel, en sa qualité, n'en a guère. Or, si le besoin vital *stricto sensu* ne permet pas d'expliquer de manière satisfaisante l'inclusion des frais funéraires dans le domaine des aliments, c'est bien que la notion de besoin social est venue s'imposer dans le champ des obligations alimentaires, et ce, probablement, à travers la notion de dignité humaine, dont on sait qu'elle ne cesse pas avec le décès⁸⁴⁸. Et, disons-le, ce changement de perspectives ouvre le champ des possibles, par la prise en compte de nombreux nouveaux besoins.

Prenons, par exemple, le cas des nouvelles technologies, à une époque où les questions liées à la fracture numérique sont au premier plan⁸⁴⁹ : peut-on vraiment, aujourd'hui, prétendre à l'insertion sociale sans avoir un téléphone mobile et un accès à internet ? Dès lors, ne conviendrait-il pas de considérer qu'un *smartphone* et une connexion internet relèvent, aujourd'hui, des aliments ? Il semble en effet aujourd'hui qu'il soit essentiel pour chaque individu d'avoir accès aux outils technologiques et numériques sous peine d'être rapidement marginalisé, tant en matière de cercle social que de marché de l'emploi. *Quid*, également, des activités culturelles et d'éducation, dont l'importance considérable, par le poids exercé dans les destinées individuelles par le patrimoine culturel transmis, a été mis en évidence par les travaux de Bourdieu⁸⁵⁰ ? *Quid*, encore de la formation universitaire ou professionnelle ? Celle-ci, actuellement, est en effet exclue du champ alimentaire classique, quand il pourrait sembler profondément logique d'en faire un aliment⁸⁵¹, et un aliment privilégié parmi les autres, puisqu'elle permet, à terme, au créancier alimentaire d'échapper au besoin⁸⁵². Il y a donc une place considérable à accorder à une analyse renouvelée de l'essence des aliments, ce renouvellement ayant d'ores et déjà conduit à des modifications dans le cadre de l'obligation d'entretien.

⁸⁴⁸ V. article 16-1-1 du Code civil (pour rappel : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. / Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ») ensemble la jurisprudence *Our Body*, Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2010, n°09-67.456, Bull.

⁸⁴⁹ Le contexte pandémique l'ayant, lors des confinements et de la mise en place du télétravail et de l'enseignement à distance, mis particulièrement en évidence.

⁸⁵⁰ V. not. P. Bourdieu et J.-C. Passeron, *Les Héritiers - Les étudiants et la culture*, les éditions de Minuit, 1964, ou encore P. Bourdieu, *La Distinction - Critique sociale du jugement*, les éditions de Minuit, 1979.

⁸⁵¹ V. à ce sujet, l'éloquente plaidoirie de J. Pélissier, in *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, thèse Lyon, 1961, p. 158.

⁸⁵² V. R. Savatier, Un exemple des métamorphoses du droit civil : l'évolution de l'obligation alimentaire, Dalloz 1950, chr. 149.

314. Faudrait-il aller plus loin, en engageant nos pas dans ceux tracés par l’affirmation précitée de la Cour de cassation selon laquelle les aliments « doivent être évalués en fonction, notamment, du niveau social des époux »⁸⁵³, et qui introduit une appréhension du besoin selon le niveau social de l’individu ? Il est permis d’en douter. Si le juriste peut en effet, en tant que technicien, comprendre le raisonnement qui, par une analyse *in concreto*, conduit à déclarer que les besoins de celui qui a pris l’habitude d’un certain niveau de vie ne sont pas les mêmes que ceux d’un autre, qui n’aurait pas une telle accoutumance, il ne peut toutefois qu’être dubitatif face à une telle affirmation, en tant que citoyen ou simplement en tant que juriste gardant en vue les questions axiologiques.

Car, à reprendre la définition des aliments, à les relier à la notion de besoin, il y a matière à être choqué lorsqu’on lit sous la plume des juges du quai de l’Horloge qu’un riche et un pauvre, car c’est bien de cela qu’il s’agit, n’ont pas les mêmes besoins. Quand bien même, d’ailleurs, ce ne serait pas entièrement faux, puisque les habitudes de vie ont nécessairement une incidence sur les individus, une telle affirmation demeure à tout le moins inaudible, *a fortiori* dans un contexte économique difficile – on ne peut à cet égard que remarquer une profonde différence de contexte économique et social entre l’aube des années 80 et l’époque, bien plus troublée, que nous traversons. Enfin, il semble nécessaire d’éviter, autant que faire se peut, toute confusion entre les aliments et les mécanismes voisins, et de réserver l’usage des aliments aux questions de réel besoin, biologique ou social. Prétendre que la mesure des aliments est une question de niveau de vie, et accorder des aliments à une personne qui n’en a pas besoin dans un souci d’équité et d’équilibre des niveaux de vie avec le débiteur, constitue semble-t-il, une forme de détournement d’institution familiale, porté peut-être par de nobles idéaux, mais vecteur de confusions regrettables.

C’est donc bien à une vision renouvelée qu’il faut procéder en matière d’aliments, et cette évolution a pu marquer profondément la relation entre parents et enfants, et notamment le cas particulier de l’obligation alimentaire des parents à l’égard de leurs enfants.

⁸⁵³ Civ. 2^{ème}, 11 juillet 1979, n°78-14.620, Bull.

Sous-section 2. L'obligation alimentaire des parents à l'égard des enfants

315. La relation entre parents et enfants est tout à fait remarquable et constitue, en quelque sorte, un point focal des relations intrafamiliales, qui met en lumière les mouvements qui bouleversent le droit de la famille contemporain. L'obligation alimentaire des parents à l'égard des enfants, c'est-à-dire l'obligation d'entretien et d'éducation des parents, est ainsi tout à fait particulière, et témoigne du caractère « renforcé » de cette relation par rapport à l'obligation alimentaire classique. Cela s'observe, notamment, s'agissant de la relation alimentaire, qui est marquée, traditionnellement, par des spécificités originelles **(I)**, spécificités qui n'ont de cesse de se renforcer à l'époque contemporaine **(II)**.

I) Les spécificités originelles

316. Le siège de la relation alimentaire qui unit les parents aux enfants peut se lire dans la différence de rédaction qui existe entre les articles 203 et 205 du Code civil. En effet, là où les enfants doivent, très classiquement, « des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin », selon l'article 205, l'obligation qui incombe aux parents est bien plus précise, puisqu'elle leur impose de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants » (article 203).

Dès l'origine donc, l'obligation alimentaire que doivent les parents à leurs enfants se fait plus précise, et plus étendue. Il n'est pas ici, en effet, seulement question de besoin, auquel renvoient expressément les termes nourrir et entretenir : s'agissant des parents à l'égard des enfants, l'obligation est renforcée, et s'étend à des objets classiquement exclus de l'obligation alimentaire, *via* le vocable « éduquer ». Ce terme, comme le révèle le Dictionnaire de l'Académie française, est bien plus polysémique qu'il n'y paraît, puisqu'il renvoie au fait de « donner à un enfant, à un adolescent, tous les soins nécessaires au développement et à l'épanouissement de ses facultés physiques, intellectuelles et morales », mais aussi au fait de « développer une faculté, une qualité, un sens, par un apprentissage approprié », ou encore au fait d'« enseigner, montrer les usages, les bonnes manières »⁸⁵⁴.

C'est donc à l'accomplissement complet de l'individu, par le développement de ses pleines capacités physiques, mentales, intellectuelles, et sociales, que tend cette obligation spécifique. Il ne s'agit plus seulement de permettre à l'individu de vivre, mais de se développer et de s'épanouir, comme homme ou femme et comme citoyen ou citoyenne. C'est déjà pour cette raison, qui tient à son objet, que l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants doit être regardée et traitée comme une obligation alimentaire spécifique⁸⁵⁵.

317. Par son objet, l'obligation d'entretien et d'éducation est bien plus large que l'obligation alimentaire classique, par cette dimension éducative qui lui est spécifique : nous sommes bien loin, alors, du « qui fait l'enfant doit le nourrir » de Loisel, tant la dimension éducative est ici mise en avant. Comme l'expliquait Hauser dans un article demeuré célèbre, on

⁸⁵⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} édition, définition du mot « éduquer ».

⁸⁵⁵ Certains auteurs parlent même, à son égard, d'une notion voisine à l'obligation alimentaire classique (v. G. Raoul-Cornéil, « Aliments et notions voisines », in *Les Petites Affiches*, 24 juin 2010, n°125, p. 4) : il n'est pas certain, pourtant, qu'il faille regarder l'obligation d'entretien et d'éducation comme telle, car il s'agit plutôt qu'elle constitue une forme de renforcement de l'obligation alimentaire classique durant la période de vulnérabilité de l'enfant. Un renforcement qui, certes, emporte diverses spécificités, mais sans qu'on puisse, semble-t-il, faire état d'une quelconque autonomie entre ces deux notions.

pourrait presque considérer que l'obligation d'entretien et d'éducation est, en quelque sorte, une obligation à double détente, tournée davantage vers l'entretien et la survie du tout jeune enfant, et voyant les aspects éducatifs prendre le pas sur l'entretien à mesure que l'enfant se développe :

« Pour les jeunes enfants, l'obligation d'entretien et l'obligation d'éducation se développent parallèlement. Au contraire, pour l'enfant plus âgé, et *a fortiori* pour le jeune majeur, l'obligation d'éducation nous paraît prendre le pas sur l'autre qui progressivement n'en devient plus qu'un moyen *parce que, peu à peu, l'obligation d'entretien se tend vers sa propre destruction : assurer l'indépendance économique du jeune majeur à travers l'essor optimum de l'obligation d'éducation* »⁸⁵⁶.

En ce sens, l'obligation d'entretien répond aux exigences posées par l'article 27.1 de la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, lequel dispose que « les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ». Il ne s'agit pas simplement, pour l'enfant, de survie, mais de développement, dans tous les aspects de sa personne.

318. Plus encore, par sa temporalité, cette obligation s'inscrit dans un spectre plus large : elle a en effet vocation à régir, outre le présent qui est l'apanage de l'obligation alimentaire classique, le passé et le futur. Le passé, d'une part, puisque l'exclusion de l'application de l'adage « aliments ne s'arrangent pas »⁸⁵⁷ lui permet d'intervenir de manière rétroactive. Le futur, d'autre part, puisque dans sa dimension éducative, il est expressément affirmé qu'elle a vocation à préparer l'avenir des enfants, ce qui la conduit à inclure les frais de formation et d'éducation, ce à quoi, comme nous l'avons vu, l'obligation alimentaire classique se refuse.

319. Autre spécificité remarquable : l'absence de réciprocité. Témoin supplémentaire de ce que l'obligation d'entretien et d'éducation ne manifeste que l'attention portée à l'enfant, elle n'est tournée que vers lui, durant le temps de sa vulnérabilité. Comme l'explique le doyen Cornu, « répondant à un besoin vital, ce devoir naît avec l'enfant et crie aussi fort que lui. D'ordre public, il est fondé sur la nécessité de faire vivre l'être démunie qui naît nu, incapable de pourvoir à sa propre subsistance »⁸⁵⁸. L'obligation d'entretien et d'éducation incombe à ceux

⁸⁵⁶ J. Hauser, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991, p. 163 s., spéc. p. 166.

⁸⁵⁷ G. Raoul-Cornu, « Aliments et notions voisines », préc., point n°7.

⁸⁵⁸ G. Cornu, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, coll. Précis Domat droit privé, 9^{ème} édition, 2006, n°104, p. 209.

qui ont fait advenir un enfant, ou qui s'en sont portés responsables en se reconnaissant ou en s'instituant parents, et n'emporte fort logiquement aucune obligation semblable de l'enfant à l'égard de ses parents.

Ce n'est pas, en principe – et bien que ce soit néanmoins parfois le cas – aux enfants d'éduquer leurs parents, et c'est à ceux qui ont engendré un être vulnérable et par essence inapte à la vie, biologiquement comme socialement parlant, d'accompagner l'enfant sur le chemin de son existence et de son indépendance acquise. Comme l'expliquait Hauser, « si l'obligation alimentaire est naturellement réciproque, on voit bien que l'obligation d'éducation ne saurait l'être, même si parfois nos enfants nous éduquent ! Si l'on veut y voir à tout prix un rassurant synallagmatisme, il faut chercher du côté de la solidarité des générations »⁸⁵⁹.

Corollaire de cette absence de réciprocité, le devoir d'entretien et d'éducation n'est pas non plus susceptible de décharge sur le fondement de l'exception de faute prévue par l'article 207 du Code civil. La Cour de cassation s'y est en effet opposée, énonçant que « si, lorsque le créancier a lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge peut décharger celui-ci de tout ou partie de sa dette, c'est seulement quand celle-ci est une dette alimentaire résultant des dispositions des articles 205, 206 et 207 », « cette faculté ne s'étend pas à l'obligation d'entretien et d'éducation qui pèse sur les père et mère à l'égard de leurs enfants »⁸⁶⁰. On le comprend : forme d'exception d'inexécution, l'exception de faute de l'article 207 suppose une forme de réciprocité qui est incompatible avec les spécificités de cette obligation purement unilatérale⁸⁶¹.

320. Ces quelques remarques seraient d'un intérêt relativement limité si elles ne nous disaient pas tant de choses en matière de normativité. Cette obligation d'entretien et d'éducation, *ab initio* et à bien des égards, manifeste l'attention particulière qu'accorde le droit de la famille aux enfants et à la protection de l'enfance, qui apparaît dès lors comme une valeur cardinale constante qui, certes, s'est renforcée au fil des années, mais n'est en aucun cas une nouveauté dans notre système juridique. La relation qui unit les parents aux enfants est, dans l'ordre des obligations alimentaires, tout à fait unique en ce que, d'une part, elle est la seule qui

⁸⁵⁹ J. Hauser, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, préc., p. 167

⁸⁶⁰ Civ. 2^e, 17 juillet 1985, n°83-13.552, Publié au bulletin

⁸⁶¹ Comme l'a dès lors indiqué la Cour de cassation : « l'obligation d'entretenir et d'élever les enfants est une obligation légale d'ordre public insusceptible de renonciation et à laquelle les parents ne peuvent échapper qu'en démontrant qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle de l'exécuter » (v. Civ. 2^e, 2 mai 2001, n° 99-15.714, Publié au Bulletin).

emporte un lien le plus souvent choisi⁸⁶², et inaltérable, puisque ni le choix, ni les fautes des parents ou de l'enfant ne peuvent y mettre un terme.

Seuls deux événements, en fin de compte, peuvent, telle qu'elle a été initialement conçue⁸⁶³, y mettre fin : l'autonomie de l'enfant majeur ou le décès de l'un des protagonistes (l'enfant ou le parent débiteur). Elle s'inscrit, en la portant à un degré supérieur en raison de son objet plus large, dans la lignée de ce qui a pu être précédemment relevé s'agissant de l'office moralisateur et responsabilisant de l'obligation alimentaire, au sujet des enfants illégitimes : la valeur protégée centrale du droit de la famille s'affirme sans aucune ambiguïté comme étant l'enfant encore vulnérable, et le régime dérogatoire attaché à l'obligation d'entretien et d'éducation trouve son fondement non dans le devoir général de solidarité familiale, puisqu'aucune exception d'inexécution ne peut être envisagée, mais bien dans la responsabilité de celui qui a fait advenir l'enfant dans toute sa vulnérabilité. Et, comme nous allons le voir, ce mouvement de protection et de responsabilisation n'a fait que s'affirmer, à l'occasion des dernières évolutions qu'a connues l'obligation d'entretien.

⁸⁶² À tout le moins dans une société qui a légalisé la contraception – bien qu'il reste, en matière de sensibilisation à son usage, d'accessibilité à la contraception et d'éducation à la sexualité, de nombreux progrès à faire – et où le droit à l'avortement n'est pas remis en cause. Cette remarque vaut évidemment d'autant plus pour l'adoption, au regard du parcours complexe et éprouvant qu'est l'adoption aujourd'hui.

⁸⁶³ Est ici réservée l'hypothèse de la disparition du lien de filiation en raison d'une action en contestation du lien.

II) Le renforcement contemporain

321. La révolution de l'obligation d'éducation et d'entretien fut notamment textuelle. Les lois n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et n°2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille ont en effet profondément modifié les textes relatifs à la parenté, et notamment à l'autorité parentale, pour devenir bien plus explicites quant à la responsabilité portant sur les parents. Ainsi, les articles 371-1 et 371-2 du Code civil tels qu'issus de ces réformes sont désormais ainsi rédigés :

Article 371-1 du Code civil : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. / Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. / L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques. / Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

Article 371-2 du Code civil : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. / Cette obligation ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur ».

322. La première remarque à laquelle invitent ces articles est la mise en relation de l'autorité parentale et de l'obligation parentale d'entretien et d'éducation. Les liens entre ces deux notions sont étroits, sans toutefois que l'une ne soit la condition de l'autre. Autrefois fondée sur le mariage, l'obligation parentale d'entretien se trouve désormais associée à l'autorité parentale, comme le révèle l'enchaînement textuel entre 371-1 et 371-2 : autorité parentale et devoir d'entretien et d'éducation sont les deux pendants d'un même lien juridique, et découlent directement de la parenté juridiquement établie, condition qu'ils ont en partage. Notons à cet égard que l'article 371-2, alinéa 2, dispose que l'obligation d'entretien et d'éducation « ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur ». Cette dernière précision, issue de la *loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille*, visait à maintenir une forme de responsabilisation de parents qui, en raison de leurs agissements violents, se seraient

vu retirer l'autorité parentale, circonstance qui ne saurait conduire leurs enfants à être privés de leur soutien financier⁸⁶⁴.

323. Une évidence apparaît à la lecture des passages soulignés de ces différents articles : obligation parentale d'entretien et autorité parentale sont conçues avec le même souci de mettre l'enfant, son bien-être, son développement au cœur du système normatif. Plus encore, ces deux notions tendent à l'autonomisation progressive de l'enfant : afin que l'enfant ne passe pas du jour au lendemain du statut d'incapable au statut d'adulte responsable, la loi cherche à assurer une évolution, un accompagnement de ce dernier selon son âge et son degré de maturité, dans la meilleure prise en compte possible de ses besoins, de ses aspirations et, disons-le, de son indépendance grandissante. Adulte en puissance, l'enfant est accompagné à devenir cet être vers lequel il tend.

324. Mais la plus grande révolution, que révèle l'article 371-2 *in fine*, réside dans la temporalité de l'obligation d'entretien et d'éducation. Pour le comprendre, il faut à nouveau se reporter aux travaux préparatoires du Code civil. Ceux-ci révèlent en effet qu'initialement, cette obligation d'entretien n'était conçue que comme un devoir des parents envers l'enfant mineur, le relai étant ensuite pris par l'obligation alimentaire classique⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ À ce sujet, v. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n° 924, p. 965 s.

⁸⁶⁵ Et ce second point même ne faisait pas l'objet d'un consensus initial. Reportons ici les discussions de la commission :

« M. Maleville observe que les alimens ne sont dus qu'à celui qui ne peut gagner sa vie [...].

M. Boulay dit qu'un père ne doit pas d'alimens à son fils majeur qu'il n'est tenu que d'entretenir et d'élever ses enfans.

Le consul Cambacérès dit qu'il ne conçoit pas de circonstances qui dispensent le père de fournir la subsistance à un fils dans le besoin que, si le système contraire était admis il devrait restreindre aussi l'obligation du fils envers le père. Cependant, l'obligation générale de nourrir ses enfans comprend nécessairement l'obligation de fournir à leur subsistance dans tous les cas où ce secours leur est nécessaire.

M. Réal dit que c'est dans l'intention de restreindre cette obligation au premier âge, et pour faire sentir qu'elle cesse lorsque l'enfant est élevé, que la section a placé le mot élever après celui entretenir.

M. Boulay dit que sans doute un père n'abandonnera pas son fils dans le besoin, et que la loi ne peut le supposer mais que si elle impose formellement au père l'obligation de remplir ce devoir naturel, elle favorisera la paresse dans les enfans.

Le Premier consul dit qu'il serait révoltant de laisser à un père riche la faculté de chasser de sa maison ses enfans après les avoir élevés, et de les envoyer pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance, fussent-ils même estropiés. Telle est cependant l'idée que présente la rédaction. Si elle pouvait être admise, il faudrait donc aussi défendre aux pères de donner de l'éducation à leurs enfans car rien ne serait plus malheureux pour ces derniers, que de s'arracher aux habitudes de l'opulence et aux goûts que leur aurait donnés leur éducation, pour se livrer à des travaux pénibles ou mécaniques auxquels ils ne seraient pas accoutumés. Pourquoi, si le père était quitte envers eux lorsqu'il les a élevés, ne les priverait-on pas aussi de sa succession ? Les alimens ne se mesurent pas seulement sur les besoins physiques, mais encore sur les habitudes ils doivent être proportionnés à la fortune du père qui les doit, et à l'éducation de l'enfant qui en a besoin.

M. Tronchet dit que l'obligation imposée au père de fournir des alimens à son fils est absolue; mais que la loi doit se borner à en consacrer le précepte, et laisser le juge l'appliquer suivant les circonstances la loi ne peut pas poser une règle générale d'application parce que l'obligation des pères varie selon leur fortune et leur état. Le juge n'a pas besoin de lois pour empêcher un père opulent de chasser son fils lorsque son éducation est achevée. Les juges doivent encore avoir égard à la position du père. Il est possible par exemple, qu'un père ait un grand nombre d'enfans et ait beaucoup dépensé pour leur éducation. Si l'on descend dans les classes les moins opulentes, l'obligation du père se réduit à mettre ses enfans en état de travailler. Le juge saura faire toutes ces distinctions.

Or, et même si par la suite quelques inflexions ont pu apparaître en jurisprudence⁸⁶⁶, cette règle a été semble-t-il irrémédiablement condamnée, en fait, par la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité. En effet, en faisant passer la majorité de 21 à 18 ans, et en retranchant par là même trois longues années, le législateur, sous l'impulsion du président Giscard d'Estaing, a rendu la règle de la limitation du devoir d'entretien et d'éducation à la minorité de l'enfant largement inapplicable, puisque, comme l'a remarqué un auteur, « il n'y a que dans le Code civil que les enfants sont majeurs à 18 ans »⁸⁶⁷. En réalité, ce qui se dessine alors, et tant l'obligation d'entretien que l'autorité parentale s'en font l'écho, c'est que, de plus en plus, s'opère d'une part une dissociation dans la notion d'autonomie, et d'autre part une gradation de l'entrée, pour l'enfant, dans l'âge adulte.

325. Une dissociation, d'abord. Car interviennent, notamment dans l'enfance⁸⁶⁸, différentes compréhensions de la notion d'autonomie, *a fortiori* maintenant que l'âge de la majorité est 18 ans, et qui se regroupent principalement autour de deux axes que sont l'autonomie intellectuelle, affective et psychologique, d'une part, et l'autonomie matérielle, d'autre part. Chacun avance à son rythme : apprenant d'abord à appréhender son environnement, puis les mots, l'enfant grandit en se forgeant d'abord une capacité de réflexion puis une pensée propre, s'émancipant de l'aire d'influence parentale à mesure que se construit sa personnalité. Parallèlement, l'enfant apprend à se « débrouiller » seul, d'abord dans les tâches de la vie quotidienne, puis *via* l'éducation et l'apprentissage d'un métier qui lui permettra de devenir autonome financièrement. Or, sur ces phénomènes, le regard du législateur a changé. Le temps est désormais révolu où l'enfant était un incapable soumis à la puissance paternelle et entretenu par son père jusqu'au jour où, devenu majeur, il faisait tout à la fois l'acquisition de son autonomie personnelle et de son indépendance matérielle. Cette simultanéité, qui convenait à un modèle de famille nucléaire paternaliste et à un enfant dont la majorité, tardive, permettait de supposer qu'il serait indépendant lorsqu'il deviendrait majeur, n'a plus cours aujourd'hui. Mais le changement de regard s'est fait dans des sens opposés.

Le Premier Consul dit qu'à la vérité la loi ne peut pas déterminer précisément la quotité des aliments qui seront dus par le père mais elle peut déclarer en général que le père est tenu de nourrir et d'élever ses enfants mineurs et de les établir quand ils sont majeurs, ou de leur fournir des aliments ». V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc. t. 9, p. 67 à 69.

⁸⁶⁶ V. par exemple Civ. 2^{ème}, 18 mai 1967, D. 1967, p. 633, ou encore Civ. 2^{ème}, 12 juillet 1971, D. 1971 p. 689, particulièrement explicite : « Attendu que les juges d'appel déclarent en outre, à bon droit, qu'aucune disposition légale ne limite à la minorité l'obligation des père et mère de contribuer à proportion de leurs facultés, à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants ».

⁸⁶⁷ J. Hauser, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », préc. p. 163. On peut noter que c'est d'ailleurs dès 1975, soit un an à peine après le passage de la majorité à 18 ans, que le Code civil est venu, pour la première fois, expliciter la possibilité d'une contribution d'entretien et d'éducation versée au jeune majeur, en son article 295.

⁸⁶⁸ Le grand âge et la maladie faisant parfois réapparaître cette dissociation.

En effet, s'agissant de l'autonomie intellectuelle, le principe a été d'en reconnaître l'existence, autant que faire se peut et de façon progressive, dès la minorité de l'enfant qui, « selon son âge et son degré de maturité », doit être associé aux décisions qui le concernent. Cette tendance se retrouve, par exemple, dans les nouveaux textes relatifs au divorce par consentement mutuel, qui, malgré les reproches que l'on peut adresser à la réforme de 2016⁸⁶⁹, prévoient désormais à l'article 229-2 du Code civil que « les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque : 1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge [...] ». De plus en plus, l'enfant même mineur devient acteur de son destin, et doit pouvoir, aux yeux du législateur français, faire l'objet d'une écoute particulière de la part de ceux qui sont chargés de prendre des décisions le concernant, tant qu'il est, comme mineur dans l'incapacité, au moins partiellement, d'exercer ses droits.

326. S'agissant, en revanche, de l'autonomie matérielle, on pourrait parler de « tanguysation du droit »⁸⁷⁰ : le droit pose, s'agissant de l'enfant, une forme de présomption simple de dépendance matérielle qui justifie que soit maintenue, même après ses 18 ans, l'obligation parentale d'entretien, « cette obligation ne cess[ant] pas de plein droit [...] lorsque l'enfant est majeur ». Cette présomption peut, certes, être renversée par la preuve contraire⁸⁷¹ – et encore appartient-il au parent de prouver que les circonstances justifiant une cessation de l'obligation sont réunies, et non à l'enfant de prouver qu'il a encore besoin de soutien – mais le principe demeure que désormais, l'enfant même majeur demeure dépendant de ses parents. La

⁸⁶⁹ On peut en effet rester dubitatif lorsque l'on voit que l'audition de l'enfant mineur n'est, dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, qu'une possibilité, qui doit de surcroît être demandée par lui : le rôle des parents est ici central, et on peut craindre que par volonté de maintenir une procédure de divorce d'une part moins coûteuse et d'autre part moins conflictuelle, les parents de l'enfant mineur puissent avoir tendance à le dissuader de demander son audition, voire à ne pas l'informer de cette possibilité car qui viendra effectuer un contrôle en la matière ? Il aurait mieux valu rendre cette audition impérative, au minimum, quitte à permettre que le divorce demeure extra-judiciaire en l'absence de difficulté particulière, voire, afin de s'assurer de la préservation des intérêts de l'enfant mineur, maintenir une procédure judiciaire et notamment un contrôle de la convention de divorce en présence d'un enfant mineur. C'est, après tout, le choix effectué par le législateur lorsque « l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre » : or, un enfant mineur est, également, une personne vulnérable que la loi devrait protéger au mieux.

⁸⁷⁰ En référence au célèbre film *Tanguy* d'Étienne Chatiliez (2001), mettant en scène Sabine Azéma et André Dussolier, parents d'un enfant de 28 ans, Tanguy, interprété par Éric Berger, qui malgré ses qualifications qui pourraient lui permettre de quitter le domicile parental et de devenir indépendant, vit encore chez ses parents, peu désireux de renoncer au confort de vie qu'il trouve et chéri au sein du cocon familial.

⁸⁷¹ Pour prendre un exemple aussi récent que discutable, on peut citer un arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation, civile le 15 mai 2018, n°17-15.271, où la Cour a jugé que « l'arrêt relève que les enfants sont hébergés chez leur mère, propriétaire de son logement, qu'Eric, âgé de 27 ans, perçoit depuis 2013 une allocation adulte handicapé de 800,45 euros et poursuit une formation continue à distance jusqu'en mai 2016 et que Virginie, âgée de près de 30 ans, bénéficie du revenu de solidarité active de 452,21 euros par mois, est inscrite à pôle emploi et suit une formation à distance de rédacteur territorial ; qu'il retient que compte tenu des aides qui leur sont allouées, Eric et Virginie peuvent assumer les frais les concernant (formation, mutuelle, téléphone) et participer aux charges communes du foyer de leur mère, laquelle ne perçoit que le revenu de solidarité active comme sa fille, de sorte qu'ils ne sont plus dans le besoin ; que par ces énonciations et appréciations, dont il résulte que Mme X... n'assumait pas la charge de ses enfants majeurs, la cour d'appel, qui n'a pas supprimé la contribution du père en raison de ses charges mais a tiré les conséquences de l'autonomie financière des enfants, a légalement justifié sa décision de ce chef ». Peut-être aurait-il été, en l'espèce, préférable de retenir l'impossibilité des parents, au regard de leurs moyens, *a fortiori* comparés à ceux de leurs enfants, de verser une pension alimentaire, plutôt que de déclarer que les protagonistes « ne sont plus dans le besoin ».

difficulté principale, dès lors, est celle de la détermination du moment où doit, désormais, cesser le jeu de l'obligation d'entretien et d'éducation, et où l'obligation alimentaire classique doit prendre le relai.

La jurisprudence de la Cour de cassation adopte une approche correspondant à l'approche ici exposée d'autonomie matérielle de l'enfant : il ne s'agit pas seulement de prendre en compte la poursuite d'études, par exemple, ce qui est fréquemment présenté comme le critère d'appréciation en la matière. En réalité, les arrêts rendus en la matière témoignent de ce que l'obligation d'entretien et d'éducation perdure jusqu'à ce que l'enfant, même majeur, soit devenu autonome financièrement, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il ait un emploi lui permettant de subvenir seul à ses besoins⁸⁷². Est insuffisante, à ce titre, la constatation que l'enfant ne poursuit pas d'études, dès lors qu'il n'a pas encore trouvé un emploi⁸⁷³. On doit donc en déduire que l'obligation alimentaire classique ne prend le relai de l'obligation parentale d'entretien qu'une fois survenue l'autonomie matérielle de l'enfant, qui, s'il retombe par la suite dans le besoin, ne pourra solliciter de ses parents que l'exécution de l'obligation alimentaire classique⁸⁷⁴. C'est donc de sa naissance à son autonomie matérielle que les parents doivent assurer, à son égard, une obligation d'entretien et d'éducation : il s'agit pour les parents, vis-à-vis de celui qu'ils ont fait naître, de « prendre un enfant par la main pour l'emmener vers demain », pour paraphraser Yves Duteil⁸⁷⁵. Cette obligation ne saurait évidemment toutefois pas, et c'est là sa limite, permettre à l'enfant de se complaire dans la dépendance à ses parents : l'absence d'autonomie ne peut pas être un choix, et si la poursuite d'études ou le chômage subi ne font pas disparaître le devoir d'entretien, tel n'est toutefois pas le cas de l'impécuniosité choisie⁸⁷⁶.

⁸⁷² Pour une formulation particulièrement claire en ce sens, v. Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2000, n° 96-11.410 : « Attendu que le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation ; que cette contribution, qui ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur, peut être supprimée si les conditions nécessaires à son existence ont disparu ».

⁸⁷³ V. not. Civ. 2^{ème}, 26 mai 1996, n°94-20.511 : « Attendu que, pour débouter Mme X... de sa demande tendant à obtenir la contribution du père à l'entretien de l'enfant du couple, l'arrêt, après avoir relevé que l'enfant vit chez sa mère, recherche un emploi et est dépourvu de ressources, énonce que cet enfant, âgé de près de 25 ans, ne justifie pas de son inactivité professionnelle par la poursuite de ses études et que, s'il est loisible aux parents de continuer leur aide, ils ne peuvent y être contraints ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'enfant pouvait subvenir lui-même à ses besoins et s'il n'était pas en fait et à titre principal, à la charge de sa mère, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

⁸⁷⁴ Sur le sujet, v. not. D. Bourgault-Coudeville, « Obligation parentale d'entretien et chômage des majeurs », in *Dalloz* 1997 p. 455, ou encore J. Hauser, « Entretien des enfants majeurs et obligation alimentaire réciproque : la Cour de cassation ajoute à la confusion », in *RTD Civ.* 2011 p. 342.

⁸⁷⁵ Y. Duteil, « Prendre un enfant par la main », chanson issue de l'album *Tarentelle*, EMI, 1977.

⁸⁷⁶ V. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, n° 94-17.619, n° 94-17.773 : « Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel n'était pas tenue d'envisager les divers fondements possibles de la demande qui lui était présentée sur un fondement précis ; qu'en second lieu, elle a retenu que Yannick Y..., titulaire d'un BEP d'horticulteur et embauché par la ville de Rennes, avait été révoqué de ses fonctions pour absences injustifiées et abandon de poste, qu'il avait réservé une fin de non-recevoir à une offre d'emploi correspondant à sa qualification dans une commune proche du domicile dont il faisait état dans la procédure et régulièrement desservie et qu'il s'était abstenu volontairement de retirer des lettres recommandées formalisant des perspectives d'embauche ; que, de ces constatations souveraines et hors toute dénégation, elle a pu déduire que la situation d'impécuniosité dont tentait de se prévaloir Yannick Y... pour obtenir des aliments lui était essentiellement imputable ».

327. Quelques mots, enfin, pour clore cette réflexion sur le renforcement de la relation parents-enfants, sur l'action à fins de subsides. Héritière d'une action alimentaire pensée pour les enfants adultérins et incestueux, qui constituait *de facto* une forme d'obligation alimentaire amoindrie⁸⁷⁷, cette action est désormais, depuis la loi du 3 janvier 1972, plus large par son objet que sa prédécesseuse, et prévue par les articles 342 et suivants du Code civil. L'article 342 dispose désormais que :

« Tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception. / L'action peut être exercée pendant toute la minorité de l'enfant ; celui-ci peut encore l'exercer dans les dix années qui suivent sa majorité si elle ne l'a pas été pendant sa minorité. / L'action est recevable même si le père ou la mère était au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du présent code ».

Sa présentation dans un développement consacré à la relation parents/enfants peut surprendre : sa première condition d'application n'est-elle pas l'absence de la filiation paternelle ? L'analyse des conditions d'application du mécanisme tend en effet à dessiner les contours d'une sorte de responsabilité délictuelle liée aux risques encourus sciemment par l'homme ayant eu des relations sexuelles avec la mère pendant la période légale de conception⁸⁷⁸, et cette action n'a en aucun cas pour effet d'établir un lien de filiation paternel, pourtant manquant. Dès lors, c'est bien, semble-t-il, un mécanisme de responsabilité fondée sur la théorie des risques qui apparaît ici au premier abord. Toutefois, cette analyse, un peu rapide, bien que séduisante, néglige les nombreux indices qui tendent à démontrer que l'action à fins de subsides est en réalité fondée sur une possibilité de paternité.

C'est ainsi que sont déchargés de cette obligation ceux qui peuvent démontrer ne pas être le père, soit directement (article 342-4 du Code civil) soit indirectement, parce qu'une filiation paternelle de l'enfant viendrait à être établie à l'endroit d'un autre (article 342-8). Pourtant, ces circonstances ne font pas disparaître le risque pris par le débiteur au moment d'avoir un rapport sexuel « à risques » – si tant est qu'on puisse qualifier la venue au monde d'un enfant de risque – et la responsabilité ne devrait donc pas disparaître, en tout cas, du seul fait qu'il puisse être prouvé que le débiteur n'est pas le père. C'est donc bien la probabilité

⁸⁷⁷ V. à ce sujet F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n°723 s.

⁸⁷⁸ V. G. Raoul Corneil, préc.; mais aussi J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 1, n°645.

d'être père qui fonde cette obligation, qui vise à permettre à l'enfant de ne pas demeurer démuné lorsque l'établissement de la filiation n'est pas possible, et de ne pas demeurer démuné lorsque l'établissement de la filiation n'est pas encore advenu⁸⁷⁹.

328. Sous tous ces aspects, l'action à fins de subsides dialogue avec la filiation paternelle⁸⁸⁰, qu'elle encourage, d'une part, et remplace le cas échéant, d'autre part, afin de ne pas laisser l'enfant démuné. C'est donc bien, semble-t-il, d'une obligation alimentaire qu'il s'agit, à ranger aux côtés des autres obligations intrafamiliales, et particulièrement exceptionnelle en ce qu'elle est la seule à pouvoir exister sans que soit établi un lien juridique entre débiteur et créancier : cette caractéristique doit conduire à la présenter comme une exception, et non comme un mécanisme à part. Elle tend, aujourd'hui comme autrefois, à répondre à l'« impératif de ne pas laisser sans ressources les enfants auxquels la loi refusait d'établir légalement leur filiation »⁸⁸¹. On peut d'ailleurs remarquer qu'elle tend, par sa définition et sa durée, à se rapprocher davantage de l'obligation alimentaire ordinaire que du devoir d'entretien et d'éducation de l'enfant, puisque l'article 243-2 du Code civil précise expressément, d'une part, que « les subsides se règlent, en forme de pension, d'après les besoins de l'enfant, les ressources du débiteur, la situation familiale de celui-ci », et d'autre part que « la pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant, s'il est encore dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable à faute ». Il n'est donc pas question d'envisager une cessation de l'obligation de verser des subsides à la majorité de l'enfant, le critère central étant celui de son état de besoin. En ce sens, la créance de subsides est, pour l'enfant, un droit viager, qui se transmet d'ailleurs à la succession du débiteur⁸⁸².

L'évolution du devoir d'entretien et d'éducation et l'apparition de l'action à fins de subsides participent du même mouvement d'attention croissante à l'enfant. Dévolu à la protection des plus faibles, le droit de la famille contemporain marque, avec ces mouvements de fond, une attention particulière aux vulnérables, et témoigne d'un renouvellement profond où la morale s'est déplacée de l'attention à la protection de la famille en tant qu'entité à celle de ses membres. Ces mouvements, nous pourrions le constater, s'observent aussi s'agissant de la question de la durée de l'obligation alimentaire.

⁸⁷⁹ Et on peut supposer que les possibilités offertes par les articles 342-4 et 342-8 inciteront les pères potentiels à entreprendre des démarches de nature à conduire à l'établissement, *in fine*, d'une filiation paternelle.

⁸⁸⁰ Cette impression est également renforcée par l'article 342-7 du Code civil, établissant des empêchements à mariage en cas d'allocation de subsides.

⁸⁸¹ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n°723, p. 694.

⁸⁸² Article 342-5 du Code civil.

Conclusion du chapitre 1

329. L'étude de l'objet de l'obligation alimentaire appelle ainsi des conclusions différenciées en matière de droit des couples et en matière de parenté.

S'agissant du droit des couples, il faut faire le constat d'un certain nombre de difficultés, s'agissant de la détermination de la nature des différents devoirs évoqués tant par le Code civil que par la jurisprudence. Qu'il s'agisse de la distinction entre devoir de secours et contribution aux charges, de la détermination de la nature de l'aide matérielle dans le Pacs ou encore de la question de savoir s'il existe, dans le concubinage, une obligation alimentaire, les questions sont nombreuses, et nous avons tâché d'y remettre un peu d'ordre.

De lege feranda, cette analyse nous a conduit à proposer une clarification et une gradation des régimes obligationnels. Il est ainsi proposé, tout en réservant à la seule union matrimoniale l'existence d'une obligation civile de contribuer aux charges du ménage, d'unifier le régime du devoir de secours entre le mariage et le Pacs, qui semblent, tous deux, créer un devoir civil de solidarité entre les membres du couple. Le concubinage, toutefois, semble devoir rester en dehors du champ de l'obligation civile, pour respecter sa vocation à préserver la liberté des membres du couple. Il est cependant proposé d'instaurer, tant pour le Pacs que pour le concubinage, une présomption simple, aux termes de laquelle les prestations fournies entre partenaires seraient présumées l'avoir été en exécution d'une obligation naturelle, sauf à ce qu'elles excèdent manifestement la participation normale aux charges de la vie commune, par leur objet, par leur ampleur sans rapport avec les moyens de celui qui les a fournies, ou par le déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs de chacun des partenaires. Cette règle, qui créerait une présomption d'exécution d'une obligation naturelle recouvrant, pour le Pacs et le concubinage, aussi bien le devoir de secours que la contribution aux charges, viserait ainsi un objectif de pacification des rapports post-rupture entre les membres du couple.

S'agissant de l'obligation alimentaire en général, et de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants en particulier, nous avons pu constater, d'une part, le profond renouveau de la définition des aliments, qui s'ouvre de plus en plus à une appréhension sociale. Nous avons de plus pu, d'autre part, appréhender le renforcement considérable du lien alimentaire qui unit les enfants à leurs parents, évolution de nature à indiquer, dans l'ordre normatif contemporain, la place première que le droit de la famille accorde à l'enfant et à sa protection.

Chapitre 2. La durée de l'obligation alimentaire

330. Le lien alimentaire étant pour l'essentiel calqué sur le lien familial, on pourrait penser que sa durée est calquée sur celle du lien de famille lui-même. En réalité, les choses sont plus complexes, en tout cas s'agissant du couple. S'agissant de la parenté, en effet, on observe moins d'évolutions susceptibles d'être étudiées, en tout cas une fois abordées les questions ayant fait l'objet des développements du précédent chapitre. Le lien de parenté, en effet, n'est pas, contrairement au lien de couple, susceptible de cesser du vivant même des personnes qu'il unit, de sorte que, sous réserve de l'exception d'indignité⁸⁸³, il est un lien viager n'appelant pas que peu de remarques.

331. Il convient tout de même, dans cette introduction, d'évoquer deux hypothèses particulières que sont l'établissement et la disparition du lien de filiation.

S'agissant de l'établissement du lien de filiation, la jurisprudence a déterminé, en premier lieu, que « les effets d'une paternité légalement établie remontent à la naissance de l'enfant »⁸⁸⁴, en deuxième lieu que « la règle "aliments ne s'arréragent pas" ne s'applique pas à la contribution d'un parent à l'entretien et à l'éducation de son enfant »⁸⁸⁵, et en troisième lieu que « l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est soumise à la prescription quinquennale prévue par [l'article 2224 du Code civil] »⁸⁸⁶. Autrement dit, lorsqu'une filiation est établie à l'égard d'un enfant, des arrérages peuvent être demandés au parent considéré sur le fondement du devoir d'entretien et d'éducation, et ce à compter de la naissance de l'enfant, en raison du caractère déclaratif de l'établissement de la filiation, et dans la limite de cinq années⁸⁸⁷.

S'agissant de la disparition du lien de filiation, du fait, par exemple, du succès d'une action en contestation de paternité, peut également se poser la question d'un éventuel recours de celui qui a versé, à tort, diverses sommes au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant qui n'est pas le sien. La seule action envisageable est alors une action en répétition de l'indu exercée à l'encontre des parents biologiques de l'enfant. La Cour de

⁸⁸³ Qui fera l'objet d'un développement dans la seconde partie de ce travail.

⁸⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2009, n°07-15.243.

⁸⁸⁵ *Idem*.

⁸⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n°15-17.993, Bull.

⁸⁸⁷ A ce sujet, v. J. Hauser, « Le temps et la filiation : des filiations rétroactives, avantages et inconvénients pour les uns et les autres », in *RTD civ.* 2009, p. 307.

cassation a, à ce sujet, précisé que « l'effet déclaratif attaché à un jugement accueillant une action en contestation du lien de filiation fait disparaître rétroactivement l'obligation d'entretien qui pesait sur le parent évincé [...], en sorte que les paiements qu'il a faits pour subvenir aux besoins de l'enfant se trouvent dépourvus de cause. Selon [l'article 1376 du Code civil] celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu »⁸⁸⁸. Autrement dit, dans une forme de parallélisme avec ce qui se passe en matière d'établissement de la filiation, « le père évincé peut donc agir, sur le fondement de l'article 1302 C. civ., contre la mère ou l'enfant qui a reçu entre ses mains la contribution à l'entretien et ainsi récupérer la totalité des sommes versées dans la limite des cinq ans en application de la prescription quinquennale »⁸⁸⁹. Dans certaines conditions, une action pourra également être exercée, sur le fondement de l'enrichissement injustifié, à l'encontre du père biologique de l'enfant⁸⁹⁰.

332. En matière de couple, en revanche, les choses sont tout à fait différentes, car se manifeste une forme de solidarité à géométrie variable en cas de séparation, ce qui appelle des développements plus conséquents.

En effet, s'interroger sur la durée d'un rapport obligationnel, c'est porter son regard sur son début, sur sa fin, et sur le temps écoulé entre les deux. De ces trois éléments, les développements jusqu'alors intervenus ont en réalité déjà traité du premier, puisque la raison d'être et donc l'élément déclencheur du lien alimentaire, ont d'ores et déjà été étudiés. Restent, deux questions essentielles qui sont les événements venant mettre fin à la relation alimentaire, et l'influence, sur celle-ci, de l'écoulement du temps. Sur ces deux aspects, il est possible de constater des évolutions considérables, notamment à compter des années 70, et de porter une réflexion *de lege ferenda*, s'agissant de la séparation du couple⁸⁹¹, qu'il soit marié ou non. En effet, à l'heure de leur séparation, les couples marquent clairement leur différence : c'est en effet le couple marié seul qui bénéficie alors d'une protection de ses membres face à la séparation (**Section 1**). Face à ce constat, le droit de la famille, loin de laisser les couples non mariés sans ressources, a cherché divers palliatifs, avec plus ou moins de succès (**Section 2**).

⁸⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, n°18-25.429, Bull.

⁸⁸⁹ M. Rebourg, « Pluralité de débiteurs alimentaires », in *Dalloz Action – Droit de la famille*, 2023-2024, n°323.23.

⁸⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, n°18-25.429, Bull.

⁸⁹¹ La question des obligations alimentaires à la suite du décès de l'un des membres du couple sera, de même, étudiée dans la seconde partie de ce travail.

Section 1. La protection spécifique du couple marié

333. Le couple marié connaît, classiquement, une protection spécifique, *via*, aujourd'hui, la prestation compensatoire, un mécanisme qui mérite qu'on s'y attarde tant *de lege lata* (Sous-section 1) que *de lege ferenda* (Sous-section 2).

Sous-section 1. De lege lata

334. Le mariage portait traditionnellement le témoignage de sa vocation viagère et à l'indissolubilité, hérité de la doctrine chrétienne⁸⁹². Bien qu'ayant admis le divorce, le Code Napoléon avait considéré que devait subsister, entre les anciens époux, un lien juridique. C'est ainsi que l'ancien article 301⁸⁹³ faisait perdurer, d'une certaine manière, le devoir de secours entre époux sous la forme d'une pension alimentaire indépendante de celle, qui peut toujours être versée de nos jours, accordée aux enfants⁸⁹⁴. Tel n'est plus le cas⁸⁹⁵, ce qu'affirme désormais expressément l'article 270 du Code civil, pris en son alinéa 1^{er} : « Le divorce met fin au devoir de secours entre époux ».

L'article poursuit toutefois en prévoyant la possibilité que soit versée une prestation compensatoire, en son alinéa 2 : « L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge ». Le changement opéré est fondamental, qui voit le mariage passer d'une perspective viagère, où le divorce est vu comme un événement dont la survenue doit être compensée pour celui qui le subit *via* une pension alimentaire, à une perspective plus contemporaine, où le divorce est un des événements susceptibles d'advenir, et dont les effets doivent être liquidés le plus promptement possible.

335. Pour bien le comprendre, on peut consulter un article, fondamental sur la question, du doyen Carbonnier : « La question du divorce – mémoire à consulter »⁸⁹⁶. Dans cet article,

⁸⁹² V. F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n° 202 s. p. 181 s.

⁸⁹³ « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ».

⁸⁹⁴ Même si cette affirmation elle-même peut être jugée controversée. En effet, la nature même de la pension accordée en cas de divorce a suscité un débat, s'agissant de savoir si elle avait un caractère alimentaire ou un caractère indemnitaire. Pourtant, avec le recul, il apparaît quand même que le simple fait qu'une pension alimentaire soit versée, quel qu'en soit le fondement, tend à faire pencher la balance du côté alimentaire. Sur ce sujet, v. Ripert, « Le caractère de la pension alimentaire allouée en cas de divorce », in *Dalloz* 1927, Chronique, p. 53, qui retient d'une part que « en réalité, la pension alimentaire allouée ne répare pas tout le préjudice causé par le divorce, mais seulement le préjudice résultant de la disparition du devoir de secours » et d'autre part que « la nature de la réparation a ici un caractère spécial : la réparation du préjudice causé n'est pas assurée par l'octroi d'une somme d'argent en capital à titre de dommages-intérêts, mais par l'octroi d'une pension, et cette pension elle-même a un caractère particulier, c'est une pension alimentaire ».

⁸⁹⁵ Depuis les lois n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, qui a fait disparaître, en principe, la possibilité que le devoir de secours subsiste après le divorce, mais en réservant le cas du divorce pour rupture de la vie commune, et n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, qui a supprimé cette exception. Avant la loi du 26 mai 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, l'article 270 du Code civil disposait ainsi que : « Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». L'article 281, alinéa 1^{er}, du code civil, disposait alors que « Quand le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune, l'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu au devoir de secours ».

⁸⁹⁶ J. Carbonnier, « La question du divorce – mémoire à consulter », in *Dalloz* 1975, Chronique, p. 115.

l'artisan de la réforme de 1975 se livre à un exercice d'explication de texte qui permet au juriste de mieux appréhender son ouvrage. Or, sur la question du changement de dimension du divorce et de la disparition de la pension alimentaire après divorce, l'auteur est particulièrement explicite, tout d'abord lorsqu'il expose les raisons d'être du changement de méthode :

« Les douleurs du divorce, pour une part considérable, sont celles de l'après-divorce. On pense, notamment, à la pension alimentaire, médiocre, mal payée, génératrice de conflits sans cesse resurgis. La pension alimentaire après divorce est une misère juridique qui pèse lourdement sur les femmes divorcées. [...] Partant du fait souvent observé que les difficultés d'exécution rencontrées par les pensions alimentaires vont croissant au fur et à mesure que le mariage dissous recule dans le temps, l'idée principale du texte est de concentrer le plus possible autour du jugement de divorce la fixation et l'acquittement des droits pécuniaires entre divorcés, en subsistant à l'étirement du devoir de secours un règlement forfaitaire qui, à la limite, devrait s'accomplir une fois pour toutes. L'idée de maintenir entre les époux divorcés quelque chose du lien conjugal est certes une idée moralement élevée mais l'enquête sociologique précitée a fait toucher du doigt la raison principale de son échec pratique : c'est que la population des divorcés dans sa majorité est une population qui aspire à fuir son passé »⁸⁹⁷.

Carbonnier précise également les raisons d'être des principaux choix effectués⁸⁹⁸, à savoir en premier lieu la décorrélation entre prestation compensatoire et fautes des époux – objectif qui ne sera quasiment atteint qu'après la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce –, et en second lieu le versement d'un capital, préféré à celui d'une rente :

« En faisant dépendre de l'incidence des torts et griefs l'obtention d'une pension, la loi actuelle excite les époux à la belligérance. Le texte cherche à détacher de la faute les droits pécuniaires après divorce. Du moins est-ce l'horizon vers lequel marcher. En fait, l'opinion publique comprendrait mal qu'un conjoint exclusivement coupable pût prétendre à des droits pécuniaires pour lui-même, à l'encontre d'un conjoint entièrement innocent. Cette exception est donc réservée. Mais dans tous les autres cas, ce qui inclut le cas très important des torts réciproques, il pourra y avoir ouverture à des droits pécuniaires entre divorcés sur le fondement d'un rééquilibrage entre deux situations patrimoniales dont la disparité avait été jusqu'alors masquée par la communauté de vie.

⁸⁹⁷ *Idem*, p. 118.

⁸⁹⁸ Précisons toutefois que Carbonnier indiquait très explicitement d'une part n'avoir pas eu la pleine maîtrise du projet de réforme, le cap et certains choix ayant été fixés par d'autres que lui, et lui ayant été imposés, et d'autre part que sa copie a, par la suite, été modifiée.

Toutefois, le règlement de ces droits sera le plus possible concentré autour du prononcé du divorce, à un moment où les époux sont encore sous la dépendance psychologique du jugement – cela afin de combattre l’effet de dégradation, déjà signalé, que l’écoulement du temps exerce sur l’exécution des pensions. C’est pourquoi préférence sera donnée systématiquement aux règlements par versement d’un capital [...], ce qui évitera le tête-à-tête permanent de l’époux créancier avec son ex-conjoint »⁸⁹⁹.

336. Ces quelques lignes permettent d’éclairer un débat contemporain et jusqu’alors ouvert concernant la nature de la prestation compensatoire. En effet, les travaux sont nombreux qui abordent la prestation compensatoire aux fins d’en déterminer la nature, le propos étant de déterminer s’il s’agit d’une obligation de nature indemnitaire, s’il s’agit d’une obligation de nature alimentaire, ou encore s’il s’agit d’une obligation mixte, forme de croisement entre logique alimentaire et logique indemnitaire : c’est, somme toute, le même débat que celui qui existait s’agissant de la pension alimentaire après divorce, avec ici encore des arguments tant techniques qu’éthiques pour appuyer l’une ou l’autre des thèses⁹⁰⁰, bien que le débat ait été *in fine* tranché par la Cour de cassation, qui a retenu son caractère hybride⁹⁰¹.

À lire le doyen Carbonnier, pourtant, on réalise que l’enjeu n’est pas là. C’est bien le caractère temporel qui est le seul pris en compte : aux fins d’éviter autant que faire se peut les conflits, la volonté du législateur a été de concentrer les effets pécuniaires du divorce, sur quelques mois, ou exceptionnellement sur quelques années dans le cas d’un paiement échelonné. C’est donc, *a priori*, un objectif de pacification, détaché d’autres considérations idéologiques, qui sous-tend cette réforme. Pourtant, cette évolution emporte indubitablement des mutations profondes, dont les enjeux en matière de définition du mariage et en termes de conséquences pratiques sont considérables.

337. S’agissant de la définition du mariage et de ce que doit engendrer le divorce, il ne semble pas exagéré de dire que s’est opérée, en 1975, une révolution qui ne trouve d’équivalent que dans la loi de 1792 autorisant le divorce dans l’histoire du droit français. Car si la loi de

⁸⁹⁹ *Idem*, p. 120.

⁹⁰⁰ Sur ce sujet, v. not. G. Raoul-Corneil, « Aliments et notions voisines », préc. ; A. Sériaux, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », in *RTD civ.* 1997, p. 53 ; J. Bosquet-Denis, « Réflexions sur la distinction de "l'alimentaire" et de "l'indemnitaire" », in *Semaine juridique, édition générale*, 1981, I, 3010 ; S. David, « Le nouveau visage de la prestation compensatoire », in *AJ famille* 2004, p. 218 ; ou encore I. Sayn. « La prestation compensatoire en France », in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, *La pensión compensatoria en las crisis familiares en el Derecho Comparado*, 5-2, p.101.

⁹⁰¹ V. Civ. 2^{ème}, 27 juin 1985, n°84-14.663, Bull. Notons toutefois que le doyen Carbonnier adoptait d’une certaine manière une position contraire, puisqu’il estimait que la prestation compensatoire n’avait ni un caractère alimentaire ni un caractère indemnitaire (v. J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l’enfant, le couple*, préc., n°609, p. 1358-1359).

1792 est revenue sur des siècles de droit d'inspiration chrétienne en autorisant la dissolution du mariage, c'est en 1975 que le législateur est venu enfoncer les clous du cercueil de l'indissolubilité. Dans l'objectif de pacifier les relations post-divorce, ce qui était, il est vrai, une demande des divorcés eux-mêmes d'après l'enquête sociologique menée lors de la préparation de la réforme, le législateur de 1975 a fait le choix de revenir sur un système, le versement d'une pension alimentaire après-divorce, qui avait pour effet concret de maintenir entre les ex-époux une forme de responsabilité qui, sans le dire pleinement, venait assurer la survie d'un devoir de solidarité entre eux, conforme aux engagements pris, en principe pour la vie, au moment du mariage. Le mariage portait alors une forme d'engagement à prendre soin de l'autre, y compris par-delà la rupture, qui faisait du lien unissant les époux un lien comme les autres liens familiaux, c'est-à-dire engageant à une inaltérable solidarité. Existait, alors, la possibilité de perdre ce droit en raison de ses fautes, mises en évidence lors du divorce, ce qui s'apparentait à l'exception d'indignité prévue dans l'obligation alimentaire intrafamiliale classique. Ainsi, d'une certaine manière, le lien de solidarité intrafamiliale né du mariage était, certes sous une forme amoindrie, maintenu.

Tel n'est plus le cas. D'une part, la prestation compensatoire, *a fortiori* après les réformes qu'a connues le mécanisme d'ensemble au début des années 2000, étant objectivée, les considérations morales n'avaient, en principe, plus lieu d'être. Seule compte apparemment la volonté de « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » (article 270 al. 2 du Code civil), sans considération pour les torts des époux⁹⁰². D'autre part, la pension ayant été remplacée par une prestation versée en capital, son effet, bien qu'un échelonnement puisse intervenir, était autant que faire se peut « instantané », et le lien entre les ex-époux rompu de manière nette, entraînant la disparition immédiate de toute solidarité entre les époux. En apparence donc, cette réforme est fondamentale en ce qu'elle provoque, pour la première fois depuis des siècles, une véritable rupture du lien entre les ex-époux à la suite du divorce, pacificatrice en ce qu'elle vise à réduire les conflits post-divorce, et d'une certaine manière attentive aux inégalités sociales et entre les sexes, puisqu'elle annonce viser à réduire les disparités patrimoniales nées du divorce. Pourtant,

⁹⁰² Les critères d'évaluation du montant de la prestation compensatoire tels que fixés par l'article 271 du Code civil vont d'ailleurs dans ce sens, puisque ce dernier dispose que : « La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. / A cet effet, le juge prend en considération notamment : - la durée du mariage ; - l'âge et l'état de santé des époux ; - leur qualification et leur situation professionnelles ; - les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ; - le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ; - leurs droits existants et prévisibles ; - leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa ».

une analyse de cette réforme sur le terrain de ses conséquences pratiques révèle combien celle-ci s'est faite, d'une certaine manière, « quoi qu'il en coûte ».

338. Les conséquences pratiques du passage à la prestation compensatoire révèlent un visage bien plus sombre, *a fortiori* au regard des réformes que la loi du 1975 a par la suite connues, et qui sont venues déséquilibrer l'ouvrage initial. Le versement d'une prestation compensatoire suppose, en effet, la possibilité pour les ex-époux, et, en pratique, pour l'ex-époux, au regard des disparités de revenus et de patrimoines existant en 1975 et subsistant de nos jours entre les hommes et les femmes, de mobiliser un capital en faveur de son ex-épouse⁹⁰³. Or, dans un contexte économique de plus en plus délétère, qui a aujourd'hui les moyens de procéder ainsi ? La possibilité même de mobiliser un capital suffisant pour atteindre les objectifs annoncés de la réforme de 1975 n'est ouverte qu'à une frange minoritaire de la population, tant on sait que la possibilité d'épargner est répartie de manière très inégale selon les classes sociales.

Les études de l'INSEE en la matière⁹⁰⁴ nous apprennent que si l'épargne moyenne des Français en 2017 était de 4.800 euros par an, la répartition de cette capacité d'épargne est particulièrement inégale, puisque l'épargne moyenne des 20% de la population la plus défavorisée (1^{er} quintile) était de seulement 357 euros par an (avec un revenu disponible brut par unité de consommation de 13.173 euros et des dépenses de consommation par unité de consommation à hauteur de 12.816 euros), contre 15.931 euros par an (avec un revenu disponible brut par unité de consommation de 56.153 euros et des dépenses de consommation par unité de consommation à hauteur de 40.222 euros) pour les 20% les plus riches (5^{ème} quintile). Autrement dit, l'épargne moyenne par an du quintile le plus aisé dépasse de 2.758 euros le revenu disponible brut annuel du quintile le plus défavorisé⁹⁰⁵ !

339. Il devient alors difficile de considérer que la possibilité même de verser une prestation compensatoire, *a fortiori* conséquente, soit ouverte à toutes les classes de la société. Si l'on ajoute qu'il serait particulièrement inéquitable de demander à des personnes peu favorisées de céder une part trop importante de leur épargne, dans la mesure où l'épargne est

⁹⁰³ Encore que le juge conserve la possibilité, mais dont il ne fait pas ou peu usage, de condamner au versement d'une prestation compensatoire qui dépasserait, par son montant, le capital immédiatement mobilisable par le débiteur.

⁹⁰⁴ V. J. Accardo et S. Billot, « Plus d'épargne chez les plus aisés, plus de dépenses contraintes chez les plus modestes », in *Insee Première*, n°1815, 2020.

⁹⁰⁵ Indiquons, à titre de référence, les chiffres s'agissant de 3^{ème} quintile, qui peut constituer une forme d'entre-deux. Pour cette population, l'épargne moyenne des 20% de la population la plus défavorisée (1^{er} quintile) était de 2520 euros par an, avec un revenu disponible brut par unité de consommation de 26.112 euros et des dépenses de consommation par unité de consommation à hauteur de 23.592 euros.

un facteur important de possibilité d'évoluer avec une certaine sécurité (l'épargne permettant, ainsi, de constituer un apport souvent nécessaire à l'obtention d'un emprunt, ou simplement une sécurité face aux aléas de la vie), on réalise non seulement que l'immense majorité de la population est incapable de mobiliser une prestation compensatoire, mais également que c'est précisément dans les populations les plus fragiles, celles-là même qui auraient le plus besoin d'un soutien financier, qu'un tel paiement est impossible⁹⁰⁶. La prestation compensatoire révèle alors le fait qu'elle est devenue après les réformes des années 2000, d'une certaine manière, un vœu pieu, qui a pour effet de laisser la majorité de la population sans rien après divorce, et de permettre à la frange la plus aisée de verser une somme forfaitaire pour solde de tout compte, achetant ainsi sa quiétude future. Les seuls bénéficiaires de la prestation compensatoire semblent donc, sous un angle social, et après les réformes des années 2000, être les plus fortunés, qui y ont gagné une tranquillité dans le divorce au prix de l'abandon des plus nécessiteux.

Carbonnier lui-même en était d'ailleurs conscient, puisqu'il écrivait en 1975 que :

« L'objection qui vient aisément à l'esprit est qu'un tel mode de règlement n'est accessible qu'à ceux qui disposent de capitaux. Si, cependant, on veut bien observer que la moyenne mensuelle des pensions était, pour 1970, de 336 francs⁹⁰⁷, on ne peut se tenir de penser que bien des divorcés seraient en état de mobiliser des épargnes suffisantes pour constituer l'équivalent de ces pensions en rentes viagères. Et nos banques seraient-elles incapables d'imaginer ici des formes de crédits ? »⁹⁰⁸.

340. La justification du doyen Carbonnier peut sembler un peu faible. En effet, on mesure facilement qu'il est plus aisé pour quelque population que ce soit, et *a fortiori* pour les plus pauvres, de mobiliser des sommes plus faibles mais de manière régulière, que des sommes importantes de manière ponctuelle, d'autant plus que, de par leur caractère mensuel, les sommes versées à titre de pension étaient comprises dans le budget de leur débiteur, quand il est peu probable qu'une personne, envisageant un futur divorce, commence à mettre de côté des capitaux afin d'être à même de verser un jour, peut-être, une prestation compensatoire... Carbonnier et le législateur de 1975 en avaient d'ailleurs pris acte, puisqu'était prévue, à

⁹⁰⁶ Notons à cet égard que la possibilité ouverte par l'article 275 du Code civil d'échelonner le paiement du capital sur 8 années, si elle permet de réduire le problème, n'est pas pleinement satisfaisante, et demeure insuffisamment usitée.

⁹⁰⁷ Soit environ 381 euros de 2021, en tenant compte de l'érosion monétaire due à l'inflation, d'après le convertisseur de l'Insee (URL : <https://www.insee.fr/fr/information/2417794>).

⁹⁰⁸ J. Carbonnier, « La question du divorce – mémoire à consulter », préc., p. 120.

l'article 276 du Code civil, la possibilité de verser une rente en cas d'impossibilité de mobiliser un capital suffisant⁹⁰⁹. Las, cette possibilité a été supprimée lors des réformes ultérieures de la prestation compensatoire, en 2000 puis en 2004, ce qui constitue une très forte atteinte portée à la volonté d'équilibre originelle portée par le doyen Carbonnier. Quant à la proposition faite de forcer les débiteurs à recourir à un emprunt, si on peut en comprendre la logique, visant à ce que le rapport entre époux soit substitué par un rapport entre prêteur et emprunteur, on ne peut que constater ses limites : le débiteur, qui aura à rembourser l'emprunt effectué le plus souvent sur une base mensuelle et pendant plusieurs années, sera placé dans une situation très semblable à celle précédant la réforme, tout en payant des intérêts qu'il n'aurait pas eus, en cas de versement d'une pension alimentaire mensuelle, à assumer.

Le bilan social de la prestation compensatoire semble donc discutable, et les explications du législateur insuffisantes⁹¹⁰. Ne reste, *a priori*, que le succès d'une rupture « radicale » et la moins conflictuelle possible. Et encore faut-il remarquer que ce maigre succès demeure relatif : il suffit, en effet, que le couple ait donné naissance à un / des enfants ne survenant pas encore à ses / leurs besoins, et la séparation entraînera, outre la prestation compensatoire, le versement d'une pension alimentaire destinée non à l'autre parent, mais à chaque enfant, et ce mensuellement. En pareille hypothèse, du fait même de l'existence d'enfants communs, il est tout simplement impossible de procéder, comme espéré, à une rupture « nette » : il demeurera, mois après mois, et ce potentiellement pendant des années voire des dizaines d'années, un lien entre les parents, et des enjeux patrimoniaux, dont on sait d'ailleurs qu'ils donnent lieu à un contentieux important.

341. Si on aborde ensuite le passage à la prestation compensatoire sous l'angle de l'égalité des sexes et des problématiques féministes, on pourrait croire son bilan meilleur, et ce d'autant plus grâce à l'objectivisation des causes de divorce et au fait que la prestation compensatoire, versée sans considération des fautes des époux, pouvait être versée à davantage

⁹⁰⁹ « A défaut de capital ou si celui-ci n'est pas suffisant, la prestation compensatoire prend la forme d'une rente ».

⁹¹⁰ V. à cet égard A.-M. Leroyer, « Faut-il supprimer la prestation compensatoire ? », in *RTD civ.* 2018, p. 369. Dans cet article, l'autrice interroge l'existence de la prestation compensatoire qui « ne fait que prendre acte d'une disparité économique dans les conditions de vie des époux, due notamment à des différences de salaires, de temps passé à l'éducation des enfants ou encore de choix faits pour suivre le conjoint », et qui donc vise à compenser le déséquilibre que font naître, aujourd'hui, tant les règles applicables à l'union matrimoniale, notamment d'un point de vue patrimonial, que les pratiques sociales et intrafamiliales qui reproduisent et renforcent les inégalités entre les hommes et les femmes. Or, il faudrait tâcher, autant que faire se peut, non pas de compenser *a posteriori*, mais de prévenir ces inégalités, en envisageant, notamment, la valorisation des fonctions sociales qui relèvent du *care*, et globalement du travail domestique, d'œuvrer pour une meilleure répartition genrée du travail domestique et parental. Comme l'explique l'autrice, « réduire le risque économique d'un divorce supposerait préalablement de lutter contre la fracture économique entre les hommes et les femmes à la fois dans le monde du travail et dans la famille. Si les deux époux, les deux parents ont une égale autonomie économique grâce à leur travail, et que les deux parents ont une égale implication dans la vie familiale, il est bien évident que le risque économique du divorce sera d'autant moins élevé ».

de personnes que feue la pension alimentaire après divorce. Or, on trouve dans les écrits de Carbonnier lui-même une objection directe à cette affirmation, puisqu'expliquant les raisons d'être du passage à la prestation compensatoire, ce dernier expose que :

« La pension alimentaire n'aurait pu se rencontrer que dans 47% des divorces environ, puisqu'elle était exclue, en droit, quand le divorce était prononcé aux torts réciproques (25,8% des cas) et, en fait, quand il était prononcé aux torts exclusifs de la femme (26,7% des cas). Mais la pension n'était pas obtenue ni même demandée dans tous les cas où elle aurait été possible, et son montant était souvent fort médiocre. Deux phénomènes avaient contribué à faire de la pension un facteur de dramatisation du divorce : la résistance des ex-maris à s'acquitter de leurs dettes à mesure que s'éloignait le passé ; l'instabilité des fortunes, qui faisait que, dans une bourgeoisie jadis aisée, nombre de femmes, après avoir négligé ou dédaigné de solliciter quoi que ce fût au moment du divorce, se retrouvaient un jour fort démunies »⁹¹¹.

Il apparaît donc qu'au rang des justifications principales de la réforme de 1975 figuraient d'une part la résistance opposée par les ex-maris au versement de la pension alimentaire qu'ils devaient, et d'autre part les difficultés rencontrées par les ex-épouses qui, parfois, ayant négligé de demander une pension alimentaire, se trouvaient démunies. Or, si le système adopté en 1975 était plutôt équilibré, puisqu'il acceptait largement la possibilité que soit versée une rente viagère⁹¹², les réformes successives de la prestation compensatoire, notamment en 2000 et en 2004, sont venues, en limitant la possibilité d'opter pour une rente viagère, déséquilibrer l'ensemble, jusqu'à en rendre les solutions critiquables. Le régime légal actuel conduit désormais à mettre en place une prestation compensatoire que la majorité des ex-époux n'ont pas les moyens de verser.

342. Les réformes successives de la prestation compensatoire, en limitant la possibilité d'opter pour une rente viagère, ont donc renforcé le problème contre lequel la loi de 1975 entendait lutter, et la précarité de ceux qui auraient eu besoin d'un soutien financier. Comme l'expliquent Mesdames Bessière et Gollac, « en s'appuyant sur l'idée trop optimiste, sinon fallacieuse, que l'égalité entre les sexes serait désormais acquise, l'un des seuls outils juridiques de compensation des inégalités économiques entre les hommes et les femmes a ainsi été très affaibli. Cette réforme des prestations compensatoires en France a abouti, dans les faits, à une diminution drastique du montant des prestations compensatoires et à une réduction du champ

⁹¹¹ V. J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes ; La famille, l'enfant, le couple*, préc., n°611, p. 1367.

⁹¹² V. article 276 du Code civil, dans sa version issue de la réforme de 1975.

d'application du dispositif aux couples les plus fortunés »⁹¹³. L'introduction de la prestation compensatoire serait, en soi, une bonne réforme, puisque les idéaux qui la portent sont *a priori* bons, mais si et seulement si elle s'intégrait dans un système n'étant pas traversé par des inégalités sociales et / ou entre les sexes. Dans un système inégalitaire, eu égard aux critères posés, elle a pour effet de constituer une forme de caisse de résonance de ces inégalités.

343. D'un point de vue normatif, cette réforme est profondément révélatrice de la nature du mariage, d'une part, et des valeurs portées par le droit de la famille en mariage, d'autre part.

S'agissant de la nature du mariage, l'apparition de la prestation compensatoire en lieu et place d'une forme de survie du devoir de secours marque un clair recul de la vision du mariage indissoluble, une normalisation du divorce (puisqu'on attend de lui qu'il soit rapide, indolore, et qu'il emporte le moins de conséquences possibles pour les ex-membres du couple) et un acte majeur du détournement du législateur français de la conception institutionnelle du mariage. En effet, la logique indemnitaire de la prestation compensatoire met en évidence la logique contractuelle du mariage, parachevée avec l'avènement du divorce sans juge : il est mis

⁹¹³ V. C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital – Comment la famille reproduit les inégalités*, préc. p. 204 et s. Les autrices poursuivent : « Une enquête réalisée deux années après la promulgation de la loi permet de mesurer l'ampleur de l'affaiblissement du dispositif. En 2003-2004, 80 % des nouvelles prestations compensatoires prennent la forme d'un capital, quand 16 % restent sous forme de rente (4 % cumulent les deux). Or les prestations-capital, dont la valeur médiane est proche de 22.000 euros, sont nettement moins élevées que les prestations-rente, dont la valeur médiane est évaluée à 93.000 euros en tenant compte de l'espérance de vie des bénéficiaires. Pourtant les prestations versées sous forme de rente sont payées par des débiteurs aux revenus moins élevés (2.350 euros par mois en moyenne) que ceux des débiteurs de prestation sous forme de capital (2.940 euros par mois). L'interprétation de ces chiffres est claire. Tandis que le système de la rente rendait possibles des versements étalés dans le temps par des débiteurs moins riches, le paiement d'une prestation compensatoire sous forme de capital est réservé aux couples les plus aisés, disposant d'un patrimoine immédiatement disponible au moment du divorce. Avec cette réforme, la compensation des inégalités économiques entre époux devient moins accessible aux couples qui n'avaient pas accumulé un capital conséquent au cours de leur vie commune.

Aujourd'hui, le versement en capital de la prestation compensatoire s'est imposé. Selon les données les plus récentes du ministère de la Justice, en 2013, ce sont neuf prestations sur dix qui sont versées en une fois, ou en versements échelonnés sur une période maximum de huit années. Les prestations compensatoires ne concernent plus qu'un divorce sur cinq. Elles bénéficient prioritairement à des femmes (dans 96 % des cas), plutôt âgées (quarante-huit ans en moyenne), inactives (pour 36 % d'entre elles) et après un long mariage (vingt ans en moyenne). En euros constants, le montant médian de ces prestations compensatoires versées sous forme de capital est de 25.000 euros.

Seules 10 % des prestations compensatoires dépassent 100.000 euros. Une telle dette semble insurmontable pour la plupart des hommes. Elle apparaît modérée quand on considère le cas de femmes qui sont trop âgées pour reprendre une carrière et qui, ayant peu travaillé hors du foyer, touchent une maigre retraite. Prenons le cas d'un dossier jugé dans un tribunal de grande instance de la région parisienne en 2007. Les époux, mariés pendant trente-neuf ans, ont dépassé soixante ans. L'homme, un ancien cadre du secteur aéronautique, vient de prendre sa retraite et touche une pension de 4 000 euros par mois, tandis que celle de sa femme, une ancienne secrétaire à temps partiel, est dix fois moins élevée : 400 euros par mois. Le capital de 100.000 euros que le juge attribue à celle-ci correspond à un montant de 400 euros par mois pendant une vingtaine d'années : en l'ajoutant à sa pension de retraite, cette femme atteindra tout juste le seuil de pauvreté jusqu'à l'âge de quatre-vingts ans, quand son ex-mari percevra, jusqu'à sa mort, une retraite équivalente à deux fois le salaire médian. En somme, même quand le capital est significatif, la prestation imposée à l'ex-époux ne compense généralement que très partiellement la disparité économique entre ex-conjoints, issue de la division genrée du travail durant la vie de couple et actualisée par la séparation.

Une étude statistique récente menée par des économistes permet de généraliser ce constat : on mesure les écarts de niveaux de vie mensuels entre conjoints à la suite d'un divorce, en comptabilisant les ressources respectives des unes et des autres (revenus du travail, de remplacement, de capital, minima sociaux et prestations familiales, pensions alimentaires pour les enfants) rapportées à un nombre d'unités de consommation (ce qui permet de tenir compte des enfants à charge). Dans les jugements de divorce où il n'y a pas de prestation compensatoire, l'écart de niveau de vie à la suite de la séparation est de 32 %. Dans les dossiers où une prestation compensatoire a été fixée, l'écart de niveaux de vie dans le couple après la séparation, mais sans compter la prestation compensatoire, était de 52 %. La prestation compensatoire fixée en capital et rapportée sur huit années (96 mensualités) ne fait descendre cet écart qu'à 40 %.

Ces chiffres sont peu connus. Ils font rarement l'objet de discussions politiques. La société française contemporaine s'accommode du fait que les femmes paient le coût, parfois redoutable, des séparations conjugales ».

fin, par le divorce, et si possible de manière extra-contentieuse, à une relation contractuelle⁹¹⁴. Cette fin étant susceptible de causer un dommage à l'une des parties de nature à justifier le versement d'une indemnité de rupture conventionnelle, fixée en considération d'éléments objectifs propres à la relation : nous ne sommes pas si éloignés, désormais, de la rupture conventionnelle du contrat de travail, et très loin, en revanche, de la conception initiale du mariage et du divorce que portait le Code Napoléon.

Le divorce n'étant plus une faillite mais une étape potentielle dans un parcours de vie, le législateur l'accompagne afin qu'il semble indolore – ce qui n'est, *in fine*, vrai que pour celui qui aurait eu à payer – et simplifié dans sa mise en œuvre – l'abandon de l'intervention du juge étant à cet égard un nouvel abandon des plus faibles, sur l'autel de la simplicité, de la rapidité et des économies budgétaires. Carbonnier ne dit, somme toute, pas autre chose, lorsqu'il conclut, au sujet du capital à verser en cas de divorce : « nos banques seraient-elles incapables d'imaginer ici des formes de crédits ? »⁹¹⁵. Et si un crédit est envisageable, pourquoi pas, demain, une forme d'assurance-divorce, où le divorce pourrait être perçu comme un risque assurable, et où la prestation compensatoire serait prise en charge par l'assurance de l'assuré (ou des assurés, si l'on considère que ce devrait être au couple de s'assurer contre un risque qui, après tout, est commun) ? Tout cela relève encore du droit-fiction, mais il n'en demeure pas moins que cette réforme est porteuse d'un recul de l'institution matrimoniale et d'une facilitation d'une divortialité que l'on pourrait presque qualifier de divortialité « positive », partant d'une fragilisation des unions elles-mêmes⁹¹⁶, le tout dans un système qui ne semble que peu chercher à limiter les conséquences individuelles potentielles des séparations, l'objectif étant d'amoindrir les coûts liés au divorce. Il y a là une forme de paradoxe qu'on ne peut que remarquer.

⁹¹⁴ Sur les limites inhérentes à ce mécanisme, v. not. J. Houssier, « Le divorce extrajudiciaire : premier bilan des avocats et des notaires », in *AJ. Famille* 2018, p. 72, ainsi que J. Houssier, « Première annulation d'une convention de divorce par consentement mutuel extra-judiciaire », in *AJ. Famille* 2024, p. 407.

⁹¹⁵ J. Carbonnier, « La question du divorce – mémoire à consulter », préc., p. 120.

⁹¹⁶ Il ne s'agit pas de dire ici que ce phénomène est une mauvaise chose en soi, puisque l'augmentation de la divortialité est également le signe d'une meilleure attention des membres des couples à leur propre bien-être et à leur épanouissement, d'une part, et d'un abaissement du degré d'acceptabilité de situations problématiques. À ce sujet, v. F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2010, not. p. 70 : « Plus l'adhésion à un système de valeurs dans lequel l'individu doit être soutenu par une institution fermée, par des rôles assez rigides et moins le couple est fragile. Inversement « un projet moderniste paraît nettement associé [...] à un taux de séparation plus élevé. Mais il ne s'agit pas d'un dysfonctionnement plus grand que dans le projet traditionaliste. C'est plutôt une attitude générale – donnant plus de droits à l'individu par rapport au nous-famille – qui autorise plus facilement la perception d'une insatisfaction conjugale d'une part, et la transformation de celle-ci en divorce d'autre part » (J. Kellerhals, N. Languin, J-F. Perrin, G. Wirth (1985), « Statut social, projet familial et divorce », *Population*, n°6). Le divorce est contenu, en quelque sorte, dans certaines unions alors que dans d'autres il ne fait guère partie des possibles. Bon nombre de couples de la seconde modernité recherchent non la solidité en soi de leur couple, mais les satisfactions psychologiques tirées de la vie à deux. L'amour, support de la vie à deux, l'a fragilisé incontestablement pour valoriser d'autres éléments que la stabilité ».

344. S'agissant des valeurs portées par le droit de la famille en mariage, ensuite, l'introduction de la prestation compensatoire témoigne, tant en pratique que d'un point de vue symbolique, non seulement de l'avènement de l'individualisme dans le couple, mais aussi et ce point-là semble préoccupant, d'un considérable recul de la responsabilité. Car en la matière, l'acquisition de la liberté post-divorce s'est faite au prix d'une déresponsabilisation – en pratique – des ex-maris qui, libérés de la continuation du devoir de secours après divorce, n'ont plus à perpétuer un engagement, pris au moment du mariage, d'être solidaire du destin de l'autre.

Tout cela ne serait pas un problème, nous l'avons déjà dit, si les inégalités entre les sexes et les inégalités sociales appartenaient au passé. Car la réforme de 1975 et ses réformes successives sont aussi, en la matière, porteuses d'un idéal et d'une forme d'utopie qui est l'égalité entre les hommes et les femmes. L'une de leurs justifications principales repose sur un argument qui semble marqué au coin du bon sens : puisque les femmes, désormais, travaillent, l'image d'Épinal de la mère au foyer appartiendrait au passé, les ex-épouses auraient des revenus semblables à ceux de leurs ex-époux, et n'auraient donc plus autant qu'avant besoin d'une pension alimentaire après divorce.

345. Mais cet argument est tout simplement faux.

Faux tout d'abord d'un point de vue historique : comment est-il seulement possible de soutenir un pareil argument alors qu'en 1975, cela ne faisait que 10 ans que les épouses avaient le droit de travailler et d'avoir un compte en banque sans l'autorisation de leur mari ? Cette simple temporalité rendait cette réforme à tout le moins prématurée⁹¹⁷, car elle est alors susceptible de porter préjudice à des femmes qui n'avaient que jamais ou peu travaillé, du fait même de la loi. On peut, pour être moins sévère, estimer que cette réforme portait l'espoir d'une amélioration de la situation, et marquait, à ce titre, un jalon dans la lutte pour l'égalité entre les hommes et les femmes. L'argument n'est d'ailleurs pas absent de la pensée féministe, et certains et certaines, aujourd'hui, se prononceraient d'ailleurs pour une suppression de la prestation compensatoire au nom même de la liberté de la femme, la prestation compensatoire étant alors présentée comme le symbole d'une soumission ou en tout cas d'une dépendance aux

⁹¹⁷ Et l'on sait d'ailleurs que les résistances de la part des juges du fond furent nombreuses, et qu'ils furent nombreux à ordonner de manière dérogatoire des prestations versées sous forme de rentes, ce qui conduisit le législateur à intervenir à diverses reprises pour consolider le principe de la prestation compensatoire, pourtant désavoué par une partie de la pratique.

hommes⁹¹⁸. On peut toutefois penser que, à supposer qu'elle existe réellement⁹¹⁹, la possibilité même d'avoir un tel raisonnement serait un privilège de classe. Si l'on ne peut, en outre, que croire aux vertus normatives de la loi, en ce sens qu'elle peut faire évoluer les comportements individuels, il est impensable qu'une telle évolution soit intervenue en quelques années seulement, *a fortiori* s'agissant d'une institution – le mariage – ou la division sexuelle du travail et la répartition des rôles dans le couple sont si profondément ancrées, et depuis tant d'années.

346. Faux, ensuite et surtout, d'un point de vue sociologique : non seulement les femmes gagnent moins que les hommes à emploi égal, mais elles travaillent également moins qu'eux, de sorte que la situation des femmes ne peut tout simplement pas être, de bonne foi, comparée à celle des hommes sur le marché du travail, et les facteurs aggravants (faible niveau d'éducation, enfants) sont nombreux.

Quelques données statistiques à titre d'exemple :

- En 2011, 30 % des femmes travaillent à temps partiel contre 6 % des hommes⁹²⁰.

⁹¹⁸ Même si l'existence de tels argumentaires est régulièrement évoquée, il est relativement malaisé d'en trouver la trace. Est ainsi régulièrement convoquée l'affirmation de la députée D. Bousquet, qui dans le cadre des travaux préparatoires de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, a affirmé « que le caractère alimentaire de la prestation compensatoire était discutable et que le versement sous forme de capital représentait la solution la plus appropriée », « souhaité que la rente viagère, nécessaire dans certains cas, demeure exceptionnelle, sur le plan des principes » et « enfin considéré que la plupart des femmes exerçant désormais une activité professionnelle, une prestation à caractère alimentaire serait maintenant humiliante » (Assemblée nationale, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, compte rendu n° 5, mardi 25 janvier 2000, séance de 10h). Mais, d'une part, un tel propos (v. par exemple la tribune d'O. Uzan dans *Le Monde en ligne* du 28 mars 2019, « Dans les milieux aisés, les femmes divorcées pourraient assumer leur indépendance financière », dont on peut toutefois remarquer qu'elle ne concerne que les milieux aisés) est assez isolé, et une recherche rapide permet de réaliser que, quantitativement, l'immense majorité des auteurs et autrices voient dans la prestation compensatoire un outil d'une justice de genre (v. à titre d'exemple, A. Revillard, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? – Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », in *L'Année sociologique*, volume 59, 2009, p. 345). D'autre part et surtout, cette citation, tirée de son contexte et régulièrement tronquée, semble détournée de son sens initial : bien loin de critiquer le principe même de la prestation compensatoire, la députée en discutait les modalités seules, et exposait une faveur, que l'auteur de ces lignes ne partage pas, pour un versement en capital.

⁹¹⁹ Car pour l'essentiel, la littérature disponible tend plutôt à défendre un point de vue bien plus nuancé, qui est que des mécanismes tels que la prestation compensatoire constituent des palliatifs nécessaires à un système inégal qui pénalise les femmes, notamment en ne valorisant pas le travail domestique, mais insuffisant, en ce qu'il faudrait tendre à une disparition de ces inégalités. V. à ce sujet C. Bessière et S. Gollac, préc. ou encore A.-M. Leroyer, « Réduire les asymétries de genre dues au divorce », in *Population*, volume 71, 2016, p. 53, qui relève que : « À cet égard, le droit français a plutôt opté pour un système de justice redistributive, destiné à compenser les inégalités économiques issues de la division sexuée du travail au sein de la famille. Cette justice redistributive inspire les règles du partage du régime matrimonial de communauté légale, puisqu'il est fait pot commun des gains et salaires et des biens achetés pendant le mariage. Cette même idéologie a incité à la prise en compte, parmi les éléments permettant de fixer la prestation compensatoire, des conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune ou des choix faits pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne (art. 271 du Code civil). On pourrait de prime abord se féliciter des mesures permettant de compenser les inégalités qui résultent de l'investissement des femmes dans la vie familiale. Cela étant, l'ambivalence de ces dispositions est très largement soulignée. En effet, ces mesures peuvent paraître à la fois favorables aux femmes, car leur donnent la possibilité de divorcer puisqu'elles se voient alors dotées d'une certaine autonomie financière, et défavorables, puisqu'elles s'inscrivent dans une perspective simplement compensatrice, confortant sinon occultant le surinvestissement des femmes dans la famille par rapport aux hommes (Pichard, 2014 ; Revillard, 2011). Le problème est que ce genre de critique conduit nécessairement à une impasse, car on voit bien que la prise en compte du travail domestique et parental est à la fois un facteur d'équité et de maintien des inégalités. Cela résulte de l'idéologie adoptée pour couvrir le risque économique du divorce, qui est simplement compensatrice ».

⁹²⁰ H. Guedj, « Le taux d'emploi des hommes et des femmes - Des écarts plus marqués en équivalent temps plein », in *Insee Première* n°1462, 2013.

- En 2011, « le taux d'emploi en équivalent temps plein des jeunes femmes sans diplôme n'atteint pas 30 % contre près de 80 % pour les jeunes femmes diplômées du supérieur. Les femmes peu diplômées, qu'elles aient ou non des enfants, peinent davantage que leurs homologues masculins et que les femmes plus diplômées à trouver un emploi et à l'exercer à temps plein »⁹²¹.
- En 2016, parmi les personnes concernées par un emploi à temps partiel, plus de 80% étaient des femmes⁹²².
- En 2016, « le revenu salarial annuel moyen d'une femme salariée du secteur privé et de la fonction publique s'élève à 17 950 euros, soit 23,4 % de moins qu'un homme salarié. Cet écart s'explique en partie par des différences de volume de travail entre les femmes et les hommes, qui ne relèvent pas d'écarts salariaux *stricto sensu*. En équivalent temps plein, l'écart de salaire net annuel moyen se réduit à 17,5 % »⁹²³.
- En 2017, « le taux d'emploi dans l'Union européenne [...] est plus élevé pour les hommes (72 %) que pour les femmes (61 %). Une différence qui s'accroît avec le nombre d'enfants. Le taux d'emploi des femmes sans enfant s'élève en 2016 à 65 % contre 73 % pour les hommes. Avec un enfant, on mesure une augmentation, avec 71 % pour les femmes et 85 % pour les hommes. Avec deux enfants, le taux d'emploi reste à 70 % pour les femmes, et monte à 89 % pour les hommes. Avec trois enfants ou plus, le taux d'emploi baisse à 55 % pour les femmes, 84 % pour les hommes »⁹²⁴.
- En 2017, « les femmes résidant en France perçoivent une pension de retraite de droit direct inférieure de 41,7 % à celle des hommes »⁹²⁵.
- En 2018, « les femmes qui travaillent sont près de quatre fois plus souvent à temps partiel que les hommes : 28,8 % des salariées de 15 à 64 ans (hors apprenties) contre 7,8 % pour les hommes. Pour les femmes, le recours au temps partiel augmente avec le nombre d'enfants à charge, alors que ce facteur a peu d'influence sur le travail à temps

⁹²¹ *Idem*.

⁹²² Insee références, *Emploi, chômage, revenus du travail*, édition 2017, p. 114.

⁹²³ Insee, *Tableaux de l'économie française*, rubrique « Femmes et hommes », édition 2020.

⁹²⁴ « Inégalités : plus les femmes ont d'enfants, moins elles ont de travail, 25 février 2021, ressource accessible en ligne (URL : <https://www.femininbio.com/societe/actualites-et-nouveautes/inegalites-plus-les-femmes-ont-denfants-moins-elles-ont-de-travail-56790>, page consultée pour la dernière fois le 11 janvier 2023).

⁹²⁵ Insee, *Tableaux de l'économie française*, rubrique « Femmes et hommes », édition 2020.

partiel masculin. Ainsi, 40,9 % des femmes salariées en couple avec au moins trois enfants à charge travaillent à temps partiel contre seulement 7,8 % des hommes »⁹²⁶.

- En 2020, « les femmes occupent plus souvent que les hommes des emplois moins qualifiés : en 2018, 25,9 % des femmes en emploi occupent des postes d'employés ou d'ouvriers non qualifiés, contre 15,0 % des hommes. À l'inverse, elles sont moins souvent cadres (15,7 % contre 20,8 % des hommes) »⁹²⁷.

Les chiffres permettent donc d'affirmer que la rémunération des femmes demeure inférieure à celles des hommes, de manière significative, que leurs droits à la retraite le sont également, que le faible niveau de qualification ou la présence d'enfants conduisent à davantage de chômage ou de travail à temps partiel pour les femmes que pour les hommes, que les femmes occupent en général des emplois moins qualifiés ou de rang hiérarchiquement inférieurs, et qu'elles sont davantage concernées par le travail à temps partiel. Cela se répercute directement, évidemment, sur leurs droits sociaux, ainsi que sur leurs droits à la retraite. Il est donc tout à fait faux de prétendre que les femmes travaillent autant que les hommes, et surtout bénéficient autant que les hommes du résultat de leur activité professionnelle d'un point de vue strictement patrimonial : la division sexuelle du travail, la prise en charge du travail domestique par les femmes pénalisent ces dernières sur un plan pécuniaire, ce qui les conduit à souffrir davantage que les hommes des conséquences des séparations. Les présupposés à la mise en œuvre de la prestation compensatoire dans sa forme actuelle, ultérieure aux réformes des années 2000, sont donc, du point de vue du rôle des femmes dans la société, tout simplement faux.

347. Reste à déterminer si la loi de 1975, parmi d'autres facteurs, a pu participer d'une politique publique visant à favoriser l'activité professionnelle des femmes. Il est à ce titre indéniable que depuis 1975, le taux d'emploi des femmes a fortement augmenté⁹²⁸. Cependant, les inégalités actuelles demeurent, et cette évolution est, on peut l'observer, accompagnée d'une forte augmentation du travail à temps partiel, qui concerne très majoritairement les femmes. En outre, nous avons déjà évoqué le fait que la présence d'enfants était, en la matière, un facteur aggravant : c'est également le cas pour ce qui est des situations post-rupture. On sait désormais que le cas des familles monoparentales est un cas extrêmement préoccupant, d'un point de vue

⁹²⁶ *Idem.*

⁹²⁷ *Idem.*

⁹²⁸ V. not. H. Martin, « Après plusieurs décennies de forte progression, le taux d'emploi des femmes commence à stagner en France », in *Population et Sociétés*, n° 606, Décembre 2022.

socio-économique⁹²⁹. Pour toutes ces raisons, le passage à la prestation compensatoire, si on croise la liste de ceux qui, matériellement, peuvent fournir un capital et celle de ceux (et, on l'aura compris, plutôt celles) qui pourraient en avoir besoin, semble techniquement inadéquat.

348. Restent cependant, lorsque l'on regarde la prestation compensatoire, quelques éléments positifs. Le fait est, notamment, que bien qu'il s'agisse davantage d'un idéal ou d'un vœu pieu qu'elle ne se donne pas les moyens d'atteindre, l'apparition de la prestation compensatoire témoigne d'un véritable souhait d'égalité entre les hommes et les femmes. L'idéal qui sous-tend cette réforme, la volonté de « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective » est noble et souhaitable : ce n'est que la méthode choisie qui soulève, ici, des difficultés, et le bilan actuel de cette institution en est le reflet. D'après les statistiques du ministère de la Justice⁹³⁰, en effet, en 2013, une prestation compensatoire n'a été accordée que dans 19% des divorces, alors même qu'elle avait été demandée dans 84% des cas. Cela signifie-t-il qu'il n'y a de disparités entre les situations patrimoniales des époux que dans moins d'un cas sur cinq ? Alors que l'âge moyen du bénéficiaire est de 48,3 ans et que la durée moyenne du mariage ayant donné lieu au divorce est de 20 ans, la prestation compensatoire accordée en capital, quand elle l'est, n'est que d'un montant médian de 25.000 euros. Cela fait à peine plus de 100 euros par mois de mariage. Peut-on en conclure que, dans les conditions précédemment rappelées d'inégalité entre les hommes et les femmes par rapport au marché du travail, de division sexuelle du travail et de prise en charge du travail domestique par les femmes, ces 100 euros sont une compensation

⁹²⁹ V. C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital - Comment la famille reproduit les inégalités*, préc. p. 238 s. : « Malgré [d]es différences importantes, dans les classes populaires, une séparation conjugale constitue toujours une épreuve biographique particulièrement déstabilisante sur le plan économique. Cette épreuve accroît la pauvreté des personnes les plus démunies ; elle a aussi pour conséquence de faire basculer dans la précarité des personnes qui jusque-là s'en sortaient matériellement. Cette fragilisation économique concerne surtout les femmes. Dans les classes populaires aussi, les femmes ont des ressources plus faibles que leur conjoint. C'est même dans les couples les moins fortunés de la société française que les écarts de revenus entre partenaires conjugaux sont les plus importants. En 2011, selon une enquête de l'INSEE sur les revenus fiscaux des ménages, les écarts de revenus entre hommes et femmes sont les plus prononcés dans les trois premiers déciles de la distribution des revenus, c'est-à-dire parmi les 30 % de couples hétérosexuels dont les revenus sont les plus modestes (moins de 30.000 euros par an pour le ménage). C'est parmi les 10 % des couples qui touchent moins de 17.000 euros par an que l'on trouve la plus forte proportion de femmes inactives qui ne perçoivent aucun revenu, de femmes qui sont au chômage ou à temps partiel. Dans cette tranche de la population, seulement 11 % des femmes ont un emploi à temps complet. Les ruptures conjugales ont en conséquence un effet dévastateur sur le niveau de vie des femmes de classes populaires, surtout lorsqu'elles sont mères. La catégorie administrative des « familles monoparentales » est composée dans plus de huit cas sur dix d'une mère élevant seule ses enfants, à la suite d'une séparation. [...] Une famille monoparentale sur cinq est en dessous du seuil de pauvreté, contre seulement 7 % des personnes vivant en couple et 13 % des personnes seules. [...] Ce sont ces familles, plus que tous les autres types de ménages (couples avec ou sans enfants, personnes seules), qui ont le plus de difficultés à payer leur loyer, à honorer à temps leurs factures d'électricité, d'eau, de gaz, de téléphone, ou encore à vivre dans un logement adapté [...]. Les familles monoparentales doivent se serrer la ceinture au quotidien. L'INSEE enregistre annuellement les restrictions de consommation des différents types de ménages. En 2016, 42 % des familles monoparentales n'ont pas les moyens de se payer une semaine de vacances en dehors de chez elles (y compris dans la famille ou chez des amis) ; 47 % n'ont pas les moyens de remplacer leurs meubles hors d'usage ; 25 % n'ont pas les moyens d'acheter des vêtements neufs ; 18 % n'ont pas les moyens de manger de la viande ou du poisson tous les deux jours ; 21 % n'ont pas les moyens de recevoir leurs parents ou leurs amis ; 18 % n'ont pas les moyens de faire des cadeaux à leurs proches au moins une fois par an ; 16 % n'ont pas les moyens de posséder deux « bonnes » paires de chaussures ; 9 % déclarent ne pas avoir fait un repas complet pendant au moins une journée entière dans les deux semaines précédentes, par manque d'argent. Sur l'ensemble des questions portant sur la consommation, les familles monoparentales sont celles qui déclarent se restreindre le plus ».

⁹³⁰ Z. Belmokhtar et J. Mansuy, « En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital », in *Infostat Justice*, n°144, septembre 2016.

satisfaisante ? Il semble plutôt qu'au vu des modalités de versement de la prestation compensatoire, seul ce montant peut être accordé⁹³¹. C'est donc, si on souhaite que cet objectif puisse être réellement atteint, à un changement de méthode qu'il faut procéder, *de lege ferenda*.

⁹³¹ Notons que les modalités de révision de la prestation compensatoire, prévues par les articles 275 et suivants du Code civil, ne sont pas de nature à introduire davantage de justice pour le créancier de la prestation, puisque l'article 276-3, alinéa 2, du Code civil, dispose expressément que « La révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge ». Seule une révision en faveur du débiteur peut donc être envisagée, ce qui tend à démontrer une fois de plus que la prestation compensatoire n'est pas un outil de justice sociale adéquat.

Sous-section 2. De lege feranda

349. S'il s'agit d'envisager une réforme de la prestation compensatoire⁹³², il est possible de repartir des dispositions des articles 271 et 275 et suivants du Code civil, le premier permettant de mieux saisir les critères pris en compte pour l'évaluation de la prestation compensatoire, et les seconds permettant d'en dessiner les contours au stade de l'exécution.

S'agissant des critères posés par l'article 271 du Code civil, si certains sont relativement classiques (prise en compte de l'âge, de l'état de santé, du patrimoine, du degré de qualification et de l'activité professionnelle), d'autres permettent en réalité déjà, en théorie, de contrebalancer les effets néfastes de la division sexuelle du travail et des inégalités entre les genres. C'est le cas, notamment, lorsque sont évoquées, d'une part « les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne » et d'autre part « leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa ». Ainsi, les critères d'évaluation, par eux-mêmes, permettent d'une certaine manière de mettre en évidence la division du travail réalisée au sein du couple, et sont susceptibles de valoriser, notamment, le travail domestique. Ce n'est donc pas, en tout cas pas en premier lieu, ces critères qui doivent être revus.

350. S'agissant, en revanche, des modalités d'exécution de la prestation compensatoire, l'étude des articles 270 – qui pose le principe d'un versement en capital – et 275 et suivants – qui prévoient divers aménagements et dérogations – appelle davantage de remarques. En effet, en posant des palliatifs aux défauts exposés du principe du versement en capital, soit en proposant un échelonnement des paiements sur 8 années au plus, soit en ouvrant la possibilité qu'une rente viagère soit, au regard de certaines circonstances, ordonnée, le Code civil outille le juge, *a priori*, pour permettre qu'une meilleure compensation soit offerte après divorce. Cependant, et ce fut, rappelons-le, le sens même des réformes successives de la loi de 1975, ces possibilités demeurent peu usitées : d'après les statistiques du Ministère de la Justice, en 2016,

⁹³² Dont la suppression, précisons-le, ne semble pas envisageable au regard des données précédemment exposées. V dans le même sens C. Nozay, « « Il n'y a pas de vol entre époux » : la prestation compensatoire en droit français », in *Droit et société*, vol. 73, 2009, p. 725, qui conclut (point n°81) que : « on n'est pas loin actuellement d'un mécanisme qui maintient la domination masculine tout en masquant la violence qui la fonde ».

seules 28,5% des condamnations à verser un capital donnent lieu à un échelonnement – lequel permet pourtant qu’une somme supérieure soit allouée – et seules 10,5% des décisions donnent lieu au versement d’une rente – ce qui signifie que seuls 2% des divorces donnent lieu au versement d’une telle rente⁹³³. Il est certainement, notamment pour les couples les plus aisés, ou pour les couples dont les membres ont des situations patrimoniales suffisamment proches pour que le déséquilibre ne soit pas significatif, des cas où le principe actuel du versement d’un capital pas ou peu échelonné convient.

351. Reste à traiter des autres cas.

En la matière, l’exemple canadien et québécois est riche d’enseignements⁹³⁴. Le ministère de la Justice du Canada a publié, sous la direction de C. Rogerson et de R. Thompson, des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*⁹³⁵, qui permettent d’en saisir les grandes lignes. La première grande différence qui apparaît entre notre système et le système canadien est la subsistance, en droit canadien, d’un droit aux aliments après divorce. Une pension alimentaire peut donc continuer à être versée après divorce, ce qui est naturellement une première piste de réflexion intéressante, car elle permet au juge d’user d’outils adaptés à certaines situations et notamment lorsque le versement d’un capital est inenvisageable, *a fortiori* après un long mariage : nous y reviendrons. De manière plus surprenante pour le juriste français, existe selon les auteurs une distinction claire et assumée entre une pension alimentaire compensatoire et une pension alimentaire non compensatoire⁹³⁶ :

« Les demandes compensatoires sont fondées soit sur la perte ou le désavantage économique découlant du mariage pour l’époux bénéficiaire en raison des rôles adoptés au cours du mariage, soit sur le fait que ce dernier procure un avantage économique à l’époux payeur sans compensation adéquate. Les éléments fréquents des demandes compensatoires comprennent : le fait de rester à la maison pour s’occuper des enfants à temps plein ou à temps partiel, le fait d’être la source secondaire de revenu, être principalement responsable des enfants après la

⁹³³ Z. Belmokhtar et J. Mansuy, « En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital », préc.

⁹³⁴ Sur le sujet, v. S. Ougier, *L’alimentaire et l’indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce – étude comparée de droit français et de droit canadien*, thèse réalisée sous la direction de Monsieur le professeur Champenois et soutenue le 5 octobre 2015 à l’Université Panthéon-Assas.

⁹³⁵ C. Rogerson et de R. Thompson, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Guide d’utilisation révisé*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la Justice du Canada, Avril 2016.

⁹³⁶ Précisons que cette pension alimentaire n’est pas exclusive d’une prestation compensatoire, qui peut également être décidée.

séparation, avoir déménagé pour la carrière du payeur, avoir soutenu le payeur pendant ses études ou sa formation, et le fait de travailler principalement pour l'entreprise familiale »⁹³⁷.

« Les demandes non compensatoires sont des demandes qui se fondent sur les besoins. Il peut s'agir de l'incapacité à pourvoir à ses besoins essentiels, mais on interprète généralement que les besoins renvoient également à une baisse importante du niveau de vie par rapport à la norme constatée au cours du mariage. La pension alimentaire non compensatoire tient compte de l'interdépendance économique qui découle de la vie commune, y compris des aspects importants de confiance et d'attentes, que l'on peut résumer par l'expression « fusion au fil du temps ». Les éléments fréquents des demandes non compensatoires comprennent : la durée de la relation, la baisse importante du niveau de vie du demandeur après la séparation, et des difficultés économiques éprouvées par le demandeur »⁹³⁸.

Ces deux conceptions permettent de mettre en évidence, semble-t-il, les tensions économiques qui sont à l'œuvre au moment du divorce. On le comprend, le droit français semble, en réalité, épouser cette double conception, sans toutefois la faire apparaître aussi clairement : la prestation compensatoire correspond clairement aux demandes compensatoires, et à elles seules, quand le versement d'une rente au sens de l'article 276 du Code civil correspond, peu ou prou, à une forme – minimale certes – de demande non compensatoire, puisqu'est pris en compte le besoin du créancier. Le grand avantage de cette distinction, surtout, est de mettre en évidence une différence de fondement : or, à des fondements différents peuvent correspondre des solutions différentes, d'un point de vue technique, et c'est potentiellement en ce sens que pourrait s'orienter la réflexion en ce qui concerne le droit français : ainsi, l'état de besoin ne saurait se satisfaire d'un versement sous forme de capital présenté comme principe, d'autant que d'un point de vue socio-économique, une telle situation se rencontre principalement dans des familles où le versement d'un capital est impossible par manque d'épargne.

352. Troisième originalité aux yeux du juriste français, existe en droit canadien la possibilité, pour le juge, de moduler le temps de versement de la pension alimentaire après divorce. Différentes situations existent ici. En cas de mariage « court » (moins de 20 ans), tout d'abord, et sauf exception liée à l'âge des divorcés, la pension alimentaire allouée sera limitée dans le temps (ce qui peut, soit revenir au versement échelonné d'une prestation compensatoire

⁹³⁷ *Idem*, p. 7.

⁹³⁸ *Idem*, p. 8.

au sens de l'article 275 du Code civil, bien que la possibilité de moduler semble plus élevée, soit permettre d'ordonner une période de transition pendant laquelle le créancier recevra, de la part du débiteur et si besoin, un soutien financier). Lorsque, toutefois, la relation a duré plus de 20 ans, ou lorsque la somme des années de la relation et de l'âge du bénéficiaire à la date de la séparation est égale ou supérieure à 65, cette pension alimentaire peut être prononcée de façon illimitée⁹³⁹. Elle prend alors la forme d'une pension alimentaire classique, même après divorce.

353. Dernière originalité et non des moindres : le partage du régime de retraite⁹⁴⁰. Au Québec, notamment, le patrimoine familial partagé au moment de la séparation du couple comprend, outre les éléments de patrimoine plus classiques tels que les biens meubles et immeubles, les droits accumulés au régime de rentes du Québec, autrement dit les droits à la retraite accumulés par chacun des membres du couple durant l'union. Tout se passe, concrètement, comme si les droits à la retraite étaient des acquêts, intégrés au patrimoine, devant être partagés. La proposition est, une fois ainsi présentée, parfaitement logique : comme tous les autres acquêts, ces droits à la retraite sont en quelque sorte des biens dont l'acquisition a été rendue possible du fait de l'activité cumulée des membres du couple, de sorte qu'il ne serait pas juste qu'en cas de rupture, seul un des membres du couple en profite.

Cette solution est particulièrement adaptée pour les déséquilibres causés par la répartition sexuée du travail, et permet en outre d'alléger quelque peu la fonction donnée à la prestation compensatoire après divorce : puisque les droits à la retraite sont partagés, le fait de verser des sommes très importantes ou des rentes longues « en prévision des vieux jours » se justifie moins.

354. Ce mécanisme d'inclusion des droits à la retraite dans le patrimoine familial peut, d'une certaine manière, faire penser à la pension de réversion de droit français. Toutefois, la différence de nature est ici essentielle. Là où la pension de réversion est un droit indirect, qui

⁹³⁹ *Idem*, p. 32 à 35. Les auteurs précisent à ce sujet que « Nombreux sont ceux qui interprètent mal cette expression. Une pension alimentaire illimitée n'est pas nécessairement permanente. L'expression signifie simplement qu'aucune durée n'a pu être déterminée au moment où l'ordonnance a été rendue ou l'entente a été établie. En outre, cela ne signifie certainement pas que la pension alimentaire demeurera de manière indéfinie au niveau fixé au moyen de la formule, puisque de telles ordonnances sont susceptibles d'être modifiées ou révisées si les circonstances changent avec le temps. Dans les Lignes directrices facultatives, nous avons adopté l'expression « illimitée (durée non précisée) » pour exprimer le fait que les ordonnances de durée illimitée peu vent faire l'objet de modifications et d'une révision. Au terme du processus de modification et de révision, les ordonnances peuvent même être soumises à des limites de durée, voire il peut y être mis fin, à la suite de changements du revenu, de la retraite, d'une nouvelle union ou de considérations relatives à l'indépendance économique ; ces aspects sont tous exposés dans des sections distinctes ci-dessous » (p. 34-35).

⁹⁴⁰ À ce sujet, v. Commission de la construction du Québec, *Partage du régime de retraite en cas de rupture* (ressource accessible en ligne. URL : https://www.ccq.org/-/media/Project/Ccq/Ccq-Website/PDF/Retraite/PD_5030F_1812.pdf).

permet au conjoint survivant de percevoir, au décès de son époux ou de son épouse, une fraction de la pension dont ce(tte) dernier(e) était titulaire, l'idée étant de « de compenser la perte de revenus que le conjoint survivant subit du fait du décès de son époux »⁹⁴¹, l'inclusion des droits à la retraite dans le patrimoine familial permettrait de faire naître, pour le conjoint survivant, des droits propres.

Cette distinction est essentielle, *a fortiori* lorsque l'on considère que le versement d'une pension de réversion est conditionné à des seuils de ressources et d'âge qui peuvent, comme ce fut récemment le cas, être modifiés⁹⁴². Autrement dit, là où la pension de réversion est perçue comme une prestation sociale, l'inclusion des droits à la retraite dans le patrimoine familial en ferait des droits. Ainsi envisagés, les droits à la retraite du conjoint survivant non seulement le protègent de la volonté du pouvoir réglementaire, mais le restaurent également dans la dignité du travail par lui accompli, qu'il soit professionnel, domestique ou parental. En effet, là où la pension de réversion apparaît comme un palliatif destiné à compenser des inégalités économiques ayant pu naître pendant le mariage, l'inclusion des droits à la retraite dans le patrimoine familial permettrait de prévenir les inégalités, en limitant aussi bien les risques liés à la mortalité qu'à la séparation, dans une optique de prise en considération de la répartition genrée des tâches professionnelles, domestiques et parentales. Cet outil apparaît donc comme un outil de justice sociale et de réduction des inégalités entre les hommes et les femmes, que la pension de réversion échoue à être.

355. À la lumière de ces brefs éléments de droit comparé et des limites précédemment relevées du droit français actuel en la matière, il est possible d'envisager quelques évolutions, en adoptant avant toute chose la distinction, proposée en droit canadien, entre demandes compensatoires et demandes non compensatoires, ce qui imposerait au juge, au moment de statuer, de préciser sur quel fondement il accorde une mesure, étant naturellement précisé que les demandes mixtes - compensatoires et non compensatoires – devraient être admises.

1. Dans le cas des demandes compensatoires, il conviendrait de donner davantage de marge de manœuvre aux juges pour échelonner le paiement de la prestation compensatoire en capital. Le principe du capital devrait demeurer, mais il convient

⁹⁴¹ Conseil constitutionnel, décision n°2011-155 du 29 juillet 2011.

⁹⁴² V. articles L. 353-1 s., R. 353-1 s. et D. 353-1 s. du code de la sécurité sociale.

de prendre acte qu'un tel versement nécessite une capacité d'épargne certaine que n'ont pas tous les foyers, de sorte que l'attribution de biens à titre de prestation compensatoire et le versement d'un capital échelonné devraient pouvoir être encouragés. Il convient cependant de remarquer que dans les cas où le versement d'un capital n'est pas possible, il est fort probable que les demandes ne soient pas purement compensatoires, mais liées à un état de besoin, ce qui permet alors de basculer sur des solutions plus adaptées.

2. Dans le cas des demandes non compensatoires, c'est-à-dire liées à un état de besoin, il serait envisageable de réintroduire la possibilité de décider du versement d'une pension alimentaire après divorce, mais présentant des spécificités de nature à en faire une mesure d'accompagnement, de transition, sauf exceptions⁹⁴³. C'est ainsi qu'il est proposé que cette pension alimentaire après divorce puisse être, comme en droit canadien, limitée dans le temps, seules les unions longues permettant d'envisager une pension viagère : on pourrait, retenir une durée de 10 ans, sur le modèle de l'usucapion de l'article 2272, alinéa 2, du Code civil. En effet, il semble qu'au bout de 10 ans d'union, il existe une forme d'espérance légitime qui est de nature à ouvrir un droit viager. S'agissant de la possibilité de retenir un seuil d'âge, proposition est faite d'indexer celui-ci sur l'âge légal de départ à la retraite : c'est en effet à cet âge que la persistance ou non d'un état de besoin y compris dans la retraite peut se révéler, d'autant plus que l'introduction, en droit français, du partage des droits à la retraite acquis par les membres du couple pendant la durée de l'union, permettrait de limiter les besoins en la matière. Enfin, il est proposé de soumettre cette pension alimentaire après divorce aux règles de l'article 276-3 du Code civil, afin de ne pas laisser subsister ce lien au-delà de l'état de besoin consécutif à la séparation, le seul pertinent en la matière.
3. Enfin, il est proposé dans tous les cas, et cela permettrait de moduler les effets des deux précédentes propositions, de rénover le droit des régimes matrimoniaux pour y

⁹⁴³ Pour cette raison, il semble que les pensions alimentaires après divorce devraient, dans le cadre des unions « courtes », c'est-à-dire d'une durée inférieure à dix ans, être réservées au cas où un besoin survient dès la rupture de l'union. Seules les unions longues, d'une durée supérieure à dix ans, ou celles qui interviennent après le seuil d'âge prévu, pourraient alors donner lieu à versement d'une pension dans le cas où un état de besoin apparaîtrait ultérieurement. Dans les deux cas, il convient en outre de réserver l'hypothèse dans laquelle l'ex-époux ou l'ex-épouse n'aurait pas été sollicité pour des raisons autres qu'une absence de besoin, par exemple du fait de l'intervention d'un autre débiteur d'aliments, ou parce que la personne créancière d'aliments a préféré s'endetter que de solliciter une aide.

introduire la règle selon laquelle il convient de considérer les droits à la retraite comme des biens acquis lors du mariage pour la période qui concerne le mariage : ces droits devront donc être partagés au moment du divorce, puisqu'il s'agit d'acquêts.

356. L'adoption de ces ajustements aurait des bienfaits divers. D'une part, la réintroduction d'une forme de responsabilisation dans le couple, conforme à l'idéal de liberté. D'autre part, une meilleure effectivité des valeurs qui sous-tendent le droit de la famille contemporain, pour l'heure quelque peu neutralisées pour de pures raisons techniques. Enfin, cette réactivation de la responsabilité individuelle et familiale permettrait de soulager la solidarité collective, qui en la matière ne semble pas être subsidiaire – les juges préférant souvent ne condamner à verser aucune prestation compensatoire, de sorte que ce sont les prestations sociales qui viennent au secours des potentiels créanciers alimentaires, plutôt que les potentiels débiteurs. Ils pourraient, pourtant, avoir une pratique différente, et prononcer des condamnations plus importantes et partant davantage susceptibles d'être réellement compensatoires. On peut alors se demander si, dans une perspective d'évolution du droit de la famille contemporain, ces règles ne devraient pas, pour partie, être étendues au couple non marié, qui souffre actuellement d'un flagrant manque de protection face à la rupture.

Section 2. Les palliatifs à l'absence de protection du couple non marié

357. Contrairement au couple marié, qui bénéficie d'une protection spécifique en cas de séparation, l'examen de la situation du couple non marié impose un constat : celui de l'absence de mesures équivalentes. En effet, la prestation compensatoire est un mécanisme qui n'existe que dans le cadre du divorce, et qui demeure donc une spécificité de l'union matrimoniale, dont sont privés les couples pacsés et les concubins. Pourtant, ces séparations ne sont pas moins durement vécues par les membres de ces couples, ce qui justifie que soient étudiés à la fois les solutions actuelles (**Sous-section 1**) et les possibles aménagements futurs (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. De lege lata

358. Nous avons déjà eu l'occasion de consacrer de longs développements à l'existence, ou non, d'une obligation alimentaire aussi bien dans le concubinage que dans le Pacs durant la vie du couple : s'agissant de sa fin, toutefois, l'analyse se fait bien plus rapide. Il n'existe, en effet, rien, ou presque, pour fonder un devoir semblable à la prestation compensatoire dans ces formes d'unions, si ce n'est, pour le Pacs, l'article 515-7, alinéa 10, du Code civil. Ce dernier dispose en effet que : « Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi ». Il est donc prévu, d'une certaine manière, que le juge puisse statuer sur les conséquences patrimoniales de la rupture, mais cette disposition renvoie plutôt à la possibilité qu'il a d'intervenir s'agissant, par exemple, du partage des biens du couple, en cas de désaccord : il s'agit donc essentiellement d'une mission de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des personnes liées par un pacte civil de solidarité. Pour le reste, il est renvoyé, et c'est également ce qui est fait en matière de concubinage, à la responsabilité civile, c'est-à-dire au droit commun⁹⁴⁴.

359. Cet état de fait a conduit les juges à faire preuve d'inventivité, et à mobiliser, pour les couples non mariés, des mécanismes de droit commun, qui servent de palliatifs à cette absence de mécanisme propre : c'est ainsi que sont, de manière fameuse, mobilisées des institutions comme la société créée de fait, la responsabilité civile, les quasi-contrats (et notamment l'enrichissement injustifié), l'indivision, ou encore les mécanismes du droit des biens dédiés à l'amélioration du bien d'un tiers⁹⁴⁵.

Nous ne reviendrons pas en détail sur ces mécanismes et ces solutions, si ce n'est pour dire que la tendance jurisprudentielle semble être à davantage de rigueur dans la caractérisation des éléments constitutifs de ces différents mécanismes. S'agissant, par exemple, de la responsabilité civile, la jurisprudence a soigneusement rappelé que le principe est que ce n'est

⁹⁴⁴ Mentionnons ici, par exemple, l'absence de bénéfice de la pension de réversion pour les couples non mariés, exclusion validée tant par le Conseil d'État (lequel a jugé que « cette différence de situation justifie, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement qu'elle institue entre les couples vivant en concubinage et ceux unis par les liens du mariage pour l'attribution du droit à une pension de réversion », v. CE, 6 décembre 2006, n°262096) que par la CEDH (laquelle a jugé que « que l'article 8 n'impose pas à l'État d'instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés », v. CEDH, 20 janvier 2009, affaire Serife Yigit c. Turquie, n°3976/05).

⁹⁴⁵ A ce sujet, v. not. E. Viganotti, Dossier « Mariage, Pacs, concubinage : le guide » : « La séparation du couple », in *AJ Famille*, 2014, p. 678, ou encore F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n°376 p. 327 s. s'agissant du Pacs et n°389 s. p. 339 s. s'agissant du concubinage.

pas la rupture elle-même qui peut être fautive, mais seulement ses circonstances⁹⁴⁶. Dans cet arrêt régulièrement cité et convoqué, on relève trop rarement le fait qu'à l'attendu suivant, la cour d'appel a posé le principe selon lequel « la faute peut consister dans le fait de créer, d'entretenir ou d'aggraver un état de dépendance du partenaire, pour ensuite l'abandonner ; que dans une telle hypothèse doit être rapportée la preuve que l'auteur de la rupture a provoqué la situation de dépendance »⁹⁴⁷. On le voit : les termes mêmes de cette décision, cette mention de la dépendance, et notamment de la dépendance économique, née du couple, montrent bien qu'il y a, dans ces jurisprudences, intervention de magistrats, confrontés à l'absence d'outils juridiques adaptés, qui utilisent des mécanismes qui n'ont pas été conçus pour cela afin de faire une forme, par ailleurs peu satisfaisante, de bricolage empirique⁹⁴⁸.

La solution, pourtant, peut interroger : comment expliquer ce choix, peu satisfaisant ? Car, d'un point de vue technique, peu satisfaisant, il l'est : l'absence d'outils, qui force les juges à bricoler, ne peut être considérée comme acceptable. En réalité, les mêmes causes produisant les mêmes conséquences, c'est avant tout les mêmes arguments que ceux mobilisés pour écarter *a priori* l'existence d'une obligation alimentaire dans le couple non marié qui expliquent, ici, l'absence de mécanisme protecteur au stade de la rupture. Ce qui vaut durant la vie du couple vaut *a fortiori* au stade de la rupture, lorsque sont introduits Pacs et concubinage dans le Code civil, dans un système juridique qui a déjà choisi vingt-quatre ans plus tôt de faire en sorte que la rupture du mariage soit la plus rapide et la plus dénuée de conséquences patrimoniales possible. À vrai dire, l'absence d'équivalent à la prestation compensatoire dans le couple non marié semble parfaitement logique, dans cette perspective.

⁹⁴⁶ Pour rappel : « le pacte civil de solidarité étant une convention à laquelle chacune des personnes liées peut mettre fin à tout moment, la rupture de cette convention ne peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts sauf si les circonstances de la rupture sont de nature à établir une faute de son auteur, la rupture fautive impliquant nécessairement une rupture brutale » (CA Montpellier, 4 janvier 2011, n° 10/00781).

⁹⁴⁷ *Idem*.

⁹⁴⁸ Précisions d'ailleurs ici que ce n'est pas parce que les juges mobilisent des concepts aux fins de ménager des solutions qu'ils en font directement application dans un sens qui pourrait être celui attendu. Bien au contraire, l'arrêt en question de la Cour d'appel de Montpellier met en évidence le besoin de législation : rappelons en effet qu'il a considéré que n'existait aucune faute, alors que à la suite de la signature du Pacs, la jeune partenaire pacsée avait arrêté ses études – elle était inscrite en deuxième année de licence de mathématiques – puis s'est consacrée au travail du foyer et à l'éducation de ses enfants. La cour d'appel a considéré qu'elle « a mis fin volontairement aux études en cours alors que les circonstances ne l'imposaient pas et qu'elle pouvait les reprendre à tout moment » et ne pouvait « reprocher à Monsieur S. de l'avoir placée dans une situation de dépendance ». Par suite, alors que son partenaire avait mis fin au Pacs alors qu'elle était atteinte d'une grave leucémie, la cour d'appel a retenu que « s'il est exact que la rupture est intervenue à l'initiative de Monsieur S. lequel a fait procéder par exploit d'huissier du 7 mars 2008, cette rupture unilatérale consécutive à un départ matériel du 18 février 2008 ne caractérise pas en elle-même la faute de nature à justifier l'allocation de dommages et intérêts », les juges du fond ayant considéré que « il est de principe constant que face à l'absence d'obligation d'assistance entre personnes unies par un Pacs » et que par conséquent « l'abandon de la compagne atteinte de maladie n'est pas constitutif de faute en l'absence d'autre circonstance ». L'absence d'outils et surtout de lignes directrices en la matière a donc des conséquences concrètes et assez dramatiques, qui mettent en évidence le besoin d'intervention législative en la matière. Notons que les juges ont osé ajouter que « la persistance de problèmes médicaux tels ceux décrits dans un certificat du 22 février 2008 ne sont pas imputables à Monsieur S. mais à la maladie qui évoluait depuis plusieurs années et qui se trouvait plutôt dans une phase de rémission lors de la rupture ». On peine à comprendre la raison d'être d'une pareille affirmation, qui semble par ailleurs parfaitement surabondante.

Cette solution est en outre cohérente avec l'idée de hiérarchisation des formes de conjugalité, car la résistance de l'obligation alimentaire aux dégradations des relations entre créancier et débiteur manifeste, d'une certaine manière, la solidité du lien qui unit ces deux personnes. En effet, l'obligation alimentaire fondée sur les seuls articles 203 et suivants du Code civil, qui portent en quelque sorte le droit commun notamment applicable à des relations de famille relativement distendues (à l'égard de la belle-famille, à l'égard de parents en ligne directe au 2^{ème} degré, etc.), peut s'éteindre dans certaines circonstances, comme la faute du créancier à l'égard du débiteur ou la disparition du lien d'alliance. À l'inverse, d'autres obligations alimentaires trouvent un fondement second qui les renforce : c'est le cas du devoir de secours qui unit les conjoints pour la durée du mariage, et de l'obligation d'entretien des parents. Dans ces situations, l'obligation alimentaire survit, dans la mesure du maintien du lien conjugal ou de filiation, à la dégradation des relations entre les intéressés et ne connaît pas la déchéance.

360. Cela conduit à affirmer que la loi distingue implicitement deux cercles de famille, un cercle proche qui est le siège d'obligations juridiques particulièrement résistantes, et un second plus éloigné, dans lequel les liens juridiques sont corrélativement plus distendus. Or il pouvait sembler peu opportun au législateur de 1999 de rapprocher le Pacs et le concubinage de ce premier cercle puisqu'elles demeuraient, dans l'esprit du législateur d'alors, celles de l'engagement précaire, notamment s'agissant des concubins. Lier durablement et juridiquement des personnes ayant pour un temps été unies de fait serait, concrètement, contraire à l'essence de cette forme d'union, caractérisée par sa liberté et son corollaire, la libre faculté de rupture. Il en irait de même du Pacs qui, bien qu'étant un engagement juridique, conserve une facilité de rupture caractéristique. Est ainsi dessinée une claire hiérarchie entre le mariage, protecteur, et le couple non marié, qui emporte certes des effets, mais ne peut prétendre engager autant les individus dans la durée.

Pourtant, les constats faits précédemment, tant sur la stabilité de certains concubinages et *a fortiori* de certains Pacs, que sur les inégalités de genre en matière d'emploi et de patrimoine, inégalités renforcées par l'entrée en couple et par la fondation d'une famille, demeurent. Entendons-nous : il n'est pas question de revenir sur l'idée qu'une gradation dans l'engagement doit produire une gradation dans l'union patrimoniale et partant dans les effets de la séparation. Pourtant, il semble que la politique actuelle du « tout ou rien » se révèle

quelque peu excessive, et qu'une place existe pour une réflexion de droit prospectif en la matière.

Sous-section 2. De lege feranda

361. Afin d'envisager une évolution de la situation du couple non marié, il semble intéressant d'aborder la question à travers l'espace et à travers le temps. À travers le temps, tout d'abord, en abordant la question du droit romain, et à travers l'espace, ensuite, en examinant les solutions du droit québécois.

S'agissant du droit romain, il semble intéressant de rappeler que ce dernier accueillait, notamment sous la République, parmi d'autres possibilités (la *conferreatio* et la *coemptio*), une forme de mariage, l'*usus*, qui avait pour particularité de n'être formée, sans autre formalisme, que du fait d'une cohabitation suffisamment prolongée. Comme l'indique Monsieur le professeur Villers :

« Dès les XII Tables, il est parlé de l'*usus*, façon pour un mari d'acquérir grâce à l'écoulement du délai d'un an la *manus* sur sa femme, la plaçant *loco filiae*. L'*usus* appliqué à la femme comme l'usucapion aux choses est un rapport de fait auquel le droit de la cité confère, dans des conditions déterminées, certains effets juridiques : « *velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat* » (Gaius, Institutes, I, 111). Mais le déclin de ce mode d'acquisition commençait déjà à l'époque decenvirale, puisque nous savons par Gaius qu'en vertu de cette législation une absence de la femme hors de la maison de son mari pendant trois nuits consécutives interrompait la prescription : « *Iaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si quae nollet eo modo in manum convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque anni interromperet* » (fin du 111) »⁹⁴⁹.

On peut interpréter cette disposition de bien des manières. On peut, d'un certain point de vue, y voir la trace d'une forme de traditionalisme, puisqu'après tout, ce mécanisme a pour effet presque mécanique d'empêcher les concubins de demeurer hors du mariage. Mais, alors, la simple possibilité d'échapper à cette perspective en ne cohabitant pas pendant trois nuits est incompréhensible. On peut également, et c'est là l'hypothèse que nous préférons, penser que ce mécanisme est avant tout protecteur d'une situation de fait installée, du simple fait de l'écoulement du temps. Il est vrai que le droit français réserve aujourd'hui l'usucapion à l'acquisition d'un droit de propriété, de bonne ou de mauvaise foi. Pourtant, il semblerait

⁹⁴⁹ R. Villers, « « Manus » et mariage », in *Irish Jurist*, vol. 4, 1969, p. 168, spéc. p. 169. v. également R. Villers, « A propos de la disparition de l'« usus » », in *Revue historique de droit français et étranger*, Quatrième série, vol. 27, 1950, p. 538 ou encore M. Dewevre-Foucarde, *Le concubinage*, PUF, collection Que sais-je ? 1992.

envisageable qu'une forme de protection du couple non marié puisse advenir, sur le même modèle, mais sans passer par le truchement technique du mariage, du fait du maintien dans le temps d'une situation de fait. En effet, il faut en premier lieu admettre, et c'est là le fondement initial de l'absence de protection, que toutes les situations de fait n'ont pas à être saisies par le droit. Pour autant, il semble que l'on pourrait mieux protéger les ex-partenaires et concubins en cas de rupture d'une union marquée par une particulière durée et stabilité.

À travers l'espace, ensuite, et ce par l'étude, à nouveau, du droit québécois. On a déjà pu exposer les règles que celui-ci fait naître, tant en matière d'inclusion des droits à la retraite dans le patrimoine familial que de droits alimentaires. S'agissant de la question du patrimoine familial, il convient de relever que les règles afférentes à celui-ci s'appliquent également, automatiquement, en cas de dissolution d'une union civile (l'équivalent québécois du Pacs) depuis le 1^{er} juillet 2004, et qu'il est même possible aux membres d'une union de fait (l'équivalent québécois du concubinage) de le prévoir, lors de la dissolution⁹⁵⁰. S'agissant des droits alimentaires, pension alimentaire et prestation compensatoire peuvent toutes les deux être décidées aussi bien en cas de divorce qu'en cas de dissolution d'une union civile, seule l'union de fait demeurant insusceptible de donner naissance à de tels droits⁹⁵¹.

362. À la lumière de ces brefs éléments de droit comparé et des limites précédemment relevées du droit français actuel en la matière, il est possible d'envisager quelques évolutions, supposant naturellement de laisser au juge une marge de manœuvre suffisante pour adapter les mesures prises au cas précis sur lequel il doit intervenir.

S'agissant du Pacs :

1. S'agissant de l'aspect compensatoire, il semble judicieux, d'une part, d'introduire ici comme en mariage la règle selon laquelle il convient de considérer les droits à la retraite comme des biens acquis lors du Pacs pour la période qui concerne l'union : ces droits devront donc être partagés au moment de la séparation du couple pacsé, puisqu'il s'agirait alors d'acquêts ou, pour respecter la terminologie actuellement applicable au Pacs et sauf à introduire un réel régime d'union patrimoniale pour cette

⁹⁵⁰ Commission de la construction du Québec, *Partage du régime de retraite en cas de rupture*, préc.

⁹⁵¹ V. C. Rogerson et de R. Thompson, des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Guide d'utilisation révisé*, préc., ainsi que la thèse précitée de Mme Ougier..

forme d'union, d'un bien indivis. Cette introduction respecterait en outre le fait que le Pacs est, *a minima*, une union patrimoniale.

2. S'agissant de l'aspect compensatoire, il pourrait être envisagé, d'autre part, d'introduire une prestation compensatoire pour le couple pacsé⁹⁵², et d'en aligner les modalités sur celles, renouvelées, que nous avons précédemment exposées pour le couple marié.
3. S'agissant enfin des demandes non compensatoires, c'est-à-dire liées à un état de besoin, il semble que le principe devrait être maintenu que le Pacs ne donne pas naissance à un devoir de secours après séparation. Il semble toutefois raisonnable de prévoir que puisse, sous conditions, être prévue, par exception, une pension temporaire⁹⁵³, transitionnelle, limitée d'une part aux unions longues (on pourrait, ici aussi, retenir une durée de 10 ans, sur le modèle de l'usucapion de l'article 2272, alinéa 2, du Code civil), et d'autre part aux personnes qui, en raison de leur âge ou de leur état de santé, sont particulièrement vulnérables. Il est essentiel, en la matière, que demeure un principe de non-secours, mais il semble préférable qu'existe une forme de « soupape de sécurité » laissée entre les mains du juge.

S'agissant du concubinage

En la matière, le principe doit demeurer, semble-t-il, de l'union et de la séparation libres et libérées, surtout, de l'emprise du droit, sauf abus (exception qui pourrait être inscrite de manière explicite dans la loi). Toutefois, sur le modèle du droit romain, on pourrait envisager que des droits puissent, afin de protéger les concubins demeurés ensemble suffisamment longtemps, naître du fait même que l'union ait duré pendant un temps suffisamment long. On peut alors envisager, pour respecter la cohérence du système proposé, le cas d'une situation ayant duré plus de 10 ans⁹⁵⁴. Une fois ces conditions respectées, on

⁹⁵² Sur cette question, v. également B. Jeandier, « Faut-il prévoir des prestations compensatoires pour les couples non mariés ? », in *Population*, volume 71, n° 3, 2016, p. 528.

⁹⁵³ On pourrait par exemple envisager une limite temporelle de deux ans, qui semble relativement raisonnable.

⁹⁵⁴ Reprendre l'exception liée à la présence d'une personne vulnérable semble en revanche ici inadapté. Non pas, naturellement, qu'il faille renoncer à protéger les personnes vulnérables, mais il faudrait au contraire éviter que des effets de droit trop contraignants s'attachent au simple fait d'avoir une relation suivie avec une personne malade, handicapée ou âgée. Cela serait, concrètement, condamner une partie d'entre elles à un célibat forcé par peur, pour part légitime, du droit et de l'engagement. Peut-être serait-il simplement préférable, pour ces personnes, de réduire la durée nécessaire pour qu'intervienne la protection, par exemple en retenant une durée de 5 ans au lieu de 10.

pourrait envisager de calquer les droits ouverts sur ceux précédemment exposés pour les demandes non compensatoires dans le Pacs.

363. L'idée est alors relativement simple : les droits ouverts au couple non marié le seraient, dès lors, soit du fait d'un engagement volontaire – le Pacs –, soit du fait d'un droit acquis de bonne foi, par usucapion familiale, donc. Par ces aménagements, il serait semble-t-il possible de concilier évolution du droit, protection des individus et préservation des libertés individuelles. Se dégagerait alors un véritable droit commun des couples sur le plan alimentaire, en cas de séparation – car nous verrons qu'en cas de prédécès de l'un des membres du couple, des dispositions existent déjà qui dessinent une forme de droit commun, notamment s'agissant du logement du couple.

Ce système profiterait enfin au plus grand nombre : instrument de justice sociale et d'égalité entre les sexes, il contribuerait en premier lieu à la protection des personnes qui, au sein d'un couple, sont plus vulnérables et exposées au risque de séparation, ce qui porte atteinte à leur liberté individuelle et à l'effectivité de leur liberté de rupture.

Partant, il contribuerait également à l'investissement contemporain du droit de la famille, qui semble désormais moins porter des valeurs concentrées autour de la question du modèle familial que du modèle social : si l'heure ne semble plus, aujourd'hui, être à la défense du mariage comme institution quasi sacrée, cela ne doit conduire ni à une indifférenciation des modes de conjugalité, qui doivent à notre sens demeurer bien distincts, voire davantage qu'aujourd'hui, ni à un recul de l'investissement axiologique du droit de la famille, qui peut être un outil de promotion de l'égalité non pas entre les couples, mais entre les individus qui composent le corps social.

Enfin, ce système profiterait également à la communauté qui, des instruments de justice intrafamiliale étant mis en place, n'aurait pas vocation à intervenir aussi souvent qu'elle le fait aujourd'hui au soutien des personnes en cas de rupture : en responsabilisant davantage les individus, ce droit commun de la rupture des couples permettrait d'éviter que le recours à l'aide sociale soit le prix payé par la société pour la conquête de la liberté de ses membres en matière familiale.

Conclusion du chapitre 2

364. *De lege lata*, la protection des couples est caractérisée par une différence fondamentale entre le couple marié et le couple non marié, qui tient au fait que seul le couple marié connaît l'institution qu'est la prestation compensatoire. Cette situation appelle deux séries de remarques.

La première tient à la situation du couple marié.

Bien qu'y existe la prestation compensatoire, mécanisme hybride venant, malgré son nom, jouer un rôle aussi bien compensatoire, c'est-à-dire de rééquilibrage *a posteriori* des inégalités de patrimoine, qu'alimentaire, l'étude des critères d'attribution de ce mécanisme et de ses limites tant d'un point de vue légal que du point de vue de la pratique judiciaire conduit à en révéler l'insuffisance. Il est donc proposé, sur le modèle notamment du droit québécois, d'opérer une réforme de la prestation compensatoire visant, notamment, à distinguer les aspects compensatoires, c'est-à-dire ceux qui relèvent de l'équité familiale, et les aspects non-compensatoires, c'est-à-dire ceux qui relèvent de la solidarité familiale, et à attribuer à ces deux pans de la prestation compensatoire des conditions et des effets distincts, dans un objectif de meilleure protection des membres du couple.

Il est également proposé, dans le même temps, que soient inclus dans le patrimoine familial les droits à la retraite des deux membres du couple, toujours sur le modèle du droit québécois, et ce afin de prendre en compte le fait que ceux-ci sont le résultat d'une économie familiale, d'un partage (actuellement souvent genré) des fonctions professionnelles, familiales, domestiques, ce qui en justifie le partage équitable. Cette solution, aisée à conceptualiser, constituerait un utile outil de lutte contre les inégalités sociales et de genre.

La seconde tient au couple non marié.

En raison de son absence *quasi-totale* de protection *de lege lata*, la jurisprudence a dû tâcher de trouver des palliatifs afin d'éviter certaines situations parmi les plus choquantes : le besoin de protection demeure cependant criant, et le bricolage opéré par les tribunaux connaît des limites évidentes.

Il est donc proposé, *de lege ferenda*, de procéder à d'importants aménagements.

S'agissant du Pacs, il est ainsi proposé, en premier lieu, d'étendre au couple pacsé la proposition d'inclure les droits à la retraite dans un patrimoine familial, qui devrait être partagé au moment de la séparation du couple ou du décès d'un de ses membres. Il est en outre proposé d'adapter certains des aménagements proposés en matière de prestation compensatoire, au cas des partenaires pacsés : ainsi, s'agissant de l'aspect compensatoire de la prestation compensatoire, il est proposé d'introduire une prestation de même nature dans le Pacs, et d'en aligner les modalités sur celles proposées pour le couple marié. S'agissant, en revanche, des demandes non-compensatoires, il est proposé que le principe demeure que le Pacs ne donne pas naissance à un devoir de secours après séparation, mais sous la réserve que puisse, par exception, être accordée une pension temporaire, transitionnelle, limitée d'une part aux unions longues et d'autre part aux personnes qui, en raison de leur âge ou de leur état de santé, sont particulièrement vulnérables.

S'agissant du concubinage, il est proposé que le principe demeure celui de l'absence de prestation spécifique après rupture. Cependant, à l'instar de ce qui est proposé en matière de Pacs, il est envisagé d'introduire une exception dans le cas des concubinages de longue durée, hypothèse dans laquelle on pourrait envisager de calquer les droits ouverts sur ceux exposés pour le Pacs en matière de demandes non compensatoires.

Enfin, il est proposé, aussi bien pour le Pacs que pour le concubinage, d'introduire une forme d'obligation naturelle renforcée, venant présumer que, hormis les hypothèses de manifestation de volonté contraire préalable, de dol ou de violence, les prestations fournies entre les membres du couple pendant la durée de l'union l'ont été en exécution d'une obligation naturelle, sauf à ce qu'elles excèdent manifestement la participation normale aux charges de la vie commune par leur objet, leur ampleur sans rapport avec les moyens de celui qui les a fournies, ou par le déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs des partenaires.

Conclusion du second titre

365. Ce second titre nous a permis d'examiner, *de lege lata* et *de lege ferenda*, d'une part l'objet de l'obligation alimentaire, et d'autre part sa durée. Ce travail a permis de mettre en évidence un certain nombre de difficultés, essentiellement en droit des couples, et de formuler des propositions visant à les résoudre.

S'agissant du droit des couples, nous avons ainsi proposé une clarification et une gradation des régimes obligationnels. Il est ainsi proposé, tout en réservant à la seule union matrimoniale l'existence d'une obligation civile de contribuer aux charges du ménage, d'unifier le régime du devoir de secours entre le mariage et le Pacs, qui semblent, tous deux, créer un devoir civil de solidarité entre les membres du couple. Afin, cependant, de répondre à un certain nombre de difficultés rencontrées tant par les partenaires pacsés que par les concubins, nous avons proposé l'instauration d'une présomption simple, aux termes de laquelle les prestations fournies entre partenaires pacsés ou entre concubins seraient présumées l'avoir été en exécution d'une obligation naturelle, sauf à ce qu'elles excèdent manifestement la participation normale aux charges de la vie commune, par leur objet, par leur ampleur sans rapport avec les moyens de celui qui les a fournies, ou par le déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs de chacun des partenaires.

Pour le couple marié, ces propositions s'accompagneraient d'une refonte complète du régime de la prestation compensatoire, afin d'envisager, sur le modèle du droit québécois, de distinguer sa vocation compensatoire, c'est-à-dire de rééquilibrage *a posteriori* des inégalités de patrimoine, et qui relèvent de l'équité familiale, de sa vocation alimentaire, non-compensatoire, qui relève de la solidarité familiale. Afin, dès lors, de permettre au droit de la famille de mieux poursuivre ses objectifs de lutte contre les inégalités sociales et de luttés contre les inégalités de genre, il s'agirait d'une part d'opérer une réforme de la prestation compensatoire visant, notamment, à distinguer les aspects compensatoires et les aspects non-compensatoires, et d'autre part, d'inclure dans le patrimoine familial les droits à la retraite des deux membres du couple, afin de prendre en compte le fait que ceux-ci sont le résultat d'une économie familiale, ce qui en justifie le partage équitable.

Pour le couple non marié, il convient de distinguer Pacs et concubinage.

S'agissant du Pacs, il est pour l'essentiel proposé d'étendre au couple pacsé les aspects compensatoires de la prestation compensatoire, d'une part, et d'étendre au couple pacsé la proposition d'inclure les droits à la retraite dans un patrimoine familial, d'autre part. Une exception pourrait cependant être prévue afin que puisse, par exception, être accordée une pension temporaire, transitionnelle, limitée d'une part aux unions longues et d'autre part aux personnes qui, en raison de leur âge ou de leur état de santé, sont particulièrement vulnérables.

S'agissant du concubinage, il est proposé que le principe demeure celui de l'absence de prestation spécifique après rupture. Cependant, à l'instar de ce qui est proposé en matière de Pacs, il est envisagé d'introduire une exception dans le cas des concubinages de longue durée.

Seconde partie. L'obligation alimentaire révélatrice des difficultés de construire une fonction normative systématique

« Tous les bonheurs se ressemblent, mais chaque malheur a sa physionomie particulière. La maison Oblonsky était bouleversée. [...] Chacun sentait qu'il existait plus de liens entre des personnes réunies par le hasard dans une auberge, qu'entre celles qui habitaient en ce moment dans la maison »⁹⁵⁵.

366. Au sortir de la première partie de cette étude, on pourrait avoir l'impression que bien que complet et complexe, le portrait dressé de la solidarité intrafamiliale présente une certaine cohérence, et que malgré de nécessaires réajustements, il permet de dessiner les contours de ce qu'est la famille, et de comment pourrait s'écrire, voire se construire, la fonction normative, renouvelée, du droit de la famille contemporain. Cela ne serait pourtant que considérer une île isolée au milieu d'un archipel, et la prendre comme constitutive d'un monde entier. Or, il convient désormais de confronter la fragile cohérence reconstituée de l'écheveau familial aux autres branches du droit et des sciences humaines, la confrontation étant ici considérée comme un outil précieux de connaissance de l'individuel par dialogue avec le complexe⁹⁵⁶. Cette seconde partie est donc conçue pour permettre de prendre, étape par étape, du recul sur la matière, dans une forme de traveling arrière qui nous conduira des matières les plus voisines de celles jusqu'alors étudiées, aux plus éloignées.

C'est ainsi que nous tâcherons d'abord d'embrasser le droit civil dans son ensemble, afin d'aborder, à travers les enjeux contemporains du droit patrimonial de la famille, et plus globalement à travers le développement croissant de l'individualisme et de l'exacerbation des aspects personnels au détriment des aspects patrimoniaux du droit de la famille, la complexité que

⁹⁵⁵ Tolstoï, *Anna Karénine*, t. 1, Librairie Hachette et Cie, 6^{ème} édition, 1889, p. 1.

⁹⁵⁶ En effet, « l'autonomie du sujet humain ne se réalise pas dans le surgissement d'une liberté substantielle à l'être de l'homme, mais dans la confrontation aux multiples contradictions qu'il rencontre dans son existence ». V. V. de Gaulejac, « Grand résumé de *Qui est « je » ? Sociologie clinique du sujet*, Paris, Éditions du Seuil, 2009 », in *SociologieS*, (ressource accessible en ligne, URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/3362>, page consultée pour la dernière fois le 7 avril 2023).

représente aujourd'hui le fait de vouloir construire un ouvrage cohérent au sein même du droit civil. Nous constaterons, alors, combien interviennent des mouvements de fond, tels que le développement de l'autonomie de la volonté, qui infusent tout le droit de la famille, y compris en matière d'obligation alimentaire. Par ailleurs, ces matières nous permettront d'aborder une question jusqu'alors laissée de côté, qui est celle de la mort, composante incontournable de la vie, saisie par le droit, et où ressurgissent diverses questions alimentaires, de manière plus ou moins directe. Ces questions feront l'objet d'un premier titre : **La difficulté de construire une fonction normative cohérente en droit civil (Titre 1).**

Dans un dernier temps de réflexion, nous embrasserons plus largement le rapport du droit de la famille aux autres branches du droit de la famille, dans une approche plus dynamique. Il s'agira en effet de constater comment s'opèrent les différentes hypothèses de synergie dans lesquelles intervient le droit de la famille, tantôt assisté par d'autres branches du droit, tantôt relégué à un rôle davantage instrumental, voire victime d'une véritable instrumentalisation. Ces questions feront l'objet du second titre : **La difficulté de construire une fonction normative cohérente dans l'ordonnement juridique (Titre 2).**

TITRE 1. LA DIFFICULTE DE CONSTRUIRE UNE FONCTION NORMATIVE COHERENTE EN DROIT CIVIL

367. C'est d'abord au sein du droit civil lui-même que mettre les branches du droit en regard révèle l'existence de mouvements communs, ou d'incohérences patentes. Le fait est qu'à y regarder de plus près, ce sont des mouvements en partie communs qui créent les dissonances que l'on peut observer, plus en détail, au sein du droit de la famille et de l'obligation alimentaire.

Parmi ceux-ci, deux tendances majeures semblent emporter l'essentiel de l'attention du législateur et des acteurs impliqués : d'une part, l'importance croissante donnée à la volonté individuelle, et plus spécifiquement à la contractualisation, en droit patrimonial de la famille (**Chapitre 1**), et d'autre part, une place prépondérante donnée, dans le droit de la famille contemporain, aux questions personnelles, et ce au détriment des aspects patrimoniaux (**Chapitre 2**).

Ces évolutions, comme nous le verrons, produisent deux effets principaux et délétères : une perte de vue des enjeux sociaux liés au droit de la famille, d'une part, traités essentiellement sous l'angle de l'aide sociale ou du droit fiscal, et d'autre part une perte de cohérence de la matière, prise dans des enjeux contradictoires et victime de retouches ponctuelles, au risque de la perte de sens.

Chapitre 1 : L'obligation alimentaire confrontée à l'essor de la volonté individuelle en droit patrimonial de la famille

Chapitre 2 : L'obligation alimentaire concurrencée par l'attention portée aux questions personnelles

Chapitre 1. L'obligation alimentaire confrontée à l'essor de la volonté individuelle en droit patrimonial de la famille

368. « Le désir du privilège et le goût de l'égalité, passions dominantes et contradictoires des Français de toute époque »⁹⁵⁷ : à lire le général de Gaulle, on pourrait aisément conclure que les contradictions ne sont nullement une chose nouvelle dans l'appareil politique et législatif français. Pourtant, il faut faire le constat que, dans la suite somme toute logique de l'impulsion lancée par les diverses réformes réalisées sous la houlette du doyen Carbonnier, le droit de la famille contemporain est traversé par une tendance de désir, de la part des individus, de choisir librement non seulement la forme de leur engagement familial, mais également les conséquences de ce dernier, phénomène largement commenté sous le nom de contractualisation⁹⁵⁸. Or, la contractualisation ne va pas sans effets secondaires, et on observe de ce fait une véritable perte de cohérence au sein du droit de la famille (**Section 1**). Il conviendra néanmoins de s'interroger : cette perte de cohérence est-elle la marque d'une perte de sens, ou peut-on y voir la marque d'une redéfinition de la fonction normative du droit de la famille contemporain, où le lien subi laisserait de plus en plus la place au lien électif, choisi ? (**Section 2**)

⁹⁵⁷ C. de Gaulle, *La France et son armée*, Plon, 1938.

⁹⁵⁸ V. not. D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc. ou encore F.-J. Pansier, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », in *Gazette du Palais*, 5-6 mars 1999, p. 5.

Section 1. L'obligation alimentaire révélatrice d'une perte de cohérence en droit de la famille

369. L'observation du droit de la famille sous l'angle de l'obligation alimentaire permet de révéler, assez curieusement, des mouvements divergents aux fondements convergents. Dans son ensemble, l'évolution du droit patrimonial de la famille est en effet révélatrice de tendances générales en partie communes (**Sous-section 1**), mais la différence d'objet peut sembler conduire à des résultats contradictoires, voire antinomiques, constat dont il nous appartiendra d'établir s'il n'est qu'apparent ou bien révélateur d'une véritable difficulté de fond (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La tendance commune à l'essor de l'autonomie de la volonté

370. Le droit de la famille, qui peut-être se fait le reflet de la société dans son ensemble, se trouve, sous l'effet cumulé du développement du pluralisme, de la contractualisation et plus globalement du rôle donné à l'autonomie de la volonté, placé sous le double étendard du libéralisme, qui constitue un cap assumé **(I)**, et de la responsabilité, qui en est le corollaire logique, mais quelque peu incertain **(II)**. Or, ces mouvements, profonds, ne peuvent qu'avoir un impact, d'une part, sur le droit de l'obligation alimentaire, qui peut se voir être contesté au vu de sa relative rigidité, et pour lequel la tentation de la contractualisation existe comme ailleurs, et d'autre part sur la fonction normative du droit de la famille contemporain dans son ensemble, qui peut de même se voir interrogée.

I) L'autonomie de la volonté, un cap assumé

II) La responsabilité, un corollaire incertain

I) L'autonomie de la volonté, un cap assumé

371. Il est relativement aisé de remarquer combien le recul de la dimension institutionnelle du droit de la famille et, avec lui, celui de la famille considérée comme une valeur protégée en tant que telle par le droit, est une réalité commune à l'ensemble des branches du droit de la famille, et on peut en prendre, en ce qui concerne le droit patrimonial de la famille, deux exemples marquants que sont, pour le plus ancien, le recul du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux **(A)**, et pour le plus actuel, la remise en cause de la réserve héréditaire **(B)**, régulièrement questionnée. Nous étudierons enfin comment le développement de l'autonomie de la volonté a conduit à l'apparition d'un phénomène de contractualisation de l'obligation alimentaire qui ne cesse de s'intensifier **(C)**.

A) L'exemple du recul de l'immutabilité des régimes matrimoniaux

372. Bien qu'éloigné de l'obligation alimentaire, l'exemple de l'immutabilité des régimes matrimoniaux est typique de l'évolution qu'a connue le droit de la famille dans son ensemble. Car l'histoire de l'abandon de ce principe est l'histoire du recul de la famille en tant que porteuse d'un intérêt propre protégé par le droit et de l'essor de l'individu, au sein du groupe familial, comme point focal de l'attention du législateur⁹⁵⁹.

L'immutabilité du régime matrimonial était en effet la trace, en premier lieu, d'un pacte de famille, ou plus précisément d'un pacte entre deux familles, qui échappait largement, en tant que tel, aux époux, qui ne pouvaient dès lors revenir seuls sur lui. Elle était en deuxième lieu le témoignage d'un impératif de protection de la famille en tant que groupe social contre la volonté isolée de l'un de ses membres, la protection de la famille primant, d'une certaine manière, sur la volonté de l'individu⁹⁶⁰. En troisième lieu, une part de sa justification reposait sur la protection de l'individu contre lui-même : certaines stipulations du régime matrimonial pouvaient, en effet, avoir

⁹⁵⁹ V. not. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2010, n° 241 s. p. 89 s. : « Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est né dans les pays de coutume à la fin du XVI^e siècle lorsqu'il fut possible lors du mariage de modifier le régime légal par des conventions patrimoniales. Il était fondé sur deux considérations. D'abord, le mariage était un pacte entre deux familles : les parents, c'est-à-dire les héritiers les plus proches des futurs époux, intervenaient à ce contrat afin de défendre l'intérêt de la famille ; par conséquent, les époux n'avaient pas le pouvoir de modifier seuls le contrat. Cette première explication apparut au XVIII^e siècle, notamment sous la plume de Pothier. Elle est aujourd'hui dépassée : l'intérêt de la famille peut au contraire justifier le changement et est celui de la famille conjugale et pas tellement celle constituée avec les ascendants ; l'intervention des tiers au contrat de mariage, par exemple pour doter les futurs époux, ne devrait pas leur permettre de s'opposer à la volonté de changement. [...] Le Code Napoléon [...] maintint le principe de l'immutabilité du régime, sans en indiquer les sanctions. Plusieurs auteurs avaient estimé au début du XIX^e siècle que les conventions modificatrices n'étaient pas nulles, mais seulement révocables : la modification eût été efficace en l'absence de révocation.

⁹⁶⁰ On pourrait y ajouter un aspect de protection des tiers, créanciers du couple ou de l'un de ses membres, et qui pourrait, par le changement de régime matrimonial, voir leur gage se réduire.

été prévues afin de protéger l'un ou l'autre des membres de couple, de sorte que leur permettre d'en changer, bien que cela soit la traduction de leur volonté, pouvait être vu comme un danger.

373. Le législateur est pourtant revenu, par étapes, sur le caractère absolu de ce principe, d'abord en acceptant certaines dérogations ponctuelles telles que la clause alsacienne, puis en acceptant plus directement la mutabilité du régime matrimonial, sous conditions de moins en moins strictes⁹⁶¹ à compter de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux. On peut noter dans la lettre même de l'alinéa 1^{er} de l'article 1397 dans sa rédaction actuelle la recherche d'un équilibre entre intérêts particuliers des membres de la famille et intérêt général de la famille elle-même⁹⁶², tout à fait symptomatique du droit de la famille tel que conçu à l'ère du pluralisme : « Les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de modifier leur régime matrimonial, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié ». Voilà pour l'ordre symbolique.

Du point de vue de l'effectivité et de la technique, cependant, on observe en matière de changement de régime matrimonial un mouvement désormais classique en droit patrimonial de la famille : la déjudiciarisation avec le recul de l'homologation judiciaire⁹⁶³ et l'abandon de l'appréciation du respect ou non de l'intérêt de la famille à ceux-là même dont ce critère entendait limiter la volonté⁹⁶⁴, au nom de l'argument selon lequel les parents feront nécessairement des choix conformes à l'intérêt de leurs enfants mineurs⁹⁶⁵. Ces éléments sont les mêmes que ceux que l'on rencontrera, plus tard, s'agissant du divorce par consentement mutuel, et qui ne cessent d'étonner. Comme l'explique Madame la professeure Revel :

« Le juge est investi, au sein de la famille, d'une mission, maintes fois relevée, qui se décline en modération, contrôle, régulation, arbitrage..., combinée à la reconnaissance des volontés

⁹⁶¹ V. à cet égard les différentes versions des articles 1396 et 1397 du Code civil.

⁹⁶² V. S. Gaudemet, « L'intérêt de la famille », élément d'un ordre public familial, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 287.

⁹⁶³ V. J. Revel, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », in *Dalloz* 2006, p. 2561.

⁹⁶⁴ V. P. Hilt, « Un pas de plus vers la libre mutabilité des conventions matrimoniales », in *AJ Famille* 2019, p. 256, qui développe notamment les justifications avancées de la suppression de principe de l'homologation : « Pour justifier la suppression de l'homologation, le législateur avance que les intérêts du mineur sont naturellement protégés par ses parents, en qui il semble faire toute confiance. Il l'avait déjà fait quelque temps auparavant, lors de la réforme de l'administration légale opérée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, laquelle est entièrement fondée sur le postulat d'une présomption de bonne gestion des biens du mineur par ses représentants légaux. Il considère également que la protection de ces intérêts est garantie, au besoin, par l'intervention du notaire. En tant qu'officier public, ce dernier est tenu d'un devoir renforcé d'information et de conseil qui doit l'amener à proposer aux époux des modifications de leur projet de changement de régime matrimonial dès lors que celui-ci présente quelque danger pour leurs enfants mineurs. Ces arguments peuvent être entendus. Toutefois, nous observerons simplement que la suppression de l'homologation vise aussi - et peut-être principalement - à désencombrer nos juridictions, ce que le législateur se garde bien de mettre en avant dans l'exposé des motifs de sa loi ».

⁹⁶⁵ Argument dont on peut se demander si le législateur y croit vraiment, auquel cas la rubrique des faits divers ne cesse de lui donner tort depuis des années à grands renforts d'affaires sordides, ou s'il s'agit plus cyniquement de réaliser des économies dans le budget de la justice, ce qui est bien plus probable, et probablement plus grave. V. également, sur ce sujet, E. Rousseau, « La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019 », in *Recueil Dalloz* 2019, p. 2259.

individuelles, cette mission passe le plus souvent par la technique de l'homologation. Mais, pendant que cette mission en direction de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant se confirme – la loi du 4 mars 2002 a multiplié les homologations et la présente loi rend l'homologation obligatoire lorsqu'il y a des enfants mineurs –, on assiste à l'amorce d'un mouvement inverse dans le droit conjugal »⁹⁶⁶.

Ce rôle traditionnel est donc en recul, y compris en présence d'enfants mineurs. Or, qu'on ne s'y trompe pas, lorsque la judiciarisation est en recul, quelle qu'en soit la raison, c'est la protection des membres de la famille qui est en recul, en premier lieu desquels les plus faibles, plus soumis que les autres à l'exercice des dominations et des tyrannies domestiques. Las, l'attention du législateur se concentre sur l'autonomie de la volonté, et lui donne une primauté, voyant en l'intervention d'un juge, de plus en plus, une intrusion dans des affaires appréhendées comme purement privées. Cela témoigne, de plus, d'une autre tendance globale du droit de la famille : une certaine forme de désintérêt pour les questions patrimoniales au profit des questions personnelles, sur lequel nous reviendrons.

B) L'exemple de la remise en cause de la réserve héréditaire

374. La réserve héréditaire, institution non encore remise en question dans son principe bien que parfois discutée, semble avoir connu un chemin similaire⁹⁶⁷.

Bien que son fondement d'origine, dans la légitime romaine⁹⁶⁸, semble davantage tournée vers l'idée de la préservation d'une forme de piété familiale, la réserve héréditaire devient dès l'Ancien droit une institution destinée à protéger la famille elle-même en tant que groupe social, notamment en assurant la préservation des biens familiaux dans le patrimoine familial⁹⁶⁹. La Révolution française, notamment sous l'influence du célèbre *Discours sur l'égalité des partages*

⁹⁶⁶ V. J. Revel, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », préc.

⁹⁶⁷ Ainsi, la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 « confortant le respect des principes de la République » a été l'occasion pour le législateur de réaffirmer, au moins dans le cadre des successions internationales, son attachement à la réserve héréditaire, via l'introduction à l'article 913 d'un nouvel alinéa 3 instituant un droit de prélèvement compensatoire sur les biens du *de cujus* situés en France, et ainsi rédigé : « Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci. » On peut également souligner ici le rapport dédié à la question, sous la direction de C. Pérès et P. Potentier, *La réserve héréditaire*, préc., et qui propose tout à la fois de réaffirmer le principe de la réserve héréditaire des enfants (puisqu'il propose également la suppression de la réserve du conjoint survivant) et de permettre d'une part une augmentation de la quotité disponible (de un quart à un tiers en présence de trois enfants ou plus) et d'autre part de nouvelles manières de porter atteinte à la réserve (sur le modèle, élargi, de la RAAR - renonciation anticipée à l'action en réduction -).

⁹⁶⁸ V. not. C. Pérès et P. Potentier, *La réserve héréditaire*, préc., p. 27 s., qui nous apprennent notamment que « quant aux fondements de la légitime romaine, ils peuvent être recherchés dans deux directions. D'une part, les sources romaines font état d'un devoir de piété – *pietas*, *officium pietatis* – réciproque : piété paternelle, piété filiale. [...] D'autre part, la légitime romaine ne saurait être envisagée que comme une limite à la liberté de disposer ; elle est d'abord et avant tout au service de la liberté de tester. Il s'agit d'un contrôle judiciaire de l'intégrité du consentement du disposant dans des situations dans lesquelles le contenu du testament fait craindre une captation d'héritage ».

⁹⁶⁹ *Idem*, p. 28 s.

dans les successions en ligne directe prononcé par Mirabeau, proposera de la réserve héréditaire, dans la lignée de l'abolition des privilèges, une vision bien différente, puisqu'il ne s'agira plus, alors, de protéger la famille, mais les enfants contre la tyrannie des pères⁹⁷⁰. D'institution collective à coloration patrimoniale et familiale, la réserve héréditaire devient, dès lors, une institution individuelle à coloration alimentaire et personnelle⁹⁷¹, dont le principe sera préservé lors de l'élaboration du Code Napoléon, seul le montant de la quotité disponible étant discuté⁹⁷². Les évolutions ultérieures de la réserve héréditaire⁹⁷³ ne semblent pas remettre, pour l'essentiel, cette orientation en question, se contentant d'accompagner les évolutions des aspirations du corps social, notamment en renforçant l'attention portée au conjoint survivant et aux descendants, au détriment des ascendants.

375. Pourtant, deux innovations techniques ont marqué l'intention du législateur de favoriser l'autonomie de la volonté et le libéralisme, au détriment même des réservataires : il s'agit de la réduction en valeur, d'une part, et de la renonciation anticipée à l'action en réduction⁹⁷⁴, d'autre part. Par la première, qui consiste en quelque sorte à convertir les droits, en nature, de l'héritier réservataire, dans la succession, en une seule indemnité de réduction⁹⁷⁵, le législateur est venu d'une certaine manière neutraliser une grande part de l'intérêt de la réserve. Combien n'est-il pas affirmé, en effet, que l'un des enjeux derrière l'héritage, et derrière la réserve héréditaire, est de transmettre des biens de famille, support d'épargne et de richesse certes, mais aussi de souvenirs, et objets de construction d'un récit familial⁹⁷⁶ ? Or, avec la réduction en valeur, toute la dimension de transmission peut, virtuellement, être anéantie par la volonté du *de cujus* : le réservataire, peut-être, récupérera une indemnité, mais les biens pour lui perdus le seront à jamais.

376. Par la seconde, ce sont les raisons d'être de la réserve héréditaire telle que défendue par Mirabeau qui semblent remises en question. Les objectifs affichés par de tels projets sont

⁹⁷⁰ V. *idem*, p. 31 s., mais aussi le discours de Mirabeau précité, publié sous le titre *Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe, par Mirabeau, lu à l'Assemblée nationale, le jour de la mort de Mirabeau, par M. de Talleyrand. Séance du 2 avril 1791*.

⁹⁷¹ Cette évolution étant par ailleurs en parfaite adéquation avec, d'une part, l'abolition des privilèges et, d'autre part, l'attention portée par le législateur révolutionnaire et précédemment rappelée à l'endroit des enfants illégitimes, notamment *via* les subsides.

⁹⁷² V. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., t. 12, p. 244 s. C'est d'ailleurs au cours de ces discussions que Maleville, qui voyait dans la quotité disponible un moyen, pour les pères, de « discipliner » leurs enfants, prononcera une de ses phrases les plus célèbres (v. *idem*, p. 254) : « Les peines et les récompenses sont le ressort le plus puissant des actions des hommes, et le législateur ne serait pas sage qui croirait pouvoir les diriger uniquement par l'amour de leurs devoirs ».

⁹⁷³ On pense ici, notamment, à la loi du 3 juillet 1971 ayant modifié les règles applicables à l'évaluation de la réserve héréditaire et à la réduction des libéralités excessives en faisant apparaître le principe de la réduction en valeur, à la loi du 3 décembre 2001 ayant donné la qualité d'héritier réservataire au conjoint survivant en l'absence d'autre réservataire, ou encore à la loi du 23 juin 2006, ayant supprimé la réserve des ascendants et introduit, en droit français, la renonciation anticipée par l'héritier réservataire à l'action en réduction.

⁹⁷⁴ A ce sujet, v. not. F. Sauvage, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », in *AJ Famille* 2006, p. 355, et I. Dauriac, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », in *Recueil Dalloz* 2006, p. 2574.

⁹⁷⁵ L'article 924 du code civil indique à ce titre que « lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié [...] doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité ».

⁹⁷⁶ Sur ce sujet, v. not. H. Bosse-Platière, « L'esprit de famille après les réformes du droit des successions et des libéralités » in *Informations sociales*, 2007/3, p. 78.

toujours, évidemment, d'une très grande noblesse. Dans le cas de la renonciation anticipée à l'action en réduction, ainsi, est invoqué en premier lieu le fait de venir en aide à un enfant handicapé, et seulement en second lieu la transmission d'une entreprise⁹⁷⁷. Aujourd'hui, c'est l'argument philanthropique qui est mobilisé pour présenter la réserve héréditaire comme un obstacle à la générosité de certains⁹⁷⁸. Cependant, le courant est clair, qui marque une volonté affichée de voir reculer la protection accordée à certains, ici les héritiers réservataires, au nom de la liberté individuelle, de l'autonomie de la volonté, et d'une pensée libérale peu favorable aux contraintes. La renonciation anticipée à l'action en réduction, qu'elle soit vue ou non comme un pacte de famille, demeure un moyen pour le *de cuius* d'imposer une volonté qui lui est propre à un groupe familial qui, pour de multiples raisons, pourrait ne pas souhaiter ou ne pas oser s'y opposer à un instant donné, et qui contourne, avec l'accord du législateur, une institution fondamentale et protectrice des individus au sein de la famille, raison pour laquelle, d'ailleurs, la renonciation anticipée est vue avec une certaine défiance par les acteurs juridiques :

« Cette recherche a révélé une césure entre, d'un côté, les donations-partages transgénérationnelles, qui sont globalement vues de manière positive par les acteurs et qui sont conclues dans un esprit d'équilibre familial, et, de l'autre, les renonciations anticipées à l'action en réduction (RAAR) dont l'enquête montre qu'elles sont volontiers ressenties comme étant exceptionnelles par les notaires. Exceptionnelles, elles le sont non seulement quant à leur fréquence mais aussi quant à leur perception par la profession. Certains des notaires auprès de qui l'enquête a été menée disent être mal à l'aise avec la RAAR en des termes qui mettent en jeu leur éthique professionnelle. Cela tient à ce qu'elles sont vues comme faisant courir un risque en termes de liberté du consentement du renonçant ; à ce qu'elles semblent manquer de transparence – la loi interdisant de faire apparaître des contreparties à la renonciation dans l'acte lui-même alors que ces contreparties existent en fait – ; à ce qu'elles sacrifient l'égalité entre les enfants, perçue comme cardinale par la plupart des acteurs ; et, finalement, en ce qu'elles apparaissent davantage comme le produit de la volonté

⁹⁷⁷ V. par ex., le *Rapport n° 3122 de M. Sébastien Huygue, fait au nom de la commission des lois*, déposé le 6 juin 2006, qui mentionne la renonciation anticipée en ces termes : « Afin de permettre aux familles de s'entendre pour venir en aide à un enfant handicapé ou pour faciliter la transmission d'une entreprise, le projet de loi propose d'assouplir les règles protégeant les droits des héritiers réservataires dans la succession » ou encore « Cet article apporte une modification très substantielle au droit successoral, dont la réserve héréditaire est depuis 1804 l'un des piliers, en permettant à ceux qui en bénéficient de renoncer par avance à s'en prévaloir lorsque la succession sera ouverte, si des libéralités excessives ont alors été effectuées. Par ce biais, il permettra au disposant, avec l'accord de chacun, de préparer sereinement la transmission d'un patrimoine plus important à une ou plusieurs personnes déterminées, par exemple pour venir en aide à un enfant handicapé ou assurer la gestion d'une entreprise par un membre de la famille, sans craindre que les donations effectuées de son vivant donnent lieu à des litiges après son décès ».

⁹⁷⁸ Outre de nombreuses tribunes présentées, sur ce sujet, par différents instituts et *think-tanks* d'inspiration néolibérale, citons par exemple les propos de Gabriel Attal, alors secrétaire d'Etat à l'éducation, rapportés par le journal *La Tribune* : « Notre droit ne permet pas actuellement de donner la plus grande partie de sa fortune à une fondation ou une association du fait de la réserve héréditaire. Le système actuel de succession, hérité du droit romain et consacré lors de la rédaction du Code civil, n'est plus adapté à la nouvelle économie qui permet la constitution de fortunes en une seule génération. Nombre de bénéficiaires souhaitent pouvoir léguer sans frein une part conséquente de leurs biens à des œuvres ou des causes ». (v. *La Tribune*, « L'industrie française doit redevenir attractive pour les jeunes », 5 avril 2019, article accessible en ligne [URL : <https://www.latribune.fr/economie/france/l-industrie-francaise-doit-redevenir-attractive-pour-les-jeunes-gabriel-attal-lrem-813206.html>]). Pour contrebalancer ce point de vue, v. C. Pérès et P. Potentier, *La réserve héréditaire*, préc., p. 64 s., qui exposent les raisons d'être de l'attachement à la réserve héréditaire.

unilatérale du défunt que comme le fruit d'une véritable succession négociée entre ce dernier et l'héritier réservataire présomptif »⁹⁷⁹.

On notera qu'ici encore, l'obligation alimentaire joue le rôle de mécanisme régulateur. Si l'on excepte, en effet, le cas où le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre la personne du renonçant, les seules hypothèses de révocation de la renonciation anticipée ouvertes par l'article 930-3 du code civil ont une coloration profondément alimentaire, puisqu'il s'agit, d'une part, du cas où « celui dont [le renonçant] a vocation à hériter ne remplit pas ses obligations alimentaires envers lui », et d'autre part du cas où, « au jour de l'ouverture de la succession, [le renonçant] est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires ». Pour le dire plus clairement, la renonciation anticipée ne saurait ni prospérer en faveur d'un *de cujus* n'ayant pas exécuté ses devoirs alimentaires, ni conduire à ce qu'un héritier, privé d'un héritage qui, pour lui, présente une dimension alimentaire, tombe dans le besoin. Le devoir de solidarité intrafamilial, manifesté par l'obligation alimentaire, semble donc constituer une forme de limite à la volonté individuelle, et demeure donc, y compris au sein des innovations les plus libérales du droit de la famille, un pilier normatif constant.

Pour autant, le phénomène de développement de l'autonomie de la volonté ne manque pas de toucher, également, l'obligation alimentaire, de sorte qu'il convient, désormais, d'envisager sa contractualisation.

C) La contractualisation de l'obligation alimentaire

377. La contractualisation de l'obligation alimentaire s'inscrit dans un phénomène, plus large, de contractualisation⁹⁸⁰ du droit de la famille et du droit des couples⁹⁸¹. On peut faire remonter son origine, d'une certaine manière, à l'élaboration du droit postrévolutionnaire. Comme nous avons eu l'occasion de l'exposer précédemment, la compréhension de la nature du mariage a toujours été incertaine, oscillant entre conception institutionnelle et conception contractuelle dès

⁹⁷⁹ C. Pérès et P. Potentier, *La réserve héréditaire*, préc., p. 107.

⁹⁸⁰ Sur ce sujet, v. notamment D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc.

⁹⁸¹ A ce sujet, v. not. A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse réalisée sous la direction de Monsieur le professeur Beignier, Toulouse, 2018 ainsi que T. Fassassi, *Le contenu du contrat en droit de la famille : Analyse fonctionnelle*, thèse réalisée sous la direction de Monsieur le professeur Egéa et de Madame la professeure Leborgne, Aix-Marseille, 2023. V. également Congrès des Notaires de France, *Famille & créativité notariale : Accompagner les tribus d'aujourd'hui*, rapport du 121^{ème} congrès des notaires de France, 2025, not. le chapitre dédié à la contractualisation du droit de la famille.

la Révolution française et s'installant durablement au moment de la rédaction du Code civil dans une indétermination qui demeure. Pour citer Monsieur le professeur Leveneur :

« La présentation contractuelle, qui avait été celle du XIX^e siècle, fut remise en cause semble-t-il au début du XX^e siècle au profit d'une thèse institutionnelle⁹⁸². Celle-ci a pu prospérer parce que l'approche contractuelle ne permet pas d'expliquer le rôle que l'autorité publique joue en réalité dans la formation du lien (nombreux sont les textes qui parlent ainsi de la célébration du mariage) et dans l'encadrement de sa dissolution, ni le fait que la publicité qui lui est donnée ne vise pas qu'à la preuve⁹⁸³, ni l'absence totale de liberté des époux dans l'aménagement de leurs devoirs personnels qui sont impérativement fixés par la loi. Le mariage sort de l'ordinaire contractuel [...] et c'est pour exprimer cela que l'on a présenté le mariage comme une institution. [...] La querelle est apaisée depuis fort longtemps par le recours à une conception mixte, qui combine les deux aspects : pour exprimer l'idée que les aspects dominants sont les aspects institutionnels dans le mariage-état et les aspects contractuels dans le mariage-source, on dira volontiers que le mariage est une institution à laquelle on adhère par un contrat. Une fois l'adhésion librement donnée, la volonté des parties est impuissante pour le reste : les effets de l'institution se produiront automatiquement »⁹⁸⁴.

378. Le phénomène que l'on qualifie aujourd'hui de contractualisation n'est donc pas la soudaine irruption de la technique contractuelle dans le droit de la famille, puisque celle-ci existait dès l'origine dans la conception des révolutionnaires⁹⁸⁵ et dans celle des rédacteurs du Code civil, en matière de mariage⁹⁸⁶. En revanche, là où, autrefois, la méthode contractuelle n'avait vocation qu'à intervenir au stade du mariage-source, elle se développe aujourd'hui au stade du mariage-état, et les époux peuvent, de même que les partenaires pacsés et les concubins, intervenir de plus en plus par la voie contractuelle pour aménager, au cours de leur vie, leur union. Qu'on en prenne pour exemple la liberté très grande offerte aux époux, par la voie du divorce dit « sans juge » qu'a créé la *loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, pour aménager les conséquences de leur désunion, et où le contrôle judiciaire est désormais absent, puisque celui-ci intervient alors, comme le prévoient les articles 229 et suivants du Code civil, « par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ».

⁹⁸² V. Ch. Lefebvre, « Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? », R.H.D. 1902.300, cité par L. Leveneur, « Introduction », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc., p. 6.

⁹⁸³ V. H. Batiffol, « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Archives philosophiques du droit*, 1975, p. 13.

⁹⁸⁴ V. L. Leveneur, « Introduction », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc.

⁹⁸⁵ On se souvient que ces derniers avaient ouvert la voie à la contractualisation en matière de divorce par la loi du 20 septembre 1792.

⁹⁸⁶ À ce sujet, v. H. Lécuyer, « Mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc., p. 57, mais également, dans le même ouvrage (p. 68 et s.), F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat » et, toujours dans le même ouvrage (p. 81 et s.), D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », dressant, pour la question de l'union et de la désunion du couple, un portrait complet du phénomène de contractualisation du droit de la famille.

379. Pour ce qui est du phénomène de contractualisation s’agissant des couples non mariés, il convient, comme l’explique Madame la professeure Fenouillet, de distinguer deux phases. La première correspond à l’utilisation du droit commun des contrats pour aménager juridiquement la vie à deux lorsqu’elle s’épanouit hors du mariage : c’est le « temps des contrats dits "communs" »⁹⁸⁷. Plus tard, « les limites de ces contrats "communs" ont [...] suscité la création d’un nouveau statut, spécial celui-là : c’est le temps du pacte civil de solidarité »⁹⁸⁸. Nous avons déjà eu l’occasion d’expliquer pourquoi et comment est apparu le Pacs : il s’agit donc ici de souligner plus spécifiquement combien l’apparition de cette figure juridique *sui generis* marque un passage symbolique fort en ce qu’elle conduit à une institutionnalisation, par le biais d’une forme contractuelle, d’une nouvelle forme d’union, ce qui marque une promotion de la figure contractuelle en droit de la famille. Loin de demeurer le moyen d’un palliatif ou d’un aménagement à la marge, la contractualisation conduit à l’institutionnalisation, et prend donc pleinement place dans le paysage juridique du droit de la famille contemporain.

Comme l’explique l’autrice : « En offrant le pacte civil de solidarité comme nouveau statut de couple, le législateur ne s’est pas contenté de prendre en compte la réalité factuelle d’un couple : il a érigé un mode de vie factuel en modèle social. Ce faisant, c’est une véritable “légitimation” sociale qui est conférée aux couples en question, *via* un statut légal spécial. L’outil contractuel se transforme en technique de légitimation. La portée symbolique de ce nouveau modèle contractuel est considérable : le législateur a reconnu implicitement la spécificité et la légitimité de cette demande contractuelle. Le pacte vient prendre place à côté du mariage comme forme d’organisation d’une vie de couple »⁹⁸⁹. Le phénomène de contractualisation est donc une réalité indéniable impliquant dans l’analyse du droit de la famille des changements profonds, tant pour le couple marié que pour le couple pacsé.

380. Aujourd’hui, le phénomène de contractualisation dépasse largement, tant d’un point de vue technique que d’un point de vue normatif, la reconnaissance d’une forme d’union prenant

⁹⁸⁷ *Idem*, p. 83. À ce propos, il a pu être remarqué que « Traditionnellement, l’institution matrimoniale ne s’opposait pas à une association patrimoniale et ponctuelle au sein du couple non marié. Divers contrats spéciaux, qui ne sont ni réservés ni fermés aux couples non mariés, ont ainsi pu être utilisés : contrat de société, convention d’indivision, clause de tontine, libéralité, stipulation pour autrui, etc. Le procédé porte en lui-même ses limites, tenant notamment aux effets assez circonscrits des contrats utilisés, au triple plan matériel, temporel et personnel puisque l’association patrimoniale obtenue ne peut être que limitée, ponctuelle et relative. Sur ces trois points, les contrats spéciaux restent donc sans commune mesure avec le modèle matrimonial (constitution d’une masse patrimoniale autonome ayant vocation à englober tous les biens à venir et opposable à tous). Et c’est justement parce qu’ils ne concurrencent pas, en réalité, le modèle matrimonial, que ces contrats ont été reçus sans difficulté » (v. *idem*, p. 85) Sur la question de la propriété commune et de ses spécificités, v. également T. Vigneau, *Le droit des biens à l’épreuve de la propriété commune des régimes matrimoniaux*, mémoire rédigé sous la direction de Madame la professeure Fenouillet dans le cadre du M2 de Droit privé général de l’Université Paris 2 - Panthéon Assas, 2019.

⁹⁸⁸ *Idem*, p. 83.

⁹⁸⁹ *Idem*, p. 92.

naissance dans un contrat. Là où la reconnaissance du Pacs a conduit à ce qu'un contrat soit érigé comme modèle, c'est désormais, avec l'essor contemporain de la contractualisation, la méthode contractuelle elle-même qui semble faire figure de modèle. Il suffit, pour s'en rendre compte, de constater que c'est désormais l'obligation alimentaire elle-même qui peut faire l'objet d'une forme de contractualisation, et ce non plus seulement en matière de droit des couples, mais également en matière de parenté.

La dernière étape marquante de cette évolution a probablement été la *loi n° 2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022*⁹⁹⁰, qui, en son article 100, a apporté des modifications substantielles à un certain nombre de dispositions relatives à l'obligation alimentaire. On peut, pour l'essentiel, relever deux aspects principaux de ces innovations : d'une part, la possibilité d'aménager contractuellement les modalités de fixation et d'exécution de l'obligation alimentaire, et d'autre part, la force donnée, dans l'ordonnancement juridique, à l'accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative.

381. S'agissant des modalités de fixation et d'exécution de l'obligation alimentaire, on peut notamment évoquer la possibilité ouverte de les aménager *via* des accords parentaux, depuis les lois de financement de la sécurité sociale pour 2020 et pour 2022⁹⁹¹. Là où, auparavant, seule une décision judiciaire ou une convention homologuée par le juge pouvait permettre de déterminer les conditions d'exécution de l'obligation alimentaire, et notamment l'existence ou le montant de la pension alimentaire due par le débiteur, sont désormais ouvertes quatre nouvelles modalités, toutes extrajudiciaires, visant à reconnaître la force obligatoire d'accords parentaux, la dernière en date étant la possibilité de recourir à « une transaction ou un acte constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties ». Ce n'est donc plus nécessairement un juge qui fixe ou contrôle les modalités d'exécution de l'obligation alimentaire, l'accent étant plutôt mis sur la possibilité de

⁹⁹⁰ Bien que les lois de financement précédentes, notamment pour l'année 2020, avaient déjà initié ce mouvement de contractualisation.

⁹⁹¹ V. articles 373-2-2 et 373-2-3 du Code civil. Il résulte de ces textes, notamment, qu'« en cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié », donc les modalités et les garanties peuvent désormais être fixées, par « une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 » ; « un acte reçu en la forme authentique par un notaire » ; « une convention à laquelle l'organisme débiteur des prestations familiales a donné force exécutoire en application de l'article L. 582-2 du code de la sécurité sociale » ou encore « une transaction ou un acte constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente en application du 7° de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution ».

recourir à un accord extrajudiciaire, dont la valeur et la portée ne dépend plus d'une homologation, et est donc, pour l'essentiel, laissée entre les mains des parties⁹⁹².

Précisons en outre que de multiples possibilités sont ouvertes pour permettre la mise en œuvre de formes alternatives d'exécution de l'obligation alimentaire parentale : ainsi de la possibilité de recourir à la prise en charge directe des frais exposés par l'enfant ou de consentir à ce dernier un droit d'usage et d'habitation (article 373-2-2 du Code civil), ou encore de la possibilité d'affecter à l'usage de l'enfant un ou des éléments de patrimoine. L'article 373-2-3 du Code civil dispose, ainsi, que « lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, en tout ou partie, par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus ». De même, l'article 372-2 du Code civil ouvre la possibilité d'écarter la mise en place de l'intermédiation financière⁹⁹³ ou de la suspendre, lorsqu'elle a été mise en place, du commun accord des parents⁹⁹⁴. La possibilité d'aménagement contractuel de l'obligation alimentaire est donc, désormais, largement ouverte aux débiteurs et créanciers de l'obligation alimentaire.

382. S'agissant de la force donnée, dans l'ordonnancement juridique, à l'accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, le propos sera plus rapide. Il suffit, à cet égard, de constater que l'article 373-2-2 du Code civil, l'article 373-2-3 du Code civil, l'article L. 523-1 du code de la sécurité sociale, l'article L. 213-1 du code des procédures civiles d'exécution et l'article 1^{er} de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires tiennent pour équivalent, d'une part, une décision judiciaire ou une convention homologuée par le juge, et d'autre part, une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel, un acte reçu en la forme authentique par un notaire, une convention à laquelle la CAF a donné force exécutoire en application de l'article L. 582-2 du code de la sécurité sociale ou une transaction ou un acte constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative⁹⁹⁵. Il en résulte que la loi trace une équivalence entre des actes consentis et adoptés sans contrôle judiciaire, ce qui ne va pas sans susciter des

⁹⁹² V. néanmoins C. Chwartz, J. Combret et A. Tani, « Pouvoir et devoir d'alerte du notaire et sa responsabilité en droit de la famille », in *Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 51-52, 20 décembre 2024, p. 1248.

⁹⁹³ V. *infra*, n°475 s.

⁹⁹⁴ Il existe cependant des exceptions à cette possibilité, écartée lorsque que « le parent débiteur a fait l'objet d'une plainte ou d'une condamnation pour des faits de menaces ou de violences volontaires sur le parent créancier ou l'enfant ou lorsque l'une des parties produit, dans les mêmes conditions, une décision de justice concernant le parent débiteur mentionnant de telles menaces ou violences dans ses motifs ou son dispositif ».

⁹⁹⁵ Lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente en application du 7° de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution.

interrogations quant aux concessions que cela suppose en matière de protection des parties et des enfants.

383. On ne peut en effet pas étudier le phénomène de contractualisation sans souligner le recul du garde-fou de la contractualisation qu'est l'homologation judiciaire. Si, aux premiers jours du XXI^e siècle, il était déjà possible de faire le constat de ce que, en matière familiale, certaines conventions étaient « parfois dotées, après homologation judiciaire, d'une force et d'une résistance inouïes »⁹⁹⁶, le processus de contractualisation semble aujourd'hui bien plus avancé, puisque l'homologation judiciaire qui était autrefois le corollaire de la liberté contractuelle en matière familiale, et qui garantissait le maintien d'un contrôle étatique assurant la protection des intérêts des individus, tend à s'estomper.

Le recul de l'homologation judiciaire est, pour cette raison, particulièrement préoccupant. Si certains auteurs n'hésitent plus à parler, non sans controverse, de *La famille par contrat*⁹⁹⁷, qui constituerait le moyen d'« affranchir le phénomène familial de toute trace de son passé canonique et moral »⁹⁹⁸, la contractualisation des liens familiaux étant pour eux « avec la libre disposition de soi, les deux piliers de la démocratie individuelle »⁹⁹⁹ et constituant le moyen d'abattre les « vestiges d'une société statutaire et moraliste »¹⁰⁰⁰ ainsi que le « familialisme patriarcal »¹⁰⁰¹, il y a matière à être bien plus prudent et circonspect. Il ne faut pas, à cet égard, oublier que le contrat est avant tout le « merveilleux instrument du capitalisme moderne »¹⁰⁰², et que le contrôle du juge en matière familiale n'a pas vocation à constituer une atteinte à la liberté individuelle, mais à assurer la garantie des équilibres et la préservation des intérêts de chacun dans ces étapes déterminantes et on le sait parfois difficiles de la vie que sont les bouleversements de la vie familiale.

Déjudiciariser, c'est « renvoyer les partenaires à la volonté de l'un ou des deux, c'est institutionnaliser la violence comme mode de règlement des conflits de couple. [...] Privatiser cette rupture revient à abandonner le faible, non seulement matériellement mais aussi moralement. [...] Comment peut-on ainsi consacrer légalement un statut qui renvoie le couple à sa seule violence ? »¹⁰⁰³. Le phénomène semble à cet égard plus préoccupant encore s'agissant de la

⁹⁹⁶ V. L. Leveneur, « Introduction », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc.

⁹⁹⁷ V. D. Borrillo, *La famille par contrat – La construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF, collection GenerationLibre, 2018.

⁹⁹⁸ *Idem*, p. 143.

⁹⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰⁰ *Idem*.

¹⁰⁰¹ *Idem*, p. 144.

¹⁰⁰² V. H. Lécuyer, « Mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc., p. 57.

¹⁰⁰³ V. D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc., p. 98.

contractualisation de l'obligation alimentaire due aux enfants, puisque ces derniers ne sont alors pas partie(s) au contrat, de sorte que le sort d'une pension dont ils sont les créanciers sera décidé sans eux, et sans contrôle judiciaire. Aux seules sirènes de la liberté, l'homologation judiciaire venait apporter la nuance essentielle et nécessaire de l'égalité et de la protection des plus vulnérables. Il y a là probablement un équilibre à trouver, mais il n'est pas certain que la suppression de tout contrôle soit le chemin du progrès. Il convient, surtout, de prendre la contractualisation – et avec elle le contrat – pour ce qu'elle est, à savoir un outil, une technique, une méthode, et de ne surtout pas la voir comme un objectif ou comme un idéal. Ce serait, au mieux, dénué de sens, et au pire, dangereux, sauf à déceler derrière la promotion de la contractualisation l'existence d'une idéologie fondée sur le libéralisme qui, en matière juridique comme ailleurs, a pour effet de mettre en concurrence des individus, et à sacrifier la défense des plus faibles au nom de la liberté.

384. D'un point de vue normatif, le changement est fondamental. Comment appréhender, en effet, la fonction normative d'un droit qui abandonne entre les mains des parents le soin de fixer eux-mêmes l'obligation alimentaire due à leurs enfants ?

On peut, tout d'abord, y déceler une volonté tenant à assurer une meilleure exécution de l'obligation alimentaire. Les modifications apportées aux articles précités sont en effet intervenues dans un contexte législatif précis, à savoir celui de la généralisation de l'intermédiation financière pour l'exécution des pensions alimentaires, mécanisme dont on sait que l'adoption a été motivée par deux objectifs principaux : une meilleure exécution ultérieure des pensions alimentaires fixées, et la volonté de pacification des rapports entre parents, ou entre débiteurs et créanciers d'aliments. L'idée est alors que consentie, discutée et négociée par les parties, la dette d'aliments sera mieux acceptée, mieux comprise, et mieux exécutée. Cette argumentation vaut *a fortiori* dans un contexte où les intéressés ont *a priori* une meilleure connaissance de leur situation financière et des besoins de leur enfant que le juge : elles sont ainsi susceptibles d'évaluer au mieux les réalités financières qu'impliquent la charge de l'enfant, à condition toutefois que le processus de discussion et de négociation s'inscrive dans un contexte de négociation qui prenne le temps nécessaire de parvenir à un accord éclairé. Il ne s'agit donc pas seulement, ici, de préserver la liberté individuelle des individus, d'autant que le créancier de l'obligation n'est pas forcément partie à l'accord.

385. Ne peuvent, toutefois, être négligés les aspects plus négatifs du mécanisme. Car, après tout, on aurait tout à la fois pu encourager la mise en œuvre de procédures conventionnelles, de

médiation, sans abandonner la garantie que constitue l'homologation judiciaire. Cet abandon ne peut alors qu'être lié à un double objectif de désengorgement des tribunaux, d'une part, et de réduction de la charge financière étatique liée à la gestion des contentieux familiaux, d'autre part. On peut, à cet égard, citer à nouveau Madame la professeure Fenouillet, qui note que « fonder [la] déjudiciarisation sur une volonté d'économie budgétaire, c'est oublier, d'une part, que désengorger les tribunaux au prix du sacrifice individuel est un utilitarisme assez triste, et, d'autre part, que le non-recours préalable au juge sera certainement source d'un contentieux à retardement »¹⁰⁰⁴. Il y a, derrière la déjudiciarisation qui accompagne la contractualisation de l'obligation alimentaire, une composante économique qui ne peut être ignorée, et qui fait peser sur toute l'innovation technique que constitue cette réforme un soupçon préjudiciable d'économie au détriment des plus faibles.

Si l'on s'interroge, enfin, sur les effets cumulés de la contractualisation et de la déjudiciarisation sur l'obligation alimentaire elle-même, on peut faire le constat du risque du non-respect des conditions et critères de fixation de la pension. Peu développés, en réalité, sur les modalités de fixation de l'obligation alimentaire par les parents, les articles 373-2-2 et 373-2-3 du Code civil, ne permettent pas de garantir que les critères auxquels le juge est soumis s'imposent également aux parties. L'accent est, ici, mis sur l'accord lui-même, et non sur son contenu, comme si l'important était, pour le législateur, que les parties parviennent à un accord, et non qu'elles parviennent à un accord juste. Faut-il, alors, préférer un accord moins juste mais mieux exécuté et accepté par les parents ? La question se pose, et l'absence quasi complète de garde-fous¹⁰⁰⁵ semble y répondre de manière positive. Elle se pose d'ailleurs avec d'autant plus d'acuité que, comme on a pu le mentionner, le créancier de l'obligation n'est pas forcément partie à l'accord : c'est ainsi que les intérêts des enfants sont abandonnés aux mains de leurs parents, dont la loi semble présumer qu'ils seront les meilleurs juges. C'est probablement exact pour la majorité des cas, mais également oublier, un peu vite, que l'une des vocations du droit est, précisément, d'intervenir pour préserver les plus faibles, et notamment, s'agissant du droit de la famille, les enfants, d'éventuels dysfonctionnements familiaux, dysfonctionnements qui peuvent, pourtant, déteindre sur les accords parentaux.

¹⁰⁰⁴ V. D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc., p. 98.

¹⁰⁰⁵ Précisons, à cet égard, d'une part que l'adage « qui dit contractuel dit juste » a, maintes fois, prouvé son caractère erroné, et que la dernière réforme du droit des obligations s'en est clairement éloigné. D'autre part, il semble illusoire d'attendre des acteurs entourant les parties – notaire, avocats, médiateur – que ces derniers viennent contrôler le caractère équilibré et juste de l'accord auquel sont parvenues les parents ou ex-époux. S'ils peuvent jouer ce rôle, ce dernier ne s'impose toutefois pas à eux, et il y a fort à parier que la majorité de ces acteurs – ainsi, notamment, des notaires – n'entendent pas se voir attribuer ce rôle, qui s'accompagnerait, le cas échéant, d'une responsabilité professionnelle.

On peut se demander si s'opère, par un double phénomène de développement d'un pluralisme familial et de contractualisation du droit de la famille, une renonciation à l'idée de modèle et donc un phénomène de « dénormativisation », voire l'émergence d'une forme de philosophie du « dénormativisme ». En apparence en effet, offrir ainsi un large éventail de choix et une possibilité de modulation des effets patrimoniaux des liens familiaux par la voie contractuelle pourrait donner l'impression que le droit de la famille contemporain ne fait désormais qu'accompagner la liberté de choix des couples, et qu'il a renoncé à l'idée de modèle, ce qu'on a pu aussi qualifier de « déclin du caractère institutionnel de la famille » ou de « privatisation du droit »¹⁰⁰⁶.

Comme bien souvent, il faut nuancer le propos. Déjà parce qu'en soi, la contractualisation a ses limites, et qu'elle s'exerce dans le cadre qu'autorise la loi. Le mariage en est le meilleur exemple, puisqu'il prévoit non seulement un régime matrimonial supplétif, « par défaut » – qui permet largement au législateur de défendre un certain modèle d'union patrimoniale, *a fortiori* quand on sait que l'immense majorité des couples mariés font le choix de ne pas s'en écarter –, mais également un régime primaire impératif, dont l'obligation alimentaire constitue l'un des socles, et qui permet d'assurer un noyau commun impératif à l'ensemble des couples mariés.

386. Ensuite et surtout, il ne faut pas perdre de vue que le pluralisme conjugal offre la possibilité de faire un choix, certes, mais entre plusieurs options, et il s'agit donc pour les couples d'opter entre plusieurs modèles. Choix prévu et offert par le législateur, entre différents modèles prévus par lui, avec une base impérative de droits et de devoirs qu'il détermine... Si on ne peut qu'observer l'existence d'une forme de recul des conceptions traditionnelles de la fonction normative du droit de la famille, qui n'a eu de cesse de s'accélérer, au nom du pluralisme et de la contractualisation du droit de la famille, notamment sous la pression des revendications politiques et des droits fondamentaux, il semblerait pourtant aventureux d'annoncer, sur cette base, la disparition de la normativité en droit de la famille.

De plus, la contractualisation ne s'opère pas sans limites, puisqu'interviennent un certain nombre de dispositions d'ordre public, insusceptibles de renonciation.

¹⁰⁰⁶ D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières, « Avant-propos » in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, préc.

Ainsi, peut-on évoquer, en matière de couple, l'impossibilité de renoncer, par une convention matrimoniale, à la contribution aux charges¹⁰⁰⁷, ou encore de l'impossibilité de renoncer, avant toute procédure de divorce, au versement d'une prestation compensatoire¹⁰⁰⁸. Cette dernière hypothèse, qui interdit aux époux de transiger *a priori* sur leur droit futur à une prestation compensatoire, semble même pouvoir relever de l'ordre public international. C'est ainsi que la Cour de cassation a cassé, pour défaut de base légale, un arrêt rendu par une cour d'appel, dont les motifs révélaient que les juges du fond n'avaient pas recherché si la clause contractuelle, stipulée dans un contrat de mariage reçu par un notaire en Allemagne, aux termes de laquelle les époux avaient exclu « toute prestation compensatoire selon le droit allemand ou tout autre droit », n'était pas manifestement contraire à l'ordre public international français¹⁰⁰⁹.

En matière de parenté, la jurisprudence est de même venue préciser que le devoir parental d'entretien était un mécanisme d'ordre public, et que les parents ne pouvaient renoncer au droit de réclamer des aliments pour l'entretien de leurs enfants¹⁰¹⁰. De même a-t-elle précisé que les modalités même d'exécution du devoir parental d'entretien étaient protégées par l'ordre public : ainsi, le versement régulier et la variabilité de la contribution parentale d'entretien sont expressément visés par la Cour de cassation qui a, à cet égard, notamment précisé que le versement d'une somme forfaitaire ne satisfait aux conditions posées par le Code civil¹⁰¹¹.

Les limites à la contractualisation sont donc présentes. Il ne faut toutefois pas négliger l'impact, profond, du développement de l'autonomie de la volonté en matière familiale, et nous pouvons faire le constat que les libertés nouvelles offertes aux parties ne s'accompagnent pas toujours de leur responsabilisation.

¹⁰⁰⁷ On peut notamment, à cet égard, citer un arrêt relativement récent aux termes duquel la Cour de cassation a jugé que : « Il résulte de l'application combinée [des articles 214, 226 et 1388 du Code civil] que les conventions conclues par les époux ne peuvent les dispenser de leur obligation d'ordre public de contribuer aux charges du mariage. Dès lors, en présence d'un contrat de séparation de biens, la clause aux termes de laquelle « chacun [des époux] sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature », ne fait pas obstacle, pendant la durée du mariage, au droit de l'un d'eux d'agir en justice pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage » (Civ. 1^{ère}, 13 mai 2020, n°19-11.444, Bull.).

¹⁰⁰⁸ V. Civ. 1^{ère}, 8 février 2005, n°03-17.923, Bull.

¹⁰⁰⁹ V. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2015, n°14-17.880, Bull.

¹⁰¹⁰ V. Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, 04-14.185, Bull.

¹⁰¹¹ V. Civ. 1^{ère}, 29 mai 1985, n°84-11.626, Bull. V. également un arrêt aux termes duquel la Cour de cassation a jugé que : « Attendu qu'ayant relevé que la convention signée par les concubins n'avait pas fixé le montant de la contribution à proportion des ressources de chacun des parents et des besoins des enfants mais à un montant forfaitaire, égal à la moitié des revenus du concubin, susceptible d'une part de placer l'intéressé dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard d'autres créanciers d'aliments, et, d'autre part, constituant par son caractère particulièrement contraignant un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle, la cour d'appel en a justement déduit que cette stipulation, contraire aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire, était nulle » (Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, n° 05-17.475, Bull.).

II) La responsabilité, un corollaire incertain

387. Le libéralisme ou la liberté s'accompagnent généralement, que ce soit dans les discours ou dans la théorie juridique, d'une forme de responsabilité. C'est là un paradigme classique : le recul de l'intervention d'une entité extérieure et le développement de l'autonomie individuelle conduisent à une plus grande responsabilisation de ceux qui usent de cette liberté nouvellement acquise. Or, en matière familiale, la sanction (notamment la sanction civile) des obligations n'est pas toujours aisée à déterminer¹⁰¹², et il semble quelque peu difficile de concilier responsabilisation, d'une part, et déjudiciarisation, d'autre part, *a fortiori* dans un contexte où l'irruption du juge dans la sphère familiale est de plus en plus présentée comme intrusive¹⁰¹³. Comme l'explique encore Monsieur le professeur Chénédé :

« Qui ne voit que derrière le bien-être des individus, voire le respect de leur intimité par une limitation de l'intrusion judiciaire, l'enjeu de taille est celui de la déjudiciarisation ? S'agissant en particulier de la contractualisation du divorce, les observateurs – y compris les notaires – ont massivement souligné les risques d'une précipitation, notamment au regard de l'intérêt de l'enfant. [...] C'est alors que pointe l'inquiétude, du moins pour celui qui considère encore le juge comme une figure protectrice des individus, de leurs intérêts, et même de leur liberté. [...] Derrière les arguments de respect des volontés individuelles, de réappropriation de leur litige par les parties et même de revalorisation du travail du juge, le réformateur a bien du mal à cacher des préoccupations éminemment budgétaires »¹⁰¹⁴.

388. En outre, en matière alimentaire, la responsabilisation pose des questions génératrices de contradictions. Qui s'agit-il, en effet, de responsabiliser ? Le débiteur ou le créancier d'aliments ? A cette question, le principe est classiquement l'indifférence des actions du créancier d'aliments pour son droit au secours, et une responsabilisation accrue du débiteur. Cela ne signifie pas, bien sûr, que le créancier puisse demeurer oisif et faire reposer sur autrui sa propre nonchalance : seulement, la raison pour laquelle le créancier est tombé en état de besoin (par exemple à la suite d'un pari malchanceux qui lui a fait dilapider sa fortune) est indifférente¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² À ce sujet, v. G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, 2014.

¹⁰¹³ Et non vécue, car ceux qui rencontrent effectivement des difficultés familiales, ces tragédies intimes qui parfois sont masquées par les grands discours, semblent plutôt souffrir d'un manque d'interlocuteurs, des délais trop longs pour obtenir une audience, de la complexité des règles juridiques au milieu desquelles il leur faut naviguer.

¹⁰¹⁴ F. Chénédé, *Droit de la famille*, Dalloz action, 2023-2024, spéc. n°01.52.

¹⁰¹⁵ F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n°32, p. 29-30 : « Le créancier doit être dans le besoin et en rapporter la preuve. Le juge doit prendre en considération les revenus du demandeur plutôt que son capital : le créancier ne saurait être tenu d'aliéner son capital pour se constituer une rente viagère. Dans l'appréciation des revenus, il faut d'autre part tenir compte des possibilités du demandeur plutôt que des réalités : celui qui, compte tenu de son âge, de sa santé, pourrait gagner sa vie en travaillant ne peut prétendre à l'oisiveté grâce à une obligation alimentaire mise à la charge de ses parents ou alliés. En revanche, peu importe la cause de l'indigence alléguée. Quand même elle proviendrait de

Inversement, le débiteur d'aliments est, de son côté, assez largement responsabilisé, notamment par des mécanismes extérieurs au pur droit civil, comme le droit des procédures civiles d'exécution, le droit de la sécurité sociale et le droit pénal : nous y reviendrons.

Mais, lorsque l'on raisonne ainsi, on envisage seulement le rapport du créancier ou du débiteur d'aliments à sa dette ou sa créance d'aliments : il s'agit donc de responsabiliser le créancier ou le débiteur d'aliments au sein même du droit des obligations alimentaires, ici placé en vase clos. Mais le droit des obligations alimentaires fait aussi œuvre de responsabilisation en envisageant les droits et devoirs du créancier et du débiteur d'aliments de manière plus large, transversale, en envisageant une privation du créancier et une décharge du débiteur d'aliments en raison de manquements commis potentiellement en dehors du droit des obligations alimentaires lui-même, cette hypothèse renvoyant à la décharge prévue par les articles 207 et 379 du code civil. Il résulte de ces articles la volonté de sanctionner le créancier d'aliments ayant manqué gravement à ses obligations envers le débiteur par la perte de ses droits alimentaires.

Autrement dit, celui qui a gravement fauté à l'égard d'un obligé alimentaire potentiel ne peut pas lui réclamer d'aliments, ce dernier étant alors dispensé. Comme l'explique Monsieur le professeur Houssier, la double nature juridique et morale des obligations alimentaires justifie l'existence d'un mécanisme d'indignité, qui vise à empêcher celui qui aurait manqué à ses devoirs vis-à-vis d'un membre de sa famille de se prévaloir d'un devoir familial de solidarité :

« L'alliance du sentiment et du devoir inhérente à toutes les dettes familiales se révèle à l'origine d'une subtile alchimie, faisant de ces obligations passives des dettes à forte coloration sociale. [...] L'impératif juridique se double alors d'un impératif moral, obligeant chacun des membres du groupe à contribuer aux besoins de leurs pairs. Or, cette particularité des dettes de contribution se reflète immédiatement dans leur régime, le droit ne restant pas impassible devant certains comportements jugés répréhensibles »¹⁰¹⁶.

389. Le mécanisme est relativement ancien, puisqu'il remonte à la *loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation*, l'article 207 tel qu'issu du Code Napoléon ne le prévoyant pas, et repose sur une conception élargie du caractère réciproque de l'obligation alimentaire. L'idée est alors que le manquement du créancier d'aliment à l'une de ses obligations – et non pas nécessairement à une

l'inconduite du demandeur, les aliments n'en seraient pas moins dus. Encore convient-il que le créancier prouve qu'il n'est pas en mesure d'assurer sa subsistance, spécialement en exerçant une activité rémunérée ».

¹⁰¹⁶ J. Houssier, *Les dettes familiales*, préc., n°308, p. 324.

obligation alimentaire – envers le débiteur d'aliments est de nature à entraîner une décharge pour ce dernier, par une forme d'exception d'inexécution¹⁰¹⁷.

L'objectif de la réforme était, en 1972, d'ouvrir « la possibilité de débouter le créancier d'aliments [s'étant] totalement désintéressé de son enfant » ou celui « coupable de mauvais traitements à l'encontre de son enfant »¹⁰¹⁸. Ce mécanisme – l'exception d'indignité – a pourtant connu des évolutions récentes : c'est ainsi que la *loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales*, a ajouté un alinéa 3 à l'article 207 du Code civil, introduisant dans le droit commun un automatisme qui n'existait, jusqu'à présent, que dans l'hypothèse, prévue à l'article 379 du Code civil depuis la *loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale* de dispense de l'obligation alimentaire pour les enfants dont les parents se sont vus retirer leur autorité parentale. Alors que l'alinéa 2 de l'article 207 du Code civil prévoit une possibilité générale pour le juge de décharger le débiteur en cas de manquement grave du créancier à son endroit, l'alinéa 3 de ce même article dispose désormais que « En cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, le débiteur est déchargé de son obligation alimentaire à l'égard du créancier, sauf décision contraire du juge ».

Reprenons-en l'historique, puis le principe. En effet, deux versions ont été proposées avant de parvenir à la rédaction actuelle.

- La version issue de la proposition de loi n°2478 visant à protéger les victimes de violences conjugales prévoyait un alinéa 3 plus restrictif, d'une part en énumérant les crimes concernés, et d'autre part en limitant la dispense aux ascendants et descendants de la victime : « En cas de meurtre, d'assassinat, d'empoisonnement, de violences ayant entraîné la mort ou de tentative de l'un de ces crimes, les ascendants et descendants de la victime sont déchargés de leur obligation alimentaire à son égard. ».
- Inversement, celle adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture était plus large, d'une certaine manière, puisqu'elle incluait les délits portant atteinte à

¹⁰¹⁷ Même si cette analyse est parfois remise en question, notamment à la faveur d'un arrêt rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation en 1995 (Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, n° 92-21.599) sur lequel nous reviendrons ultérieurement et qui avait rejeté la possibilité de se prévaloir de l'exception posée par l'article 207 al. 2 entre époux, v. à ce titre, par exemple, J. Hauser, « Aliments : grandes manœuvres autour des articles 207 et 207-1 du code civil », in *RTD Civ.* 1995, p. 348

¹⁰¹⁸ J. Foyer, discussion de la loi du 3 janvier 1972 devant l'Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 6 octobre 1971

l'intégrité physique ou psychique de la personne : « En cas de condamnation pour un crime ou un délit portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne commis par un parent sur l'autre parent ou sur un descendant, les ascendants et descendants de la victime sont déchargés de leur obligation alimentaire à l'égard de l'auteur. ».

C'est donc une forme de compromis qui a donné naissance à la rédaction actuelle de l'article 207 du Code civil, et un compromis concernant deux questions : les débiteurs déchargés, d'une part, et les actes concernés par la décharge, d'autre part.

390. La question des débiteurs déchargés répond à une première nécessité : sur le fondement de l'article 207, alinéa 2, du Code civil, il n'était en effet possible que de sanctionner des atteintes directement portées par le créancier au débiteur d'aliments. On pouvait ainsi imaginer, par exemple, qu'un enfant soit contraint de fournir des aliments à un parent qui aurait tué son autre parent – ainsi du cas d'un père ayant tué sa compagne et venant réclamer des aliments à ses enfants, contraints, du fait de la lettre de l'article 207, alinéa 2, du Code civil, de venir au secours de la personne responsable de la mort de leur mère, ce qui correspond au cas ayant conduit à l'adoption de cette loi¹⁰¹⁹ –. C'est ainsi que peuvent désormais entraîner la dispense du débiteur aussi bien les actes commis sur lui-même que ceux commis sur l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, liste qui appelle un certain nombre de remarques.

La première est positive, et prend acte du chemin parcouru, considérable, en un demi-siècle, d'une apparente impunité du créancier d'aliments à un système où ses actes sont de nature à permettre à un débiteur alimentaire de refuser son secours, y compris lorsqu'ils ont été commis à l'encontre d'un autre membre du groupe familial, ce qui constitue une remarquable avancée.

¹⁰¹⁹ Comme l'expliquait J. Houssier : « Dans sa première version du 3 décembre dernier, [la] proposition suggérait en effet de décharger les ascendants et descendants des victimes de meurtre, d'assassinat, d'empoisonnement, de violences ayant entraîné la mort ou de tentative de l'un de ces crimes, de leur obligation alimentaire envers les auteurs de ces infractions. À en croire l'exposé des motifs, la mesure était essentiellement « symbolique » et devait servir, au mieux, à « inscrire dans la loi que [...] l'un de ces crimes [...] exclut de manière certaine et systématique toute obligation alimentaire des descendants et des beaux-parents du condamné, y compris, le cas échéant, en l'absence de retrait de l'autorité parentale ». Pavée de bonnes intentions, cette proposition faisait écho à l'affaire Le Goff, largement médiatisée. En l'espèce, deux sœurs s'étaient vues actionnées par le département du Maine-et-Loire sur le fondement des art. 205 c. civ. et L. 132-6 CASF, afin de contribuer aux frais d'hébergement de leur père, lequel n'était autre que le meurtrier de leur mère. Informé de la situation, le département avait immédiatement fait machine arrière et abandonné ses poursuites. Mais le mal ayant été fait, l'intransigeance du code civil avait été mise en lumière et la rédaction des art. 205 et 207 vouée aux gémonies. Car, si ce dernier article autorise certes la décharge du débiteur d'aliments en présence d'un manquement grave du créancier envers lui, il ne l'autorise pas en présence d'un manquement grave du créancier envers un tiers, fût-il membre de la famille du débiteur, fût-il son père ou sa mère. D'où cette proposition de loi : en prolongeant cette décharge au-delà de la relation créancier-débiteur, celle-ci devait permettre, selon ses promoteurs, de mieux protéger les victimes de violences, spécialement « dans le huis clos familial » » (J. Houssier, « Proposition de réforme de l'article 207 du code civil : les bonnes intentions font-elles les bonnes lois ? », in *AJ fam.* 2020, p. 122).

La seconde, toutefois, ne peut que faire le constat des limites d'une liste limitative, *a fortiori* au regard des solutions précédemment retenues par la jurisprudence, qui auraient pu être, pour certaines, utilement combattues par le législateur. C'est particulièrement le cas de l'arrêt précité du 17 janvier 1995, ayant vu la Cour de cassation juger que : « Attendu que lorsque le créancier a lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge peut décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ; que, cependant, cette faculté ne s'étend pas, sauf l'exception prévue par l'article 303, alinéa 2, du Code civil, au devoir de secours entre époux, dont l'obligation alimentaire pesant sur la succession de l'époux prédécédé n'est que la continuation »¹⁰²⁰. Il n'est pas inutile, à cet égard, de rappeler les faits¹⁰²¹ : il s'agissait en l'espèce d'un époux qui, atteint d'un cancer, avait vu son épouse quitter le domicile conjugal, puis refuser de lui prodiguer assistance, soins et attentions, et avait connu au moins un épisode de violente dispute avec elle avant de mettre fin à ses jours. C'est donc dans ces circonstances que la Cour de cassation a décidé que l'exception d'indignité était écartée entre époux, et, en l'espèce, à l'encontre de la succession de l'époux prédécédé.

392. Il est vrai qu'existent désormais les mesures de protection des victimes de violences prévues aux articles 515-9 à 515-13 du code civil : cependant, la temporalité de ces mesures n'est pas la même, ces mesures de protection ayant vocation au temporaire, et leur objet diffère, puisque la question des aliments n'y est pas directement abordée. Or, la loi de 2020 ne revient nullement sur la jurisprudence de 1995, qui reste donc d'actualité. Naît alors un paradoxe, remarqué par divers auteurs¹⁰²², que cette réforme de l'article 207 du code civil protège, dans certaines hypothèses d'actes de violence commis entre époux, les proches de la victime mieux que la victime elle-même, qui reste tenue, tant qu'elle n'a pas divorcé, d'une obligation alimentaire à l'égard de

¹⁰²⁰ Civ. 1ère, 17 janvier 1995, n°92-21.599, Bull.

¹⁰²¹ Pour citer plus largement cet arrêt : « Vu les articles 207, alinéa 2, 207-1 et 212 du Code civil ; Attendu que lorsque le créancier a lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge peut décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ; que, cependant, cette faculté ne s'étend pas, sauf l'exception prévue par l'article 303, alinéa 2, du Code civil, au devoir de secours entre époux, dont l'obligation alimentaire pesant sur la succession de l'époux prédécédé n'est que la continuation ; Attendu que Jules X... est décédé le 8 novembre 1988 en laissant pour héritier sa fille, née d'un premier mariage, Mme Y..., et l'Association pour la recherche contre le cancer (ARC) instituée légataire universel par un testament du 5 novembre précédent ; qu'Aline X..., veuve de Jules X..., a saisi le tribunal d'instance d'une demande de pension alimentaire, fondée sur l'article 207-1 du Code civil ; que l'ARC et Mme Y... se sont prévalus des dispositions de l'article 207, alinéa 2, du Code civil en faisant état du comportement de Mme X... au cours des dernières années de la vie conjugale et, en particulier, dans les jours ayant précédé le suicide de Jules X... ; qu'après avoir relevé que l'attitude de Mme X... justifiait une décharge partielle de l'obligation alimentaire, le Tribunal a fixé à 1 200 francs par mois la pension due par l'ARC en fonction de sa part dans l'actif successoral ; Attendu que, pour infirmer cette décision et rejeter les prétentions de Mme X..., l'arrêt attaqué énonce notamment que le départ provisoire du domicile conjugal de Mme X..., en 1987, la scène violente qui a opposé les époux en août 1988, le fait que le mari, atteint d'un cancer, n'ait pas bénéficié des soins et attentions que devait lui prodiguer son épouse et la fin tragique de Jules X..., constituent autant d'éléments démontrant que Mme X... avait manqué gravement à ses obligations ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les fautes imputées à Mme X... ne pouvaient priver celle-ci de son droit à aliments, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹⁰²² Outre l'article précité de J. Houssier, v. K. Bellis, « Le Grenelle contre les violences et la timide réformes de l'exception à l'obligation alimentaire : proposition d'améliorations », in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 90.

l'autre membre du couple¹⁰²³. Il aurait été souhaitable que le législateur se saisisse de l'occasion pour combattre cette jurisprudence.

393. L'autre exception existante est celle qui veut que l'obligation d'éducation et d'entretien à l'égard des enfants ne puisse pas faire l'objet d'une exception d'indignité. Celle-ci se comprend davantage : limitée dans le temps, elle n'a pas vocation à rattraper, des années après, des parents qui auraient eu à souffrir de la violence d'un enfant durant ses jeunes années. Limitée dans le temps mais inaltérable, elle a aussi vocation à ne pas permettre à un parent de se soustraire, pour quelque motif que ce soit, à ses obligations à l'égard de son enfant, quels que soient les actes par lui commis. Elle dit beaucoup de la protection accordée à l'enfant, dans son enfance, et de son droit à commettre des erreurs. En protégeant cette période, le législateur, en quelque sorte, sanctuarise l'enfance, l'enfance avec ses errements, ses fausses routes, ses écarts : la tâche éducative, parfois très lourde, il est vrai, qui incombe alors aux parents leur interdit de se défausser de leurs obligations du fait de la difficulté de la tâche. Par ailleurs, cette mesure pourrait marquer une forme de responsabilité parentale, le législateur estimant par là même que les parents, sur qui pèse la charge éducative, sont peut-être, eux-mêmes, pour part responsables de la situation.

394. A cela, il faut ajouter un regret, qui est le corollaire de toute liste limitative : demeure un cas particulier, qui semble avoir échappé au législateur. Au sein de la famille par le sang, il n'est évidemment pas question que la faute d'un membre de la famille rejaillisse sur un autre¹⁰²⁴. Cependant, les exceptions mises en place par l'article 207 du code civil oublient quelque peu le lien d'obligation alimentaire créé par l'article 206, qui prévoit que les gendres et belles-filles doivent des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation demeurant nonobstant le décès de celui des époux qui produisait l'affinité, lorsque subsistent des enfants issus de l'union.

¹⁰²³ Considération qui peut s'étendre aux autres formes de couple à supposer qu'on y reconnaisse l'existence d'une obligation alimentaire. Notons toutefois que la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille avait déjà prévu, en droit spécial, le fait que le conjoint ou ex-conjoint survivant ayant été condamné pour des faits de violences conjugales à l'encontre de l'époux assuré soit privé de pension de réversion et de pension de conjoint survivant d'assuré ou de titulaire de droits à pension de vieillesse ou d'invalidité (v. articles L. 114-22-2, L. 161-22-3 et L. 342-1-1 du code de la sécurité sociale, articles 221-9-2 et 222-48-3 du code pénal).

¹⁰²⁴ Sauf exceptions, naturellement. On pense ici, notamment, dans le cas de l'aide sociale, aux modifications qu'a connu l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles, et qui vient dispenser certains débiteurs d'aliments de contribution aux frais d'hébergement de certains créanciers potentiels : « Les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais. / Par dérogation, sont dispensés de fournir cette aide : 1° Les enfants qui ont été retirés de leur milieu familial par décision judiciaire durant une période d'au moins trente-six mois cumulés au cours des dix-huit premières années de leur vie, sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales ; 2° Les enfants dont l'un des parents est condamné comme auteur, co-auteur ou complice d'un crime ou d'une agression sexuelle commis sur la personne de l'autre parent, sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales. Cette dispense porte uniquement sur l'aide au parent condamné ; 3° Les petits-enfants, dans le cadre d'une demande d'aide sociale à l'hébergement pour le compte de l'un de leurs grands-parents. Cette dispense s'étend aux descendants des enfants et des petits-enfants mentionnés aux 1° à 3° du présent article ».

Quid, alors, du cas d'un époux ou d'une épouse ayant commis des actes de violence à l'égard de son époux ou de son épouse et qui décèderait avant qu'un divorce ait été prononcé ? Dans cette hypothèse, certes un peu particulière, si des enfants sont nés de leur union et vivent encore, le conjoint survivant aura la charge de ses ex-beaux-parents, situation qui peut sembler injuste, quand revient à une ancienne victime la charge de pourvoir aux besoins des parents de son ex-bourreau, avec lesquels elle n'a pourtant pas de lien de sang. C'est ce qui est arrivé en 2019 à une habitante de Villefranche-sur-Saône, qui s'est vu imposer, sur ce fondement, l'obligation de subvenir aux besoins de la mère de son ex-mari décédé, hébergée en Ehpad, en dépit du fait que ledit ex-époux avait, pendant 27 années, battu son épouse, avant de décéder¹⁰²⁵. Peut-être pourrait-on, pour éviter de telles situations, ajouter à l'article 206 du code civil une exception nouvelle, sur le modèle de celles prévues par l'article 207, destinée à faire cesser l'obligation alimentaire produite par l'alliance en cas de violences commises par celui des époux qui créait l'affinité.

395. On pourrait encore remédier à une lacune du texte, relevée par Monsieur le professeur Houssier dans son article précité : celle de la complicité, envisagée pour ce qui est de l'indignité successorale, mais oubliée s'agissant de l'exception d'indignité de l'article 207 du code civil. Comme l'explique l'auteur :

« Cette proposition pourrait se révéler discutable dans un cas particulier : celui de la complicité. On sait en effet que, en matière d'indignité successorale, la sanction du complice avait suscité de vifs échanges en jurisprudence comme en doctrine. Invité à se prononcer sur ce débat, le législateur l'avait d'ailleurs tranché en sanctionnant le complice d'une déchéance similaire à celle de l'auteur de l'infraction : l'exhérédation. Or, faute de précisions en ce sens, le complice du criminel (lequel pourrait être un ascendant de celui-ci) ne saurait en l'état être déchu de ses droits à aliments sur le fondement du futur alinéa 3, les déchéances étant, comme chacun sait, d'interprétation stricte. Aussi le législateur pourrait-il préférablement faire mention de la complicité, par référence aux difficultés passées »¹⁰²⁶.

Rappelons, à cet égard, la lettre de l'article 727 du code civil, qui, en matière d'indignité successorale, dispose que :

¹⁰²⁵ Histoire rapportée par le journal *Le Progrès* dans son édition du 3 mai 2021, sous le titre « Battue pendant 27 ans par son ex-mari, elle doit subvenir aux besoins de son ancienne belle-mère ».

¹⁰²⁶ J. Houssier, « Proposition de réforme de l'article 207 du code civil : les bonnes intentions font-elles les bonnes lois ? », préc.

« Peuvent être déclarés indignes de succéder : 1° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner ; 2° bis Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle ou correctionnelle pour avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le défunt ; 3° Celui qui est condamné pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle ; 4° Celui qui est condamné pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers ; 5° Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue. Peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1° et 2° et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée ou s'est éteinte ».

Il semble donc nécessaire, au moment de proposer une réforme de l'article 207 du code civil, d'envisager le jeu cumulé des mécanismes de l'indignité successorale et de l'indignité alimentaire, tant ces mécanismes se répondent et se complètent.

396. Ces évolutions et ces permanences sont riches d'enseignements en matière de normativité, et témoignent de la profonde métamorphose – et non du recul – de la fonction normative du droit de la famille contemporain. Loin de l'idée que le droit de la famille se ferait de plus en plus individualiste, en effet, et se désengagerait moralement, voilà que sur le terrain des violences intrafamiliales, il s'engage résolument du côté des victimes et de leur entourage, les actes commis contre un membre de la famille conduisant, en quelque sorte, à une « solidarité de sanction » permettant d'assimiler les actes commis à l'encontre d'un proche à ceux subis directement. Cette sorte de capillarité de l'indignité est de nature à réaffirmer les liens qui unissent les membres de la famille, et vient, plus encore, affirmer qu'une atteinte portée, dans le sein de la vie familiale – car on sait combien les violences intrafamiliales se nourrissent du huis-clos familial – à un membre de la famille est une atteinte portée à la famille, en ce que cette dernière devrait être, au sens noble du terme, un havre, un refuge ou encore, pour reprendre une terminologie anglo-saxonne manquant d'équivalent français, un *safe-space*¹⁰²⁷. C'est ainsi non seulement une sanction

¹⁰²⁷ Expression qui signifie, littéralement, « espace sûr », et qui renvoie à la fois à l'idée de sécurité physique et à l'idée de sécurité émotionnelle, d'espace de certitude, pour le sujet, d'être accueilli dans la bienveillance en dépit de ses spécificités personnelles – l'expression est née dans les milieux militants sensibles aux difficultés rencontrées au quotidien par des minorités diverses, notamment en situation d'intersectionnalité –. Sur ce sujet, v. M. Vallet-Armellino, « Le sujet en lieu sûr », in *Nouvelle revue de psychosociologie*, vol. 24, n°2, 2017, p. 67 (ressource accessible en

légale, mais également une sanction sociale, en ce qu'elle infuse dans le groupe, ce qui est un cas tout à fait particulier, et rare, en droit¹⁰²⁸.

S'agissant des actes concernés, ensuite, il faut constater que ceux-ci sont limités aux seuls crimes, cependant que l'inclusion des délits a été un temps envisagée avant d'être écartée dans la version finale du texte, en raison du caractère automatique de la sanction prononcée. La proposition d'étendre le dispositif aux délits était pourtant une excellente initiative, l'énumération d'actes initialement envisagée étant bien trop restrictive. Si ce caractère restrictif a été en partie corrigé par le choix de retenir une catégorie d'actes, les crimes, le choix de cette seule catégorie peut sembler insuffisant, et ce à bien des égards. L'absence des délits est tout d'abord paradoxale, puisque la circonstance que ces derniers aient été commis au sein de la famille, plus précisément par un ascendant ou au sein du couple, est explicitement prise en compte par le code pénal¹⁰²⁹. C'est d'autant plus regrettable que la *loi n°2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste*, est venue préciser dans le code pénal la notion d'inceste, en définissant à l'article 222-22-3 du code pénal la liste des personnes dont l'acte est susceptible d'être qualifié d'incestueux, aussi bien en matière de viol qu'en matière d'agressions sexuelles, c'est-à-dire aussi bien en matière criminelle qu'en matière délictuelle :

« Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité à l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

Par la notion d'inceste, le code pénal est venu renforcer la dimension familiale de la sanction et donc, par là même, de la protection offerte au sein de la famille. C'est ainsi que les condamnations pénales, pour certains actes, lorsqu'ils sont commis au sein de la famille, imposent au juge de statuer sur l'autorité parentale, le pénal débordant ainsi, d'une certaine manière, sur le civil. C'est là le sens, par exemple, des dispositions de l'article 222-31-2 du code pénal¹⁰³⁰. Plus

ligne, URL : <https://www.cairn.info/revue-nouvelle-revue-de-psychosociologie-2017-2-page-67.htm>, page consultée pour la dernière fois le 10 mars 2024).

¹⁰²⁸ Dans une conception qui n'est pas si éloignée, en soi, du chrétien « Dans la mesure où vous l'avez fait à l'un de ces plus petits de mes frères, c'est à moi que vous l'avez fait [...] » (*Évangile selon St Matthieu*, 25, 40).

¹⁰²⁹ Pour ce qui est des menaces, v. article 222-18-3 du code pénal (au sein du couple) pour ce qui est des agressions sexuelles, v. article 228 du code pénal (actes commis au sein du couple ou par une personne ayant autorité sur la victime, notamment un ascendant), pour ce qui est du harcèlement, v. article 222-33-2-1 du code pénal (actes commis au sein du couple).

¹⁰³⁰ « Lorsque le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse est commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité ou sur le retrait de l'exercice de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du code civil. / Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité ou sur le retrait de l'exercice de cette autorité

récemment, la capillarité de la sanction a été également adoptée par la *loi n° 2024-233 du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales*, qui permet au juge de statuer, dans un certain nombre d'hypothèses, sur le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou sur le retrait de l'exercice de cette autorité, lorsqu'un parent s'est rendu auteur, coauteur ou complice d'un certain nombre d'atteintes portées à l'encontre d'un ou plusieurs membres du groupe familial.

397. En outre, cette mise à l'écart des délits semble détachée des réalités judiciaires, tant le phénomène de correctionnalisation des crimes¹⁰³¹ a été mis en évidence ces dernières années¹⁰³², y compris s'agissant de faits de viols commis sur des enfants mineurs au sein d'un couple, et ce sans encourir la censure de la Cour de cassation¹⁰³³. Quels que soient les avis sur la question, on ne peut que constater que la correctionnalisation est une pratique répandue, y compris s'agissant de violences intrafamiliales graves, de sorte qu'en limitant l'exception d'indignité de l'article 207 du code civil aux seuls crimes, le législateur a porté une atteinte d'une grande importance pratique au système mis en place. Enfin, force est de constater que sont oubliés, alors même qu'il s'agit ici de pouvoir refuser son concours alimentaire, les manquements du créancier alimentaire en tant que débiteur d'aliments, que ce soit sur un plan pénal – l'infraction d'abandon de famille mise en place par les articles 227-3 et suivant du code pénal constituant un délit – ou sur un plan purement civil. Il n'y a donc, actuellement, pas de « capillarité de la sanction » en matière alimentaire, ce qui peut sembler illogique, celui qui a manqué à ses devoirs alimentaires à l'encontre d'un des membres de la famille n'en étant, partant, privé qu'à l'égard de ce membre.

en ce qu'elle concerne les frères et sœurs mineurs de la victime. / Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés ».

¹⁰³¹ Comme l'explique la doctrine : « La correctionnalisation consiste à disqualifier des faits qui constituent objectivement un crime, en un délit pour les faire juger par le tribunal correctionnel plutôt que par la cour d'assises. La pratique de la correctionnalisation permet ainsi de donner compétence au tribunal correctionnel pour juger de faits qui sont en réalité des crimes, mais qui ont été volontairement qualifiés de délits. Elle est très souvent utilisée au moment du règlement du dossier d'instruction. Il s'agit plutôt d'un mode de gestion des dossiers afin que ceux-ci reçoivent le traitement le plus adapté. Elle tend à raccourcir les délais de jugement, compte tenu de la surcharge des rôles des cours d'assises, à juger de manière plus rapide, moins solennelle, sans pour autant ôter le caractère réparateur de l'audience pour la partie civile reconnue ainsi officiellement comme victime. La correctionnalisation des crimes peut intervenir en toute matière, même si elle est souvent utilisée en matière d'infractions sexuelles. [...] Dans l'appréciation du renvoi devant la cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel, l'opportunité de la voie choisie pour la poursuite se fait en fonction de critères divers, tirés de la personnalité du mis en cause, des circonstances de la commission de l'infraction, de l'importance des préjudices, de l'ancienneté des faits, en étant sur ce point particulièrement attentif à la question de la prescription qui sera celle applicable aux délits et non plus aux crimes. Elle nécessite cependant l'accord des parties, que ce soit de la partie civile ou de la personne mise en examen ainsi que celui du juge d'instruction et du magistrat du parquet » (v. M. Redon, « Tribunal correctionnel », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2017 - actualisation octobre 2023).

¹⁰³² V. à ce sujet, et résumant les résultats d'une étude menée auprès du tribunal de grande instance de Nantes, S. Grunvald, « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », in *AJ pénal* 2017, p. 269. Rouméas, « De la discrétion dans la sélection des crimes. Approche sociologique des déterminants de la correctionnalisation », in *Déviance et Société*, vol. 46, n° 2, 2022, p. 153, étude passionnante analysant assez largement les différences – y compris dans des dimensions très concrètes et matérielles – entre le traitement d'une affaire délictuelle et d'une affaire criminelle afin d'étudier les raisons d'être de la correctionnalisation, ainsi que les justifications apportées par les professionnels à cette pratique. *In fine*, et comme souvent, ce sont des raisons budgétaires qui semblent, pour l'essentiel, sous-tendre ce phénomène, *a fortiori* dans sa relative généralisation.

398. En réalité, il semble que c'est le caractère automatique de la sanction qui a gouverné le choix de limiter la sanction aux seuls crimes. Il était pourtant possible de proposer un mécanisme à double détente : ainsi, la privation de droit aux aliments serait automatique s'agissant des crimes, et elle pourrait être prononcée par un juge dans les autres cas, comme une exception d'inexécution classique. Reste, toutefois, à déterminer les actes potentiellement concernés et, si les délits doivent nécessairement être inclus, force est de constater que cette approche, à nouveau, serait limitative, de sorte qu'une définition du type d'actes de nature à entraîner cette sanction semblerait plus souhaitable qu'une simple énumération de catégories d'actes. Dans son article précité, Monsieur le professeur Houssier propose un regard de droit comparé susceptible d'éclairer le juriste dans sa recherche d'une approche nouvelle :

« À bien y regarder, en effet, l'occasion pourrait être saisie, en s'inspirant des législations de nos plus proches voisins, de réformer le droit de l'obligation alimentaire. En Allemagne, par exemple, le BGB privilégie une définition ouverte des agissements justifiant une décharge de l'obligation alimentaire, tout en protégeant les victimes directes comme les victimes indirectes de ces agissements. Est ainsi susceptible d'être déchue de ses droits à aliments toute personne ayant « intentionnellement commis une faute grave contre [le débiteur] ou un proche [du débiteur] »¹⁰³⁴, sans autre condition. Aussi, évitant l'écueil des cas limitatifs et témoignant d'une certaine confiance envers le juge, cette rédaction constituerait très certainement un séduisant modèle. De la même façon, exemple pourrait être pris sur nos voisins helvètes, lesquels estiment en des termes également généraux que, en présence « de circonstances particulières », s'il « paraît inéquitable d'exiger d'un débiteur qu'il s'acquitte de ses obligations, le juge peut réduire ou supprimer la dette alimentaire »¹⁰³⁵. En cela, sans opter pour une déchéance de plein droit de l'obligation alimentaire, le législateur suisse entend néanmoins largement la notion d'indignité, en plaçant lui aussi entre les mains du juge cette faculté de décharge, au visa d'une exception d'équité déjà connue du droit français¹⁰³⁶. En ce sens, le code civil italien se rapproche lui aussi de cette conception, en érigeant comme cause de déchéance du droit à aliments le « comportement désordonné ou répréhensible » du créancier, tout en libérant cependant le seul débiteur-victime, à l'exclusion de ses proches¹⁰³⁷. Enfin, faisant preuve d'une certaine cohérence, le code civil espagnol rattache quant à lui les causes de déchéance du droit à aliments à celles de déchéance des droits successoraux, en mettant fin à l'obligation alimentaire « lorsque [le créancier] a commis l'une des fautes donnant lieu à exhérédation »¹⁰³⁸. Mais offrant l'avantage d'harmoniser les cas d'indignité familiale, cette

¹⁰³⁴ V. BGB, §1611.

¹⁰³⁵ V. article 329 du code civil suisse.

¹⁰³⁶ Comp. en matière de divorce et de prestation compensatoire, l'article 270 du Code civil.

¹⁰³⁷ V. article 440 du code civil italien.

¹⁰³⁸ V. article 152 du code civil espagnol.

rédaction présente aussi l'inconvénient de les limiter aux seuls agissements commis à l'encontre du débiteur-victime, et non à l'encontre de ses proches »¹⁰³⁹.

399. Il pourrait ainsi être envisagé, sur le modèle, par exemple, de l'article 207, alinéa 2, ou de l'article 270 du code civil, de prévoir une définition englobant non pas une catégorie, mais une typologie d'actes. Le mécanisme général demeurerait la nécessaire intervention du juge lorsque l'exception d'indignité est invoquée par un débiteur alimentaire pour refuser le versement de sommes qui lui sont réclamées. Lorsqu'un crime est commis, en revanche, la privation devrait être automatique, sauf réserve expresse du juge – tel que cela est actuellement prévu par l'article 207, alinéa 3, du code civil. La gravité de l'acte, indiscutable, justifie en effet dans ce cas, et dans ce cas seulement, une forme d'automatisme de la sanction, automatisme pondéré, certes, mais automatisme quand même. Par ailleurs, la liste prévue par l'article 207 du code civil pour le cas des crimes, qui ne comprend que « la personne du débiteur ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs » devrait, de même, être élargie, notamment en ce qu'elle vient exclure les crimes commis sur le conjoint, le concubin et le partenaire pacsé, ou encore les collatéraux.

400. A l'aune de ces réflexions, on pourrait proposer des articles 206 et 207 du code civil une nouvelle rédaction¹⁰⁴⁰, destinée à englober les réflexions précédemment exposées, et de nature à offrir une cohérence opérationnelle entre sanctions du droit de la famille et sanctions du droit des successions, sauf à supposer, bien sûr, que l'obligation alimentaire entre alliés soit supprimée :

Article 206 du code civil (proposition) :

« Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés, ou lorsque celui des époux qui produisait l'affinité a, par un acte ou une abstention, intentionnellement commis, tenté de commettre ou s'est rendu complice

¹⁰³⁹ J. Houssier, « Proposition de réforme de l'article 207 du code civil : les bonnes intentions font-elles les bonnes lois ? », préc.

¹⁰⁴⁰ Et citons également ici la proposition faite par K. Bellis dans son article précité de rédaction d'un nouvel article 207-1, et qui prévoit expressément la possibilité qu'une exécution, malgré les actes commis, d'une obligation alimentaire constitue l'exécution d'une obligation naturelle : « Cependant, l'auteur d'un crime n'a pas de créance alimentaire envers la victime de son crime ni envers les parents au premier ou au second degré de celle-ci. / De même, le juge peut déclarer une obligation alimentaire totalement ou partiellement inexistante, lorsque le créancier potentiel a gravement manqué à ses obligations envers le débiteur potentiel et lorsqu'il a commis une infraction de nature criminelle ou délictuelle dont a été victime le débiteur potentiel ou un parent de celui-ci jusqu'au troisième degré. Le juge décide eu égard à l'effet psychologique qu'une condamnation à payer aurait sur le débiteur potentiel et à l'obligation alimentaire naturelle reconnue par celui-ci envers la victime de l'infraction. / Néanmoins, dans ces cas, le débiteur alimentaire potentiel peut valablement reconnaître une obligation naturelle. ».

d'une faute grave contre le débiteur d'aliments, son conjoint, partenaire de Pacs, concubin, ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, collatéraux ».

Article 207 du code civil (proposition) :

« Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.

Néanmoins, quand le créancier a, par un acte ou une abstention, intentionnellement commis, tenté de commettre ou s'est rendu complice d'une faute grave contre le débiteur d'aliments, son conjoint, partenaire de Pacs, concubin, ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, collatéraux, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire.

En cas de condamnation du créancier pour un crime commis sur la personne du débiteur d'aliments, son conjoint, partenaire de Pacs, concubin, ou l'un de ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, collatéraux, le débiteur est déchargé de son obligation alimentaire à l'égard du créancier, sauf décision contraire du juge.

Les dispositions du présent article s'appliquent à toutes les obligations de nature alimentaire, à l'exception de l'obligation d'entretien et d'éducation ».

Cette extension du système de l'exception d'indignité répondrait à l'impératif contemporain de protection des membres de la famille au sein de la structure familiale, et participerait partant au renouveau normatif du droit de la famille contemporain, avec une mise en cohérence entre les branches du droit civil. Ce dernier point est en effet de première importance car, à y regarder de plus près, il apparaît que l'évolution du droit patrimonial de la famille, de son côté, fait apparaître, sur une philosophie relativement commune, des résultats contradictoires.

Sous-section 2. Des résultats contradictoires

401. Le droit de la famille, à mesure qu'il ne met plus au centre de l'attention la protection de la famille en tant qu'institution protégée par et pour elle-même, est un droit aux polarités diverses, et parfois opposées. C'est ainsi qu'il incombe au législateur de faire un certain nombre d'arbitrages entre intérêts opposés, et ce d'autant plus que l'espérance de vie s'allonge, que les générations se côtoient plus longtemps, que les dissolutions et les recompositions familiales se multiplient. Sont ainsi mis dans une forme de concurrence les générations les unes avec les autres, le conjoint avec les enfants, les enfants d'un premier lit avec les enfants issus d'une recomposition familiale... Les situations sont nombreuses et les exemples concrets ne manquent pas, notamment au moment des séparations ou des successions, situations particulièrement propices à réveiller les conflits. Or, selon les matières, le droit civil n'arbitre pas ces concurrences de la même manière, ce qui ne peut qu'interroger. Il faudra donc faire ici le constat de cette divergence **(I)** avant de s'interroger, dans un deuxième temps, sur les raisons d'être de cette différence, qui tient, peut-être, à une différence temporelle dans le moment de la protection **(II)**.

I) Le constat d'une contradiction

402. On a déjà eu l'occasion de rappeler combien le droit de la famille contemporain mettait, au moins dans le discours, l'enfant au centre de son attention. Pourtant, cette affirmation est en réalité à nuancer, et ce à bien des égards. Ainsi, alors qu'on a pu observer précédemment que les évolutions contemporaines du droit de la famille avaient eu, en général, tendance à renforcer la protection de l'enfant, par exemple par la suppression de l'inégalité des filiations, on peut observer, en droit des régimes matrimoniaux ainsi qu'en droit des successions, qu'interviennent des logiques ayant pour conséquence une forme de recul de la protection des enfants, notamment face aux conjoints, ainsi que le développement de mouvements concurrents, tels que l'essor de la parentalité.

Il n'est à ce titre pas anodin qu'historiquement, ce soit au même moment, à l'aube des années 2000, que sont intervenues, parallèlement, l'égalité des filiations, soit un mouvement protecteur, y compris sur le plan successoral, des enfants, et la promotion successorale du conjoint survivant, dont les droits n'ont cessé de se renforcer même face aux enfants, communs ou non, du prédécédé. En effet, même si la vocation successorale en pleine propriété du conjoint survivant a connu des avancées significatives par les lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957, l'avancée des droits des enfants naturels par la loi du 3 janvier 1972 réaffirme la place, seconde par rapport aux enfants, du conjoint survivant, qui n'a aucun droit en pleine propriété en présence d'enfants du *de cuius*, et des droits en outre limités en usufruit (un quart de la succession). Les lois des 3 décembre 2001 et du 23 juin 2006 ont, à ce titre, considérablement amélioré la place du conjoint survivant, en lui attribuant des droits en usufruit ou en pleine propriété, y compris en présence d'enfants non communs, lesquels voient partant certains biens échapper à leur patrimoine définitivement, ainsi que des droits sur le logement qu'il occupait avec le *de cuius* au moment du décès. Ainsi, au moment même où les droits des enfants se voyaient renforcés, en droit de la famille, ils semblaient céder le pas, en matière successorale, devant ceux du conjoint survivant.

403. Le paradoxe semble plus grand encore lorsque l'on envisage la question des recompositions familiales : en la matière, il est certain que tant le droit de la famille que le droit des successions présentent des insuffisances, et que le droit peine encore à prendre en compte comme il se doit ce phénomène qui n'a rien d'un épiphénomène. Pourtant, les familles recomposées agissent comme un révélateur de ces insuffisances, tant les situations de séparation, de remariage, d'existence d'enfants non communs aux membres du couple, créent actuellement

des difficultés considérables¹⁰⁴¹, et tant la libéralisation des désunions et recompositions a facilité le recul de la protection de l'enfant face au conjoint. On observe donc que, d'un point de vue alimentaire, l'enfant est de plus en plus protégé, tandis que ses droits successoraux sont de plus en plus contestés et que se poursuit la promotion du conjoint survivant.

Pourtant, une mise en perspective de ces évolutions pourrait révéler que les paradoxes ainsi mis à jour sont plus apparents que de fond, au moins pour partie. Surtout, le moment de la protection et, pour emprunter un terme issu du droit des assurances, le risque garanti, semblent jouer ici un rôle essentiel.

¹⁰⁴¹ Sans que l'on puisse sérieusement voir dans le manque de prise en considération des recompositions familiales une forme de défaveur du législateur envers lesdites recompositions. En effet, à bien y regarder, le manque de prise en compte des recompositions familiales, selon les cas, se fait en défaveur aussi bien des ex-conjoints que des nouveaux conjoints, et aussi bien en défaveur des enfants nés de la nouvelle union que des enfants issus des unions précédentes. On ne peut donc pas en tirer, semble-t-il, de conclusion en matière de normativité : tout cela révèle, au mieux, une difficulté à appréhender des réalités multiples et complexes.

II) L'explication d'une contradiction

404. Si la vie des membres de la famille permettait déjà de faire ressortir des contradictions, tel est *a fortiori* le cas de leur mort, qui est révélatrice de tensions normatives plus grandes. Les paradoxes ne se révèlent pas, au premier regard, lorsque l'on considère les droits accordés aux mêmes personnes lors de la vie partagée avec les membres de la famille et lorsqu'elles sont confrontées à la mort de leur débiteur d'aliments. Si l'on considère, par exemple, les droits du conjoint en mariage puis, à la mort du *de cujus*, les droits du conjoint survivant, une piste d'explication pourrait résider, comme l'explique Monsieur le professeur Grimaldi, dans une différence temporelle, le risque lié à la mort, tel qu'abordé par le droit des successions, reposant sur des considérations différentes de celles qui sous-tendent le droit de la famille, à qui il incombe de faire vivre ensemble les membres d'une famille :

« Il serait paradoxal qu'au moment même où le mariage se précarise, se fragilise, on accroisse les effets successoraux ? Le paradoxe est purement apparent. Car la vocation successorale du conjoint suppose évidemment l'absence de divorce : le mariage doit s'être dissous par la mort du *de cujus*. Dès lors, l'argument se retourne contre ceux qui l'avancent. Là où le mariage, plus menacé que jamais, a tenu bon, n'est-il pas juste d'en accentuer les effets ? »¹⁰⁴².

Il n'y a donc pas de contrariété réelle entre la promotion du conjoint survivant en droit des successions et la fragilisation de la protection accordée pendant la vie des époux, la volonté d'assurer une meilleure protection à celui qui, en dépit des difficultés inhérentes à toute vie partagée à deux, est resté marié au *de cujus*, et qui, potentiellement, l'a accompagné dans les derniers instants de sa vie. En réalité, on pourrait y trouver, au contraire, la marque d'une faveur accordée au mariage, mais articulée, non pas autour d'un régime protecteur de l'institution manifesté par une forme de coercition contre les époux, comme ce fut autrefois le cas, *via* la difficulté légale et pratique de se séparer, mais par les bénéfices successoraux, pour certains tout à fait extraordinaires, accordés par le droit des successions au conjoint survivant.

405. La tension entre les membres de la famille, en revanche, apparaît de façon éclatante lorsque l'on compare les droits des enfants, d'une part, et ceux du conjoint survivant¹⁰⁴³, d'autre part, et ce notamment sur trois points focaux particulièrement remarquables qui sont le régime

¹⁰⁴² M. Grimaldi, *Droit des successions*, préc., p. 138.

¹⁰⁴³ Pour une excellente synthèse, v. G. Grillon, « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », in *JCP G*, 2001, I, 133.

fiscal des successions entre époux, l'institution du droit viager au logement du conjoint survivant, et enfin le droit du conjoint survivant à une pension alimentaire, exercé contre la succession du *de cuius*.

1. Le régime fiscal des successions entre époux¹⁰⁴⁴, en premier lieu, tient tout entier dans la lettre de l'article 796-0 bis du code général des impôts : « Sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité ». En matière successorale, donc, le régime fiscal du conjoint survivant est un régime d'exonération fiscal complet, tout à fait exceptionnel puisque mêmes les enfants du *de cuius* n'en profitent pas, seul un abattement fiscal étant prévu dans leur cas. Certes, cette faveur profite également aux partenaires pacsés, mais elle n'est, dans leur cas, pas couplée à la qualité d'héritier *ab intestat* : seul le conjoint survivant bénéficie donc de la double faveur d'une vocation successorale légale et d'une exonération fiscale totale, qui marque une réaffirmation importante autant que récente de la prééminence accordée, en droit français, au mariage, ainsi qu'une différenciation hiérarchisée entre les trois formes de conjugalité. Au moment de la succession, qui est déjà par essence un moment douloureux, cette différence de traitement fiscal peut être mal perçue, *a fortiori* lorsque le conjoint survivant et les descendants du *de cuius* ne s'entendent pas, et lorsqu'il n'y a que peu de descendants, l'abattement fiscal en leur faveur étant calculé non en pourcentage de la succession, mais selon un montant fixe (100.000 euros) appliqué par tête¹⁰⁴⁵, ce qui conduit matériellement à accorder un abattement plus important sur la même succession s'il y a davantage de descendants.
2. Le droit viager au logement, en deuxième lieu, est un mécanisme à la fois moins connu, en tout cas du grand public, et tout à fait exceptionnel. Prévu par les articles 763 et suivants du code civil¹⁰⁴⁶, il garantit, sous certaines conditions liées tant à la propriété du logement qu'à la volonté du *de cuius*, un droit viager à la jouissance *quasi* gratuite du domicile occupé par le couple au moment du décès. Jouissance quasi gratuite puisque ce droit, qui a une valeur pécuniaire, sera évalué et imputé sur les droits du conjoint survivant dans la succession du *de cuius*, jusqu'à les épuiser, mais sans jamais, si la valeur du droit viager au logement excède les droits du conjoint survivant dans la succession, donner lieu à

¹⁰⁴⁴ Pour en savoir plus sur la fiscalité de la famille, v. F. Douet, *Précis de droit fiscal de la famille*, LexisNexis, 19^{ème} édition, 2020.

¹⁰⁴⁵ V. article 779 du code général des impôts.

¹⁰⁴⁶ V. not. les articles 763 et 764 du Code civil.

récompense¹⁰⁴⁷. Cumulé avec l'exonération fiscale accordée au conjoint survivant, ce droit, qui n'existe que s'agissant du couple marié, au contraire d'autres droits accordés, notamment en matière de logement, à tous les couples, se révèle extrêmement protecteur du conjoint survivant, et marque donc, une nouvelle fois, la très grande faveur accordée, y compris en matière successorale – et quoiqu'en dise le code civil, qui indique que ce droit doit être vu non comme un droit successoral mais comme un effet du mariage – au mariage.

3. En troisième lieu, le conjoint survivant bénéficie, en plus des droits précités, d'une créance alimentaire contre la succession¹⁰⁴⁸, qui peut, comme l'a précisé la Cour de cassation, se cumuler avec les droits successoraux du conjoint survivant¹⁰⁴⁹. Rien de tel n'est prévu pour les enfants, ce qui est regrettable aussi bien symboliquement que pratiquement, car si on ne peut que se réjouir que le conjoint survivant bénéficie d'une protection étendue, lui qui était jusqu'à peu, il est vrai, trop peu protégé, on ne peut, parallèlement, que regretter qu'aucun équivalent n'ait été prévu pour des enfants qui peuvent pourtant, eux aussi, être dans le besoin. Il serait pourtant simple de prévoir, comme le fait le Québec depuis 1989¹⁰⁵⁰, que tout créancier alimentaire du *de cuius* peut réclamer des aliments à la

¹⁰⁴⁷ V. article 765 du Code civil.

¹⁰⁴⁸ V. Article 767 du code civil.

¹⁰⁴⁹ V. Civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, n°91-21.021.

¹⁰⁵⁰ Extrait du code civil du Québec :

« CHAPITRE CINQUIÈME DE LA SURVIE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

684. Tout créancier d'aliments peut, dans les six mois qui suivent le décès, réclamer de la succession une contribution financière à titre d'aliments. / Ce droit existe encore que le créancier soit héritier ou légataire particulier ou que le droit aux aliments n'ait pas été exercé avant la date du décès, mais il n'existe pas au profit de celui qui est indigne de succéder au défunt.

685. La contribution est attribuée sous forme d'une somme forfaitaire payable au comptant ou par versements. / À l'exception de celle qui est attribuée à l'ex-conjoint du défunt qui percevait effectivement une pension alimentaire au moment du décès, la contribution attribuée aux créanciers d'aliments est fixée en accord avec le liquidateur de la succession agissant avec le consentement des héritiers et des légataires particuliers ou, à défaut d'entente, par le tribunal.

686. Pour fixer la contribution, il est tenu compte des besoins et facultés du créancier, des circonstances dans lesquelles il se trouve et du temps qui lui est nécessaire pour acquérir une autonomie suffisante ou, si le créancier percevait effectivement des aliments du défunt à l'époque du décès, du montant des versements qui avait été fixé par le tribunal pour le paiement de la pension alimentaire ou de la somme forfaitaire accordée à titre d'aliments. / Il est tenu compte également de l'actif de la succession, des avantages que celle-ci procure au créancier, des besoins et facultés des héritiers et des légataires particuliers, ainsi que, le cas échéant, du droit aux aliments que d'autres personnes peuvent faire valoir.

687. Lorsque la contribution est réclamée par le conjoint ou un descendant, la valeur des libéralités faites par le défunt par acte entre vifs dans les trois ans précédant le décès et celles ayant pour terme le décès sont considérées comme faisant partie de la succession pour fixer la contribution.

688. La contribution attribuée au conjoint ou à un descendant ne peut excéder la différence entre la moitié de la part à laquelle il aurait pu prétendre si toute la succession, y compris la valeur des libéralités, avait été dévolue suivant la loi et ce qu'il reçoit de la succession. / Celle qui est attribuée à l'ex-conjoint est égale à 12 mois d'aliments, celle attribuée à un autre créancier d'aliments est égale à six mois d'aliments ; toutefois, dans l'un et l'autre cas, elle ne peut, même si le créancier percevait effectivement des aliments du défunt à l'époque de la succession, excéder le moindre de la valeur de 12 ou six mois d'aliments ou 10% de la valeur de la succession, y compris, le cas échéant, la valeur des libéralités. »

succession, en prévoyant que les créanciers seront désintéressés dans l'ordre des créanciers alimentaires précédemment exposé. Il est vrai qu'au Québec, il n'existe pas de réserve héréditaire, la liberté de tester constituant un fondement du droit québécois des successions depuis l'Acte de Québec de 1774, ce qui pourrait justifier cette différence de traitement. Cependant, les droits du conjoint survivant sont tellement étendus qu'on peut, à son sujet, parler de quasi-réserve, de sorte que l'objection ne semble pas suffisante pour écarter la continuation de l'obligation alimentaire pour les autres créanciers d'aliments, d'autant que certains, qui ne sont ni des descendants ni des conjoints, ne bénéficient pas de cette réserve.

406. La cohérence interne au droit du couple, en réalité, renforce donc le sentiment de dissonance que l'on peut ressentir en le comparant au droit des enfants. Car on peine à y retrouver une cohérence. Il est indéniable, en effet, que les enfants bénéficient, tant qu'ils sont dépendants de leurs parents, d'un certain nombre de protections, offertes par le droit de la famille, par les obligations alimentaires, l'obligation parentale d'entretien et d'éducation, etc., et ce y compris dans des hypothèses « hors normes » au sens propre du terme – on pense ici naturellement aux familles recomposées, déjà abondamment citées, mais également à des hypothèses atypiques telles que celle de l'enfant né d'un inceste, qui bénéficiera quand même de subsides.

Or, en matière successorale, cette protection semble reculer considérablement : certes, l'enfant est protégé, en principe, par sa vocation successorale, par son rang privilégié dans l'ordre des successibles, et par la réserve héréditaire dont il bénéficie. Pourtant, comme on l'a précédemment exposé, sa réserve est menacée dans son existence en droit interne¹⁰⁵¹, non consacrée comme relevant de l'ordre public international français de sorte que l'écarter par désignation d'une loi successorale étrangère l'ignorant permet de s'en affranchir¹⁰⁵², et contestée par une frange libérale de la population qui prétend que cette protection des héritiers – ainsi que la fiscalité de l'héritage – constituent des freins à leur prodigalité.

Sur le sujet, v. également G. Brière, « L'obligation alimentaire survit désormais au décès du débiteur », in *Revue générale de droit* (Université d'Ottawa), volume 20, numéro 4, décembre 1989, p. 647, qui évoque notamment les rapports du droit québécois avec tant l'Ancien droit français, qui avait été importé dans ce qu'on appelait alors la Nouvelle-France, qu'avec le droit britannique qui lui a succédé, ces deux systèmes étant, en matière successorale, profondément différents.

¹⁰⁵¹ Du fait de l'existence de mécanismes de contournement tels que l'assurance-vie ou, dans son importance quantitative et dans son essence, par exemple par l'instauration d'une réduction en valeur uniquement, ou de la renonciation anticipée à l'action en réduction.

¹⁰⁵² Not. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n°16-13.151 mais avec la réserve posée en matière d'immeubles soumis à la loi française, par un arrêt Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-16.515. V. également, à ce sujet, C.-M. Péglion-Zika, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », préc.

407. La faveur accordée au mariage, de surcroît, ne peut ici non plus être perçue comme une forme de renforcement d'une conception institutionnelle du mariage. On pourrait croire y déceler une conception individualiste, qui semble poindre derrière la promotion successorale du conjoint survivant. Le schéma d'ensemble que dessinerait le mariage aussi bien au regard de son régime juridique qu'au regard de sa place au sein de l'ordonnement que constitue le droit tant patrimonial qu'extrapatrimonial de la famille serait alors celui d'un droit tourné vers les choix individuels.

D'un point de vue pratique, toutes ces différences font courir un important risque de créer ou de renforcer des tensions intrafamiliales dans une matière, les successions, qui constitue déjà un fertile terrain de conflictualités, là où le droit, d'ordinaire, a plutôt vocation à éviter, désamorcer ou au moins éteindre, en tranchant, les conflits. D'un point de vue symbolique et normatif, cette dissonance entre droit des successions et droit de l'obligation alimentaire, entre branches du droit de la famille, brouille la lisibilité du droit français, et renforce l'impression d'un droit tourné vers la satisfaction d'intérêts individuels et antagonistes, d'un égoïsme institué au détriment de la protection d'un ensemble familial.

408. Pourtant, une analyse plus poussée semble révéler, en droit de la famille contemporain, des mouvements plus profonds, marquant moins une perte qu'un changement de valeurs.

Section 2. L'obligation alimentaire révélatrice d'une redéfinition de la fonction normative du droit de la famille

409. Le paysage juridique dessiné jusqu'à présent permet de se rendre compte que, s'il serait erroné de poser sur le droit de la famille un regard décliniste et de faire de l'histoire du droit de la famille une histoire de perte de sens moral, il est en revanche indéniable que des évolutions profondes le traversent, interrogeant le juriste sur la fonction normative du droit de la famille contemporain, et sur les valeurs portées par celui-ci¹⁰⁵³. Il est à ce titre tentant de penser que l'horizon du droit de la famille, sous l'effet d'un développement de l'individualisme contemporain, est désormais le lien électif, dont nous verrons qu'il ne peut cependant être regardé comme le seul point de fuite de la construction juridique contemporaine (**Sous-section 1**). Si la question peut toutefois se poser, c'est parce que, comme nous l'avons vu, interviennent dans le droit civil français des courants parfois contradictoires, aux résultats non dénués de paradoxes, dessinant une réalité plus complexe que supposé. L'obligation alimentaire intervient alors et se voit remobilisée dans ce qui fut, historiquement, un de ses rôles fondamentaux : celui de mécanisme régulateur (**Sous-section 2**).

¹⁰⁵³ Sur la question du juriste, notamment familialiste, et des valeurs, v. J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », préc., mais également l'omniprésence de cette question dans le recueil du même auteur, J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc.

Sous-section 1. Le lien électif, nouveau paradigme du droit de la famille contemporain ?

410. Au moment d'évoquer les nouveaux visages du droit de la famille contemporain, le premier mouvement, le premier réflexe, pousse naturellement à penser que le lien de famille, en ses aspects imposés, au sens de la famille par le sang, est en recul, face à la promotion constante du lien choisi **(I)**. Pourtant, ce serait simplifier à outrance ce qui se révèle être une réalité complexe, à une époque où le droit de la famille est en réalité confronté à une multiplication des analyses, des enjeux, qui réaffirment cette branche du droit comme une branche fondée sur une forme de pluralisme axiologique **(II)**.

1) La promotion du lien électif

411. Parmi les diverses révolutions dont est porteuse la transition d'un droit de la famille-institution vers un droit de la famille-lieu de l'épanouissement individuel, s'accompagnant de différents mouvements tels que le resserrement de la famille élargie vers la famille nucléaire, l'attention portée à la parentalité et au désir d'enfant, le recul du lien d'alliance, l'expression qui semble permettre de résumer, synthétiser les évolutions semble être celle de promotion du lien électif, par opposition au respect dû au lien de sang. La question n'est pas si nouvelle : un chanteur populaire ne proclamait-il pas, dès 1985, « Tu es de ma famille, de mon ordre et de mon rang, celle que j'ai choisie, celle que je ressens dans cette armée de simples gens / Tu es de ma famille, bien plus que celle du sang »¹⁰⁵⁴ ?

412. Le nouveau droit de la famille semble être, profondément, un droit du choix¹⁰⁵⁵. Il semble, d'une certaine manière, et contrairement à ce qui peut parfois être affirmé, que l'on vive aujourd'hui dans une société du mariage, au sens où l'entend M. Gomar¹⁰⁵⁶, c'est-à-dire une société où l'affirmation de la liberté dans le choix est première, et où la contrainte la plus grande naît de nos choix individuels. Il ne semble pas que l'homme et la femme modernes soient réfractaires à la contrainte : cependant, le désir se fait de plus en plus visible de participer dans le choix de la contrainte exercée. Or, la volonté de choisir sa contrainte n'est pas le refus de la contrainte, l'exercice de la liberté n'est pas la négation de la norme. Plus encore, la norme choisie, la norme résultant de l'exercice de la volonté individuelle, est peut-être plus susceptible que la norme complètement imposée d'être effective. Or le couple, et lorsqu'il s'engage autant que le droit le lui permet le couple marié, dans sa dimension individuelle, est profondément une institution du choix, de la contrainte choisie, et on voit se dessiner une nouvelle fonction normative, particulièrement centrée autour de la question du couple, de sa volonté et de ses désirs.

¹⁰⁵⁴ J.-J. Goldman, « Famille », titre issu de l'album *Non homologué*, CBS, 1985. C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁵⁵ On pense ici à un ouvrage collectif dédié, au début des années 2000, à cette question du choix en droit de la famille : C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, 2003, Erès.

¹⁰⁵⁶ Comme l'explique l'autrice, dans une perspective assez stoïcienne : « Le droit représente le passage du particulier au normatif. Il est le général applicable à chacun, et choisir le droit dans l'institution de la famille et dans la moralité sociale, c'est choisir de vouloir une vie dans la généralité et dans la normativité, mais une vie qui soit génératrice de liberté car la liberté ne prend une réalité et une consistance que dans son rapport à la loi. C'est par ce rapport à la liberté et à la loi que l'individu s'affirme comme personne dans la dimension d'un projet qui engage l'avenir. Le choix de l'autre dans le mariage et la projection vers l'avenir qu'il engendre nécessairement présupposent le choix de la règle qui doit être reconnue par là même. Le mariage est l'effet d'un choix (choix de l'autre, choix de l'enfant à naître, choix éducatif, choix d'un avenir commun) qui, s'il est subjectif par essence, porte en lui-même, bien évidemment, un élément formel et un élément de généralité pour transcender la particularité initiale et constituer des normes. Ce choix est celui d'un lien formé socialement, témoignant d'une aptitude à la généralité, ainsi que d'une recherche d'universalité. Ce lien s'affirme comme indivisible entre des personnes. [...] La norme, dans la famille, n'est pas issue du simple vouloir individuel, elle s'inscrit dans la généralité et tend vers l'universel : le choix de soi se confond avec l'acte de devenir un sujet de droit. L'engagement dans et par le choix du droit, le choix de vivre selon la loi, va conférer à l'homme et au groupe familial une dignité nouvelle et même une solennité. « Les personnes s'unissent selon leur individualité exclusive en une seule personne ». En se choisissant et en s'enchaînant à lui-même, le sujet choisit par là même l'universel en affirmant un genre de vie normatif » (M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », in C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?* 2003, Erès, p. 7, spéc. p. 16 et s.).

413. On arguerait, un peu rapidement, que cette aspiration à une forme d'engagement n'est plus nécessairement une aspiration commune, et qu'en témoignent, par exemple, les difficultés liées au devoir de fidélité, qui conduisent certains à supposer sa disparition imminente, à l'heure où se multiplient les interrogations du corps social sur des formes de couple libre, de couple non exclusif, de polyamour, etc.¹⁰⁵⁷. Pourtant, à bien y regarder, ces « nouvelles formes de couple », qui demeurent assez minoritaires bien que leur visibilité ne cesse d'augmenter, semblent être, à leur tour, en recherche de reconnaissance et d'institutionnalisation : bien que portés vers une forme de liberté, de refus des modèles traditionnels du couple, ces nouveaux modèles ne paraissent pas, pour autant, être portés par un désir de libertarisme ou d'anarchisme conjugal. Anticonformistes et iconoclastes dans une certaine mesure, certes, mais portés par un désir non d'existence en marge, mais bien d'existence intégrée au sein de la société. Plus encore, ces formes d'unions semblent constituer des systèmes basés sur le contrat : c'est ainsi que, bien que libres en apparence, elles semblent obéir à des normes propres, préétablies par les membres du couple lui-même, voire entendues communément dans ce domaine.

414. Reste que cette individualisation, cette recherche de spécificité dans la norme acceptée et donc de diversité, peut faire courir le risque d'une impossibilité de régulation juridique : l'abandon du modèle unique et le développement d'un pluralisme familial de plus en plus affirmé imposeraient l'abandon de toute normativité, et le développement du lien électif en serait l'illustration archétypale. Il semble, pourtant, que ce n'est pas le cas.

Le droit s'ouvre à un pluralisme de plus en plus développé, certes. Cela n'impose pas, et ne suppose pas, un abandon de toute fonction normative et de tout contrôle normatif : il lui faudra certes, probablement, faire évoluer ses regards, voire ses méthodes, et l'irruption du contrôle de proportionnalité notamment en matière familiale n'est à ce sens pas innocente, mais il est certain que le développement d'un droit du choix, d'un droit du lien électif, ne condamne pas le juriste à la contemplation. Si le droit de la famille se met ainsi, dans cette perspective, au service du couple en ce qu'il se fait garant de la liberté (voire du droit fondamental) de s'unir librement, sous une forme librement choisie, conforme à son désir d'association patrimoniale plus ou moins étendue, cela ne signifie donc pas nécessairement qu'il abdique son rôle normatif.

¹⁰⁵⁷ Pour une étude très complète sur les aspects sociologiques et philosophiques des mutations du couple, v. V. Citot, « Les tribulations du couple dans la société contemporaine et l'idée d'un amour libre », in *Le Philosophoire*, 2000/1 (n° 11), p. 85 [ressource accessible en ligne, URL : <https://www.cairn.info/revue-le-philosophoire-2000-1-page-85.htm>, page consultée pour la dernière fois le 23 mai 2024].

Le renforcement de l'attention et de la place portées à l'enfant, malgré les réserves formulées précédemment, semblent participer du même courant de renforcement du lien électif, ou du moins pouvoir être analysé ainsi. Il semble que, de plus en plus, le lien de filiation¹⁰⁵⁸ puisse être analysé comme un lien électif, au regard du développement des modes de contrôle de la procréation dans presque toutes ses modalités, que ce soit dans son non-établissement du fait d'une part du développement des techniques contraceptives ou abortives, d'autre part de l'existence de mécanismes exceptionnels tels que l'accouchement sous X, dans son établissement du fait de la multiplication des modes d'établissement de la filiation, et du développement des méthodes reproductives médicalement assistées. Il ne peut, bien sûr, pas être affirmé qu'être parent – ou ne pas l'être – est toujours un choix, mais seulement de constater que ces nouvelles possibilités offertes pour contrôler la procréation permet de réduire, par rapport à ce qui fut la norme il y a quelques décennies, le risque que survienne une grossesse non désirée.

415. Toutefois, ce prisme de lecture peut sembler insuffisant, notamment lorsque l'on examine les recompositions familiales : en effet, faire famille avec des enfants qui, issus d'un premier lit, ne sont pas les siens, reconstruire un groupe familial, accepter d'embrasser des responsabilités para-parentales, cela semble correspondre parfaitement à la définition même d'un lien électif. Pourtant, les recompositions familiales ne sont pas, sauf exception, saisies par le droit, et, partant, elles semblent mettre le mythe du lien électif en échec. Que l'on ajoute, enfin, le fait que les recompositions familiales constituent le cœur même du cas où la promotion du conjoint survivant peut, en matière successorale, conduire à réduire considérablement les droits des enfants nés d'un premier lit, dans un contexte où s'affrontent, en quelque sorte, des liens mis en concurrence, et on ne peut que conclure que la théorie du lien électif ne suffit pas comprendre les nouveaux enjeux normatifs du droit de la famille contemporain.

Il n'est donc pas évident que le droit de la famille se construise sur le fondement d'une promotion du lien électif, ou plutôt qu'il ne se construise que sur ce fondement. Ce qui se dessine, en réalité, semble être plutôt l'apparition d'une forme de pluralisme axiologique.

¹⁰⁵⁸ Au sens de la filiation du Titre VII du livre premier du Code civil, auquel renvoie essentiellement à la procréation. S'agissant de l'apparentement, qui renvoie notamment à l'adoption, les règles sont naturellement différentes, et la filiation du Titre VIII est, par essence, élective.

II) Le pluralisme axiologique

416. Il est certain que le développement de l'individualisation de la norme familiale a marqué une rupture en matière de droit de la famille, et que le nouveau paradigme familial, parfois qualifié de privatisation¹⁰⁵⁹, constitue d'une certaine manière une libéralisation de ce domaine du droit, au sens économique et politique du terme. Dans ce contexte d'éclatement normatif, il est tentant de chercher une forme d'unité, dont témoignent de nombreuses tentatives de trouver du commun dans le multiple, qu'il s'agisse de créer un droit commun du couple ou de proposer un mode de lecture unique, tentation dont pouvait témoigner l'analyse d'un droit des familles porté par la promotion du lien électif.

417. Il semble pourtant qu'en réalité, les choses soient bien plus complexes et diverses que cela, et qu'il faille se garder de trop chercher de l'unité là où elle n'apparaît pas de manière évidente, ou du moins convaincante. Surtout, il semble que ce qu'on peut être tenté de qualifier de « lien électif » corresponde plutôt à la promotion, au sein du droit de la famille, d'une forme de libéralisme politique. Comme l'explique Monsieur le professeur Millard :

« Le libéralisme politique affirme en premier lieu l'égale liberté de chacun sur des questions fondamentales liées à sa propre détermination : liberté de croyance, d'expression, de mouvement, d'installation, de mœurs, etc. Les limites à ces libertés entrent dans un cadre très précis, aussi bien procéduralement (la loi, l'autorité judiciaire, etc.) que substantiellement (les raisons permettant de justifier une limite aux libertés : l'exercice par autrui des mêmes libertés, la protection des droits reconnus d'autrui, la dangerosité des comportements, etc.). En ce sens, le libéralisme politique s'affirme comme éthiquement neutre puisque ce ne sont pas des croyances morales, seules, qui peuvent servir en tant que telles de base juridique à une limitation des libertés. Or, dans le même temps, le libéralisme politique s'est déployé dans le cadre d'un système politique spécifique, qui lui donne toute sa substance, et qui est celui de la démocratie procédurale. La conséquence de la jonction de ces deux modèles, loin d'un compromis démo-libéral maintes fois critiqué, réside dans l'apparition et la circonscription d'une contradiction. Les deux modèles s'accordent pour ne pas tolérer de limites à l'action et à la décision publiques qui ne soient simplement justifiées par l'affirmation des libertés fondamentales et par l'organisation des procédures d'action et de

¹⁰⁵⁹ V. à cet égard S. Fulli-Lemaire, « La privatisation du droit de la famille en France – Perspectives comparatives », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68 n°2, 2016, p. 405, mais également Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », préc. Sur le même sujet, v. les diverses études présentées dans l'ouvrage collectif O. Roy (dir), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011, et notamment, au sein de cet ouvrage, les contributions de M.-F. Nicolas-Maguin, « Premières réflexions sur le pluralisme familial », p. 15, de H. Fulchiron, « Pluralisme et rupture familiale », p. 183, de R. Lafargue, « La permanence du conflit entre normes socioculturelle et norme étatique : le droit de la famille au centre d'un conflit de légitimités », p. 213, de E. Millard, « La dimension politique du pluralisme familial », p. 229.

décision : il n'y a ni légalité supra-constitutionnelle, ni valeurs autres que celles fondant le libéralisme et la démocratie procédurale qui s'imposent ; et encore ces dernières valeurs ne s'imposent qu'aux institutions, et non au pouvoir qui pourrait se vouloir, à nouveau, instituant »¹⁰⁶⁰.

S'est ainsi, semblerait-il, substitué à un modèle familial unique non pas un autre modèle familial, mais bien un modèle social, basé sur le libéralisme, dans toutes ses dimensions. Le libéralisme suppose, du moins dans une conception keynésienne, que les différents acteurs du marché – ici, donc, en matière politique, les membres du corps social – interagissent de manière plus ou moins libre, avec un interventionnisme étatique réduit mais nécessaire pour prévenir d'éventuelles dérives¹⁰⁶¹ et qui suppose d'organiser, en quelque sorte, les règles du jeu libéral qui implique, par essence et sauf à ce qu'interviennent les précitées dérives, l'exercice d'une liberté et l'existence d'un pluralisme. C'est en ce sens qu'existe un rapport entre libéralisme politique et démocratie qui, bien qu'il ne paraisse pas nécessaire, est à tout le moins couramment admis dans le système occidental contemporain de démocraties libérales¹⁰⁶². Il faudrait alors voir le droit de la famille contemporain comme imprégné de principes issus de la démocratie libérale, dans tous ses aspects.

418. Sur les aspects potentiellement néfastes d'une conception libérale du droit de la famille, nous ne reviendrons pas longuement : nous avons déjà eu l'occasion, dans la première partie de cette étude, de dénoncer le fait que son introduction, dans un système juridique qui se veut, pour partie en tout cas, protecteur des faibles, ne se fait pas sans faire peser principalement sur ces derniers – on pense particulièrement, ici, aux femmes, aux familles monoparentales, aux personnes vulnérables en raison de leur âge ou de leur état physique ou mental, aux personnes

¹⁰⁶⁰ E. Millard, « La dimension politique du pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011, p. 229 s., spéc. pt. n°8.

¹⁰⁶¹ Rejoignant dans ce sens l'idée développée dans une précédente étude d'un droit contemporain qui se met, en général, en retrait du contrôle des mœurs, avec l'opportunité, on peut encore l'espérer, en tout cas en droit interne, de poser tant en matière de droits, de devoirs que d'interdits quelques fondamentaux, sous la bannière d'une forme d'ordre public. (v. C. Colas, *Ordre public et disparition des bonnes mœurs*, préc., spéc. p. 30 : « S'effaçant, certes, en certains domaines, notamment en matière de liberté sexuelle, laquelle ne souffre que peu de limites juridiques, les bonnes mœurs voient néanmoins leurs fonctions substantiellement reprises au sein d'un ordre public rénové et élargi, incluant en son sein une composante s'attachant à la protection des intérêts liés à la personne et à la dignité, qu'on pourra faire le choix de qualifier d'ordre public philanthropique, ou d'ordre public de la personne. Ce faisant, dans un mouvement de fondamentalisation, de retour à l'essentiel, l'ordre public trouve les moyens d'assurer, au plus proche des valeurs qu'il entend défendre, la protection des intérêts, propres à personne ou à la société, qu'il juge supérieurs. Ce n'est donc que plus rarement, mais avec d'autant plus de force et de légitimité, que l'ordre public – et lui seul – interviendra pour cantonner une liberté contractuelle érigée en principe au sein de l'article 1102 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, et ce malgré les atteintes régulières que ce principe connaît, notamment face à l'essor des droits et libertés fondamentaux. La structuration morale et éthique de l'individu n'est donc plus au cœur de l'action juridique. Celle-ci relèvera d'autres domaines, comme l'éducation parentale et de l'Ecole républicaine, ou encore des options religieuses ou philosophiques. Ce sont des terrains extra-juridiques qui donneront a priori à l'individu les clés du « bon maniement » de son droit à la liberté, réaffirmé. Le droit, quant à lui, devra poser des normes claires, à même d'indiquer aux individus les limites à leur liberté, et qui seules pourront permettre que soit garantie la sécurité juridique. Par là même, il pourra esquisser, en creux des règles juridiques, le concept du bien qu'il entend porter, d'une forme de morale sociale demeurant respectueuse des éthiques individuelles. Il revient à l'ordre public de sanctionner les abus, les dérives, pour préserver les valeurs essentielles de la société, garantir le maintien du pacte social mais aussi pour affirmer le rôle central de la dignité humaine, nouvelle pierre angulaire de notre droit »).

¹⁰⁶² V. L. Jaume, « Démocratie et libéralisme politique », in J.-V. Holeindre (dir.), *La Démocratie : Histoire, théories, pratiques*, éditions Sciences Humaines, 2010, p. 43.

issues de minorités, etc. – l’essentiel du poids et des conséquences pernicieuses de la libéralisation sociale – ce qui fut évoqué, précédemment, notamment au moment d’évoquer la réception de la prestation compensatoire au moment de la séparation du couple marié.

Restent des valeurs sociales portées, en principe, par le libéralisme politique. Si l’on veut résumer, à grands traits, le visage traditionnel du droit de la famille puis celui, renouvelé, du droit de la famille contemporain, on pourrait dire que le modèle familial issu du Code civil de 1804, qui plaçait la famille et le couple sous l’autorité double du mari et du père agissant en bon père de famille¹⁰⁶³ était, en quelque sorte, un modèle porté par l’utopie du philosophe roi au sens où l’entendait Platon : on espérait que, bon mari et bon père, le chef de famille prendrait au mieux en charge les besoins tant de la famille en tant que groupe familial que de chacun de ses membres, et il était, à cet égard, investi de pouvoirs étendus lui permettant d’assumer ce rôle. Le visage contemporain de la famille est bien différent : reflet des questionnements et aspirations de la société française contemporaine, il est traversé par des idéaux, parfois contradictoires, et notamment par un courant de promotion de la démocratie (intra)familiale, ce qui suppose l’attention portée à chacun au sein du groupe familial – d’où la considération contemporaine portée aux sentiments et aux sensibilités de chacun, au désir ou non d’engagement, à l’autonomie de la volonté – et la promotion tant de la liberté – dans toutes ses dimensions – que de l’égalité. La construction d’une démocratie familiale et la promotion du libéralisme politique au sein du droit de la famille constituent sans doute, à cet égard, le moteur principal des évolutions contemporaine de cette branche du droit¹⁰⁶⁴.

419. Société au sein de la société, la famille se fait ainsi reflet des enjeux sociaux, voire des luttes sociales¹⁰⁶⁵, et la question de l’égalité en est un point focal évident.

¹⁰⁶³ Expression dont on rappellera qu’elle a disparu du Code civil du fait de l’adoption de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l’égalité réelle entre les femmes et les hommes. V. aussi, sur cette notion et son usage dans le discours public et médiatique, l’ouvrage de R. Lamy, *En bons pères de famille*, JC Lattès, 2023.

¹⁰⁶⁴ Il est intéressant, à cet égard, de relire les mots qui étaient, dès 1999, ceux de F. Dekeuwer-Defossez dans son article dédié au pluralisme des couples et des familles (v. F. Dekeuwer-Defossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », préc.) : « Il ne faut pas sous-estimer la puissance existentielle des mots : nommer les familles « monoparentales » ou « recomposées », c’est avant tout faire venir au jour comme concepts des réalités qui préexistaient. Le pluralisme est plus une manière de lire les mœurs qu’une caractéristique de ces mœurs elles-mêmes ».

¹⁰⁶⁵ On peut alors penser à la clairvoyance des mots du doyen Carbonnier qui dès 1950 écrivait que « La liberté consiste surtout à se libérer du passé. Le droit moderne s’est efforcé d’éliminer du mariage l’autorité paternelle. L’abolition de la majorité matrimoniale, qui se superposait à la majorité ordinaire, la règle que, pour les mineurs eux-mêmes ; le dissentiment des parents vaut consentement, la désuétude du système des oppositions – autant d’étapes dans l’affranchissement des futurs époux à l’égard de leurs familles. Cet affranchissement est, à la fois, le reflet et la cause d’un profond changement dans la conception du mariage et du groupe familial lui-même : non plus dominé par les ancêtres, mais tourné vers l’avenir. » : J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, T. 1, p. 325, spéc. p. 330 s. V. également, à ce sujet, pour une synthèse qui envisage, fait peu systématique, la diversification des sources, H. Bosse-Platière, « L’avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. À l’horizon de l’Europe », in *Informations sociales*, 2005/8, p. 38.

Ainsi le droit de la famille contemporain est-il interrogé en termes d'égalité des genres : ce fut notamment l'objet, pour n'évoquer qu'une loi récente, de la *loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, qui visait spécifiquement cette problématique – sur les congés parentaux liés à l'arrivée d'un enfant, par exemple. Plus largement, nombreuses sont les lois contemporaines qui visent le cas des violences intrafamiliales, physiques ou sexuelles notamment¹⁰⁶⁶. Si ces dernières ne sont pas directement tournées vers la promotion d'une forme d'égalité entre les membres du couple et de la famille, elles y participent pourtant en réaffirmant l'égalité des membres de la famille, et l'absence d'autorité physique ou sexuelle du père et du mari ou du compagnon sur les autres. Se manifeste aussi, par là même, le désir d'assurer une protection de la volonté et de l'intégrité de l'individu au sein de la famille, désir qui, allié au mouvement de désinstitutionnalisation et de désenchantement que traverse la famille, conduit également à porter un regard plus critique sur les dangers que le cadre familial peut dissimuler, incitant le législateur à réaffirmer clairement les conditions dans lesquelles la famille peut être et demeurer, d'une part, un lieu de sécurité, et d'autre part, un lieu d'épanouissement individuel, aussi bien *via* que parallèlement à la collectivité.

Car, aujourd'hui, le droit de la famille est mobilisé¹⁰⁶⁷ dans une optique de recherche et de promotion de l'égalité, y compris par des milieux militants – féministes ou LGBTQIA + – qui, il n'y a pas si longtemps, manifestaient leur rejet des institutions familiales, auxquelles ils aspirent aujourd'hui. Souvenons-nous, ainsi, qu'en 1971, c'était au cri de « Mariage, piège à cons » que manifestait le MLF, alors qu'il est, moins de trente ans plus tard, devenu une revendication largement partagée¹⁰⁶⁸. Aujourd'hui, le mariage et la famille sont ainsi réinvestis et réinterrogés sous l'angle de l'égalité entre ses membres sans répartition genrée des rôles¹⁰⁶⁹, à telle enseigne

¹⁰⁶⁶ On peut évoquer ici quelques exemples : ainsi de la *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*, qui a inclus le devoir de respect à l'article 212 du code civil, et qui a fait du fait qu'une infraction soit commise par un conjoint, concubin ou partenaire Pacsé ou par un ancien conjoint, concubin ou partenaire Pacsé une circonstance aggravante, de la *loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, qui a introduit dans le code civil les articles 515-9 et suivants, dédiés aux mesures de protection des victimes de violences, de la *loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant* qui a notamment introduit la notion d'inceste dans le code pénal, de la *loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille* ayant, notamment, réformé et renforcé le régime afférent à l'ordonnance de protection et au dispositif qu'est le bracelet antirapprochement, de la *loi n° 2023-140 du 28 février 2023 créant une aide universelle d'urgence pour les victimes de violences conjugales*, de la loi du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales, précédemment évoquée au sujet de la suspension de l'autorité parentale et des droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi par le ministère public ou mis en examen par le juge d'instruction soit pour un crime commis sur la personne de l'autre parent, soit pour une agression sexuelle incestueuse ou pour un crime commis sur la personne de son enfant jusqu'à la décision du juge aux affaires familiales, jusqu'à la décision de non-lieu du juge d'instruction ou jusqu'à la décision de la juridiction pénale, ou encore, pour une loi adoptée dans l'époque fortement tourmentée de la dissolution de l'Assemblée nationale par le Président de la République, de la *loi n° 2024-536 du 13 juin 2024 renforçant l'ordonnance de protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate*.

¹⁰⁶⁷ Les mobilisations ayant entouré la loi de 1999 sur le Pacs, la loi de 2013 sur le mariage dit pour tous puis les différentes lois bioéthiques permettent de s'en rendre compte.

¹⁰⁶⁸ V. à cet égard l'entretien avec M.-J. Bonnet publié dans le journal *Libération* le 7 février 2014 sous le titre « Le mariage est devenu de gauche, un paradoxe incroyable ! » (Ressource accessible en ligne, URL : https://www.liberation.fr/societe/2014/02/07/le-mariage-est-devenu-de-gauche-un-paradoxe-incroyable_978617/).

¹⁰⁶⁹ Sur le sujet, v. I. Théry, *Mariage et filiation pour tous – Une métamorphose inachevée*, Le Seuil, 2016, qui fait un tour d'ensemble de ces questions, d'un point de vue sociologique.

que cette égalité entre les membres du couple est désormais érigée au rang de principe fondamental du droit français, depuis un arrêt rendu le 4 novembre 2010 par la première Chambre civile de la Cour de cassation¹⁰⁷⁰.

420. Toujours en matière d'égalité, on peut penser aux travaux qui envisagent la famille comme un potentiel moyen de reproduction, voire de renforcement des inégalités sociales, sujet qui d'ailleurs croise souvent l'analyse genrée du droit de la famille, ces questions se recoupant, au moins partiellement, régulièrement, situation généralement qualifiée d'intersectionnalité¹⁰⁷¹. Le constat n'est certes, ici non plus, pas nouveau¹⁰⁷², et on en trouve des exemples fameux dès le 19^{ème} siècle avec par exemple l'ouvrage de Friedrich Engels, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, paru en 1884 et qui fait partie, avec *La Femme et le Socialisme*, de August Bebel (1879), des textes fondateurs d'une école d'analyse, alors qualifiée de féminisme socialiste, visant à mettre en parallèle et à révéler les recoupements éventuels que connaissent les rapports de classe (pour employer une expression d'alors) et de sexe.

La recherche d'une analyse croisée n'est donc pas une innovation contemporaine, mais elle a indéniablement connu un essor important depuis les années 80, et fait l'objet aujourd'hui de nombreuses publications¹⁰⁷³. Citons quelques exemples qui ont connu un retentissement qui a largement dépassé le seul cadre universitaire ou académique : les ouvrages du Collectif Onze, *Au tribunal des couples – Enquête sur des affaires familiales*¹⁰⁷⁴, de Nicolas Frémeaux, *Les nouveaux héritiers*¹⁰⁷⁵, ou encore de Céline Bessière et Sibylle Gollac (qui appartenaient d'ailleurs au Collectif Onze), *Le genre du capital – Comment la famille reproduit les inégalités*¹⁰⁷⁶. On assiste même, récemment, à une multiplication des travaux grand public tels que celui que Titiou Lecoq,

¹⁰⁷⁰ « Mais attendu que l'arrêt relève quant aux conséquences du divorce sur les enfants, d'une part, que l'exercice conjoint de l'autorité parentale est mis à néant par le droit donné à la mère de prendre seule, les décisions les concernant et de consentir à leur engagement dans les forces armées des Etats-Unis, d'autre part, qu'il est fait à M. X... des injonctions lui interdisant que sa "maîtresse" se trouve en présence des enfants sauf s'il se marie avec elle, et interdisant à toute personne du sexe opposé de passer la nuit à son domicile lorsqu'il reçoit les enfants ; que la cour d'appel en a déduit exactement que le jugement étranger portait atteinte à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale ; que c'est à bon droit qu'elle a rejeté, pour ce seul motif, la fin de non-recevoir tirée du jugement de divorce texan ; qu'enfin, par une appréciation souveraine de la loi étrangère, la cour d'appel a estimé que ce jugement présentait un caractère indivisible ne permettant pas un exequatur partiel ; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches » : Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, n°09-15.302, Bull.

¹⁰⁷¹ Citons quatre exemples remarquables : d'abord les études sociologiques de B. Jeandidier et L. Bodson, « Revenus féminins et désunion en Europe », in *Revue économique*, 2012/2, p. 235, de E. Biland, « Rupture de riches – Privilèges de classe et inégalité de genre au sein de la justice québécoise », in *Sociétés contemporaines*, 2007/4, p. 97, et de N. Rafin, « Les contributions alimentaires en appel : un renforcement des inégalités de classe et de genre », in *Droit et société*, 2017/1, p. 87, mais aussi la passionnante étude de C. Nozay, « Il n'y a pas de vol entre époux : la prestation compensatoire en droit français », in *Droit et société*, 2009/3, p. 725, qui vient analyser le rôle contemporain, tant juridique que sociologique, de la prestation compensatoire, à l'aune d'un partage genré du travail social.

¹⁰⁷² V. par exemple, pour des ouvrages déjà un peu datés mais de référence, F. de Singly, *Fortune et infortune de la femme mariée*, PUF, 1987, ou encore J. Kellerhals, P.-Y. Troutot, E. Lazega, *Microsociologie de la famille*, PUF, 1984.

¹⁰⁷³ Citons notamment, pour un tour d'horizon de l'état des travaux universitaires au début des années 2000, C. Lemarchant, « Familles et inégalités sociales », in *Cahiers français, Famille(s) et politiques familiales*, n° 322, La Documentation française, octobre 2004.

¹⁰⁷⁴ Collectif Onze, *Au tribunal des couples – Enquête sur des affaires familiales*, Odile Jacob, 2013.

¹⁰⁷⁵ N. Frémeaux, *Les Nouveaux Héritiers*, La République des Idées, Seuil, 2018.

¹⁰⁷⁶ C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital - Comment la famille reproduit les inégalités*, éditions la découverte, 2019.

*Le Couple et l'argent*¹⁰⁷⁷, ou divers podcasts – généralement féministes, et qui tentent de croiser les méthodes d'analyse, entre droit, sociologie, économie et études de genre – qui abordent ces questions¹⁰⁷⁸. La question de la reproduction des inégalités sociales est davantage, peut-être, une question d'économiste, et il n'est pas anodin, à cet égard, que des travaux d'économistes, assez nombreux, interrogent notamment l'héritage comme facteur de reproduction des inégalités, comme les travaux de Nicolas Frémeaux, précités¹⁰⁷⁹. Le débat a connu une vitalité particulière au moment des élections présidentielle de 2022, en France, notamment à la suite d'une note produite par le Conseil d'analyse économique, dédiée à cette question¹⁰⁸⁰, qui a donné lieu à d'importantes réactions médiatiques qui ont mis le sujet au cœur de la campagne présidentielle puis législative¹⁰⁸¹.

421. Ces travaux, qui dépassent le domaine de notre étude et dont il n'est pas question de faire un résumé exhaustif ici, permettent de faire émerger trois grandes réflexions.

La première est le constat d'une multiplication contemporaine des approches : fidèle tant aux acquis de l'œuvre du doyen Carbonnier, qui a milité pour l'introduction de l'approche sociologique, qu'aux courants irrigant l'époque, le droit de la famille embrasse désormais pleinement une approche pluridisciplinaire, et il est désormais rare qu'un travail universitaire en droit de la famille soit réalisé sans qu'interviennent soit des éléments d'analyse issus d'autres disciplines, soit des éléments de droit comparé. Plus précisément, interroger le droit de la famille à travers de nouveaux regards, en adoptant autant que faire se peut une approche pluridisciplinaire et comparatiste, permet, que cette analyse soit faite, de l'intérieur, par des juristes ou, de l'extérieur, par d'autres acteurs, d'assurer la vitalité renouvelée d'une matière qui, parfois, a pu sembler vouée au désintérêt.

¹⁰⁷⁷ T. Lecoq, *Le Couple et l'argent*, L'Iconoclaste, 2022.

¹⁰⁷⁸ On pense par exemple au podcast de Victoire Tuaillon, *Les couilles sur la table*, qui consacre de nombreux épisodes aux inégalités et aux rôles genrés dans le couple, y compris d'un point de vue juridique (v. par exemple V. Tuaillon, « Le patrimoine, enjeu capital », extrait du podcast *Les couilles sur la table*, épisode n°59, Binge audio, 2020) ou encore au podcast de Titou Lecoq, *Rends l'argent*, dédié aux questions d'argent et de patrimoine dans le couple (v. par exemple T. Lecoq, « Ne parlez plus jamais de pensions alimentaire » épisode 6 du podcast, ou encore « Mesdames, votre famille vous arnaque », épisode 7, Slate, 2020).

¹⁰⁷⁹ N. Frémeaux, *Les Nouveaux Héritiers*, La République des Idées, Seuil, 2018. Cette réflexion avait déjà été amorcée, pour part, dans la somme de Thomas Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, Seuil, 2013, notamment dans la troisième partie de cette étude, dédiée à la structure des inégalités, et particulièrement le chapitre 11, « Mérite et héritage dans le long terme ». Parmi les autres travaux dédiés à cette question, v. not. C. Fournier, *Repenser l'héritage - Et si l'on arrêta de transmettre... des inégalités ?*, éditions de L'Observatoire, 2022.

¹⁰⁸⁰ Conseil d'analyse économique (C. Dherbécourt, G. Fack, C. Landais et S. Stantcheva), « Repenser l'héritage », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 69, décembre 2021, qui souligne le risque d'atteinte, par l'héritage, au principe d'égalité des chances, et envisage des moyens, notamment *via* une fiscalité successorale repensée, de réaliser ce que les auteurs qualifient d'« arbitrage entre équité et efficacité ».

¹⁰⁸¹ Citons à titre d'exemples des articles issus des journaux *Ouest France*, « L'héritage, première cause d'inégalité en France, s'invite dans la campagne présidentielle » (11 janvier 2022), *Le Monde*, « Et si l'héritage n'allait pas de soi ? » (11 mars 2022), *Notre temps*, « Faut-il réformer l'héritage pour réduire les inégalités ? » (4 mars 2022), ou plus récemment l'analyse de l'Observatoire des inégalités, « L'héritage profite aux riches », février 2023 [URL : <https://inegalites.fr/L-heritage-profite-aux-riches-1760>]. Notons que la question semble traverser le continent européen dans son ensemble, comme en témoigne par exemple un article, remarqué, du *Guardian* : « *Why inheritance is the dirty secret of the middle classes – harder to talk about than sex ?* » (3 décembre 2022), repris dans le *Courrier international* en juin 2023 sous le titre plus policé « Faut-il abolir l'héritage ? ».

La deuxième, qui est pour partie liée, est que le droit de la famille, notamment dans des dimensions de solidarité et de rapports patrimoniaux intrafamiliaux, qui ont longtemps été occultées par les enjeux personnels voire de bioéthique, deviennent des sujets qui touchent et intéressent le grand public. Ce n'est, somme toute, que justice, car le droit de la famille, droit de l'intime, droit qui concerne chacun, aurait vocation à être davantage connu, étudié, discuté, partagé : trop nombreux sont encore celles et ceux qui ne découvrent les principes et règles qui leurs sont applicables qu'au moment d'en subir les conséquences. Bien loin d'être anecdotique, et d'être complètement extérieure au milieu universitaire, cette circonstance gagnerait à être accompagnée par la recherche, qui trouve là une belle occasion de renouer avec sa fonction universaliste et de dialogue avec la société civile. Cet attrait peut, également, se retrouver dans l'élaboration de la loi, qui peut s'ouvrir aisément, en matière familiale, à des méthodes collaboratives : ainsi, l'élaboration d'une proposition de loi sur la précarité des familles monoparentales, au sein d'un groupe de travail transpartisan réuni par le député Philippe Brun à partir de la fin 2023, a donné lieu à de nombreuses expérimentations destinées à consulter et mobiliser des acteurs de la société civile et en premier lieu les parents isolés eux-mêmes, sous la forme de réunions publiques organisées sur le terrain, de consultations en ligne via une application dédiée, de réunions publiques organisées à l'Assemblée nationale¹⁰⁸²... Les spécificités de la matière et sa proximité avec le vécu tant collectif qu'individuel permettent donc d'envisager et de mettre en œuvre des initiatives et des innovations méthodologiques qui sont tout à la fois source d'innovation et d'enrichissement.

Ces deux mouvements en révèlent un troisième, plus profond, et qui réinvestit, semble-t-il, la famille, et avec elle le droit de la famille, comme une sorte de valeur refuge. On assiste ainsi à un fort réinvestissement normatif de la famille, qui est à nouveau interrogée et mise au cœur de nombreux débats, ce qui a été rendu possible, notamment, par le développement du pluralisme axiologique et l'interrogation de la matière sous le prisme de l'égalité, notion accessible et qui permet au plus grand nombre de s'intéresser aux enjeux intrafamiliaux et de les comprendre. En abandonnant un axe normatif unitaire basé sur un modèle familial unique, non seulement le droit de la famille n'a pas perdu sa fonction normative, qui s'est simplement déployée dans une forme, nouvelle, de pluralisme axiologique, mais il a trouvé une nouvelle légitimité, qui lui permet de réinvestir l'espace normatif, de susciter un intérêt et des interrogations renouvelés. Pluralité de

¹⁰⁸² Cette initiative, qui sort de l'objet du présent travail, fera l'objet d'une étude dédiée qui sera publiée ultérieurement. V. néanmoins, sur le sujet, deux articles parus dans le journal *Libération* : « Des citoyens consultés sur une loi en cours de rédaction via une application, une première en France » (18 avril 2024) et « A l'Assemblée, des mères isolées pour lutter contre la précarité » (8 mars 2024).

regards, pluralisme axiologique, fonction normative diversifiée : tous ces éléments sont ainsi à la fois le résultat et le catalyseur les uns des autres, dans une forme de boucle vertueuse, qui permet le renouvellement du droit de la famille et son déploiement normatif contemporain. Marc Bloch disait à ce titre, dans *L'étrange défaite*, qu'« un historien a pour premier devoir [...] de s'intéresser « à la vie » », c'est-à-dire d'ancrer sa recherche dans le réel. Cela est d'autant plus vrai pour le juriste, et peut-être notamment le juriste familialiste : le réel est ainsi à la fois son objet d'étude, la matière qu'il se propose d'aider à former et la limite à ses éventuelles idées par trop éloignées de ce réel. En ce sens, le réel s'impose au juriste. Or, cette multiplicité des regards et des analyses permet au juriste de rester confronté au réel, de dialoguer avec lui. La réflexion juridique et la qualité de la norme ne peuvent, semble-t-il, qu'en ressortir renforcées.

Dans ce mouvement cumulé de promotion du lien électif et de développement d'une forme de pluralisme axiologique, l'obligation alimentaire semble jouer ce qui fut, avant notamment la suppression du pluralisme des filiations, son rôle fondamental : celui de mécanisme régulateur, voire unificateur.

Sous-section 2. Le rôle normatif et régulateur de l'obligation alimentaire

422. Dans cette évolution, l'obligation alimentaire présente plusieurs caractéristiques remarquables, et qui la conduisent à rejouer son rôle au sein du droit de la famille, à savoir celui de mécanisme régulateur et de fil d'Ariane normatif.

Par sa nature et par ses caractères, l'obligation alimentaire demeure dans notre droit le révélateur profond du lien familial au sens juridique du terme. N'existant que du fait d'un lien familial au sens juridique du terme, et ne disparaissant qu'avec la disparition de ce même lien, l'obligation alimentaire, non sujette à la renonciation ou à la compensation, a les moyens techniques d'être un pilier du droit de la famille : figure inaltérable ou presque, dont même les limites – on pense ici à l'exception d'indignité¹⁰⁸³ – sont porteuses de valeurs morales et de normes comportementales, exprimant l'idée fondamentale que le minimum de relation familiale, l'inaltérable sens de la famille, c'est la solidarité, l'obligation alimentaire forme une sorte de colonne vertébrale normative du droit de la famille. En quelque sorte, elle parait contrebalancer, presque systématiquement, les écueils qui pourraient résider dans les évolutions les plus individualistes du droit de la famille contemporain, et accompagner les mouvements les plus positifs.

Marquant une attention à l'autre, l'existence d'un destin commun au sein d'une communauté humaine spécifique qu'est le groupe familial, l'obligation alimentaire marque un lien de l'individu au collectif, et peut se construire et se manifester en réaction aux choix individuels, comme pour sécuriser, voire « responsabiliser » les individus dans ce nouveau cadre de liberté propre au droit de la famille. L'obligation alimentaire marque ici son caractère d'obligation fondamentale, de bastion normatif familial : s'il est possible, de plus en plus, de choisir l'étendue de son engagement, d'en dessiner les contours, l'étendue, de contractualiser assez largement dans certains domaines du droit de la famille, l'obligation alimentaire, elle, demeure invariable, et réaffirme le fait que le droit de la famille est avant tout marqué par une fonction protectrice.

423. Cette tendance protectrice s'est naturellement transformée avec le temps et les évolutions du droit de la famille puisque, renonçant à imposer un modèle familial, le législateur vient avant tout poser des limites, des lignes directrices. Renonçant à imposer la perpétuité de

¹⁰⁸³ Sans doute faudra-t-il, nous en avons déjà dessiné les contours et nous y reviendrons, renforcer cet outil, aujourd'hui insuffisant, afin d'en faire un véritable outil de justice familiale.

l'union et facilitant de plus en plus les désunions, le droit de la famille réaffirme, voire renforce le lien alimentaire avec les enfants, jusqu'à l'émergence d'un « couple parental » et d'un principe de coparentalité inscrit dans la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale¹⁰⁸⁴. L'obligation alimentaire entend ainsi pallier certains effets néfastes de la déconjugalité et du démariage, de l'instabilité familiale qui adviennent du fait des évolutions du droit de la famille¹⁰⁸⁵.

424. On pourrait espérer que le législateur se saisisse davantage, à l'avenir, de cette possibilité offerte d'être le support d'une justice familiale, et de la réaffirmation du rôle central – et non instrumental ! – que joue la famille dans la société. L'un des principaux ratés, semble-t-il, en la matière, est le passage de la pension alimentaire à la prestation compensatoire, d'une part, et surtout la pratique actuelle de la prestation compensatoire, d'autre part, qui conduit à n'en verser pas ou que fort peu dans l'immense majorité des cas. C'est regrettable, car au prix de peu de modifications, les obligations alimentaires et le jeu des régimes peuvent constituer un outil au service d'une justice familiale visant à lutter, d'une part, contre les inégalités sociales, et d'autre part, contre les inégalités de genre : les propositions faites dans la première partie de ce travail vont, pour l'essentiel, dans ce sens.

Il ne peut toutefois être négligé que l'obligation alimentaire en particulier et les enjeux patrimoniaux du droit de la famille ont, à l'époque contemporaine, tendance à être occultés du fait de l'exacerbation des questions personnelles, devenues centrales.

¹⁰⁸⁴ Et réaffirmé par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, ayant modifié l'article 371-1 du code civil pour préciser que l'autorité parentale appartient bien « aux parents » et non plus aux « père et mère ».

¹⁰⁸⁵ On peut également remarquer, à ce sujet, l'attention portée à certaines problématiques, telles que la protection du logement familial, qui bénéficie d'une protection renforcée.

Conclusion du chapitre 1

425. L'essor de la volonté individuelle et des mécanismes de contractualisation en matière de droit patrimonial de la famille vient indéniablement redessiner la fonction normative du droit de la famille contemporain. S'opèrent ainsi de profonds bouleversements qui ont pu conduire à penser que le droit de la famille venait se désengager d'un point de vue axiologique, abandonnant à la liberté individuelle le soin de déterminer les intérêts que chacun entendait protéger.

Si ce constat est, pour partie, fondé, comme en témoigne par exemple le recul de la protection de l'enfant en matière successorale, il faut cependant, semble-t-il, nuancer le propos, et constater que la fonction normative du droit de la famille s'est, à l'époque contemporaine, redéployé, réformé, de sorte à devenir aujourd'hui le support d'autres considérations axiologiques, comme celles tendant à la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, ou à la lutte contre les inégalités sociales.

Le rôle de l'obligation alimentaire peut être, en la matière, remarquable, puisqu'en tant que support juridique des solidarités intrafamiliales, elle a la capacité d'être un outil tant technique que symbolique efficace pour la promotion d'une fonction normative renouvelée du droit de la famille contemporain, rôle qu'on ne peut, dès lors, qu'encourager.

Chapitre 2. L'obligation alimentaire concurrencée par l'attention portée aux questions personnelles

426. L'obligation alimentaire peut ainsi servir de base à la reconstruction et au redéploiement d'une fonction normative pluraliste et renouvelée. Elle subit pourtant la redoutable concurrence des questions personnelles qui, en matière familiale, emportent l'essentiel de l'attention, notamment de la société civile, qu'il s'agisse de questions ayant trait à la parentalité (**Section 1**) ou aux enfants (**Section 2**).

Section 1. Du point de vue de la parentalité

427. En matière de couple, l'attention tant du législateur que d'une partie de la doctrine semble focalisée autour de la notion de parentalité, notion centrale qui intervient, aujourd'hui, au cœur de nombreuses réflexions, et qui a conduit, semble-il, à une forme d'exacerbation des questions personnelles au détriment des questions patrimoniales (**Sous-section 1**). Ce phénomène est d'autant plus remarquable qu'aujourd'hui, la parentalité semble s'ouvrir à de nouveaux acteurs (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Par le développement de la parentalité

428. La parentalité, terme notoirement absent de bien des dictionnaires, est une notion complexe, aux contours et aux fondements imprécis, et qui pourtant connaît, depuis une dizaine d'années, une destinée assez rare en tant que notion instrumentale. Il ne s'agit pas, ici, de revenir sur sa définition, déjà abordée dans la première partie de ce travail, mais bien d'en envisager l'usage contemporain, car cette notion est avant tout, aujourd'hui, définie par ses usages, toutes matières scientifiques confondues¹⁰⁸⁶ : c'est ainsi que l'anthropologue Maurice Godelier, par exemple, aborde dans son ouvrage consacré aux métamorphoses de la parenté la question de la parentalité sous l'angle des « fonctions de la parenté » et du « champ de la parentalité » :

« Nous pouvons maintenant marquer une pause dans l'exploration des domaines et des problèmes de la parenté, afin de dessiner les contours de ce que recouvre la notion de parentalité. Nous nous bornerons à une sorte d'inventaire des différentes fonctions qu'assument ou peuvent assumer vis-à-vis d'enfants, nés ou adoptés, des individus des deux sexes et de différentes générations qui sont, par rapport à ces enfants, et selon les critères définis par leur société, leurs parents paternels ou maternels, parents par alliance ou par adoption, etc. [...] Pour nous, le terme « parentalité » désigne l'ensemble culturellement défini des obligations à assumer, des interdictions à respecter, des actes de solidarité et des actes d'hostilité qui sont attendus ou exclus de la part d'individus qui [...] se trouvent, vis-à-vis d'autres individus, dans un rapport de parents à enfants »¹⁰⁸⁷.

L'anthropologue distingue par suite sept fonctions¹⁰⁸⁸ définissant le champ de la parentalité : 1) la conception et l'engendrement, qui donne à chacun une place dans les rapports de parenté et dans les rapports sociaux ; 2) un devoir qui s'impose d'élever, de nourrir et de protéger les enfants ; 3) une fonction d'éducation et d'instruction professionnelle et sociale ; 4) un rapport de droits et de devoirs vis-à-vis de l'enfant qui conduisent à ce que ce dernier soit considéré par la société comme relevant de la responsabilité de l'acteur parental, qui s'en porte garant¹⁰⁸⁹ ; 5) doter l'enfant, à sa naissance, d'un nom, d'un statut social, de droits, aussi bien dans les rapports de parenté que dans les autres rapports sociaux ; 6) avoir le droit d'exercer sur l'enfant certaines formes d'autorité, de le punir, d'en attendre obéissance et respect ; et 7) s'interdire d'entretenir des rapports sexuels avec l'enfant. Surtout, il précise « que l'on ne saurait réduire, comme le font

¹⁰⁸⁶ V. également, présentant une multiplicité d'approches de la notion, B. Lamboy, « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? Différentes approches pour un même concept », in *Devenir*, n°21, 2009, p. 31

¹⁰⁸⁷ M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004, p. 239 et 240.

¹⁰⁸⁸ Dont la distinction n'est pas toujours parfaitement claire, il faut le reconnaître.

¹⁰⁸⁹ Ce qui correspond assez largement à ce qu'on qualifie, en droit, d'autorité parentale, et à la définition qu'en donne le code civil.

aujourd'hui en Occident un certain nombre de sociologues de la famille et de psychanalystes, la notion et le champ de la parentalité au « désir d'enfant » qu'au cours de leur vie un grand nombre d'adultes ressentent et qui se traduit par l'envie de faire un enfant ou d'en adopter un »¹⁰⁹⁰.

429. L'approche fonctionnelle de la parentalité est également, souvent, celle adoptée par les juristes¹⁰⁹¹, qui tâchent, notamment, de dessiner une distinction entre la parenté et la parentalité, et particulièrement entre la réalité biologique de la filiation et le rôle social de la parentalité¹⁰⁹². L'introduction de cette notion joue, pour partie, un rôle bénéfique d'un point de vue normatif, puisqu'elle a permis, notamment, de trouver un terme qui soit neutre en matière de genre et de sexualité : l'usage du terme de parentalité permet ainsi d'évoquer des fonctions parentales, des rapports parentaux, il n'y attache ni un modèle genré de répartition des tâches et des fonctions, ni un modèle basé sur le couple hétérosexuel. Le terme de parentalité est donc, par la neutralité qui le caractérise, un outil au service de la promotion d'une égalité¹⁰⁹³ entre les couples et entre les membres du couple. En cela, le terme peut être perçu comme vecteur normatif, dans le sens de la nouvelle diversité axiologique du droit de la famille¹⁰⁹⁴. C'est en ce sens que le terme de parentalité est désormais largement mobilisé pour désigner les politiques dites de « soutien à la parentalité »¹⁰⁹⁵.

430. Cependant, sur cette base, les politiques menées avec une attention accrue sur la parentalité semblent présenter deux écueils : d'une part, elles ont pour l'essentiel concentré leur attention sur les questions personnelles, au détriment des questions patrimoniales, et d'autre part, elles ont pu sembler mettre davantage l'accent sur les droits qui seraient attachés à la parentalité, faisant de la parentalité avant tout un support de droits¹⁰⁹⁶, davantage qu'un ensemble de droits et de devoirs. Cette tendance se remarque surtout, et nous y reviendrons dans la seconde sous-section,

¹⁰⁹⁰ M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, préc., p. 243.

¹⁰⁹¹ V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », préc. V. également D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », préc. ou encore I. Théry et A.-M. Leroy (dir.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc.

¹⁰⁹² V. D. Fenouillet, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté – Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », in *Archives philosophiques du droit* n°57, 2014, p. 37, spéc. p. 49 et s. sur « l'effacement du mythe de l'engendrement » et p. 62 s. sur « l'émergence du mythe de la volonté ».

¹⁰⁹³ On n'ose dire « une égalité réelle ».

¹⁰⁹⁴ C'est en ce sens que F. Dékeuwer-Defossez affirmait que « le principe de coparentalité égalitaire a remplacé le mariage comme figure normative de l'organisation de la famille : sous l'angle de la distinction fondées ou non sur le mariage, le pluralisme est aujourd'hui si bien assimilé qu'il a disparu » (F. Dékeuwer-Defossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », préc.). Même si en 1999, le temps n'était encore pas à l'indifférenciation des modèles familiaux au-delà de la question du couple marié ou non, on voit, sous la plume de l'autrice, affirmée la puissance normative et normalisante de la parentalité comme concept.

¹⁰⁹⁵ Sur le sujet, v. J. Pothet, « Le « soutien à la parentalité » au prisme de ses ambivalences », in *Les Cahiers du Développement Social Urbain*, n°66, 2017, p. 20 ainsi que, de la même autrice, « Le Comité national de soutien à la parentalité : ethnographie de l'élaboration d'une politique publique » in C. Martin (dir) « *Être un bon parent* » : une injonction contemporaine, Presses de l'EHESS Rennes, 2014, p. 109.

¹⁰⁹⁶ Notons qu'inversement, si la parentalité peut être mobilisée pour revendiquer des droits, elle ne saurait l'être pour refuser des devoirs. Sur le sujet, v. G. Kessel, « Le droit de ne pas être père », in *AJ. Famille*, 2017, p. 292

s'agissant de ceux qu'il convient de qualifier de « nouveaux acteurs de la parentalité », mais le cas des parents est déjà marqué par un certain nombre d'exemples. C'est ainsi que, dans le divorce, l'accent est particulièrement mis, tant en théorie qu'en pratique, en présence d'enfants communs, sur la nécessité de maintenir le lien, de respecter le droit de visite du parent chez lequel ne réside pas habituellement l'enfant. A quoi il faut ajouter que la résidence alternée est parfois perçue comme le mode préférable de résidence de l'enfant, sans qu'il soit toujours aisé de savoir quel est l'intérêt privilégié entre celui du parent et celui de l'enfant.

431. Plus récemment, la question de la parentalité a été particulièrement mobilisée dans un autre cadre, qui est celui du projet parental et du désir d'enfant. Emergent alors de nouvelles figures familiales, jusqu'alors inconnues. On pense d'abord à deux questions qui se recoupent partiellement et qui sont la parentalité d'intention et l'homoparentalité. Si elle n'est pas nécessairement la question centrale en matière d'assistance médicale à la procréation ou de gestation pour autrui, la notion de parentalité a en effet été particulièrement mobilisée en la matière puisqu'elle permet de distinguer nettement parenté tant au sens juridique qu'au sens biologique d'une part, et rôle de parent, donc parentalité d'autre part. Elle a permis, notamment à une époque où la filiation peine à trouver un fondement unitaire¹⁰⁹⁷, d'envisager la place des parents dits d'intention, c'est-à-dire de ceux qui, n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant, ont pris part à un projet parental, sous une forme ou une autre, et elle a autorisé ces derniers à revendiquer des droits en raison de leur parentalité.

Cette dynamique est particulièrement visible dans les cas les plus connus qui sont ceux des couples homosexuels désirant accéder à la parentalité, ce qui a conduit, dès 2013, à ouvrir l'adoption aux couples de même sexe, puis, depuis la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, à ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes ou aux femmes seules, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique étant particulièrement clair sur ce point puisqu'il dispose que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental ». C'est encore, et sans qu'une quelconque assimilation soit réalisée entre ces cas, la dynamique à l'œuvre s'agissant des couples ayant recours à une gestation pour autrui, la parentalité étant alors invoquée par les parents d'intention pour solliciter des droits parentaux.

¹⁰⁹⁷ v. V. Deschamps, *Le fondement de la filiation - Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préc.

Ces angles, qui concernent finalement davantage l'accès à la parentalité et l'assouvissement du désir d'enfant, ont été au cœur de bien des réflexions contemporaines sur la parentalité¹⁰⁹⁸, et occultent largement deux aspects pourtant fondamentaux, à savoir d'une part les devoirs parentaux, sur lesquels l'accent est moins mis que sur les droits attachés à la parentalité, et d'autre part et surtout les questions patrimoniales, quelque peu masquées par l'exacerbation, dans le débat public et juridique, des questions personnelles (et des désirs individuels), *a fortiori* dans un contexte où le développement de la parentalité s'est largement fait si ce n'est en occultant, du moins en négligeant les questions techniques¹⁰⁹⁹, et notamment les questions patrimoniales liées aux choix effectués. Cette situation ne semble d'ailleurs pas s'arranger lorsque l'on constate que la parentalité ne cesse, aujourd'hui, de s'étendre à de nouveaux acteurs.

¹⁰⁹⁸ On pense ici notamment, naturellement, au rapport consacré à la question, précité, d'I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc.

¹⁰⁹⁹ Cet écueil s'est particulièrement révélé, ces dernières années, s'agissant de la filiation, qui fut un impensé complet au moment d'ouvrir plus largement le changement de sexe à l'état civil y compris pour des personnes n'étant ni opérées ni stériles – c'est-à-dire, pour simplifier, pour les personnes transgenres mais non transsexuelles – et pour lesquelles aucune solution technique n'a été envisagée, ce qui conduit à ce résultat absurde et vexatoire consistant à devoir, dans certains cas, qualifier à l'état civil de « père » une femme et de « mère » un homme, et qui fut l'objet d'un compromis qui n'a pas permis de satisfaire grand monde au moment d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes, le mode d'établissement de la filiation pour l'AMP étant complexe et peu satisfaisant.

Sous-section 2. Par l'élargissement de la parentalité à de nouveaux acteurs

432. Si l'on s'en tient à une définition de la parentalité qui s'attache aux rôles joués par rapport à l'enfant dans le groupe familial et dans la société, d'une part, et des droits et devoirs qui en découlent, d'autre part, on constate un phénomène d'élargissement des acteurs concernés par les questions de parentalité. La question de la parentalité, puisqu'elle se distingue – dans un premier temps du moins¹¹⁰⁰ – de la parenté, permet d'envisager l'inclusion d'autres personnes, qu'elles soient incluses dans la parenté elle-même – on pense ici à la figure, notamment, des grands-parents et autres ascendants – ou tiers – et on songe, ici, aux beaux-parents, compagnons des parents –, qui sans être « parents » au sens strict du terme, ont pu développer un lien affectif avec l'enfant et assurer sa prise en charge familiale. Les deux cas évoqués ici, celui des grands-parents **(I)** et des beaux-parents **(II)**, sont les cas les plus emblématiques, et concentrent l'essentiel de l'attention.

¹¹⁰⁰ Il ne faut en effet pas négliger le potentiel effet d'entraînement de la parentalité comme notion, puisque cette notion est relativement indifférenciée : il est donc tout à fait possible d'imaginer, et cette tentation existe déjà notamment dans les questions de filiation qui se situent à la croisée des chemins entre droit de la famille et bioéthique, que la notion de parentalité soit dans un premier temps mobilisée pour accorder des droits à un acteur pour, dans un second temps, revendiquer des droits parentaux. Or, non seulement cela semble pour part contre-productif, car cette instrumentalisation de la notion de parentalité lui ferait perdre tout crédit et toute substance, mais cela serait passer à côté de la richesse fondamentale de cette notion qui a, semble-t-il, un rôle propre à jouer, et qui ne mérite pas de subir un tel détournement.

1) Le statut des grands-parents

433. Ce sont les grands-parents qui en premier lieu, ont progressivement, peut-être du fait de l'augmentation de l'espérance de vie, qui favorise la coexistence des générations, accédé à des droits propres, en leur qualité de grands-parents¹¹⁰¹.

Ceux-ci qui sont résumés, depuis les années 70¹¹⁰², au sein de l'article 371-4 du Code civil. Dans sa première version, issue de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, le premier alinéa de cet article disposait en effet que « les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ». On s'aperçoit ainsi que cette disposition était initialement prévue spécifiquement sur la relation entre les grands-parents et les petits-enfants, avant que diverses réformes ne viennent, d'une part, mettre l'accent sur le fait que le droit d'entretenir des relations avec ses grands-parents est un droit de l'enfant, et d'autre part, étendre ce droit à d'autres acteurs familiaux ou extra-familiaux. Dans sa version actuelle, ce même article dispose en effet que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants »¹¹⁰³ et que « seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit »¹¹⁰⁴. La formulation peut d'ailleurs surprendre ou du moins interroger en ce qu'elle affirme que les droits que nous présentons comme « grand-parentaux » sont des droits de l'enfant : on peut, en effet, penser que cet article défend avant tout un droit des grands-parents dissimulé derrière un droit de l'enfant.

434. On retrouve là un schéma contemporain récurrent qui consiste à invoquer l'intérêt et les droits de l'enfant pour accorder, en réalité, un droit à un autre membre de la famille, réclamant un droit relatif à l'enfant qui n'est pas prioritairement, ou du moins pas seulement, à y regarder de plus près, un droit de l'enfant¹¹⁰⁵. La jurisprudence relative à cet article permet de se rendre compte que c'est bien un droit de visite et d'hébergement accordé aux grands-parents dont il est question, ce qu'a explicité la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 20 septembre 2004, aux termes duquel « ces dispositions ne peuvent s'interpréter comme attribuant le droit aux relations personnelles

¹¹⁰¹ Bien que ceux-ci soient présentés comme un droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses ascendants.

¹¹⁰² Signalons à cet égard l'important travail réalisé à la fin des années 90 par Thierry Garé dans le cadre de sa thèse de doctorat, consacrée à cette question : T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du CNRS, 1998, mais également l'important dossier consacré par la revue *AJ famille*, dans son n°4 de l'année 2008, à « La place des grands-parents », et comprenant, entre autres excellentes contributions, celles, qui permettent d'effectuer un tour d'horizon de la question, d'A. Gouttenoire, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », in *AJ Famille* 2008 p.138 et de M. Lasbats, « Les grands-parents dans notre société », in *AJ Famille* 2008 p. 147.

¹¹⁰³ Formulation issue de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

¹¹⁰⁴ Formulation issue de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

¹¹⁰⁵ On pense ici, par exemple, à l'arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie* du 24 janvier 2017 (n°25358/12), où les notions de vie familiale et d'intérêt de l'enfant ont pu connaître une interprétation particulièrement libérale.

exclusivement à l'enfant, et non aux ascendants, ce qui reviendrait à nier en fait tout droit à ces derniers »¹¹⁰⁶. Il est régulier qu'en droit de la famille contemporain, un droit soit accordé à une personne en tant que support technique, réel ou prétendu, du droit ou de l'intérêt d'un autre : si l'on veut, en effet, protéger le droit d'un enfant à voir ses grands-parents et à avoir des relations avec eux, la protection du droit de visite et d'hébergement des grands-parents semble être le support technique idoine¹¹⁰⁷.

Notons en revanche qu'inversement, c'est bien et sans aucune ambiguïté l'intérêt de l'enfant, et lui seul, qui est pris en considération au moment de refuser, le cas échéant, qu'un droit de visite soit accordé¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ CA Lyon, 20 septembre 2004 : BICC 15 décembre 2006, n°2442.

¹¹⁰⁷ Cette situation quelque peu duale ne doit pas être saisie, ou du moins pas uniquement, avec défiance : comme nous avons tenté de le démontrer, il n'y a en réalité pas vraiment matière à procéder autrement, ou du moins que le droit de l'adulte, qu'il s'agisse des grands-parents, ou d'un tiers à l'enfant, est un support plus efficient, car il sera exercé par l'adulte, potentiellement en conflit ou du moins en désaccord avec le parent de l'enfant, au moins sur ce point, cependant que le parent de l'enfant sera souvent celui qui serait amené à ester en justice en son nom. La méthodologie adoptée en matière de pure technique juridique est donc celle qui semble être la plus à même d'éviter les conflits d'intérêts. Précisons à cet égard que la Cour de cassation a jugé que « l'article 371-4 du code civil présume qu'il est de l'intérêt des enfants d'entretenir des relations personnelles avec leurs grands-parents » : Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1982, n°81-14.627, Bull.

¹¹⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 24 juin 2020, n° 19-15.198.

II) *Le statut des beaux-parents*

435. Ce droit de visite et d'hébergement s'est par la suite étendu à d'autres acteurs. Dès 1971, l'alinéa second de l'article 371-4 du Code civil disposait ainsi que, « en considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non » : il était donc possible d'admettre des relations personnelles avec d'autres personnes, mais cette possibilité était conditionnée, alors, à l'existence de circonstances exceptionnelles. Dans sa version actuelle, issue de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'article 371-4, alinéa 2, du Code civil dispose que : « si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers 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 ». Seule demeure, alors, la nécessité d'un contrôle judiciaire, en présence d'un conflit familial.

Cette possibilité, pour une personne qui n'est pas un ascendant de l'enfant, d'entretenir des liens avec lui, a naturellement pu être mobilisée dans des hypothèses relativement traditionnelles de rupture d'une famille recomposée, où ex-beaux-parents et ex-beaux-enfants ont pu voir ainsi un lien personnel préservé. Mais, et ce point est plus actuel, cette possibilité l'a aussi été dans le cadre des nouvelles procréations, s'agissant de l'ex-compagne de la mère biologique, situation qui a pu donner lieu à une jurisprudence tant interne¹¹⁰⁹ qu'européenne¹¹¹⁰. Il est donc désormais acquis que, même dans des hypothèses où le lien de filiation ne serait pas établi à l'égard des deux parents d'intention, à l'issue d'une AMP ou d'une GPA réalisées à l'étranger, l'article 371-4 du code civil peut être mobilisé pour obtenir le maintien des liens personnels¹¹¹¹. Si elles sortent du domaine strict de cette étude, ces hypothèses en ouvrent d'autres. *Quid*, éventuellement, des droits de la mère porteuse, dont on sait qu'elle entretient parfois, dans des configurations contemporaines, une forme de lien avec l'enfant qu'elle a porté ? *Quid* du parent qui se verrait interdit, en application de l'article 344-10 du code civil, d'établir un lien de filiation avec l'enfant né de relations incestueuses ? *Quid* du tiers donneur, depuis la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ? Il conviendra de statuer au cas par cas, mais on voit mal ce qui pourrait conduire à écarter ces revendications de liens personnels par principe, d'autant qu'aux aspirations

¹¹⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 13 juillet 2017, n° 16-24.08

¹¹¹⁰ CEDH, 7 avril 2022, affaire Callamand c/ France, n° 2338/20.

¹¹¹¹ V. à ce sujet F. Berdeaux-Gacogne, « La discrète reconnaissance du parent social », in *AJ Famille* 2013, p.346.

personnelles des adultes s'ajoutent, avec tout la force que permet la protection de leur intérêt supérieur, celles des enfants.

Section 2. Du point de vue des enfants

436. L'exacerbation des questions personnelles au détriment des questions patrimoniales et alimentaires s'observe également s'agissant des enfants, et ce phénomène est particulièrement visible à travers l'intervention du droit européen, du droit international et de la CEDH, notamment à travers la protection de la vie privée et de la vie familiale, qui sont les pivots de cette matière. Peut-être faut-il, cependant, faire ici une distinction entre le domaine juridique et le domaine médiatique, ou disons du grand public. Dans ce second domaine, il est évident que l'attention s'est concentrée, ces dernières années, sur des questions de protection de l'enfance, notamment contre les violences physiques et sexuelles, à la faveur de cas particulièrement médiatisés : s'il faut, dans ces domaines, se poser la question d'une réponse adaptée, et si le droit a déjà évolué en ce sens, on préférera ici se concentrer sur des questions attachées à l'identité familiale de la personne.

437. En effet, dans le domaine purement juridique ainsi que dans certains milieux militants, l'attention en matière d'enfance s'est concentrée, dans les années 2010 et au début des années 2020, au-delà de la question de la protection des relations personnelles de l'enfant avec les tiers, précédemment développée, sur les enjeux liés à l'accès aux origines, d'une part, et à l'établissement du lien de filiation, d'autre part.

Sur l'établissement du lien de filiation, nous ne reviendrons pas, renvoyant notamment à la thèse, précitée, de Monsieur Deschamps¹¹¹², ainsi qu'aux très nombreux travaux dédiés à la question, *a fortiori* au vu de la saga juridique et jurisprudentielle entourant la reconnaissance, en France, des filiations établies à l'étranger à la suite d'une GPA.

La question de l'accès aux origines, quant à elle, a vu se rencontrer à la fois une demande de la part d'associations, portée notamment par des personnes nées d'une AMP avec tiers donneur¹¹¹³, ou par des personnes nées sous X.¹¹¹⁴, et une réflexion de la part d'acteurs du monde

¹¹¹² V. Deschamps, *Le fondement de la filiation - Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, préc.

¹¹¹³ V. notamment les travaux de diverses associations, telles que PMAAnonymes, et son ouvrage de témoignages : V. Brès (dir.), *Je suis l'une d'entre elles - La première génération de personnes conçues par PMA avec don témoigne*, L'Harmattan, 2019.

¹¹¹⁴ Citons, à cet égard, le travail de l'association pour le droit aux origines des enfants nés sous X, créée en 1995, et qui milite pour la suppression du secret des origines, et notons, dans le même temps, que cette question semble moins parvenir à se faire entendre que celle de l'accès aux origines pour les personnes nées d'une AMP avec tiers donneur, probablement en raison de l'intérêt, ici contraire à celui de l'enfant, de la mère ayant accouché sous X.

juridique¹¹¹⁵, processus ayant abouti aux dispositions de la *loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*, qui a introduit les articles L. 2143-1 et suivants du code de la santé publique, et abandonnant le principe antérieur de l'anonymat du don en organisant le recueil de données identifiantes ou non sur le donneur. Désormais, le donneur est identifiable, ce qui permet à la personne née du don d'avoir accès à son identité, sans toutefois produire d'effets sur la filiation de l'enfant.

Notons cependant que s'agissant des enfants nés sous X., et bien que cette question ait été abordée dans le rapport précité de Mesdames les professeures Théry et Leroyer, aucune évolution législative n'est actuellement envisagée, et que la CEDH, malgré son attachement affirmé au droit de l'enfant à accéder à ses origines, a choisi de ne pas condamner le système français¹¹¹⁶, pourtant relativement isolé dans l'écosystème juridique européen.

438. Ces questions, quoiqu'il en soit, marquent, comme en matière parentale, l'omniprésence des questions personnelles, au détriment des questions patrimoniales, et notamment des questions alimentaires, pourtant essentielles s'agissant de l'enfant. La situation de recul des questions alimentaires est d'autant plus flagrante ici qu'il s'agit d'accéder à des informations, d'obtenir des droits personnels ou relationnels, le tout *précisément* sans que cela ait des conséquences patrimoniales : la différence est ici importante avec le mécanisme des subsides, où il s'agit d'accorder un droit de nature alimentaire en dépit de l'impossibilité d'établir un lien de filiation. Rien de cela ici, puisqu'il s'agit seulement d'accéder à des droits et informations, sans établir un lien de filiation, et sans intention patrimoniale.

On peut le regretter, d'autant plus que les difficultés observées, ici, au sein du droit civil, se retrouvent plus largement au sein de l'ordonnancement juridique dans son ensemble (**Titre 2**).

¹¹¹⁵ On pense ici évidemment au rapport, précité, *Filiations, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, largement dédié à cette question : I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, préc.

¹¹¹⁶ V. CEDH 30 janvier 2024, arrêt *Cherrier c/ France*, n° 18843/20.

Conclusion du chapitre 2

439. A l'issue de ce chapitre, il faut faire le constat qu'en dépit des possibilités offertes pour que le droit de la famille contemporain puisse voir sa fonction normative se redéployer, et devenir, notamment, un outil de justice sociale et de lutte contre les inégalités entre les hommes et les femmes, la place prise, dans le débat contemporain par les questions personnelles conduit à ce que les enjeux patrimoniaux soient, pour l'essentiel, éclipsés.

C'est le cas, par exemple, du fait du développement de la parentalité, qui met l'accent sur l'obtention de droits personnels, comme les droits de visite et d'hébergement accordés aux grands-parents et aux beaux-parents. C'est également le cas, pour les couples, de l'accès de plus en plus étendu aux nouvelles méthodes procréatives, comme en témoigne l'ouverture, récente, de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules. C'est encore le cas, s'agissant des enfants, des enjeux liés à l'accès aux origines.

Dans ce contexte, les questions patrimoniales en général et les questions alimentaires en particulier risquent d'être escamotés : il convient donc de demeurer attentif à ce phénomène, et d'encourager une forme de « repatrimonialisation » des enjeux familiaux : nous y reviendrons dans le second titre de cette partie.

Conclusion du premier titre

440. Ce premier titre aura été l'occasion de mettre en évidence que deux tendances de fond du droit de la famille contemporain viennent, aujourd'hui, concentrer l'attention du législateur et d'une partie des acteurs s'intéressant au droit de la famille, qu'il s'agisse de la doctrine ou d'acteurs issus de la société civile : il s'agit, d'une part, de l'essor de la volonté individuelle, et d'autre part de la place prépondérante donnée, dans le droit de la famille contemporain, aux questions personnelles, au détriment des questions patrimoniales.

Nous avons pu constater que ces évolutions ne faisaient pas obstacle à ce que prospère une fonction normative du droit de la famille redéfinie, venant mettre en avant de nouvelles considérations, portées par de nouvelles valeurs, comme celles tendant à la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, ou à la lutte contre les inégalités sociales. Dans cette perspective, le droit de l'obligation peut jouer un rôle opératif remarquable puisqu'en tant que support juridique des solidarités intrafamiliales, elle a la capacité d'être un outil tant technique que symbolique efficace pour la promotion d'une fonction normative renouvelée du droit de la famille contemporain.

Cependant, une telle évolution ne pourra intervenir qu'à la condition de ne pas laisser les questions personnelles éclipses, dans les débats contemporains, les enjeux patrimoniaux soient, pour l'essentiel, éclipsés : c'est à cet égard que nous avons appelé de nos vœux une forme de « repatrimonialisation » des enjeux familiaux.

TITRE 2. LA DIFFICULTE DE CONSTRUIRE UNE FONCTION NORMATIVE COHERENTE DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE

441. « On peut tout faire avec des baïonnettes, sauf s'asseoir dessus » : ce trait d'esprit, attribué à Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord¹¹¹⁷, pourrait résumer les opportunités et difficultés que pose le droit de la famille au sein de l'ordonnancement juridique. Car avec la famille, on peut, également, tout faire. Les législateurs successifs, et les mots des pères du Code civil s'en font l'écho, furent conscients que la famille était un fondement social puissant, une structure fondamentale de construction et d'élévation de l'individu, d'insertion dans la société, de transmission patrimoniale, culturelle et intellectuelle, d'apprentissage professionnel et éthique, et de réalisation des solidarités humaines. Elle se présente, partant, comme un levier potentiel particulièrement efficient de politiques publiques diverses, dont elle fut souvent soit l'objet, soit le vecteur.

Le droit de la famille a dès lors régulièrement été mis en dialogue avec d'autres branches du droit, dans deux perspectives qui se distinguent radicalement non pas tant par leur mécanisme que par la considération qu'elles marquent pour le droit de la famille, et la famille elle-même. Dans une première perspective, qu'on ne peut qu'encourager *a fortiori* dans une période de réflexion sur le sens, le rôle normatif que peut et doit jouer le droit de la famille, on a vu souvent intervenir une forme de complémentarité entre le droit de la famille et les autres branches du droit (**Chapitre 1**), les logiques propres à chaque branche se confrontant aux autres, et les droits se mettant les uns au service des autres dans une logique catalytique : les obligations alimentaires en sont, à bien des égards, un exemple typique, tant il est fréquent que leurs spécificités soient prises en compte, accompagnées, encouragées par des droits tiers.

Dans une seconde perspective, le droit de la famille est parfois l'objet d'un usage instrumental au sein de l'ordonnancement juridique (**Chapitre 2**), et utilisé comme moyen de parvenir à des fins précises, potentiellement extrafamiliales, au risque, parfois, d'une forme de détournement¹¹¹⁸ : ici aussi, l'obligation alimentaire est un révélateur efficace de ces enjeux dont elle est, souvent, le témoin, voire la victime.

¹¹¹⁷ Notons qu'on prête également cet aphorisme à Clémenceau, Émile de Girardin ou encore Bonaparte.

¹¹¹⁸ La formule est empruntée à D. Fenouillet, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Deffrénois, 2005, p. 237.

Chapitre 1. Obligation alimentaire et articulation entre le droit de la famille et les autres branches du droit

442. Le droit de la famille est, au regard des autres branches du droit, un droit en dialogue constant. C'est ainsi que, dans un cadre purement juridique, et moins politique que celui qui sera étudié dans le second chapitre de ce titre, on peut voir le droit de la famille connaître des destins divers dans son rapport avec des domaines juridiques tiers. Il est parfois confronté à des approches qui peuvent sembler plus « techniques », et partant moins porteuses d'une fonction normative précise, mais il convient de remarquer qu'une telle affirmation révèle un préjugé sur le non-investissement axiologique de ces droits, et dans le même temps atteste, en creux, de la forte fonction normative dont le droit de la famille demeure investi (**Section 1**). Ensuite et surtout, il faut constater que bien souvent, le droit de la famille en général, et le droit des obligations alimentaires en particulier, bénéficie, en réalité, du support technique d'autres branches du droit, qui convergent dans la réalisation d'une politique publique familiale déterminée (**Section 2**).

Section 1. Le droit de la famille confronté à d'autres approches du groupe familial

443. Il est des branches du droit qui semblent, plus que d'autres, imperméables aux considérations propres au droit de la famille, et qu'on qualifie parfois un peu rapidement de droits pragmatiques ou amoraux : un exemple célèbre de cette situation est la prise en compte, par le droit fiscal, des revenus de la prostitution, qu'il n'hésite pas à percevoir comme des ressources susceptibles, à ce titre, de constituer l'assiette d'une imposition, ce qui pose naturellement des questions en matière de droit pénal et de droit civil¹¹¹⁹. Peuvent en résulter soit des résultats contradictoires, soit en tout cas des solutions qui semblent détachées des enjeux et solutions du droit de référence considéré. A y regarder de plus près, toutefois, il apparaît que les divergences de solutions juridiques entre branches du droit résultent moins d'une indifférence que d'une différence d'approche, et le droit de la famille n'échappe pas à cette règle. C'est ainsi qu'il est parfois confronté à une approche que nous dirons « comptable » du foyer, notamment en droit fiscal ou en droit de l'aide et de la sécurité sociales (**Sous-section 1**) quand, en d'autres occasions, il peut être confronté à une approche « psychologique » du ressenti familial (**Sous-section 2**).

¹¹¹⁹ Sur le sujet, v. D. Derycke (rapporteuse), *Les politiques publiques et la prostitution – Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2000*, Rapport d'information n° 209, déposé le 31 janvier 2001).

Sous-section 1. L'approche comptable du foyer

444. La rencontre du fait et du droit¹¹²⁰ a souvent fait l'objet de réflexions de la part des juristes, et il ne fait aucun doute que toute solution juridique, si technique puisse-t-elle apparaître, n'est pas neutre¹¹²¹ : elle est porteuse d'un sens, d'une hiérarchisation des valeurs, et, finalement, d'une éthique. Or, dans notre étude qui a largement consisté à tâcher de déterminer ce qu'était et ce qui faisait, aux yeux du droit, la famille, les approches plus techniques permettent de révéler les interstices laissés par le droit de la famille, particulièrement au regard de l'approche que d'autres branches du droit peuvent avoir de la solidarité patrimoniale. Les liens alimentaires, les arbitrages effectués en matière familiale, ne se recoupent en effet pas toujours avec les appréhensions faites de la famille par d'autres branches qui utilisent d'autres notions, qui viennent certes parfois rejoindre la vision familialiste, mais qui ne craignent pas, par moment, de court-circuiter les notions du droit de la famille, avec diverses conséquences techniques et symboliques, soit qu'ils étendent l'appréhension de la famille, soit qu'ils décident sciemment de l'ignorer ou de ne pas en tirer de conséquences.

Le droit de la famille a en effet, au sein de l'ordonnancement juridique, une place tout à fait particulière qui tient à sa finalité, comme l'explique Monsieur le professeur Lemouland, qui fait du droit de la famille un droit du droit au bonheur¹¹²², spécificité qui le rend particulièrement prompt à investir un domaine moral et à tendre vers une normativité accrue, puisqu'il s'agit de favoriser le bonheur individuel et collectif des citoyens. D'autres branches du droit, dans certaines matières que nous avons choisi de qualifier de « techniques », et qui sont notamment le droit fiscal et le droit de l'aide sociale, ont un objectif bien différent, et obéissent à une forme de neutralité qui, peut-être parce qu'intervient un rapport entre Etat et individu, et plus précisément entre finances de l'Etat et contribution ou soutien financiers de l'individu, voient une logique factuelle et comptable prendre le pas sur les autres approches envisageables. Ces branches du droit, puisqu'elles manient des notions propres, ne craignent pas d'ignorer les conceptions du droit de la famille, parfois de manière heureuse, parfois avec moins de succès. Citons-en deux exemples qui sont, d'une part, **l'exemple de la notion d'enfant à charge (I)**, et d'autre part, **l'exemple de la prise en compte socio-fiscale des pensions alimentaires (II)**.

¹¹²⁰ V. L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990.

¹¹²¹ V. not. C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », in *Dalloz* 1977, p. 251.

¹¹²² V. J.-J. Lemouland, « Famille », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisation 2024, n°128.

1) L'exemple de la notion d'enfant à charge

445. La notion de charge de l'enfant, par exemple, est particulièrement typique. On retrouve cette notion, en effet, dans deux droits, le droit de la famille lui faisant notamment une place au sein de l'article 373-2-5¹¹²³ du code civil, qui dispose que « le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation », et le droit fiscal faisant des enfants à charge un élément de détermination du quotient familial¹¹²⁴, l'article 193 ter du code général des impôts disposant à cet égard que « A défaut de dispositions spécifiques, les enfants ou les personnes à charge s'entendent de ceux dont le contribuable assume la charge d'entretien à titre exclusif ou principal, nonobstant le versement ou la perception d'une pension alimentaire pour l'entretien desdits enfants ». A première vue, les appréhensions sont semblables, et les solutions techniques en termes de partage entre parents selon la part de charge assumée par chacun, si elles peuvent susciter des commentaires, ne semblent pas profondément diverger¹¹²⁵.

Ce n'est toutefois qu'apparence, car le droit fiscal, dans son appréhension des situations familiales, dans la détermination du foyer, va plus loin, à travers la notion d'enfant recueilli. Cette acception, aujourd'hui inscrite dans la loi, résulte en réalité d'une évolution impulsée par le Conseil d'Etat au tournant du millénaire¹¹²⁶. Dès novembre 1999, le Conseil d'Etat avait en effet assez subtilement élargi la notion d'enfant à charge, dans un considérant dont la portée n'apparaît pas nécessairement au premier regard :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour administrative d'appel que M. et Mme X... de Vendomois ont accueilli dans leur foyer, en septembre 1988, un enfant libanais âgé de huit ans, acheminé vers la France par l'association « Liban Fraternité », à laquelle il avait été confié par ses parents, dont les conditions d'existence avaient été gravement affectées par les événements violents qui se déroulaient alors au Liban ; qu'à compter de cette date, et, notamment,

¹¹²³ Cette notion n'est, aux articles précédents, que sous-entendue s'agissant des enfants mineurs.

¹¹²⁴ Sur ce point, v. not. F. Douet, *Précis de droit fiscal de la famille*, préc., spéc. n°854 s., p. 264 s.

¹¹²⁵ V. par exemple un arrêt, remarqué, Conseil d'Etat, du 28 décembre 2016, n°393214, ayant vu la juridiction administrative juger, au visa des articles 193 ter et 194 du code général des impôts, que : « Il résulte des dispositions précitées, à la lumière des travaux préparatoires de la loi de finances rectificative pour 2002 dont elles sont issues, que le versement ou la perception d'une pension alimentaire ne doit pas, en vertu de l'article 193 ter, être pris en compte pour apprécier la charge d'entretien qui est assumée par chaque parent. Il en va notamment ainsi, en cas de résidence alternée, lorsque l'un d'entre eux entend écarter la présomption prévue par le I de l'article 194 au motif qu'il assume la charge principale d'un enfant.[...] S'agissant des cotisations d'impôt sur le revenu, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit en jugeant que l'article 193 ter ne s'oppose pas à ce que, dans le cas spécifique de la résidence alternée visée par le 2 du I de l'article 194, il puisse être tenu compte du versement d'une pension alimentaire dans l'appréciation de la répartition de la charge d'entretien de l'enfant mineur entre les deux parents et en précisant que le seul fait pour un parent de verser une pension alimentaire dans une situation de résidence alternée ne saurait, néanmoins, suffire à établir qu'il assume la charge, à titre principal, de l'enfant dès lors que les décisions de justice ont entendu faire en sorte que les enfants soient à la charge égale de chacun des deux parents compte tenu de leurs ressources respectives et qu'aucun accord n'est intervenu entre les parents pour déroger à ces décisions. ».

¹¹²⁶ Sur ce point, v. not. F. Douet, *Précis de droit fiscal de la famille*, préc., spéc. n°862.

durant l'année 1989, M. et Mme X... de Vendomois ont assumé la charge exclusive tant de l'entretien que de l'éducation de cet enfant [...] que, dans ces conditions, alors même que la séparation de l'enfant d'avec ses parents ne devait pas être définitive, et qu'elle ne s'était pas accompagnée d'un transfert de l'autorité parentale, M. et Mme X... de Vendomois devaient, contrairement à ce qu'a jugé la cour administrative d'appel, en vue de la détermination du nombre de parts applicable pour le calcul de l'impôt sur le revenu dû par eux au titre de chacune des années 1988 et 1989, être regardés comme ayant « recueilli à leur foyer », au sens de l'article 196 précité du code général des impôts, l'enfant dont il s'agit ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, M. et Mme X... de Vendomois sont fondés à soutenir que l'arrêt attaqué, entaché d'une inexactitude de qualification juridique des faits ressortant du dossier, doit être annulé » (Conseil d'Etat, 26 novembre 1999, n°181648).

Le Conseil d'Etat a explicité sa position dans un second arrêt, rendu à peine plus d'un mois après le premier, et aux termes duquel il a jugé que :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. Z... vit depuis 1992 en concubinage avec Mme X... ; que le jeune Fabien X..., né en 1980, vit avec sa mère au foyer du couple et que Mme X... n'a disposé d'aucun revenu au titre de l'année 1993 de sorte que M. Z... assure effectivement et exclusivement les besoins matériels de l'enfant ; que, dans ces conditions, en jugeant qu'alors même que Mme X... ne s'est pas désintéressée de l'éducation de son enfant et exerce l'autorité parentale sur ce dernier, M. Z... devait, en vue de la détermination du nombre de parts applicable pour le calcul de l'impôt sur le revenu dû par lui au titre de l'année 1993, être regardé comme ayant recueilli à son foyer, au sens de l'article 196 précité du code général des impôts, l'enfant dont il s'agit » (Conseil d'Etat, 7 janvier 2000, n°203069).

Alors que rien ne le prévoyait et ne l'imposait, le droit fiscal, sous l'impulsion du Conseil d'Etat, s'est ainsi affranchi du cadre posé par le droit de la famille, qui peine tant à reconnaître les recompositions familiales, et a adopté une position marquée d'une forme de pragmatisme comptable : doit être considéré comme un enfant à charge du foyer l'enfant qui est accueilli dans le foyer et constitue, à ce titre, une charge pour celui-ci. En résulte une conception du foyer qui dépasse celle prévue par le droit de la famille qui, rappelons-le, ne prévoit aucune obligation alimentaire directe à l'égard des membres du foyer qui ne sont pas les enfants du débiteur, et qui élargit, partant, le regard porté sur le groupe familial. Cette solution a, très peu de temps après, été consacrée par le législateur, puisque la loi n° 2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002 a introduit l'article 193 ter et modifié l'article 196 du code général des impôts de sorte que soit désormais apparente, dans la loi, l'assimilation effectuée par le droit fiscal

entre les enfants mineurs ou infirmes du contribuable et les enfants qui, répondant aux mêmes conditions, ne sont pas les siens mais « qu'il a recueillis à son propre foyer »¹¹²⁷.

Le droit fiscal, et les autres droits « techniques », qui ont des considérations semblables, pourraient ainsi se révéler porteurs d'innovations pour le droit de la famille, en dessinant des conceptions familiales nouvelles. On pourrait ainsi, non pas sans précautions certes¹¹²⁸, s'inspirer de ces expérimentations, pour aider le droit de la famille à s'adapter à des réalités qui actuellement lui échappent, et en premier lieu, les recompositions familiales.

Il faut cependant constater qu'en d'autres hypothèses, la mise en rapport peut s'avérer moins heureuse, ce que révèle l'exemple¹¹²⁹ de la prise en compte de la pension alimentaire en droit fiscal et en droit de l'aide sociale.

¹¹²⁷ Cet exemple n'épuise d'ailleurs pas les conceptions multiples : à ce sujet, v. C. Bac, S. Chaslot-Robinet, C. Marc et M. Pucci « La notion d'enfant à charge est-elle fluctuante ? », in *Retraite et société* 2011/2, p. 213. Advient alors une multiplicité conceptuelle complexe qui est de nature à troubler la lisibilité de l'édifice d'ensemble. Prenons-en un exemple précis qu'est le supplément familial de traitement accordé aux fonctionnaires. A son sujet, le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 26 janvier 2021, n° 433426), en raison des dispositions entourant ce cas précis, a dû exclure de la définition d'enfant à charge au sens de ces dispositions les enfants de plus de 20 ans, dont on sait, pourtant, qu'ils peuvent être, encore, une charge, au sens concret et comptable, pour le foyer de leurs parents. La notion s'avère ainsi, lorsqu'on essaye d'en avoir une notion d'ensemble, parfaitement claire dans son principe, puisque chacun sait ce qu'est un enfant à charge, mais insaisissable dans ses détails.

¹¹²⁸ C'est notamment le problème de la prise en compte du concubinage pour considérer, du point de vue fiscal ou du point de vue des aides sociales, le foyer. Prenons à cet égard une « maman solo » – pour reprendre une expression contemporaine – qui aurait la charge de son enfant, la résidence habituelle de l'enfant étant fixée à son domicile. Si cette femme rencontre une personne et entame une relation, la tentation existe de prendre en compte les revenus de l'autre membre du couple dans la détermination des revenus d'une personne, à tous les plans : pour déterminer les allocations familiales accordées, le revenu imposable global du foyer, pour évaluer la contribution aux charges, etc. Il faudra bien alors, cependant, prendre garde de ne pas négliger le risque que cette situation légale, sous forme de « package légal et fiscal », puisse rendre la sortie de célibat des parents solo plus difficile, qu'elle représente une forme de dissuasion à la sortie du célibat : il faut donc veiller à bien attendre que les situations soient, en fait, consolidées, avant d'envisager cette prise en compte.

¹¹²⁹ Pour un exemple plus ancien, v. J.-J. Lemouland, « Famille », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisation 2024, n°189 : « L'opinion publique s'était émue des distorsions fiscales qui pouvaient apparaître entre un couple marié avec enfant et un couple de concubins avec enfant, distorsions qui, dans certains cas, avantageaient les concubins. La loi de finances pour 1996 (n° 1346 du 30 déc. 1995, JO 31 déc.) a supprimé l'avantage de quotient familial dont bénéficiaient les concubins au titre du premier enfant (0,5 part supplémentaire), en limitant le bénéfice aux contribuables chargés d'enfant et vivant véritablement seuls. C'est également sous la pression de l'opinion publique et des associations de défense des droits de la famille que le législateur, en 1996, a renoncé à faire peser l'impôt sur le revenu sur les allocations familiales ; en revanche, ces allocations subissent en général la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS). De plus, on notera qu'un avis du Conseil d'Etat du 10 décembre 1993 (M^{me} Delmacce, RJF janv. 1994, chron. Goulard, p. 2, concl. Martin, p. 5) a décidé que les concubins devaient être assimilés à des personnes mariées à propos de la déduction, par les salariés, des frais réels de transport entre leur domicile et leur lieu de travail (déduction visée à l'art. 83-3° CGI) ».

II) L'exemple de la prise en compte socio-fiscale des pensions alimentaires

446. La prise en compte de la pension alimentaire en droit fiscal et en droit de l'aide sociale, est aujourd'hui au cœur de bien des débats, et a notamment fait l'objet d'un rapport publié par le Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge le 21 janvier 2020, intitulé *Les ruptures de couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions*. Le HCFEA a ainsi consacré à cette question tout un développement, sous le titre « une prise en compte des pensions alimentaires dans la législation sociofiscale qui pose problème »¹¹³⁰. Pour résumer, actuellement, le versement d'une pension alimentaire au titre de la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants est traité, par le droit fiscal comme, dans certains cas, par le droit de l'aide sociale, comme un transfert de revenus entre ménages, de sorte que les sommes versées par le parent débiteur de cette pension alimentaire sont déduites de ses revenus¹¹³¹, et prises en compte comme étant un revenu pour l'époux créancier¹¹³².

Bien que ce mécanisme puisse paraître logique d'un point de vue comptable, puisqu'une certaine somme quitte bien un patrimoine pour entrer dans un autre, les effets pervers de cette situation sont nombreux, dont le principal peut être de conduire le parent créancier – souvent la mère, et régulièrement une « maman solo » – à voir s'opérer, du fait des seuils intervenant dans ces différents mécanismes, une perte d'aides et une augmentation d'imposition qui dépassent la somme perçue au titre de la pension alimentaire versée pour les enfants :

« L'action combinée de ces différentes règles conduit à des résultats paradoxaux pour les ménages modestes, principalement ceux percevant le RSA ou la prime d'activité et des aides au logement : dans leur cas, le versement de la pension alimentaire par le parent non gardien (ou son augmentation par exemple suite à une revalorisation du barème) conduit *in fine* à une diminution du revenu disponible du parent gardien, et donc du niveau de vie des enfants, allant à l'encontre du but poursuivi d'amélioration de celui-ci grâce au paiement de la pension alimentaire. Dans ces cas, en effet, les baisses de prestations sociales sous conditions de ressources (aides au logement, RSA et prime d'activité) font plus que compenser l'apport de la pension alimentaire. Ce résultat paradoxal

¹¹³⁰ V. Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Les ruptures de couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions*, 21 janvier 2020, spéc. p. 19 s.

¹¹³¹ V. article 156 du code général des impôts.

¹¹³² « Le fait de considérer la CEEE comme un transfert entre ménages peut être questionné. En effet, l'objet de la CEEE n'est pas en soi de verser un revenu au parent gardien (à la différence de la prestation compensatoire), mais vise à la prise en charge, par le parent non-gardien, de la part des dépenses en faveur de ses enfants qui lui revient au titre de son obligation alimentaire envers ces derniers. De ce fait, certains pays, par exemple le Canada, ne considèrent pas la pension alimentaire comme un transfert de revenus entre ménages mais comme une dépense interne au ménage de chacun des parents, et en conséquence ne la prennent pas en compte dans le calcul de l'impôt » : Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Les ruptures de couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions*, 21 janvier 2020, p. 19.

tient aux modalités de prise en compte de la CEEE dans les bases ressources des différentes prestations. En effet, si le parent gardien perçoit la prime d'activité ou le RSA, la CEEE s'ajoutant à ses revenus est déduite à due concurrence du montant de RSA ou de prime d'activité perçu, ce qui annule l'effet de sa perception ou de son augmentation ; s'y ajoute une perte d'aides au logement et éventuellement d'autres prestations familiales sous conditions de ressources, la pension alimentaire étant prise en compte dans les bases ressources servant au calcul de ces prestations. Pour le parent non-gardien, à l'inverse, s'il perçoit la prime d'activité ou le RSA, le versement (ou l'augmentation) de la CEEE ne change pas le montant de ces deux prestations, la CEEE n'étant pas déduite de ses revenus pris en compte pour le RSA ou la prime d'activité. Au total, dans les cas où les deux parents sont éligibles à la prime d'activité ou au RSA et aux aides au logement, une augmentation (ou le paiement) de la pension alimentaire par le parent non-gardien conduit paradoxalement à la baisse du revenu de chacun des parents, par rapport à la situation antérieure (sans augmentation ou paiement). Ces cas ne sont pas rares, compte tenu du niveau relativement élevé des salaires permettant de percevoir la prime d'activité, et représentent une part significative des familles monoparentales. Cet effet, qui va à l'encontre de l'objectif poursuivi, à savoir faire en sorte que les CEEE dues soient effectivement payées et améliorent le niveau de vie des enfants, montre les conséquences paradoxales de la prise en compte des pensions alimentaires par le système sociofiscal actuel et nécessite de réfléchir à des options alternatives »¹¹³³.

447. Outre cet aspect technique et comptable, cette manière de prendre en compte la contribution à la charge de l'éducation et de l'entretien des enfants apparaît désastreuse sur le terrain symbolique, et perturbatrice sur le terrain normatif. Pour le comprendre, il faut analyser l'effet de la séparation et la charge financière qui pèse notamment sur les mères. Les données statistiques fournies par l'INSEE sont à cet égard particulièrement éloquentes, notamment s'agissant des familles monoparentales. Si l'on prend, par exemple, le cas de la région Bourgogne-Franche-Comté, qui a fait l'objet de deux études sur le sujet, parues respectivement en 2019 et 2021, on découvre d'une part l'impact financier très important de la séparation notamment pour les mères entrant dans la monoparentalité, et d'autre part l'importance financière des pensions alimentaires dans leur budget :

- C'est ainsi que la séparation puis l'entrée dans la monoparentalité est marquée, pour les parents qui ont la garde du ou des enfants, par une baisse de niveau de vie de 23%, baisse qui pèse particulièrement sur les mères isolées (chez qui le niveau de vie baisse de 27%, contre 17% pour les pères). Cette circonstance a pour

¹¹³³ Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Les ruptures de couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions*, 21 janvier 2020, p. 20-21.

conséquence directe de faire tomber, la première année, 25% des nouvelles familles monoparentales sous le seuil de pauvreté (avec encore une fois une inégalité entre les hommes et les femmes, les mères célibataires étant 29% à tomber sous le seuil de pauvreté contre 19% des pères), le taux de pauvreté total des nouvelles familles monoparentales étant de 38% si l'on inclut les parents qui vivaient déjà, avant leur entrée dans la monoparentalité, sous le seuil de pauvreté (43% des mères contre 28% des pères)¹¹³⁴.

- Cette circonstance a une conséquence directe sur l'importance qu'a le versement de pensions alimentaires : 45,8% des ménages percevant une pension sont ainsi constituées d'une mère avec un ou plusieurs enfants à charge¹¹³⁵. Or, pour les familles monoparentales, la pension alimentaire représente une part considérable des sommes dont elles disposent ; ainsi, en 2019 et en Bourgogne-Franche-Comté, « les personnes seules perçoivent une pension alimentaire dont le montant est beaucoup plus élevé que celui des autres ménages bénéficiaires d'une pension. Celui-ci atteint 420 euros en moyenne par mois et contribue beaucoup plus à leur revenu, à hauteur d'un tiers. Leur niveau de vie est très faible et il s'agit des ménages les plus touchés par la pauvreté monétaire parmi ceux percevant une pension alimentaire, 44 % d'entre eux vivant sous le seuil de pauvreté »¹¹³⁶.

448. Les choses sont donc simples : la séparation d'un couple représente une perte de niveau de vie considérable, notamment pour les femmes, qui, quand elles constituent, avec leurs enfants, une famille monoparentale, voient leur niveau de vie chuter de près d'un tiers et sont près d'une sur deux à vivre sous le seuil de pauvreté. Dans cette situation, la pension alimentaire versée par le parent chez qui les enfants ne résident pas habituellement, généralement le père, qui a en moyenne moins souffert financièrement de la séparation et verra, après la séparation, sa situation financière s'améliorer plus vite que son ancienne compagne, représente pour la famille monoparentale un tiers de son « revenu ». D'un point de vue socio-fiscal, la prise en compte actuelle de la pension alimentaire comme un revenu revient donc, au regard de la sociologie des contributeurs, à permettre à des hommes plus riches que leurs ex-compagnes de défiscaliser une

¹¹³⁴ V. M. Bertrand et P. Rossignol, « Entrée en monoparentalité en Bourgogne-Franche-Comté : un choc financier fort », étude réalisée pour l'Insee Bourgogne-Franche-Comté, in *Insee analyses Bourgogne-Franche-Comté*, n°62, 27 septembre 2019 (étude accessible en ligne, URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4216195>).

¹¹³⁵ Etant précisé que dans plus de 90% des cas, les familles monoparentales sont constituées d'une femme élevant seule son ou ses enfants.

¹¹³⁶ R. Bordet-Gaudin et A. Ulrich, « Les familles monoparentales, principales bénéficiaires d'une pension alimentaire », étude réalisée pour l'Insee Bourgogne-Franche-Comté, in *Insee analyses Bourgogne-Franche-Comté*, n°91, 16 novembre 2021 (étude accessible en ligne, URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5764656#consulter>).

partie de leurs revenus, au détriment de leurs ex-compagnes moins fortunées qu’eux : l’effet pervers en matière tant d’inégalité hommes-femmes que de reproduction des inégalités sociales est donc particulièrement évident.

449. En outre, est exprimée l’idée que la pension alimentaire n’est pas à proprement parler, pour le débiteur, une charge, une participation, mais une perte brute de revenu, et qu’elle est, pour le créancier, une somme versée qui constituerait un complément de revenu, ce qui est un non-sens pour au moins deux raisons. D’une part, parce que cette somme est versée en considération des revenus respectifs du débiteur et du créancier ainsi que des besoins de l’enfant, et que la somme versée est une somme dont l’usage est, en quelque sorte, fléché, ce qui n’en fait pas à proprement parler une somme librement disponible pour le parent qui la reçoit. D’autre part parce que la traiter comme un revenu du parent créancier brouille le sens de cette somme, qui n’est pas due au parent mais à l’enfant, ce qui est un facteur de conflits post-séparation considérable. Combien de parents séparés entend-on, encore aujourd’hui, dire qu’ils versent une pension alimentaire « à leur ex », alors que cette somme est en réalité due à leur enfant¹¹³⁷ ?

450. De nombreuses propositions sont ainsi faites pour réformer ce système à la fois peu lisible et assez injuste. La plus complète est peut-être celle qui est proposée dans le rapport précité du HCFCF, qui « propose de considérer la CEEE comme une participation du parent non-gardien aux dépenses pour ses enfants plutôt que comme un transfert de revenu entre les ménages des deux parents séparés. [...] En cohérence, l’ASF qui, lorsque le parent débiteur est défaillant, constitue une pension alimentaire de remplacement, ne devrait plus être prise en compte dans les bases ressources servant au calcul du RSA et de la prime d’activité. De plus, en reconnaissance du partage entre les parents de la charge d’enfants, serait mis en place un partage des parts fiscales et éventuellement des prestations sociales »¹¹³⁸. Des propositions de loi ont également été émises dans le même sens : ainsi de la proposition de loi, précitée, de Monsieur le député Brun et de ses collègues, mais également d’une proposition de loi n° 209, enregistrée à la Présidence de

¹¹³⁷ Notons que ce récit et cet « oubli » que la pension alimentaire n’est pas due à un ou – statistiquement plutôt – une ex ne sont symboliquement pas anodins, en ce qu’ils permettent d’alimenter dans l’inconscient collectif l’idée de l’image d’une ex vénale qui en aurait après l’argent du débiteur d’aliments : or, ce récit est particulièrement, outre son caractère erroné, défavorable à la vision sociale des obligations alimentaires. Loin d’être innocent, ce discours contribue partant à faire circuler l’idée de l’illégitimité des prestations alimentaires après la séparation du couple, sans donner à voir qu’elles ne sont pas destinées aux parents, mais aux enfants. Mais il serait évidemment socialement moins acceptable de se plaindre publiquement d’avoir à payer pour la subsistance et l’éducation de ses enfants.

¹¹³⁸ Haut conseil de la famille, de l’enfance et de l’âge, *Les ruptures de couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions*, 21 janvier 2020, p. 23. Citons la suite de la proposition : « Cette première piste de réforme supprime ainsi toutes les incohérences du traitement actuel de la CEEE par le système sociofiscal. S’y ajoute un aspect symbolique important, susceptible d’influer sur la spontanéité du paiement de la CEEE par le parent non gardien : si la pension alimentaire est considérée comme un transfert, elle peut être comprise par le parent débiteur comme un paiement à son ex-conjoint avec lequel les relations ont pu être ou peuvent rester difficiles ; en revanche, si elle est considérée comme une dépense du parent non gardien pour les besoins de ses enfants, la nature et la représentation symbolique de la pension alimentaire changent ».

l'Assemblée nationale le 23 août 2022 et relative à la charge fiscale de la pension alimentaire. Hélas, aucun de ces projets n'a, pour l'heure, abouti.

Outre cette vision que nous avons dit « comptable », il en existe une autre, particulièrement importante s'agissant de la famille : l'approche psychologique.

Sous-section 2. L'approche psychologique de la famille

451. Par-delà la conception comptable de ce qu'est un foyer, on voit parfois, peut-être plus fugacement et d'une manière qui demande davantage de lecture entre les lignes, poindre une forme de conception psychologique du ressenti familial, mis en valeur ou pris en compte en tant que tel : le droit pénal en est un exemple notable, même si d'autres branches du droit ne sont pas exemptes de situations révélant une psychologisation de l'approche¹¹³⁹. Le droit pénal est en effet traversé par une attention portée à la famille. Outre certaines infractions spécifiques destinées à protéger la famille elle-même¹¹⁴⁰, prévues notamment aux articles 227-1 et suivants du code pénal, le cadre familial est ainsi un cadre qui voit le droit pénal, tantôt aggraver la peine encourue, pour des raisons diverses, tantôt avoir une forme d'indulgence, justifiée par le lien d'affection supposé au sein de la famille.

On a déjà eu l'occasion, précédemment, de consacrer des développements à la question de la famille comme motif aggravant¹¹⁴¹. Il s'agit alors de considérer le cadre familial, d'une part, comme un cadre potentiellement criminogène, en ce qu'il peut agir comme une forme de huis-clos propice à la commission de certaines infractions en raison de la proximité qu'il induit entre ses membres, de l'autorité dont elle investit certains membres à l'égard d'autres, et du tabou qui existe et parfois protège les auteurs d'infractions, du moins un temps¹¹⁴². En outre, et d'autre part, ces infractions révèlent naturellement le fait que la famille est, pour le droit pénal, une valeur protégée,

¹¹³⁹ J.-J. Lemouland, à cet égard, évoque particulièrement l'exemple du droit de la santé : « Le droit de la santé est aussi particulièrement révélateur de la tendance à développer, dans d'autres domaines que le droit civil, une conception spécifique de la famille qui, par réaction, n'est pas sans influencer celle du droit civil. Ainsi, en matière de procréation médicalement assistée, le code de la santé publique fixe les conditions exigées du couple demandeur qui doit être composé d'un homme et d'une femme, mais dont la situation conjugale est indifférente (CSP, art. L. 2141-2). Autre exemple, en matière de dons d'organes, le prélèvement sur une personne vivante ne peut être pratiqué, en principe, que dans un cercle familial très restreint : le donneur doit être le père ou la mère du receveur. Cependant, ce cercle a été peu à peu élargi au conjoint, aux frères et sœurs, aux fils et filles, aux grands-parents, aux oncles ou tantes, aux cousins germains « le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur » (CSP, art. L.1231-1). Enfin, le droit de la santé est certainement l'un des domaines dans lequel la progression de l'autonomie du mineur par rapport à ses représentants légaux s'est exprimée de la façon la plus éclatante, d'abord en matière de contraception, puis en matière d'interruption volontaire de grossesse et, enfin, de façon générale pour toute décision concernant sa santé. C'est aussi dans ce domaine que la famille au sens du droit civil se voit le plus nettement concurrencée par des tiers inconnus, des personnes de confiance se substituant aux représentants habituels de l'incapable » : J.-J. Lemouland, « Famille », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisation 2024, n°193. La logique est ici relativement semblable à celle observée en matière de droit pénal, mais avec, malgré tout, un dialogue plus marqué, surtout à une époque où, du fait du développement de la bioéthique, enjeux familiaux et médicaux tendent à s'entremêler jusqu'à, souvent, se confondre. On aurait également pu évoquer, ici, l'approche adoptée par le droit international privé, ou par le droit des libertés fondamentales, par exemple, mais la psychologisation de l'approche prend alors généralement pour support des notions déjà largement développées telles que l'intérêt de l'enfant ou la parentalité.

¹¹⁴⁰ Et sur lesquelles nous reviendrons dans la seconde section de ce chapitre.

¹¹⁴¹ « Dans d'autres cas, l'élément familial apparaît comme un facteur d'aggravation d'une infraction de droit commun : le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis sur un ascendant (C. pén., art. 221-4) ; la qualité d'ascendant est une circonstance aggravante des violences exercées sur un mineur (C. pén., art. 222-8 , avant-dem. al. v. aussi art. 222-3 , avant-dem. al., pour les tortures et actes de barbarie sur un mineur) ; la qualité de conjoint ou de concubin est une circonstance aggravante généralisée même en matière contraventionnelle (C. pén., art. 132-80) » : J.-J. Lemouland, « Famille », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisation 2024, n°184.

¹¹⁴² On pense alors à la phrase d'André Gide dans *Les Nourritures terrestres* : « Familles, je vous hais ! Foyers clos ; portes refermées », même s'il est vrai que l'auteur évoquait ensuite les « possessions jalouses du bonheur », ce que ne sont pas, naturellement, les infractions intrafamiliales. L'idée point, néanmoins, chez l'auteur, d'un cadre familial dont le potentiel étouffant et secret est porteur de quelque chose de potentiellement dangereux, ou du moins préjudiciable à l'individualité confrontée à une collectivité écrasante.

à bien des égards : en tant qu'institution elle-même, évidemment, mais aussi et peut-être surtout en ce que le cadre familial devrait être un espace protégé, un *safe space*, un lieu d'épanouissement et de refuge pour l'individu. Les atteintes commises dans ce cadre sont donc regardées par le corps social comme par le droit pénal comme plus insupportables, plus graves, plus punissables.

S'agissant du lien d'affection pris en compte par le droit pénal, on peut citer deux exemples particulièrement symboliques qui sont, d'une part, **l'exemple de la prestation de serment devant la cour d'assises (I)**, et d'autre part **l'exemple du vol commis au sein de la famille (II)**.

1) L'exemple de la prestation de serment devant la cour d'assises

452. Le cas de la prestation de serment devant la cour d'assises est probablement un des cas les plus forts symboliquement, et qui a en outre connu une évolution importante ces dernières années. Il est en effet classique que, « avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment « de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité » »¹¹⁴³. Ce principe connaît toutefois une exception s'agissant des membres de la famille proche de la personne prévenue, et ce dès le code d'instruction criminelle de 1808¹¹⁴⁴. L'idée, quelles que soient la formulation et la méthode employées, demeure : demander à des membres de la famille du prévenu de témoigner, sous serment, contre lui, serait les placer dans un dilemme moral trop lourd à porter, entre le respect du serment et l'affection portée au prévenu, ce qui pourrait conduire à déguiser ou dissimuler tout ou partie de la vérité. Autrement dit, le code de procédure pénale autorise les membres de la famille proche à mentir à la cour d'assises.

Reste que la liste des personnes énumérées alors par l'article 335 du code de procédure pénale est une liste limitative et d'interprétation stricte, ce que la jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler¹¹⁴⁵, et qu'un cercle familial restreint est ainsi dessiné, correspondant, dans l'esprit du droit pénal, à celui où l'affection supposée, trop forte, commande de dispenser de serment. Tel qu'il résultait de cette énumération, le cercle familial ne présente guère de surprise en ce sens qu'il correspond peu ou prou à la liste des successibles actuellement prévue par l'article 734 du code civil¹¹⁴⁶. L'introduction du pluralisme familial et de diverses formes de conjugalité à partir de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité a néanmoins quelque peu changé les perspectives en obligeant le législateur à repenser les règles applicables aux époux, afin de se demander s'il est, ou non, opportun de les étendre aux partenaires pacsés et aux concubins. Les aspects relatifs à l'union patrimoniale des membres du couple peuvent naturellement se poser selon des termes qui tendent à différencier les solutions : il n'est donc pas illogique de prévoir des règles différenciées. Reste que dans d'autres hypothèses, maintenir une distinction de principe se justifie moins.

¹¹⁴³ Article 331 du code de procédure pénale.

¹¹⁴⁴ La forme de cette exception a toutefois varié, puisque le code d'instruction criminelle de 1808 prévoyait, en son article 156, que « les ascendants ou descendants de la personne prévenue, ses frères et sœurs ou alliés en pareil degré, la femme ou son mari, même après le divorce prononcé, ne seront appelés ni reçus en témoignage » tandis que le code de procédure pénale avait, en 1959, prévu en son article 335 que « ne peuvent être reçues sous la foi du serment les dépositions : 1° Du père, de la mère ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présents et soumis au même débat ; 2° Du fils, de la fille, ou de tout autre descendant ; 3° Des frères et sœurs ; 4° Des alliés aux mêmes degrés ; 5° Du mari ou de la femme ; cette prohibition subsiste même après le divorce [...] ».

¹¹⁴⁵ V. à titre d'exemple, sous l'empire du code d'instruction criminelle Crim. 30 mai 1895, mais aussi, sous l'empire du code de procédure pénale, Crim. 21 mars 1973, n°72-93.333 ou Crim. 15 octobre 1986, n°86-90.959.

¹¹⁴⁶ Le conjoint étant inclus puisque, même s'il est procédé par renvoi à des règles spécifiques concernant le conjoint successible, il est bien, également, cité dans cet article.

453. Le droit pénal, progressivement, a ainsi accueilli des hypothèses où toutes les formes de couples étaient assimilées : l'article 434-6 du code pénal, par exemple, et qui prévoit que « le fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation » soit puni par une peine d'emprisonnement et une forte amende, a été modifié dans les années 90 pour inclure à la liste des personnes qui ne peuvent être poursuivies pour ces faits les couples non mariés, de sorte que cet article dispose désormais, en son alinéa second, que « sont exceptés des dispositions qui précèdent : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou complice du crime ou de l'acte de terrorisme ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime ou de l'acte de terrorisme, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ».

454. L'article 335 du code de procédure pénale n'a toutefois pas suivi la même évolution, ce qui a conduit en 2019 à ce que deux questions prioritaires de constitutionnalité soient posées au Conseil constitutionnel concernant les articles 331 et 335 de ce code, s'agissant de la potentielle inconstitutionnalité de la différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés¹¹⁴⁷. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision d'inconstitutionnalité, dans les termes suivants :

« 10. En premier lieu, en instaurant une telle dispense, le législateur a entendu préserver le conjoint appelé à témoigner du dilemme moral auquel il serait exposé s'il devait choisir entre mentir ou se taire, sous peine de poursuites, et dire la vérité, pour ou contre la cause de l'accusé.

11. Or, le mariage, le concubinage ou le pacte civil de solidarité sont les trois formes d'union sous lesquelles peut s'organiser, juridiquement, la vie commune d'un couple. Si l'intensité des droits et obligations qui s'imposent aux membres du couple diffèrent selon qu'ils choisissent l'une ou l'autre de ces unions, les concubins ou les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ne sont pas moins exposés que les conjoints au dilemme moral dont le législateur a entendu préserver ces derniers lorsqu'ils sont appelés à témoigner au procès de leur conjoint accusé. [...]

¹¹⁴⁷ V. Conseil constitutionnel, décision n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020.

14. Il résulte de tout ce qui précède que la différence de traitement instaurée par les dispositions contestées qui n'est justifiée ni par une différence de situation ni par un motif d'intérêt général est contraire au principe d'égalité devant la loi »¹¹⁴⁸.

La décision du Conseil constitutionnel de considérer comme contraire à la Constitution française l'exclusion des couples non mariés du bénéfice de l'article 335 du code de procédure pénale repose ainsi sur une considération essentiellement psychologique¹¹⁴⁹ : la règle posée par cet article reposant essentiellement sur la volonté d'éviter un dilemme moral pour le témoin¹¹⁵⁰, la différence de traitement entre les formes de couples ne se justifiait pas¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁸ *Idem*.

¹¹⁴⁹ Sans oublier, toutefois, les considérations tenant à l'enjeu, pour la justice de pouvoir faire prêter serment aux personnes, et à la possibilité, pour elle, de pouvoir connaître de la situation de concubinage ou du Pacs : « 12. En second lieu, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation qu'une déposition effectuée sans prêter serment alors que le témoin était tenu de le faire est susceptible de vicier la procédure suivie. Dès lors, la limitation de la liste des personnes susceptibles d'être dispensées de la formalité du serment, à raison de leur proximité avec l'accusé, peut être justifiée par l'intérêt qui s'attache à ce que la cour d'assises puisse facilement s'assurer de l'existence ou non du lien du témoin avec l'accusé. Tel est notamment le cas du mariage, compte tenu de la publicité dont il fait l'objet. 13. Toutefois, tel est aussi le cas du pacte civil de solidarité qui fait l'objet d'un enregistrement en mairie. Par ailleurs, l'article 515-8 du code civil définit le concubinage comme une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes qui vivent en couple. Compte tenu de ces critères de stabilité et de continuité, la cour d'assises est en mesure, au regard notamment des éléments recueillis lors de l'instruction, de s'assurer de l'existence d'une vie commune constitutive d'un concubinage. Dès lors, l'intérêt qui s'attache à faciliter la connaissance par la juridiction des liens unissant l'accusé et le témoin ne saurait, à lui seul, justifier la différence de traitement établie par les dispositions contestées entre le mariage, le concubinage et le pacte civil de solidarité ».

¹¹⁵⁰ Ajoutons qu'un autre fondement pourrait être trouvé à cette règle dans l'existence, tant dans le mariage que dans le Pacs, d'un devoir d'assistance qui s'impose aux membres du couple. On pourrait en effet considérer que témoigner en faveur d'un prévenu en omettant ou enjolivant une partie de la réalité, voire en mentant, pourrait participer de l'exécution de ce devoir d'assistance. Notons toutefois que cette explication ne peut s'appliquer au cas du concubinage, dans lequel un tel devoir n'existe pas.

¹¹⁵¹ Citons deux commentaires de cette décision : pour un regard de droit privé, v. S. Ben Hadj Yahia, « L'inconstitutionnalité de la dispense de prestation de serment des époux dans le procès pénal », in *Droit de la famille*, mai 2020, n°5, p. 2, et pour un regard de droit public, v. J.-B. Perrier, « Dispense pour tous », in *Revue française de droit constitutionnel*, septembre 2020, n°123, p. 713.

II) L'exemple du vol commis au sein de la famille

455. L'autre exemple marquant en matière de droit pénal est le vol commis au sein de la famille¹¹⁵². L'article 311-12 du code pénal fait ainsi obstacle, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées destinées à éviter certains abus notamment en présence de personnes vulnérables, à la répression pénale du vol lorsqu'il est commis, soit « au préjudice de son ascendant ou de son descendant », soit « au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément ». Cette disposition pose deux séries de questions, la première étant relative à sa raison d'être **(A)**, et la seconde à la justification potentielle des exclusions qu'elle opère **(B)**.

A) Les fondements de l'immunité

456. S'agissant de la raison d'être de l'immunité pénale, il faut observer avant toute chose qu'elle n'existe qu'en matière d'atteinte aux biens : on a en effet pu déjà préciser, et la cohérence d'ensemble du droit pénal est ainsi respectée, qu'une attention particulière est portée, par le droit pénal, à la protection des membres de la famille lorsque l'atteinte est portée à leur corps ou à leur vie. Le contexte familial est alors facteur aggravant, et non source d'immunité. Par-delà, en revanche, cette différence d'appréciation tenant à la nature des actes considérés, les explications des immunités peuvent sembler plus malaisées, ou en tout cas être multiples. Comme l'explique un auteur :

« Ces immunités sont surtout reconnues vis-à-vis de certaines atteintes aux biens commises au sein d'une famille. Divers arguments ont été avancés pour les justifier dans ce contexte. On a d'abord tenté de les expliquer par une copropriété familiale. Cette idée évocatrice s'avère cependant incorrecte juridiquement dans la mesure où la famille, faute de se voir reconnaître une personnalité propre, n'a pas de patrimoine ; on conçoit mal, au surplus, pourquoi la soustraction par un copropriétaire d'un bien en copropriété ne serait pas condamnable. On a également fait valoir les difficultés de preuve du droit de propriété dans un contexte familial ; cette explication ne saurait convaincre dans la mesure où si le droit du divorce ou celui des successions triomphe de ces difficultés, on comprend mal pourquoi le droit pénal devrait se résigner. Le traditionnel « repos des familles » ou les non moins fameux « secrets de famille » ont aussi pu être invoqués ; les immunités

¹¹⁵² Notons que si nous avons choisi de développer le cas du vol, en raison de son importance symbolique, d'autres articles du code pénal prévoient, de la même manière, d'autres limites à la répression pénale dans un contexte familial, pour des hypothèses proches que sont l'extorsion (article 312-9), le chantage (312-12), l'escroquerie (313-3) ou encore l'abus de confiance (314-4).

permettraient de « laver le linge sale en famille » ; on peut toutefois se demander ce qui justifierait cette discrétion qui n'existe pas à l'égard de fautes civiles supposées moins graves. Une justification plus exacte pourrait tenir à un souci de décence visant à éviter un « déballage » de problèmes familiaux que ne justifierait pas la protection des intérêts financiers en cause »¹¹⁵³.

457. Il semble que, par-delà les difficultés à identifier un fondement unique pour ces immunités pénales, se révèle en réalité une pluralité de justifications tenant toutes à une approche psychologique et à des notions de morale sociale qui pourraient résulter, notamment, d'un souhait de ne pas laisser le droit pénal devenir, notamment dans le cercle familial particulièrement restreint qui est visé par les dispositions du code pénal précitées, un instrument au service des conflits intrafamiliaux en matière de propriété des biens, qui, on le sait, et les moments de séparations ou d'héritage en sont des exemples typiques, sont souvent le support d'expression de conflits et de rancœurs antérieurs. On peut ainsi penser qu'en réalité, sous couvert d'invoquer la paix des familles ou la nécessité de « laver son linge sale en famille », pour reprendre l'expression de l'auteur, point la conscience, de la part du droit pénal, du fonctionnement interne des conflits familiaux.

Certains conflits familiaux se cristallisent sur des éléments matériels. Ceux-ci, d'une part, seraient porteurs de conflits plus importants, donc la question matérielle n'est qu'un point de cristallisation, et qui pourra être résolu soit par des modes extrajudiciaires de résolution des conflits, soit, s'il est nécessaire qu'une instance juridique intervienne, par le droit civil, dont les sanctions peuvent d'ailleurs être importantes¹¹⁵⁴. L'attitude première du droit pénal, lorsqu'on est face à des atteintes portées aux biens, est donc une attitude de retrait et de désengagement. C'est le droit pénal qui reste en dehors des foyers, sur le pas de la porte. Lorsqu'en revanche, d'autre part, les conflits familiaux existent en raison d'atteintes graves portées à l'intégrité physique ou morale d'un des membres de la famille, lorsqu'une confiance particulière a été, par-delà le simple conflit, trahie, alors le droit pénal non seulement intervient dans la situation familiale, mais encore le fait avec une sévérité plus grande : lorsqu'il fait irruption dans le foyer, le droit pénal, et c'est là la trace de l'attention qu'il porte à la famille, est particulièrement sévère.

B) Les exclus de l'immunité

¹¹⁵³ P. Mousseron, « Les immunités familiales », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 291.

¹¹⁵⁴ Que l'on pense, par exemple, à la sanction du recel successoral, qui suffit à rétablir l'équité des situations lorsque les droits de chacun n'ont pas été respectés au sein de la famille.

458. S'agissant des exclusions opérées en matière d'immunité pénale en cas de vols commis au sein de la famille, l'absence des couples non mariés du champ des immunités familiales ne peut qu'interroger. On peine à la comprendre¹¹⁵⁵, et on peut la penser temporaire, vouée à disparaître.

On peine à la comprendre, car la différence essentielle entre les formes de conjugalité, on l'a dit, est leur degré d'union patrimoniale et leur vocation à durer dans le temps. Or, s'agissant de l'union patrimoniale, qui pourrait justifier que les atteintes aux biens ne concernent pas les époux en raison de l'existence d'une communauté de biens née du mariage, on remarquera que cet argument ne tient pas d'une part puisque, comme on a pu précédemment l'évoquer, seul le mariage est susceptible de créer une pareille communauté, cependant que d'autres liens familiaux (ascendants et descendants notamment) ne créent nullement d'union familiale. D'autre part, il est des situations où l'union patrimoniale des couples pacsés peut s'avérer plus importante que celle de couples mariés, par exemple séparés de biens. On pourrait évoquer la solidarité, mais on a déjà pu défendre l'idée qu'elle n'était pas absente des couples non mariés, et certaines situations dans lesquelles son existence n'est pas discutée, comme les alliés, sont également exclus du bénéfice de l'immunité pénale. Les arguments qui demeurent tiennent à un droit pénal tâchant de rester en dehors du foyer, laissant les conflits intrafamiliaux se déployer dans le non-droit, et à une approche essentiellement psychologique des rapports familiaux. Force est alors de constater que l'union du couple non marié semble aujourd'hui suffisante pour aligner les solutions.

On peut donc penser, dans le même sens que celui pris en matière de serment prêté devant la cour d'assises, que cette différence de traitement finira, tôt ou tard, si ce n'est par tomber, du moins par être discutée.

Il n'en demeure pas moins que le droit pénal, et ces deux exemples l'illustrent, a une approche parfois psychologique de la famille, tant dans ses modes d'intervention que dans ses abstentions. Son intérêt dans le cadre de cette étude ne se limite cependant pas à son approche, spécifique : il lui arrive en effet régulièrement, aux côtés d'autres branches du droit, d'intervenir comme soutien des choix politiques effectués en matière familiale.

¹¹⁵⁵ V. notamment à cet égard J. Amar, « Pacs et immunités familiales », in *Droit pénal* n° 10, 1^{er} octobre 2000, chronique n°32, qui évoque toutes les difficultés posées.

Section 2. Le soutien technique apporté au droit de la famille

459. Certaines branches du droit jouent, au regard du droit de la famille et particulièrement de l'obligation alimentaire, un rôle fondamental d'accompagnement dans la réalisation des solidarités intrafamiliales. On peut en distinguer deux modalités principales : la première, purement technique, concerne l'exécution spontanée ou forcée de l'obligation alimentaire, à propos de laquelle différentes branches du droit sont mobilisées et font encore preuve d'innovation à l'époque contemporaine (**Sous-section 1**). Dans cette première hypothèse, il s'agit pour le législateur de mobiliser une forme de contrainte ou d'incitation. La seconde, en revanche, est un mécanisme de soutien à une solidarité qui se manifesterait spontanément (**Sous-section 2**). Dans cette seconde hypothèse, il s'agit pour le législateur de mobiliser une forme de récompense, ou de complément aux solidarités exécutées.

Sous-section 1. L'exécution de l'obligation alimentaire

460. En introduction d'un article publié au *Recueil Dalloz* au lendemain de l'adoption de la loi du 3 janvier 1972, ayant consacré l'égalité des filiations, Hauser a, en quelques lignes, résumé tous les enjeux que pose, à l'époque comme aujourd'hui, l'exécution de l'obligation alimentaire, en un constat, et deux pistes de réflexion.

Un constat, d'abord : « le législateur y a [dans la loi du 3 janvier 1972] assez généreusement distribué des droits à pension alimentaire, soit comme conséquences de filiations sur lesquelles on ne porte plus désormais de jugement de valeur, soit même sans qu'il existe à proprement parler une filiation. L'intention, pour être louable, n'en serait pas moins demeurée lettre morte si l'on n'avait pas prévu les moyens de faire payer ces nouveaux débiteurs dont on peut penser qu'ils seront d'autant moins pressés de s'acquitter de leurs dettes que celles-ci risquent de se multiplier »¹¹⁵⁶.

Le constat est trivial : un droit sans garantie de réalisation est, parfois, destiné à n'être qu'un vœu pieu, notamment en matière familiale, où le droit a pour vocation première le règlement de situations qui, dans une famille pleinement fonctionnelle et hors de tout conflit, n'advviendraient pas. Il faut donc proposer un moyen d'assurer l'exécution de l'obligation, et l'auteur ouvre alors deux pistes de réflexion : « c'est ainsi que sur le plan civil¹¹⁵⁷ un effort a été fait pour assurer le recouvrement de ces pensions, sans qu'on aille d'ailleurs jusqu'à un véritable fonds commun garantissant les créanciers contre les défaillances des débiteurs »¹¹⁵⁸. Deux pistes donc : l'exécution contrainte de l'obligation alimentaire, d'une part **(I)**, qui est un mécanisme déjà ancien, et la garantie de l'exécution de l'obligation alimentaire, d'autre part **(II)**, qui a connu des évolutions récentes par l'essor, en droit français, de l'intermédiation financière.

¹¹⁵⁶ J. Hauser, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », in *Recueil Dalloz* 1974, p. 2617.

¹¹⁵⁷ Il n'évoque en effet le droit pénal que plus tard dans son propos, à partir du deuxième paragraphe.

¹¹⁵⁸ J. Hauser, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *préc.*

I) L'exécution de l'obligation alimentaire entre incitation et contrainte

461. L'exécution de l'obligation alimentaire prend, pour l'essentiel, deux chemins différents, qui sont l'exécution forcée à proprement parler, qui est le rôle dévolu au droit des procédures civiles d'exécution **(A)**, et la sanction de l'inexécution, qui est, pour sa part, un rôle dévolu au droit pénal **(B)**.

A) Assurer l'exécution : les procédures civiles d'exécution

462. Le droit des procédures civiles d'exécution¹¹⁵⁹ connaît des procédures de saisies particulières s'agissant de deux types de créances spécifiques et qui ont pour point commun d'être, à des degrés divers, nécessaires à la subsistance de l'individu : il s'agit, d'une part, de la saisie des rémunérations du travail, et d'autre part du recouvrement des créances alimentaires. Le recouvrement des créances alimentaires, ainsi, fait l'objet d'une attention particulière, et connaît notamment deux procédures dérogatoires au droit commun de l'exécution forcée, qui sont la procédure de paiement direct et la procédure de recouvrement public.

463. La procédure de recouvrement direct, instaurée par la *loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire*, apparaît comme une forme particulière de saisie-attribution¹¹⁶⁰, prévue par les articles L. 213-1 et suivants et R. 213-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution. Le principe en est exposé dans le premier alinéa de l'article L. 213-1 : « tout créancier d'une pension alimentaire peut se faire payer directement le montant de cette pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. Il peut notamment exercer ce droit entre les mains de tout débiteur de sommes dues à titre de rémunération, ainsi que de tout dépositaire de fonds ».

Il s'agit donc, pour le créancier d'une pension alimentaire, d'aller saisir directement des sommes auprès d'un débiteur du débiteur d'aliments, et notamment auprès de l'employeur dudit débiteur, aux fins de saisir des créances de salaire. L'effet en est redoutable, et taillé sur mesure pour les spécificités de l'obligation alimentaire. Puisque la créance alimentaire est une créance,

¹¹⁵⁹ Notons qu'il ne sera question ici que de droit interne : puisqu'il repose sur un compromis passé entre acteurs internationaux, le droit international paraît en effet moins révélateur en matière de fonction normative et d'articulation interne des différents domaines du droit. Pour avoir, toutefois, un aperçu des règles existantes en matière de droit international, v. A. Boiché, « Le recouvrement des aliments en droit international », in *AJ Famille* 2017, p. 284.

¹¹⁶⁰ Rappelons que la procédure de saisie-attribution n'existait alors pas, puisqu'elle n'a été instaurée que 18 ans plus tard, par la *loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*.

par définition, vitale, l'attribution effectuée en faveur du créancier alimentaire est prioritaire, de sorte que le créancier alimentaire est servi par préférence à tous les autres créanciers¹¹⁶¹. Surtout, alors que les saisies concernent, en principe, des créances échues, la procédure de recouvrement direct permet, dès qu'une échéance n'a pas été payée à son terme¹¹⁶², d'obtenir l'attribution des sommes dues par le débiteur d'aliment, au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles¹¹⁶³ : il y a donc, en quelque sorte, une forme de substitution de créancier qui s'opère, la procédure de paiement direct étant applicable aux termes à échoir de la pension alimentaire, de sorte que les paiements futurs sont en quelque sorte sécurisés pour l'avenir¹¹⁶⁴.

Le mécanisme est, dans son principe, simple, et dans son effet, particulièrement efficient. Il est, surtout, dérogame tant au regard du droit commun des procédures civiles d'exécution que du droit de l'obligation alimentaire elle-même. Pourtant, le mécanisme présente diverses failles. La principale, évidemment, est qu'il faut parvenir à identifier un débiteur du débiteur de la pension alimentaire¹¹⁶⁵. Or, si la chose est relativement aisée pour ce qui est des débiteurs employés, le paiement direct peut s'avérer moins efficace face à des professions recourant à d'autres modes de rémunération que le versement d'un salaire. En outre, il est constant que certains débiteurs sont susceptibles de faire preuve d'une grande imagination et d'une particulière créativité pour éviter de payer une pension alimentaire, jusqu'à trouver des moyens de rendre moins efficace le paiement direct.

464. Le législateur est donc intervenu une seconde fois par la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires, instituant un dispositif non codifié, le code des procédures civiles d'exécution se contentant de renvoyer, en son article L. 161-3, à la loi elle-même. Le recouvrement public des pensions alimentaires est un mécanisme subsidiaire, qui ne peut être mis en place qu'en cas d'échec du recouvrement par les voies du droit

¹¹⁶¹ Article L. 213-2 du code des procédures civiles d'exécution.

¹¹⁶² Précisons en outre que par exception au principe selon lequel aliments ne s'arrangent pas, principe qui ne repose certes sur aucun fondement, la procédure de recouvrement direct peut être utilisée afin de récupérer les sommes dues et non versées au titre des six derniers mois avant la notification de la demande de paiement direct, voire des vingt-quatre derniers mois si la procédure est intentée par un organisme débiteur de prestations familiales agissant pour le compte d'un créancier d'aliments (v. article L. 213-4 du code des procédures civiles d'exécution).

¹¹⁶³ Article L. 213-2 du code des procédures civiles d'exécution.

¹¹⁶⁴ Article L. 213-4 du code des procédures civiles d'exécution.

¹¹⁶⁵ Notons que la loi du 2 janvier 1973 avait anticipé cette difficulté, et précisé en son article 7, alinéa 1^{er}, que « Sous réserve de l'article 6 de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 relative au secret en matière de statistiques, les administrations au service de l'Etat et des collectivités publiques, les organismes de sécurité sociale et les organismes qui assurent la gestion de prestations sociales sont tenus de réunir et de communiquer, en faisant toutes les diligences nécessaires, à l'huissier de justice chargé par le créancier de former la demande de paiement direct, tous renseignements dont ils disposent ou peuvent disposer permettant de déterminer l'adresse du débiteur de la pension alimentaire, l'identité et l'adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles ».

privé, procédure de paiement direct incluse¹¹⁶⁶. Le créancier d'aliments peut, dans ce cas, saisir le procureur de la République qui, en cas d'admission de la demande de recouvrement public, confiera aux services de l'Etat le soin de procéder au recouvrement de la pension alimentaire : lesdits services sont alors subrogés dans les droits du créancier d'aliments¹¹⁶⁷, et pourront mettre en œuvre, pour le recouvrement de cette créance privée, dont le montant est majoré de 10 % au profit du Trésor à titre de frais de recouvrement¹¹⁶⁸, tous les moyens dont le Trésor dispose pour recouvrer le paiement des sommes qui lui sont dues. Outre l'évidente efficacité du dispositif, celui-ci est en outre très protecteur. En effet, le débiteur concerné par la procédure ne peut s'en défaire, sur demande adressée au procureur de la République, qu'après avoir versé tous les arriérés dus ainsi que les sommes dues à terme pendant douze mois consécutifs¹¹⁶⁹, étant précisé que si, dans les deux ans, il est à nouveau défaillant dans le versement de la pension due, la créancier d'aliments pourra, dès que le retard de paiement dépasse un mois, saisir directement le procureur de la République, sans passage par les modes traditionnels de recouvrement des créances, et obtenir le rétablissement de la procédure de recouvrement public avec, en outre, majoration de toutes les sommes dues de 10% à son profit, outre les 10% de majoration dus au Trésor public¹¹⁷⁰.

465. Ces procédures, particulièrement efficaces, témoignent de l'attention toute particulière que le droit accorde à la famille, et plus spécifiquement aux obligations alimentaires. Au-delà du détail des mécanismes, qui ont davantage leur place dans un cours dédié qu'au sein de cette étude, on ne peut que remarquer, d'une part la mobilisation précoce de cette matière – dès 1973 – et sa rapide adaptation – dès 1975, pour pallier les insuffisances d'un mécanisme instauré deux ans seulement auparavant –, et d'autre part l'importance de cette mobilisation, qui consacre des mécanismes extraordinaires, et autorise l'utilisation, pour des particuliers, des moyens dévolus à l'Etat et au fonctionnement de ses services : la chose est unique, et marque l'attention particulière portée à l'obligation alimentaire et à la solidarité intrafamiliale dans l'ordonnancement juridique puisque la solidarité trahie suscite une réaction juridique remarquable¹¹⁷¹.

Inversement, on ne peut que souligner l'attention que le droit des procédures civiles d'exécution a pour les aliments une attention inversée, en ce qu'il prévoit l'insaisissabilité de

¹¹⁶⁶ Article 1^{er} de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires.

¹¹⁶⁷ Article 5 de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975.

¹¹⁶⁸ Article 7 de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975.

¹¹⁶⁹ Article 12 de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975.

¹¹⁷⁰ Sauf décision contraire et motivée, v. article 13 de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975.

¹¹⁷¹ Il est vrai, à cet égard, que du fait du principe de subsidiarité de l'aide sociale, la charge de ceux qui ne reçoivent pas, de la part de leurs débiteurs d'aliments, un suffisant soutien financier, pourrait finir par incomber à la collectivité, de sorte que la mobilisation des moyens dévolus à l'Etat participe aussi, en la matière, à une volonté d'éviter la mobilisation d'un soutien public.

divers éléments que l'on peut qualifier d'aliments. L'article L. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution dispose ainsi que « ne peuvent être saisis : [...] 3° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ; [...] 5° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille¹¹⁷² [...] 7° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades ». Apparaît alors un équilibre entre la vigueur des procédures destinées à assurer le versement des pensions alimentaires, qui conduit le droit des procédures civiles d'exécution à prévoir des règles dérogatoires à son propre droit commun, et la limite qu'il pose lui-même à son intervention, à savoir les aliments. Les aliments forment ainsi en quelque sorte les bornes de son intervention.

Le soutien apporté à l'exécution des obligations alimentaires, d'ailleurs, n'est pas que le fait du droit des procédures civiles d'exécution puisque le droit pénal ne craint pas, à son tour, d'intervenir, cette fois, pour sanctionner les débiteurs récalcitrants.

B) Punir l'inexécution : le droit pénal

466. Le droit pénal connaît deux outils principaux¹¹⁷³ au service de la répression du non-respect d'un débiteur d'aliments aux principes de la solidarité intrafamiliale : il s'agit, d'une part, du **délit d'abandon de famille**¹¹⁷⁴ (1), et d'autre part, du **délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité** (2).

1) Le délit d'abandon de famille

467. Il n'est pas anodin que ce soit au lendemain de la Première guerre mondiale, quand tant de familles connaissaient des situations dramatiques fragilisant considérablement les foyers et laissant tant d'enfants en situation de vulnérabilité, que soient adoptées, le même jour, soit le 7 février 1924, une loi relative au mariage des enfants de parents disparus, d'une part, et la loi réprimant le délit d'abandon de famille d'autre part, et ce avec une vigueur particulière puisque les sanctions alors prévues allaient, pour les parents condamnés, jusqu'à la privation de la

¹¹⁷² V. article R. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution.

¹¹⁷³ Il faut y ajouter d'autres dispositions qui portent moins directement sur la question de l'obligation alimentaire, en premier lieu desquelles celles qui viennent sanctionner le délaissement de mineur, aux articles 227-1 et 227-2 du code pénal. A ce sujet, v. not. A. Gouttenoire, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », in *AJ famille* 2002, p. 244.

¹¹⁷⁴ Outre les articles précités d'A. Gouttenoire, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », et de J. Hauser, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille ».

puissance paternelle et des droits civiques, et qu'en cas de récidive, une peine d'emprisonnement était automatiquement prononcée. Les choses sont désormais moins sévères. Le délit d'abandon de famille se trouve aujourd'hui prévu par les articles 227-3 et suivants du code pénal. Il y est désormais défini comme « Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou l'un des titres mentionnés aux 2° à 6° du I de l'article 373-2-2 du code civil¹¹⁷⁵ lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil » (article 227-3). La sanction peut aller, lorsque la pension n'est pas versée pendant plus de deux mois, jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende ».

468. Cette disposition et ses évolutions appellent une série de remarques.

La première concerne la vision, quelque peu décevante, qui a prévalu pendant des années, et qui venait faire du délit d'abandon de famille avant toute chose une sanction du non-respect d'une décision de justice, peut-être davantage qu'une sanction de la violation d'une obligation alimentaire¹¹⁷⁶ : cette vision ne semble plus pouvoir être défendue, maintenant que sont incluses dans la liste des conventions dont certaines se passent complètement d'intervention du juge, en cohérence avec la promotion d'une vision de plus en plus extrajudiciaire et transactionnelle du droit de la famille. Les choses sont désormais dénuées, donc, d'ambiguïté, en ce que c'est bien le non-respect d'un devoir alimentaire qui est sanctionné. Reste, évidemment, que seule une obligation prévue et quantifiée, sous une forme admise, peut donner lieu à une sanction pénale : le droit pénal ne peut en effet pas, ici, se substituer au droit civil, qui doit intervenir en premier lieu.

469. La seconde concerne une forme, selon les analyses, soit d'atténuation, soit de personnalisation de la sanction. Les conditions entourant les sanctions tant pénales que civiles accompagnant le délit d'abandon de famille étaient en effet particulièrement strictes, notamment

¹¹⁷⁵ Hypothèses qui correspondent à un certain nombre de cas de règlement extra-judiciaire partiel ou complet de la séparation, à savoir : le cas d'une convention homologuée par le juge ; le cas d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 (autrement dit d'une convention de divorce adoptée dans le cadre d'un divorce sans juge) ; le cas d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire ; le cas d'une convention consécutive à la dissolution d'un Pacs ou à la fin d'un concubinage et à laquelle l'organisme débiteur des prestations familiales a donné force exécutoire en application de l'article L. 582-2 du code de la sécurité sociale ; et enfin le cas d'une transaction ou un acte constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente en application du 7° de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution.

¹¹⁷⁶ V. outre les articles précités, G. Levasseur, « Le délit d'abandon de famille sanctionne le non-respect d'une décision de justice », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1992, p. 754.

sur deux aspects. Le premier concerne l'élément intentionnel de l'infraction. Comme l'explique Madame la professeure Gouttenoire :

« L'atténuation de la répression de l'abandon de famille résulte en premier lieu de la suppression par le nouveau code pénal de la présomption d'intention qui permettait à la Cour de cassation d'affirmer que « le caractère intentionnel du non-paiement est déduit de l'existence préalable de la décision civile qui a apprécié les capacités financières du débiteur, lequel conserve la faculté d'apporter devant le juge pénal la preuve qu'il est dans l'impossibilité de payer la somme fixée par le juge civil »¹¹⁷⁷. Désormais, le ministère public doit faire la preuve de l'élément moral de l'infraction dans les termes du droit commun et l'arrêt d'appel qui n'a pas caractérisé l'élément intentionnel du délit encourt la cassation »¹¹⁷⁸.

Autrement dit, là où l'élément intentionnel du délit était autrefois déduit de l'élément matériel, il convient désormais d'effectuer une analyse plus fine, concrète et au cas par cas, de chaque situation. Cette solution est plus cohérente en termes de logique d'ensemble : des mécanismes de droit civil existent déjà pour pallier et sanctionner le non-versement d'aliments. Ce n'est donc pas la vocation du droit pénal que de sanctionner n'importe quel non-versement : seul le non-versement volontaire, organisé, en dépit de capacités suffisantes pour le faire, peut donner lieu à des sanctions pénales.

470. On rétorquera qu'au moment d'ordonner le versement d'une pension alimentaire, le juge a déjà vérifié les capacités contributives du débiteur d'aliments. Ce serait pourtant oublier deux aspects fondamentaux. D'une part, nombreuses sont désormais les conventions passées hors l'intervention d'un juge, de sorte qu'il ne peut plus aussi facilement être affirmé qu'un contrôle a déjà été effectué. Si la sanction civile est alors envisageable, une sanction pénale automatique semblerait disproportionnée. D'autre part, le montant d'une créance d'aliments est fixé à un moment donné, au regard des capacités contributives du débiteur et des besoins du créancier à ce moment-là¹¹⁷⁹, ce qui suppose, à défaut d'accord, une intervention du juge, qui peut prendre plusieurs mois. Si bien qu'en permettant tout à la fois de sanctionner pénalement le non-versement volontaire d'une créance d'aliments, sans pour autant sanctionner automatiquement celui qui, par la baisse de ses moyens, n'a en réalité pas choisi de se soustraire à ses obligations, le droit pénal sert au mieux le droit de l'obligation alimentaire, en respectant ses principes.

¹¹⁷⁷ Cass. crim., 27 avr. 1984, Bull. crim., n° 149.

¹¹⁷⁸ A. Gouttenoire, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », préc.

¹¹⁷⁹ Ce qui justifie, d'ailleurs, la possibilité de demander la révision du montant de cette créance.

471. La même chose peut s’observer concernant l’autorité parentale. Avant 2002, en effet, l’article 373 du code civil prévoyait que le parent qui avait, notamment, été « condamné sous l'un des divers chefs de l'abandon de famille, tant qu'il n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins » perdait l'exercice de l'autorité parentale ou en était provisoirement privé. Ce n’est plus le cas depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui a supprimé cette possibilité. Il n’est toutefois pas certain, notamment à lire les travaux préparatoires de la loi de 2002, que le législateur ait véritablement entendu priver le juge de cette possibilité, puisqu’il a, dans le même temps, introduit un nouvel article 373-2-1, dont le premier alinéa dispose que « si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents », le deuxième alinéa précisant à cet égard que « l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves ».

Encore une fois, c’est semble-t-il plutôt l’automatisme de la sanction qui était visé : si aux yeux de la loi, désormais, il ne suffit pas de ne pas payer sa pension alimentaire pour perdre l’autorité parentale, cela ne signifie pas, pour autant, que cette sanction n’est plus possible. Cependant, en raison de l’importance reconnue au lien primordial unissant un parent et son enfant¹¹⁸⁰, il conviendra que le juge statue sur l’opportunité, pour l’enfant, que son parent conserve l’exercice de son autorité parentale, cette question ne pouvant se réduire à la seule exécution d’une obligation qui, quelle que soit son importance, demeure une obligation pécuniaire.

2) Le délit d’organisation frauduleuse de l’insolvabilité

472. Le mécanisme du délit d’abandon de famille se trouve, en quelque sorte, complété par celui du délit d’organisation frauduleuse de l’insolvabilité¹¹⁸¹, qui est une création récente puisqu’il est né de la loi n°83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d’infraction. Il s’agit, comme le précise l’article 314-7 du code pénal, de punir avec des sanctions pouvant aller jusqu’à trois ans de prison et 45.000 euros d’amende, « le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité, soit en

¹¹⁸⁰ C’est en ce sens qu’A. Gouttenoire écrit, dans son article précité, que « cette suppression de la sanction civile de l'abandon de famille est certainement destinée à favoriser le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents, lequel constitue l'objectif majeur de la loi du 4 mars 2002. La logique de la réforme consiste à considérer qu'un père [...] qui ne paie pas la pension alimentaire doit tout de même conserver des liens avec son enfant, et que lui retirer l'exercice de l'autorité parentale est inopportun ».

¹¹⁸¹ V. D. Grillet-Ponton, « L’organisation de l’insolvabilité en droit patrimonial de la famille », in *Recueil Dalloz* 1996, p. 339.

augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile ».

Autrement dit, cette infraction vient sanctionner le fait de chercher à se soustraire à une condamnation, notamment à verser des aliments en organisant son patrimoine de sorte à être insolvable, et vient combler l'éventuel angle mort qui aurait pu subsister dans les termes des articles 227-3 et suivants du code pénal. Puisque le fait de ne pas avoir, concrètement, les moyens de payer les sommes que l'on est condamné ou que l'on pourrait être condamné à verser en exécution d'une obligation alimentaire fait obstacle à la répression pénale par manque de caractérisation de l'élément intentionnel du délit d'abandon de famille, le législateur a souhaité sanctionner, en quelque sorte, le fait « d'anticiper » et d'organiser son impécuniosité, en fraude des droits du créancier d'aliments, chose que ne permettaient pas les seules règles du droit civil, qui se basent sur les moyens du débiteur pour évaluer le montant de la créance. Cet outil semble d'autant plus nécessaire que l'on sait, pour l'observer hélas trop souvent, combien les conflits intrafamiliaux peuvent, parfois, conduire certains protagonistes à perdre tout sens commun, emportés par le conflit, voire aveuglés par leur haine : qu'on en prenne pour exemple cet homme, protagoniste d'un des rares arrêts rendus par la Cour de cassation sur cette question, qui avait préféré démissionner de son emploi plutôt que de verser à son ex-épouse une prestation compensatoire sous forme d'une rente mensuelle de 800 francs pendant 3 ans¹¹⁸².

473. Reste la question de l'opportunité de l'intervention du droit pénal au sein de la famille, et il semble à cet égard utile de rappeler ici les critiques formulées notamment par Mme Jaworski concernant l'opportunité de l'usage du droit pénal en matière familiale¹¹⁸³. Dans son article consacré à l'articulation entre coparentalité et abandon pécuniaire de famille¹¹⁸⁴, l'autrice expose l'idée selon laquelle l'intervention du droit pénal en matière familiale pourrait se révéler néfaste :

¹¹⁸² Crim., 1^{er} février 1990, n°88-83.998, Bull.

¹¹⁸³ Il ne faudrait pas, par ailleurs, déduire que l'autrice nie l'utilité du droit pénal dans la famille, puisqu'elle relève que : « L'incrimination d'abandon pécuniaire de famille se justifie par les valeurs sociales essentielles qu'elle a pour objet de protéger et qui s'expriment dans le caractère intentionnel du délit. Tel est le constat qui ressort de l'analyse des fonctions et finalités du droit pénal dans ce domaine, remises à l'ordre du jour par le Code pénal de 1992. Mais son maintien ne peut se faire qu'au prix d'une évolution de la jurisprudence qui pour l'heure ne semble pas créditer cette infraction de toute la valeur qui lui revient. Une évolution de la position des juges quant à la nature fondamentale de l'infraction est impérative, car elle est la première étape d'un processus plus complexe, qui se poursuit par la recherche de mécanismes répressifs adaptés au contexte familial. En effet, une fois le délit constitué, c'est-à-dire l'intention de ne pas payer démontrée, les prévenus ne sauraient échapper à une certaine forme de justice pénale, mais sans pour autant se voir refuser la pratique d'une coparentalité offerte par le droit civil ». V. Jaworski, « Abandon pécuniaire de famille et coparentalité : de l'importance des valeurs protégées par la loi pénale », in *JCP G*, n°3, 14 janvier 2004, p. 65.

¹¹⁸⁴ *Idem*.

« L'utilisation de l'arsenal répressif dans les rapports pécuniaires de la famille soulève de nombreuses interrogations, ceci principalement à deux égards. En premier lieu, cette intervention du droit pénal pose la question récurrente de son efficacité propre quant à la protection de l'intérêt purement matériel qu'elle entend protéger. En second lieu, et la question se pose là sous un éclairage nouveau, n'emporte-t-elle pas des effets néfastes sur la situation affective de l'enfant que le droit civil, au travers de ses réformes les plus récentes, s'efforce justement de consolider ? [...] Comment, en effet, envisager une coparentalité effective et harmonieuse pour l'enfant alors qu'un de ses parents se trouve marqué par le sceau infamant d'une condamnation pénale ? N'y a-t-il pas là incompatibilité compte tenu des dommages collatéraux que tout procès pénal produit inévitablement ? La question du maintien du délit d'abandon pécuniaire de famille apparaît alors légitime, de même que le débat sur la dépénalisation du droit de la famille, car le constat est sans appel : c'est la famille qui supportera indirectement le poids de la condamnation pénale. La protection pénale des intérêts pécuniaires, dont on peut douter de l'efficacité, aura des répercussions sur les rapports personnels au sein de la famille, dont on peut gager qu'elles n'iront pas dans le sens voulu par le législateur civil. Alors que ce dernier recherche un équilibre entre la stabilité affective de l'enfant et la garantie de son avenir matériel, le droit pénal brise cette complémentarité puisque la nature même de la sanction est incompatible avec la pratique de la coparentalité. Est-ce à dire que l'intervention du droit pénal dans ce domaine doit être proscrite parce qu'elle risque bien souvent de faire plus de mal que de bien ? Certes, l'efficacité de la réponse pénale est on ne peut plus contestable. [...] Mais dans le même temps, l'opportunité du droit pénal de la famille doit être rappelée, car il est impossible d'échapper à la nécessité de défendre la famille, et par elle l'intérêt de l'enfant, et de manifester ainsi l'importance des valeurs protégées par la loi pénale. Aussi, le maintien de la répression de l'abandon matériel de famille apparaît essentiel en son principe »¹¹⁸⁵.

Tout cela est vrai. Nous avons toutefois déjà pu évoquer le fait que les familles fonctionnelles n'ont, pour l'essentiel, pas besoin de droit : c'est la formule célèbre du Doyen Carbonnier selon laquelle « les familles heureuses se passent du droit », et qui vaut d'autant plus s'agissant du droit pénal. L'intervention du droit pénal dans la matière familiale est moins le fruit d'une volonté du législateur que le constat d'une faillite des acteurs familiaux. Mme Jaworski indique que « l'atteinte [qu'une condamnation pénale] porte à l'image du père ou de la mère, au rôle de parent et, en définitive, à l'exercice de l'autorité parentale semble difficilement conciliable avec une coparentalité effective prônée par le droit civil ». Certes : mais l'atteinte portée à l'image du parent vient-elle de la loi ou de la faute de celui qui s'avère défaillant ? D'autant qu'il est

¹¹⁸⁵ *Idem*.

probable que la mise en œuvre d'une procédure pénale n'arrive pas au premier signe de défaillance : mobiliser le droit pénal ne se fait jamais de gaité de cœur, *a fortiori* dans un contexte familial où les parties essaient souvent, au moins pour le bien des enfants communs, de maintenir un minimum de bonne entente.

Dans cette perspective, on peut penser que, si le droit pénal renvoie d'un parent une piètre image aux yeux de son enfant, ce n'est que par effet miroir, et que l'enfant, lui-même, l'aura déjà perçue depuis longtemps. Il ne faut donc regretter ni l'intervention ni la sévérité du droit pénal : il n'agit ici qu'en qualité de dernier recours. La remarque vaut également pour l'argument selon lequel la sanction, *in fine*, serait un poids pesant sur la famille : on pourrait arguer, à l'inverse, que le fait de se soustraire à ses obligations familiales fait peser sur les autres membres de la famille un poids indu, ce qui motive, précisément, l'intervention du droit pénal, et que renoncer à sanctionner par peur des conséquences des sanctions conduirait à renoncer, par là même, à ce que l'autrice qualifie de « fonction expressive et protectrice de l'incrimination », et qui rejoint ce qui est dans le cadre de cette étude qualifié de fonction normative.

474. Reste une remarque essentielle de l'autrice, par ailleurs partagée¹¹⁸⁶ : celle de l'inadéquation potentielle de la sanction. On retrouve ici une aporie classique de la pénalisation du droit de la famille qui est que les sanctions classiques du droit pénal – peines d'amende et de prison – ne sont *a priori* pas de nature, lorsqu'elles sont appliquées, à favoriser l'accomplissement des devoirs familiaux, notamment l'emprisonnement, qui prive tout à la fois le détenu de revenus par le travail, et de l'essentiel de sa capacité à exercer ses fonctions parentales. Il semble que l'emprisonnement ne soit donc pas une solution adaptée, notamment s'agissant de peines de prison ferme. Plusieurs options ont alors pu être proposées. Mme Jaworski propose ainsi le recours à l'ajournement avec mise à l'épreuve, qui a pour intérêt de suspendre toute sanction sous conditions, en l'occurrence sous condition de versement de la pension alimentaire. Mme Corpart, quant à elle, propose le recours à un mécanisme de droit civil : l'astreinte. Il est vrai que cette option a ceci de séduisant qu'elle vient frapper le débiteur mauvais payeur par là où il a fauté.

Peu important, toutefois, l'option choisie, un objectif demeure, qui est celui de faire de la sanction pénale un outil incitatif à l'exécution, en faisant peser sur l'individu non le poids d'une condamnation assortie d'une peine immédiate en punition d'une infraction qu'il ne connaissait

¹¹⁸⁶ I. Corpart, « Les dysfonctionnements de la coparentalité » in *AJ famille* 2009, p. 155.

probablement pas, mais en assortissant la condamnation d'une mesure pédagogique tenant à ce qu'elle ne sera appliquée qu'à défaut d'exécution de l'obligation alimentaire que l'on souhaite, précisément, faire exécuter. Sans doute est-ce là qu'il faut plutôt concentrer l'effort pénal : son soutien est, en matière alimentaire, la garantie de la mobilisation de tout l'édifice juridique au service de l'exécution de la solidarité intrafamiliale, y compris dans ses aspects les plus répressifs. Pour que cette mesure soit efficace, le recours à ce type de peine à double détente semble préférable.

Garantir l'exécution de l'obligation alimentaire, ce fut aussi la vocation récente qu'a poursuivie l'apparition en France d'une intermédiation financière *via* un organisme étatique.

II) L'intermédiation financière, garantie de l'exécution de l'obligation alimentaire

475. En matière de garantie de l'exécution de l'obligation alimentaire, le droit québécois, une fois n'est pas coutume, semble être un point de départ, ou en tout cas une inspiration importante, de l'évolution du droit français. Il convient, pour s'en rendre compte, d'étudier successivement **le mécanisme québécois (A) et le mécanisme français (B) d'intermédiation financière.**

A) Le mécanisme québécois d'intermédiation financière

476. Le Québec a adopté, le 16 mai 1995, une loi facilitant le paiement des pensions alimentaires à l'origine de la mise en place, dès la fin de l'année 95, du Programme de perception des pensions alimentaires, destiné à assurer le bon paiement des pensions alimentaires¹¹⁸⁷. Le système adopté est simple et vise à permettre au créancier et au débiteur de pensions alimentaires de ne pas avoir à entretenir une relation, tous les paiements passant, en principe, par l'intermédiation du ministère du Revenu. Ainsi, c'est le ministère du Revenu qui perçoit la pension alimentaire directement du débiteur, qui ne la verse donc pas à son créancier mais bien à un organisme étatique, soit directement, soit *via* une retenue à la source¹¹⁸⁸, par exemple auprès de l'employeur, puis le ministère procède bimensuellement, le 1^{er} et le 16 du mois, au versement de la pension au créancier, créancier qui peut même demander au ministère du Revenu une avance allant jusqu'à trois mois et 1.500 dollars.

Précisons que le dispositif s'applique bien à tous les débiteurs et créanciers d'aliments, sauf à ce qu'ils aient demandé, d'un commun accord, de procéder au paiement direct, en dehors de l'intermédiation du ministère du Revenu : le dispositif n'est donc pas réservé aux cas où des incidents de paiement sont intervenus. En cas d'incident de paiement, la pension sera versée normalement au créancier et le ministère du Revenu prendra en charge le recouvrement.

¹¹⁸⁷ Parmi les diverses sources qui détaillent l'origine et le fonctionnement du Programme de perception des pensions alimentaires québécois, citons le livret documentaire édité par le Ministère du Revenu de Québec, *La perception des pensions alimentaires*, ressource accessible en ligne *via* le site internet de la Bibliothèque et des Archives nationales du Québec (URL : <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/42590>) ainsi que le travail de A. Duchesne, *Effets du programme de perception des pensions alimentaires pour enfants sur les conflits parentaux : le point de vue des usagers*, mémoire présenté à la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval de Québec, 2008.

¹¹⁸⁸ Le recours au prélèvement à la source semblant être particulièrement efficace puisque les rapports d'activités fournis par le ministère du Revenu, rapportés par l'auteur, font état du fait que « le taux de perception des pensions prélevées par retenue à la source est deux fois plus élevé que celui des pensions prélevées par ordre de paiement pour l'année 2000, représentant respectivement 91% et 43% ». v. d'A. Duchesne, *Effets du programme de perception des pensions alimentaires pour enfants sur les conflits parentaux : le point de vue des usagers*, préc., p. 40.

Le dispositif semble avoir donné satisfaction, tant en matière d'efficacité du procédé¹¹⁸⁹ que d'apaisement des relations post-rupture, l'objectif annoncé du dispositif étant de « réduire les tensions entre les ex-conjoints et ainsi minimiser les risques de chantage et de violence, en faisant intervenir un intermédiaire dans tous les cas »¹¹⁹⁰, l'idée étant que même dans les cas où il s'exécute correctement, le versement d'une pension alimentaire peut demeurer un facteur de tension, que peut apaiser l'intervention d'un tiers, notamment parce qu'il aide à comprendre que ce n'est pas à un ex ou à une ex que les sommes sont versées et qu'il évite la conflictualité et le processus de négociation permanent qui peut accompagner les relations entre ex-compagnons¹¹⁹¹.

B) Le mécanisme français d'intermédiation financière

477. Le mécanisme québécois d'intermédiation financière semble avoir inspiré le législateur français, qui a, à son tour, mis en place un système d'intermédiation financière. Il convient donc d'envisager, dans un premier temps, la genèse du système français d'intermédiation financière (1), avant d'étudier, dans un second temps, les limites de ce dernier (2).

1) La genèse du système français

478. Le droit des procédures civiles d'exécution connaissait, depuis la *loi n° 84-1171 du 22 décembre 1984 relative à l'intervention des organismes débiteurs des prestations familiales pour le recouvrement des créances alimentaires impayées*, un système d'aide publique au recouvrement des créances alimentaires, qui ne revenait pas sur le principe selon lequel il appartenait au débiteur de payer les pensions alimentaires directement au créancier, mais qui permettait, en cas d'impayés, qu'une allocation de soutien familial (ASF) soit versée au créancier d'aliments par la caisse d'allocations familiales, avant que cette dernière contribue à la prise en charge du recouvrement des sommes dues. Ce système constituait ainsi un premier pas dans la mise en place d'un système de garantie contre les impayés, et dans l'avènement d'un système

¹¹⁸⁹ Les chiffres annoncés dans la brochure éditée à l'occasion des 20 ans du dispositif sont en effet excellents : « En vingt ans, 96,9 % des sommes exigées des débiteurs ont été versées aux créanciers. Aujourd'hui, 80 % des créanciers reçoivent leur pension alimentaire courante à temps et en entier » Revenu Québec, « Le versement des pensions alimentaires », in *Bulletin d'information Revenu Québec*, janvier 2016, n°16.

¹¹⁹⁰ V. le travail, précité, d'A. Duchesne, *Effets du programme de perception des pensions alimentaires pour enfants sur les conflits parentaux : le point de vue des usagers*, préc., spéc. p. 24 s.

¹¹⁹¹ *Idem*, p. 50 s. et p. 58 s. Précisons toutefois qu'une partie des concernés et concernées estiment que l'intervention d'un tiers n'a pas fait diminuer la conflictualité, voire l'a, dans les cas les plus complexes, l'a augmentée, puisqu'il faut désormais prendre en compte non seulement son ex-partenaire mais également une institution tierce avec laquelle peut, également, survenir des désaccords, notamment en cas d'impayés.

d'intermédiation financière en droit français¹¹⁹². Il demeurerait toutefois relativement proche de la procédure de recouvrement public, précédemment exposée, et n'intervenait qu'une fois les incidents de paiement survenus, c'est-à-dire sans permettre de prévenir les conflits.

A un moment critique pour le débat public et politique sur ce sujet, puisqu'un rapport venait de mettre en évidence le fait que près de 40% des pensions alimentaires n'étaient, en France, pas intégralement versées¹¹⁹³, la *loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, en son article 27, a mis en place l'expérimentation, pendant 18 mois et dans une vingtaine de départements, d'un système de garantie contre les impayés de pensions alimentaires (GIPA). Ce système prévoyait, outre un volet consacré à l'ASF¹¹⁹⁴, de mettre en place une première forme d'intermédiation financière dans le règlement des pensions alimentaires, *via* un organisme chargé de percevoir, recouvrir, et garantir, en les avançant si nécessaire, lesdites pensions. Au vu du succès de cette expérimentation, la *loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017* est venue mettre en place un service public des pensions alimentaires : l'agence de recouvrement et d'intermédiation des pensions alimentaires (ARIPA).

479. Le rôle de l'ARIPA est donc double : d'une part, effectuer une intermédiation financière pour le paiement des pensions, et d'autre part, en assurer, si besoin, le recouvrement forcé¹¹⁹⁵.

L'intermédiation financière est prévue, notamment, par l'article L. 582-1 du code de la sécurité sociale et l'article 373-2-2 du code civil, et a vu le nombre de personnes concernées s'élargir progressivement. A l'origine, l'intermédiation n'était ouverte qu'en cas d'impayé de pension alimentaire, dans le but de prévenir la récidive. La *loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021* a élargi son bénéfice à trois cas limitativement

¹¹⁹² Sur la mise en place de ce système, v. J. Houssier, « L'affaire était-elle trop sérieuse pour la laisser à des juristes ? Brève rétrospective de cinq décennies de recouvrement des créances alimentaires », in *AJ Famille* 2020, p. 552.

¹¹⁹³ B. Fragonard (dir.), *Les aides aux familles*, rapport établi au nom du Haut conseil de la famille, 9 avril 2013, spéc. p. 121 s.

¹¹⁹⁴ Il s'agissait, notamment, de créer une nouvelle forme d'ASF dite complémentaire et ayant pour objet de permettre aux parents percevant une pension alimentaire inférieure au montant de l'ASF un complément destiné à compléter la somme perçue. L'objectif était alors d'éviter un paradoxe existant auparavant qui était qu'en cas de versement d'une pension alimentaire faible en raison des revenus du parent chez qui l'enfant ne résidait pas habituellement, certains parents recevaient une somme moindre de la somme versée à titre d'ASF aux parents pour lesquels aucune pension alimentaire n'avait été accordée. Ce paradoxe conduisait les juges, dans la pratique, à préférer ne prononcer aucune condamnation à verser une pension alimentaire pour permettre au parent de recevoir l'ASF plutôt qu'une faible pension alimentaire. Le résultat était donc désastreux à tous points de vue : en termes de finances publiques, on faisait assumer à la collectivité une part de charge qui aurait pu et dû être assumée par un parent, et en termes de fonction normative, on préférait déresponsabiliser complètement un parent que de le faire contribuer à hauteur de ses moyens. La création de l'ASF complémentaire fut, à ce titre, très bénéfique.

¹¹⁹⁵ Pour une présentation détaillée des mesures de recouvrement forcé, v. M. Rebourg, « Chapitre 321 - Intermédiation financière et procédures de recouvrement forcé », in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024, spéc. n°321.150 s.

énumérés à l'article 373-2 du code civil, à savoir 1) « sur décision du juge, même d'office, lorsque le parent débiteur a fait l'objet d'une plainte ou d'une condamnation pour des faits de menaces ou de violences volontaires sur le parent créancier ou l'enfant, ou lorsque de telles menaces ou violences sont mentionnées dans une décision de justice concernant le parent débiteur », ou 2) « sur décision du juge, lorsqu'au moins un des parents en fait la demande », ou enfin 3) « sur accord des parents » en cas d'intervention d'une convention.

480. Sauf le cas des condamnations pour des faits de menaces ou de violences, l'intermédiation n'était donc mise en place qu'en cas de demande expresse d'au moins un des parents. Dès l'année suivante, le législateur est allé plus loin : la *loi n° 2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022*, accompagnée du *décret n° 2022-259 du 25 février 2022 relatif à la généralisation de l'intermédiation financière du versement des pensions alimentaires* et de sa circulaire d'accompagnement est venue, comme l'expose la circulaire, inverser le mécanisme. L'intermédiation financière est désormais de principe, et ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle sera écartée, en cas soit de refus des deux parents, soit sur décision expresse motivée du juge statuant, et sauf lorsque des menaces ou des violences sont intervenues¹¹⁹⁶.

D'un point de vue pratique, l'intermédiation est opérée, aux termes de l'article R. 582-6 du code de la sécurité sociale, « par prélèvement sur compte bancaire, postal ou d'épargne sauf lorsque le débiteur opte pour une autre modalité », et en cas d'impayé, l'article R. 582-8 du même code prévoit la mise en œuvre d'une procédure de recouvrement forcé à défaut de paiement de la pension dans un délai de 15 jours à compter de la réception d'une mise en demeure de la part de l'ARIPA, elle-même émise dans les 15 jours suivant une échéance impayée.

481. Ainsi configuré, le système d'intermédiation financière présente de réelles promesses tant d'efficience dans le paiement des pensions alimentaires que d'apaisement des relations entre parents séparés. L'exemple québécois permet l'optimisme, surtout avec le soutien, en renfort, du droit pénal et des procédures de recouvrement forcées ouvertes aux créanciers d'aliments. Par-delà la question de l'efficacité du système mis en place, on peut en toute hypothèse saluer l'opportunité et la force normative du système d'accompagnement technique mis en place par le droit au service

¹¹⁹⁶ Pour un bon résumé de cette évolution, v. I. Corpart, « Pensions alimentaires : généralisation de l'intermédiation financière à compter du 1er mars 2022 », in *Dalloz Actualités*, 8 mars 2022.

des obligations alimentaires, qui témoignent tout à la fois de l'intérêt porté par le législateur à cette question et de la grande actualité de ces questions.

2) Les limites du système français

482. Les limites du système français d'intermédiation financière semblent être de deux ordres : **symboliques et politiques**, d'une part **(a)**, et **pratiques**, d'autre part **(b)**.

a) Les limites symboliques et politiques

483. On peut regretter que, peut-être en raison du climat politique et social particulièrement troublé au moment de l'adoption de ces mesures, elles ne soient pas mieux connues, au vu de leur importance symbolique et pratique. Il est vrai, cependant, que le législateur n'a peut-être pas utilisé du meilleur véhicule pour introduire, mettre en avant et faire connaître ces innovations d'importance : il y a des erreurs qui ont, semble-t-il, été commises, soit d'un point de vue légistique, soit d'un point de vue politique. Ainsi, si l'intention initiale était portée par une loi à l'objectif affiché, à savoir la *loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, on peut d'une part regretter le bégaiement législatif qui a conduit le législateur à devoir s'y reprendre à trois fois, année après année, pour arriver au système actuel, dans une forme de répétition aux différences parfois trop subtiles pour permettre aux observateurs de bien saisir, sans procéder à une analyse de détails, les différentes étapes des innovations opérées. On ne peut d'autre part que s'interroger : pourquoi inclure ces réformes, à chaque fois, dans la loi de financement de la sécurité sociale ? Si on peut certes comprendre en quoi la sécurité sociale peut être concernée par la GIPA et l'ARIPA, rien n'imposait d'inclure ces réformes dans cette loi.

Pourquoi ne pas avoir préféré dédier une loi unique à l'ARIPA, une fois passée l'expérimentation des années 2014-2016, en provoquant d'office un débat unique sur toutes les questions, en mettant en avant le travail effectué, et l'importance du mécanisme mis en place, *in fine*, et qui concerne de très nombreuses familles ? Cela est d'autant plus regrettable que l'idée s'est peu à peu imposée, dans l'opinion générale, que les années 2010-2020 n'ont pas été marquées par un profond savoir-faire en matière de travail parlementaire : peut-être, sur de tels projets, faut-

il pourrait regretter moins le savoir-faire que l'incapacité à faire savoir¹¹⁹⁷. Il y a, au vu des importants sujets et des importants chantiers qui traversent les familles françaises, de la place pour des lois d'ambition dédiées à la famille, à la vieillesse, à l'enfance : le risque est toutefois important, comme ce fut par exemple avec la réforme des retraites au courant de l'année 2023, de ne considérer ces réformes que comme des réformes budgétaires, et de les inclure dans les projets de lois de finances ou de financement de la sécurité sociale, au risque de perdre à la fois une part de l'esprit, puisque tout n'est pas, en la matière, question de budget, et la visibilité, car les lois dédiées sont des lois qu'il est plus facile de faire connaître.

b) Les limites pratiques

484. S'agissant des éventuelles limites pratiques de ce dispositif, il est probablement encore un peu tôt pour procéder à une évaluation, bien que de premiers travaux commencent à être consacrés à cette question. On peut notamment, à cet égard, citer un rapport d'évaluation réalisé pour la CNAF¹¹⁹⁸ qui a mis en évidence un certain nombre de difficultés liées à la généralisation de l'intermédiation financière en France. De ce travail, on peut retirer l'existence trois sortes de limites.

485. Une première catégorie de limites renvoie aux problèmes liés au mécanisme même de l'intermédiation financière, qui demeure inadapté pour traiter de certaines problématiques. Ainsi le rapport de la CNAF met-il en évidence l'incapacité de l'intermédiation financière à prendre en compte les arrangements financiers opérés de manière informelle, qui échappent au champ d'action de l'ARIPA¹¹⁹⁹. Un autre point de préoccupation concerne la difficulté de l'ARIPA à gérer les situations où, malgré la mise en place de l'intermédiation financière, des impayés demeurent : dans de telles hypothèses, le parcours des créanciers semble particulièrement laborieux, les procédures de règlement des incidents de paiement étant encore trop opaques pour

¹¹⁹⁷ La formule est empruntée au chef cuisinier Thierry Marx. V. par ex. T. Marx, *L'homme positif : savoir-faire et faire-savoir*, Michel Lafon, 2015.

¹¹⁹⁸ L. Titli, C. Arnal, V. Bouvatier, L. Etienne, B. Céroux et M. Manier (Cnaf), *Évaluation du dispositif d'intermédiation financière des pensions alimentaires en phase de généralisation*, Collection des documents de travail de la Cnaf, n°233, 2024.

¹¹⁹⁹ « L'intermédiation financière reste de fait accessible uniquement aux parents ayant formalisé le cadre de l'après séparation et fait fixer officiellement une pension alimentaire. Ainsi, toutes les situations qui reposent sur des arrangements et un cadre plus informel ne peuvent prétendre au dispositif. S'il est difficile d'estimer précisément la part de parents séparés ayant effectivement fait fixer une pension alimentaire, une récente enquête menée auprès d'allocataires de la Caf récemment séparés éclaire l'ampleur du phénomène de non-formalisation [B. Céroux et M. Manier, « Les parents formalisent-ils la prise en charge de leurs enfants ? Une analyse quantitative des expériences de mères récemment séparées », in *Informations sociales*, 2022, vol. 3, n°297] : parmi les répondantes, séparées pour la plupart depuis moins d'un an, seules 27 % ont fixé une pension alimentaire, et le plus souvent sans que celle-ci n'ait été validée officiellement (61 %). Ces éléments, bien que partiels, mettent en évidence la proportion extrêmement significative de parents séparés qui continue d'échapper au périmètre d'intervention de l'Aripa » : L. Titli, C. Arnal, V. Bouvatier, L. Etienne, B. Céroux et M. Manier (Cnaf), *Évaluation du dispositif d'intermédiation financière des pensions alimentaires en phase de généralisation*, préc. p. 32.

les usagers et insuffisamment efficaces¹²⁰⁰. Enfin, et ce dernier point est particulièrement préoccupant, le rapport pointe une relative inadaptation du système aux hypothèses de violences intrafamiliales qui, si elles sont prises en compte, en théorie, par le dispositif mis en place, semblent demeurer un sujet de difficulté à l'origine de non-recours à l'intermédiation financière, en pratique¹²⁰¹.

486. Une deuxième catégorie de limites renvoie à la réception de l'intermédiation financière par les acteurs chargés de la mettre en œuvre. Outre les problèmes propres aux caisses d'allocations familiales, qui ont dû faire face à un processus de recrutement, de restructuration, de formation de personnels et d'apprentissage de nouveaux outils afin de pouvoir mettre en place les processus liés à l'ARIPA, on peut évoquer, dans les juridictions, des réticences de la part des juges et des services de greffes liés à la charge de travail, déjà excessive, et au manque de moyens pour traiter correctement chaque dossier¹²⁰².

¹²⁰⁰ « Les parcours au sein du dispositif s'avèrent en revanche beaucoup moins linéaires pour les créancières qui sont confrontées à des impayés malgré le système d'intermédiation. Cette situation, qui concerne une minorité de créancières de l'échantillon (16 %), génère néanmoins des incompréhensions importantes chez les parents concernés, et peut avoir des répercussions importantes sur leur situation. Un premier point de difficulté tient tout d'abord au manque de réactivité dans le déclenchement de la procédure de recouvrement et, en particulier, dans le relais financier de l'ASF. Parmi les créancières déclarant ne pas avoir touché la pension tous les mois depuis les débuts de l'intermédiation, 61 % déclarent ne pas avoir touché l'ASF en compensation. Ce taux élevé, qui laisse de facto de nombreuses mères sans pension le temps que la procédure de recouvrement aboutisse, est révélateur de la persistance de dysfonctionnements et de délais de traitements élevés au sein des Caf. Par ailleurs, lorsqu'une situation d'impayé survient, les mères sont nombreuses à déplorer le manque d'informations transmises par la Caf. Elles sont ainsi 23 % à penser qu'aucune procédure de recouvrement n'a été lancée depuis qu'elles ont constaté un défaut de paiement, et 21 % à ne pas savoir si c'est le cas ou pas. En effet, même dans le cas où elles reçoivent un courrier de la Caf les informant des impayés et du déclenchement du recouvrement, les mères ne sont pas nécessairement au clair sur ce qu'implique la procédure, et ne sont pas non plus tenues au courant de l'état d'avancée du recouvrement » : *idem*, p. 112.

¹²⁰¹ « En pratique, l'application du dispositif aux situations de violence est néanmoins demeurée très modeste. Les demandes émanant de la justice sont en effet restées extrêmement marginales : entre janvier 2022 et mars 2023, moins de 4.000 demandes ont été décomptées. Plusieurs mécanismes et facteurs, souvent entremêlés, participent à expliquer cette très faible mobilisation d'un dispositif pourtant perçu par la plupart des actrices comme particulièrement pertinent dans ces situations : 1) Des situations de violence dont l'identification et la qualification échappent bien souvent à la justice des affaires familiales. L'expérience de violences conjugales est loin d'être nécessairement mentionnée dans le cadre des procédures de divorce ou de séparation. D'une part, les audiences consacrées aux divorces sont très courtes – évaluées en moyenne à 18 minutes d'après l'étude menée il y a quelques années par le Collectif Onze – et, de ce point de vue, peu propices à l'évocation des violences vécues. Par ailleurs, les femmes en étant victimes peuvent craindre de les évoquer, au risque d'en subir les répercussions : le principe du « contradictoire » dans les procédures judiciaires constitue un frein puissant, dans la mesure où toutes les pièces versées au dossier sont communiquées à l'autre partie. Enfin, certaines peuvent craindre que leur parole ne soit remise en question, a fortiori si elles n'ont aucune « preuve » (dépôt de plainte, constatations médicales des violences subies...) et/ou qu'elles n'ont pas engagé de procédures au niveau pénal. 2) Un défaut d'articulation entre tribunaux dont les champs de compétences sont différents. Même dans les cas où des procédures ont pu être initiées au pénal, la communication ou la transmission des éléments entre différentes procédures et différents magistrats n'a, d'après différents acteurs rencontrés, rien de systématique. En ce sens, il n'est pas garanti, malgré l'existence de plaintes et d'une procédure pénale, que ces éléments soient transmis au JAF. Par ailleurs, d'autres facteurs peuvent complexifier la continuité entre les procédures (temporalités différentes ; changement de lieu de résidence induisant l'intervention de tribunaux différents, etc.). 3) Des incohérences procédurales dans le champ d'application actuel du dispositif d'intermédiation financière. Une partie des femmes victimes de violence (notamment en cas d'urgence) se tournent vers la justice avant que le divorce n'ait pu être acté ; le juge peut alors décider d'une ordonnance de protection et édicter un certain nombre de mesures pour assurer leur protection. D'un point de vue financier, peut être fixée une contribution aux charges du mariage. Or le dispositif d'intermédiation financière ne peut, d'un point de vue réglementaire, être appliqué à la contribution aux charges du mariage. D'après l'une des juges rencontrées, cette impossibilité contraint les magistrats à écarter le dispositif dans ces cas de figure pour lesquels l'intermédiation financière serait pourtant plus qu'indiquée » : *idem*, p. 46.

¹²⁰² « Du côté des magistrats, les motifs susceptibles d'expliquer la faible incidence de la généralisation de l'intermédiation financière sur leurs pratiques en audience relèvent de registres pour partie distincts. Les conditions d'exercice du travail judiciaire sont d'abord perçues comme peu compatibles avec un rôle d'explicitation de la mise en place de l'intermédiation : de fait, la durée déjà très contrainte des audiences, dans un contexte plus global d'encombrement des tribunaux, rend difficile, à leurs yeux, une évocation systématique du dispositif auprès des parents. [...] Par ailleurs, la place très réduite qu'occupe la question de la pension alimentaire dans les audiences relatives aux séparations ou aux divorces est également une clé d'explication : la fixation de la pension alimentaire

487. Une troisième catégorie de limites renvoie à la réception de l'intermédiation financière par les usagers qui en bénéficient. Outre la méconnaissance de l'intermédiation financière¹²⁰³, on peut à cet égard évoquer le fait que si le mécanisme est globalement bien reçu par les mères, il est mal considéré par une partie non négligeable des pères, qui y voient une forme de sanction qui devrait être réservée aux mauvais payeurs, et qui perçoivent donc parfois cette mise en place automatique comme une injustice¹²⁰⁴. Les bénéficiaires de l'intermédiation financière se plaignent de plus de problématiques liées à la rigidité du dispositif, qui dépend à la fois de la justice, mais également de l'administration, ce qui implique une certaine lourdeur et des temps d'adaptation non négligeables lorsque les besoins et les revenus des parties évoluent, par exemple, ce qui a pu conduire à des hypothèses de jugements pour partie rétroactifs, cependant que des fonds ont déjà été perçus et distribués, ou inversement à des situations où la mise en place de l'intermédiation se fait attendre¹²⁰⁵.

Consacrons enfin, pour conclure ce chapitre, quelques développements à la question des mesures de soutien à la solidarité intrafamiliale.

est ainsi souvent réduite à un acte relativement « mécanique », presque « mathématique », dont la place reste mineure au regard d'autres enjeux (organisation des modalités de résidence, partage de l'autorité parentale...) davantage valorisés par les juges. La hiérarchisation symbolique des litiges se traduit alors par un traitement « rapide et routinisé » de la pension alimentaire, « à l'opposé des litiges sur la résidence et le patrimoine, qui, pour des raisons différentes (« intérêt de l'enfant » ou technicité juridique), suscitent l'intérêt des juristes ». Ainsi, l'intermédiation financière est bien plus perçue comme une « modalité technique » d'application, relativement « accessoire », plutôt que comme un mécanisme garant de l'exécution de leur décision en matière de pension alimentaire » : *idem*, p.40.

¹²⁰³ « Chez de nombreux pères, la mise en place du système d'intermédiation s'accompagne, au départ, d'un sentiment de surprise et d'incompréhension, qui peut se mêler dans certains cas à un ressentiment plus ou moins fort à l'encontre de l'autre parent. Cette réaction initiale s'inscrit dans un contexte de méconnaissance généralisée du dispositif par les pères. Avant sa mise en place, les trois quarts d'entre eux (75 %) n'en avaient en effet jamais entendu parler ; à l'inverse, un quart d'entre eux en avait connaissance (le plus souvent, par bouche-à-oreille, ou pas le biais des médias), sans en avoir nécessairement une compréhension très fine. Par ailleurs, la plupart des pères déclarent avoir découvert être concernés par le dispositif au moment de sa mise en place, le plus souvent par un courrier de la Caf (72 %). Dans de plus rares cas, c'est un.e professionnel.le de justice (16 %), l'autre parent (6 %) ou un agent de la Caf par téléphone (4 %) qui a pu les informer de la mise en place du système d'intermédiation » : *idem*, p. 95.

¹²⁰⁴ « 80 % des mères se déclarent « tout à fait » ou « plutôt » satisfaites du système, contre 48 % des pères » : *idem*, p. 116.

¹²⁰⁵ *Idem*, p. 48.

Sous-section 2. Le soutien à la solidarité intrafamiliale

488. La question du soutien à la solidarité intrafamiliale vient interroger un paradigme classique qui est celui du principe de subsidiarité de l'aide sociale **(I)**. En effet, l'époque contemporaine semble de plus en plus réfractaire à ce principe, qui pose un regard coercitif sur la famille, et envisage l'avènement de mesures incitatives destinées à soulager et encourager la famille dans son rôle naturel **(II)**.

I) Solidarité intrafamiliale et principe de subsidiarité de l'aide sociale

489. L'histoire de l'apparition du principe de subsidiarité de l'aide sociale est, avant toute chose, celle de l'apparition de l'aide sociale elle-même, qu'il conviendra de retracer **(A)**, avant d'envisager l'émergence du principe de subsidiarité lui-même **(B)**.

A) L'émergence de la solidarité collective

490. On se souvient, quand on parle d'aide ou de sécurité sociale, avant tout du programme du Conseil National de la Résistance qui, le 15 mars 1944, a adopté un plan d'action, *Les jours heureux*, dont l'une des mesures phares, après la Libération, consistait à la mise en place d'un « plan complet de sécurité sociale, visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence, dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail, avec gestion appartenant aux représentants des intéressés et de l'État ». Cette volonté sera primordiale, après-guerre, pour la mise en place de la sécurité sociale moderne. Or, l'aide sociale, dans une certaine conception, peut, sous certaines formes et notamment sous celle de l'Assistance publique, voir son existence retracée jusqu'avant la Révolution française. Certes, dans un premier temps, les mesures concernant le traitement de la pauvreté concernent surtout la répression de la mendicité – on pense notamment ici à l'ordonnance de Jean II dit le Bon sur les oisifs et les mendiants de 1351¹²⁰⁶ –, mais, et surtout à partir du XVI^{ème} siècle, le soutien aux pauvres et aux démunis va s'organiser, par l'action conjuguée du pouvoir royal, du pouvoir religieux et des corporations, qui mettent en place différents systèmes destinés à ces populations les plus vulnérables. On pense notamment, s'agissant du pouvoir religieux, à la création des hospices destinés à accueillir les nécessiteux, s'agissant des corporations, aux divers mécanismes d'entraide interne, et, s'agissant du pouvoir royal, à la création, par François I^{er}, du « Bureau des pauvres » en 1544, puis, sous l'impulsion de Colbert, à la création et à la mise en place de ce qui est aujourd'hui considéré comme l'un des plus anciens régimes de protection sociale, à savoir le fonds des invalides de la Marine, sorte de « sécurité sociale de la Marine », à partir de 1673. Ces initiatives, par ailleurs éparses, furent pour

¹²⁰⁶ Citons, à titre d'exemple, le premier article : « 1. Pour ce que plusieurs personnes, tant hommes comme femmes, se tiennent oyseux parmy la ville de Paris et es autres villes de la prevosté et viconté d'icelle, et ne veullent exposer leur corps a faire aucunes besongnes, ains truandent les aucuns et se tiennent es tavernes et es bourdeaux, est ordonné que toutes icelles manières de gens oyseux ou joueurs aux dez ou chanteurs es rues, truandans ou mendiants, de quelconque condicion ou estat qu'ilz soyent, ayans mestier ou non, soyent hommes ou femmes, qui soyent sains de corps et de membres, se exposent a faire aucunes besongnes de labour, en quoy il puissent gagner leur vie, ou vuident la ville de Paris et les autres villes de ladite prevosté et viconté, dedans trois jours apres ce cry. Et se apres lesdits trois jours sont trouvez oyseux ou jouans aux dez ou mendiants, ilz seront prins et mis en prison et mis au pain et a l'eau ; et ainsi tenez par l'espace de quatre jours, et quant ilz auront esté delivrez de ladite prison, se ilz sont trouvez oyseux ou se ilz n'ont bien dont ilz puissent avoir leur vie, ou se ilz n'ont adveu de personnes souffisans, sans fraude a qui ilz facent besongnes ou qu'ilz servent ilz seront mis ou pilory et la tierce foiz ilz seront signez au front d'un fer chault et banny desdits lieux ».

l'essentiel mises à bas lors de la Révolution française : portées par l'Eglise, la royauté et les corporations, elles ne pouvaient se fondre dans le moule révolutionnaire.

491. La Révolution française fut porteuse, à son tour, d'idéaux et de principes qui sous-tendront, ensuite, l'aide sociale en France. On peut en retenir, semble-t-il, deux moments charnières. Le premier est l'adoption de la Constitution du 6 messidor an I (soit le 24 juin 1793) : le 21^{ème} article de la Déclaration des droits dispose que « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ». Le principe est ainsi posé, dès l'an I, de la nécessité de prévoir un système de soutien des personnes les plus vulnérables, et la Convention va rapidement, par la suite, s'emparer de cette question. Le résultat de ce travail, qui constitue la seconde étape marquante de l'innovation révolutionnaire en la matière, conduit à la présentation, par Barère, de son *Premier rapport sur les moyens d'extirper la mendicité dans les campagnes, et sur les secours que doit accorder la République aux citoyens indigens* devant la Convention nationale, lors de la séance du 22 floréal an II (soit le 11 mai 1794), rapport adopté le jour même par la Convention. Dans ce rapport, que le député et membre du Comité de salut public ouvre en citant la tirade, restée célèbre, de Saint-Just¹²⁰⁷, Barère pose les bases d'un système faisant du secours du citoyen nécessiteux par la République un droit¹²⁰⁸, un élément du contrat social. Cette conception révolutionnaire a, dans ses principes, irrigué toutes les législations depuis mises en place en la matière, et opère, contrairement aux idées reçues, une forme de balancement entre idéaux et réalisme politique.

Le rapport de Barère est à cet égard une étape importante dans l'élaboration de la théorie de l'Etat providence – ou Etat social – dans le bon sens du terme, c'est-à-dire dans le sens d'un Etat dont l'une des fonctions est d'assurer, par-delà ses fonctions régaliennes, et notamment par la mise en place de mesures de protection sociale, la subsistance et des minima sociaux à l'ensemble des citoyens, ainsi qu'un soutien aux plus fragiles. Si sur certains aspects, notamment sur le terrain

¹²⁰⁷ « Les malheureux sont les puissances de la terre ; ils ont le droit de parler en maîtres aux gouvernements qui les négligent. Ces principes sont éversifs des gouvernements corrompus ; ils détruiront le vôtre si vous le laissez corrompre » Saint-Just, *Rapport sur les personnes incarcérées*, présenté au nom du Comité de salut public et du Comité de sûreté générale à la Convention nationale à la séance du 8 ventôse an II (soit le 26 février 1794).

¹²⁰⁸ « Je parle ici de leurs droits [aux citoyens nécessiteux] parce que, dans une démocratie qui s'organise, tout doit tendre à élever chaque citoyen au-dessus du premier besoin, par le travail, s'il est valide ; par l'éducation, s'il est enfant ; et par le secours, s'il est invalide ou dans la vieillesse ». B. Barère, *Premier rapport fait au nom du Comité de salut public, sur les moyens d'extirper la mendicité dans les campagnes, et sur les secours que doit accorder la République aux citoyens indigens*, p. 17-18.

du financement¹²⁰⁹, le projet proposé présente quelques faiblesses¹²¹⁰, il est en revanche parfaitement clair sur les principes :

« C'est à la Convention à réparer les injustices des lois monarchiques, à faire disparaître la grande inégalité des fortunes, à effacer le nom de pauvre des annales de la République, à bannir la mendicité par la bienfaisance et à rappeler fortement tous les citoyens aux droits de l'humanité et aux devoirs du travail »¹²¹¹.

492. Les principes posés reposent, on le voit, sur une forme de pacte social, qui met en exergue, tant les droits de ceux qui ne peuvent subvenir à leurs besoins par le travail, que les devoirs de ceux qui, au contraire, sont en état de travailler. On retrouve là la crainte, omniprésente dès qu'il s'agit de mettre en place un système d'aide sociale, de l'oisiveté¹²¹², de sorte qu'est mise en avant la nécessité de ne pas favoriser la mendicité et la « paresse », d'une part en faisant du « droit au travail » du citoyen valide un élément de la politique d'aide sociale, et d'autre part en prévoyant des conditions d'accès et de contrôle stricts¹²¹³. Certaines conceptions sont étonnamment modernes. C'est ainsi que, porté il est vrai par une aversion affichée des hôpitaux et hospices, perçus comme un moyen de cacher la misère du peuple sans y apporter de réelle solution, et comme des lieux où se déploie une « pitié stérile et barbare qui appelle les malheureux qu'elle immole »¹²¹⁴, on peut trouver sous la plume de Barère un attachement particulier au fait que l'aide apportée le soit à domicile, et qu'elle constitue, partant, non seulement une aide à la personne, mais également une aide à la famille, ce qui est perçu à la fois comme plus juste et comme plus efficace¹²¹⁵ :

¹²⁰⁹ Sujet sur lequel le rapport de Barère achoppe quelque peu puisque le projet présenté est de soutenir ce projet par la distribution des biens des « ennemis de la Révolution » : « La République compte pour l'amélioration du sort des citoyens peu fortunés, les milliards que les riches comptoient pour la contre-révolution » (*idem*, p. 5). On peut y ajouter l'intention de redistribuer les terres cultivables confisquées.

¹²¹⁰ A nuancer toutefois, car Barère était bien conscient des limites des finances de l'Etat. C'est à cet égard, par exemple, qu'il évoque l'idée de poser des limites au nombre de citoyen secourus, de poser des conditions (d'âge, de moyens, de nombre d'enfants à charges, etc.) suffisamment strictes et de ne pas prodiguer, pour des raisons de coûts, certains soins, tels que la distribution de nourriture, présentée comme ruineuse : « Nous ne vous proposons pas de faire fournir les aliments en nature aux malades, surtout en viande et bouillon. Le nombre des communes étant de 42.000, ce serait un établissement ruineux que celui d'une marmite pour les malades indigents dans un si grand nombre de points de la République » (*idem*), p. 31.

¹²¹¹ *Idem*, p. 5.

¹²¹² Sur le sujet, v. M. Borgetto, « La problématique des droits sociaux sous la Révolution : entre archaïsme(s) et modernité », in *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, 2002. p. 47.

¹²¹³ Cette conception sera durant la Révolution omniprésente, sous l'influence notable du Comité de salut public et du Comité de mendicité notamment, qui convoquent une grande rigueur à l'endroit de ceux qui « profitent du système », pour reprendre une expression moderne et une idée on ne peut plus d'actualité. A ce sujet, v. P.Y. Verkindt, « Pauvreté et misère dans le discours des parlementaires au début de la période révolutionnaire », in *Déviance et société*, 1986, vol. 10, n°4. p. 323.

¹²¹⁴ « Plus d'aumône, plus d'hôpitaux : tel est le but vers lequel la Convention doit marcher sans cesse, car ces deux mots doivent être effacés du vocabulaire républicain » : B. Barère, *Premier rapport fait au nom du Comité de salut public, sur les moyens d'extirper la mendicité dans les campagnes, et sur les secours que doit accorder la République aux citoyens indigents*, p. 27.

¹²¹⁵ *Idem*, p.32.

« On s'occupera des moyens d'organiser les secours à domicile : c'est là l'unique secret de la République, et c'est le moyen le plus assuré de faire disparaître en peu de temps les établissements qui appellent la mendicité au lieu de la détruire, et qui engloutissent l'humanité au lieu de la soulager. (...) Portons les secours dans les lieux où ils sont nécessaires ; que les malheureux ne reçoivent plus, en échange d'un secours momentané et mesquin, le supplice de la séparation de sa famille. C'est sous l'humble toit où il est allé cacher sa misère, c'est à côté de sa femme, c'est en présence de ses enfants qu'il doit recevoir les bienfaits de la République ; ils apprendront à l'aimer, en la voyant pénétrer jusque dans la chaumière la plus reculée, jusque dans l'asile le plus ignoré. Accorder de pareils secours avec cette forme modeste, c'est secourir deux fois, c'est soulager le cœur et le besoin, c'est répandre des moyens d'existence dans toute une famille, au lieu d'enrichir un économe ou un administrateur d'hôpital ; c'est respecter la dignité de l'homme, ménager le sentiment des familles et rapprocher les citoyens »¹²¹⁶.

493. Dans la pensée de Barère, l'aide apportée à domicile avait ainsi une double vertu : d'une part, celle de rendre les soins plus effectifs, puisque ce système participe à maintenir et à renforcer un cercle familial fragilisé par le facteur de précarité – vieillesse, maladie, etc. –, et d'autre part celle de renforcer l'adhésion au principe de la République, par le caractère visible de son action. Ce sont des idées qui, on le verra, ressurgissent aujourd'hui. Hélas, si ce système avait commencé à se mettre en place dans les mois qui ont suivi, l'entrée de la Révolution française dans la période de la Terreur et les coûts considérables que représentait une telle politique ont conduit à l'abandon rapide des idéaux de l'an II¹²¹⁷. Il faudra, ensuite, attendre la fin du 19^{ème} siècle pour que renaisse le projet, que ce soit en France ou ailleurs en Europe¹²¹⁸. En France, le projet fut, comme cela a été évoqué, remis en discussion sous l'impulsion du CNR, au lendemain de la seconde Guerre mondiale, ce qui conduira, d'une part, à l'adoption de *l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale*, et d'autre part à l'inscription dans le Préambule de la Constitution de 1946 du principe de la sécurité sociale : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique

¹²¹⁶ *Idem*, p. 35-36.

¹²¹⁷ V. A. Ponsot, « L'application de la loi du 22 floréal an II », in M. Biard (dir.), *Les politiques de la Terreur : 1793-1794*, Presses universitaires de Rennes, 2008.

¹²¹⁸ Notamment outre-Rhin, exemple qui a fait florès, avec la mise en place, sous Bismarck, d'un système de protection sociale entre 1883 et 1889 : c'est à ce titre que l'on parle, encore aujourd'hui, d'État-providence selon le modèle bismarckien lorsque l'on évoque un système reposant sur un mécanisme d'assurances sociales, et dans lequel la protection sociale dépend de la cotisation sociale, par opposition au modèle d'État-providence selon le modèle beveridgien, du nom du rapport présenté par le député anglais Beveridge, également financé par des cotisations sociales mais aussi, éventuellement, par l'impôt, et qui garantit à tous des prestations uniformes. Cette opposition peut être aussi qualifiée en opposant la logique assurancielle, d'une part, et la logique assistancielle, d'autre part (v. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 7).

ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Les systèmes d'aide¹²¹⁹ et de sécurité sociales se sont ensuite développés à partir de cette base jusqu'à parvenir au système actuel.

B) L'émergence du principe de subsidiarité de l'aide sociale

494. Dès lors qu'émerge une solidarité collective se pose la question de l'articulation avec la solidarité familiale.

Sous l'Ancien régime, le cercle de solidarité privilégié était naturellement le cercle familial. La parenthèse révolutionnaire a conduit à une réflexion quelque peu renouvelée. Dans les textes, dans les discours, rien n'évoquait une forme de subsidiarité, et on peut même penser qu'au regard, tant de la volonté affichée de permettre à l'individu de s'émanciper du carcan familial, que de la volonté de voir l'aide publique constituer une « dette sacrée », l'idée de subsidiarité constituait alors un impensé, voire était écartée par les révolutionnaires. On peut, certes, trouver une certaine manière idée d'une complémentarité des tâches entre famille et collectivité, qui pourrait être vue comme une forme de prémices du principe de subsidiarité de l'aide sociale ; mais en réalité, il est davantage question pour le législateur révolutionnaire de marquer un attachement à une forme d'action dont l'efficacité est accrue du fait même qu'elle est exercée au sein du foyer, que d'obéir à l'idée selon laquelle l'aide aux nécessiteux ne devrait intervenir qu'à condition de l'épuisement des secours familiaux.

495. Il n'y a en réalité pas de trace directe d'un quelconque principe de subsidiarité jusqu'à une époque récente, ce qui permet à Messieurs Kessler et Géa de noter, à la lecture du Préambule de la Constitution de 1946, et de la Constitution de 1958, qui y renvoie, que « si l'on s'en tenait à l'esprit et à la lettre de la Constitution, la solidarité sociale devrait suffire à la protection sociale alors que les textes en vigueur et la réglementation tendent toujours à faire intervenir en premier lieu la solidarité familiale. De même, le rapport de la commission de la vieillesse, dite « commission Laroque », précisait-il que l'obligation alimentaire était contraire au fondement même de l'aide sociale qui impliquait une substitution de la collectivité à la famille »¹²²⁰. Ainsi

¹²¹⁹ On pense ici notamment au décret n° 53-1186 du 29 novembre 1953 relatif à la réforme des lois d'assistance, qui a signé le passage de la bienfaisance à l'assistance, et le début réel de l'aide sociale en France.

¹²²⁰ F. Kessler et F. Géa, « *Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion* », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, Paris, Dalloz 2000 p. 303, spéc. p. 304.

donc, lorsqu'elle est pensée, et érigée comme principe, l'apparition de l'aide sociale se fait sans principe de subsidiarité, et ce au nom d'un idéal de secours de l'individu par la société.

C'est dès lors, semble-t-il, une question de réalisme économique qui a conduit à l'émergence du principe de subsidiarité de l'aide sociale, c'est-à-dire du principe selon lequel l'aide sociale ne devrait intervenir qu'une fois actée l'insuffisance de l'aide familiale. Et, en ce sens, le principe de subsidiarité de l'aide sociale a rapidement accompagné la mise en œuvre concrète de l'aide sociale, lorsque celle-ci devient droit. Le décret n° 53-1186 du 29 novembre 1953 relatif à la réforme des lois d'assistance¹²²¹, précité, semble ainsi marquer tout à la fois l'apparition de l'aide sociale en France et celle du principe de subsidiarité, puisque ce dernier dispose que :

« Art. 19. — Les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil, sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais. La commission d'admission fixe, en tenant compte du montant de leur participation éventuelle, la proportion de l'aide consentie par les collectivités publiques. La décision de la commission peut être révisée sur production par le bénéficiaire de l'aide sociale, d'une décision judiciaire rejetant sa demande d'aliments ou limitant l'obligation alimentaire à une somme inférieure à celle qui avait été envisagée par l'organisme d'admission. La décision de la commission fait également l'objet d'une révision lorsque les débiteurs d'aliments ont été condamnés à verser des arrérages supérieurs à ceux qu'elle avait prévus.

Art. 20. — En cas de carence de l'intéressé, le préfet peut demander en son lieu et place à l'autorité judiciaire la fixation de la dette alimentaire et le versement de son montant au département, à charge pour celui-ci de la reverser au bénéficiaire, augmenté le cas échéant de la quote-part de l'aide sociale. Les mêmes droits appartiennent aux maires des villes ayant conservé un régime spécial d'aide médicale. [...]

Art. 24. — Le département, l'Etat ou la commune, lorsque celle-ci bénéficie d'un régime spécial d'aide médical, sont, dans la limite des prestations allouées, subrogés dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires de celui-ci contre toute personne physique ou morale en tant que ces créances ne sont ni incessibles, ni insaisissables et que la subrogation a été signifiée au débiteur ».

¹²²¹ JO n° 0285 du 03 décembre 1953.

496. Tout le principe de subsidiarité de l'aide sociale se voit ici exposé. En premier lieu, il consiste en une prise en compte, au moment d'évaluer les revenus du postulant à l'aide sociale, de toutes ses ressources, y compris des ressources provenant de l'exécution de l'obligation alimentaire, fût-elle seulement potentielle : sont ainsi prises en compte les sommes versées par des proches au postulant au titre de l'obligation alimentaire, ainsi que les sommes qu'il pourrait percevoir de ses proches s'il mettait en œuvre des actions contre tous ses créanciers alimentaires. En deuxième lieu, à défaut, pour le postulant, d'exercer ces actions, il est loisible à une autorité publique de demander qu'intervienne une fixation judiciaire des dettes alimentaires de chacun, les sommes récupérées l'étant alors en faveur du département ayant pris en charge le créancier d'aliments. Enfin, et en troisième lieu, le département, l'Etat ou la commune, fournisseurs d'aliments, sont subrogés dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires, y compris contre les débiteurs d'aliments¹²²². Ces principes sont aujourd'hui repris aux articles L. 132-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles.

497. Dans le discours, l'exercice de recours contre les débiteurs d'aliments est présenté, généralement, comme un moyen de faire vivre l'obligation alimentaire dans son principe, et sa portée normative peut, à ce titre, sembler importante, notamment dans un cas qui est celui des solidarités familiales ascendantes – particulièrement mobilisées dans le cadre de l'aide sociale à l'hébergement, c'est-à-dire, pour simplifier, de la prise en charge des frais d'hébergement dans le cadre des EHPAD¹²²³, des USLD¹²²⁴ ou encore des résidences « autonomie » – qui sont, du moins dans leurs aspects économiques, moins « naturelles » que les solidarités familiales descendantes¹²²⁵. Une des idées qui sous-tendent le principe de subsidiarité, telle qu'il est mis en œuvre, est ainsi indéniablement le fait d'assurer une mise en œuvre effective et systématique des solidarités intrafamiliales, en imposant une répartition des charges par le biais d'une contrainte exercée par une autorité publique à défaut d'exercice par le créancier d'aliments. On aurait donc pu s'attendre

¹²²² Notons qu'il convient de bien distinguer les recours exercés contre les débiteurs d'aliments du recours en récupération qui peut être, également, exercé par le tiers fournisseur d'aliments contre la succession du créancier d'aliments, un donataire, un légataire ou le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie du même créancier. Ce recours en récupération, s'il peut également être interprété comme témoignant d'une forme de subsidiarité de l'aide sociale, peut en effet aussi être vu comme un recours exercé contre le patrimoine du bénéficiaire de l'aide sociale lui-même, certes de manière différée, au moment de la succession, mais il n'engage pas le fait d'agir contre des créanciers d'aliments potentiels.

¹²²³ Établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

¹²²⁴ Unités de soins de longue durée.

¹²²⁵ V. à cet égard, not., A. Masson, « Economie des solidarités : forces et faiblesses des solidarités comme anti-marché », in D. Debordeux et P. Strobel (dir.), *Les solidarités familiales en questions - Entraide et transmission*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 34, 2002, p. 143, not. p. 175 s. V. également L-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales - Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, préc., spécialement la partie 2, « Les solidarités familiales à l'épreuve des politiques sociales », p. 83 s.

à ce que, en termes de fonction normative, ce principe de subsidiarité soit un soutien indéniable au droit de la famille pour encourager le modèle des solidarités intrafamiliales.

498. Or, cette présentation des choses ne résiste pas à l'analyse, une fois mis au jour les effets pervers du principe de subsidiarité.

Le premier est une forme de risque de création de tensions et de brutalisation des rapports intrafamiliaux, sujet qui a fait l'objet de discussions importantes au moment de l'examen de la loi sur le revenu minimum d'insertion, au sujet duquel la question se posait de savoir si cette aide devait être récupérable ou non. Il faut rappeler que, lorsqu'il est besoin d'envisager un recours, et sauf à ce que des abus soient commis par les organismes fournisseurs d'aliments l'exerçant¹²²⁶, c'est que le jeu normal du groupe familial considéré n'a pas conduit à l'exécution spontanée de la solidarité intrafamiliale, de sorte que l'intervention de recours fait courir le risque de tendre davantage une situation potentiellement déjà délicate¹²²⁷.

Le deuxième, qui est corrélé, est le risque, important, de non-recours des bénéficiaires potentiels. Ces derniers, en effet, peuvent avoir de multiples raisons de ne pas souhaiter exercer, ou qu'on exerce pour eux ou du moins en leur nom, de recours contre leurs potentiels débiteurs d'aliments. On imagine ainsi aisément que le bénéficiaire de l'aide sociale a déjà sollicité sa famille et a essuyé un refus qu'il ne souhaite pas judiciariser, ou encore qu'il estime que l'aide déjà prodiguée par sa famille est suffisante, qu'il ne souhaite pas constituer et avoir l'impression de constituer, pour sa famille, un poids financier... Les hypothèses sont nombreuses. Or, une étude de la DREES¹²²⁸, publiée en 2020, a mis en évidence l'importance quantitative du phénomène de non-recours aux aides sociales, qui dépasse régulièrement les 30%.

¹²²⁶ Ce qui, hélas, arrive ou du moins est arrivé : nous y reviendrons dans le prochain chapitre.

¹²²⁷ F. Kessler et F. Géa, dans leur article précité (« *Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion* », préc., spéc. p. 317) rapportent ainsi diverses interventions de parlementaires, portant précisément sur ce problème. Citons-en deux. D'une part, celle du rapporteur de la loi, M. le député Bérogey, qui exposait toutes les difficultés et les paradoxes de la mise en œuvre du principe de subsidiarité : « Il ne faut pas renoncer à ce que s'exerce le principe de solidarité familiale, notamment quand c'est sur le fondement des condamnations en justice à verser les pensions alimentaires. Mais, en même temps, il faut savoir que, si l'on poursuit jusqu'au bout l'application de ces décisions, des heurts extrêmement violents peuvent surgir dans certaines familles ». D'autre part, celle de Mme la députée Jacquaint, qui y ajoutait, en le liant, le risque du non-recours : « Nous sommes tous confrontés à des cas concrets et nous savons que, bien souvent, les intéressés ne peuvent obtenir de pension alimentaire qu'après avoir engagé une action en justice, ce qui n'est pas toujours satisfaisant. Si ce dispositif subsistait dans la loi, des familles s'entre-déchireraient et certaines situations deviendraient très compliquées. Je crains même que des personnes renoncent à demander une aide alimentaire par crainte d'avoir des ennuis, des problèmes familiaux, et qu'elles soient ainsi privées du RMI ».

¹²²⁸ L. Gonzalez et E. Nauze-Fiche (dir.), pour la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, « Le non-recours aux prestations sociales - Mise en perspective et données disponibles », in *Dossiers de la DREES* n°57, juin 2020.

Si les raisons d’être de ce non-recours sont multiples, et si une étude ultérieure de la DREES semble indiquer que le premier facteur de non-recours pourrait être le manque d’informations¹²²⁹, on ne peut que remarquer qu’une part non négligeable, et grandissante, des interrogés considèrent que parmi les facteurs principaux du non-recours coexistent « la crainte des conséquences négatives » et « la volonté d’autonomie »¹²³⁰, catégories qui semblent, malgré leur relative imprécision, rejoindre les craintes précédemment exposées. Surtout, dans le cas, précis, de l’aide sociale à l’hébergement, le rapport de la DREES de 2020 met explicitement en cause le principe de subsidiarité comme probable facteur principal du non-recours¹²³¹. Or, si un principe censé favoriser l’activation des solidarités intrafamiliales s’avère dissuasif, s’il suscite autant d’abstention, c’est qu’il passe largement à côté de son but, sauf à considérer qu’il y a, dans le non-recours, une stratégie comptable d’économie ou du moins une réalité comptable d’économie, au regard du surcoût budgétaire que représenterait, pour l’Etat, une augmentation du nombre de demandeurs¹²³². Autrement dit, peut-être l’Etat n’a-t-il pas intérêt, financièrement, à encourager le recours aux aides sociales.

499. Le troisième tient, enfin, au sens de la solidarité collective elle-même. Les aides sociales ont en effet vocation à permettre à l’individu de bénéficier d’un certain soutien de la société afin de gagner en autonomie : les prestations d’aide sociale sont ainsi largement tournées vers le soutien à la vie familiale et à l’autonomie personnelle de l’individu. C’est là le sens initial de la promesse faite tant par la Convention que par le CNR : la distinction entre bénéficiaires et non bénéficiaires devait être basée sur la capacité ou non à subvenir, par son travail, à ses besoins, et la Nation devait assurer à chacun, sous réserve de non-oisiveté, son support dans les étapes plus difficiles, de la vie.

¹²²⁹ V. Direction de la recherche, des études, des évaluations et des statistiques, « Prestations sociales: pour quatre personnes sur dix, le non-recours est principalement lié au manque d’information », in *Etudes et résultats*, avril 2023, n°1263. Notons toutefois les faiblesses de l’étude, qui est un sondage réalisé sur un échantillon représentatif de l’ensemble des Français sur les raisons qu’ils supposent être celles du non-recours, et non pas une étude menée auprès de ceux qui n’ont pas recours à tous leurs droits aux fins de déterminer leurs raisons propres.

¹²³⁰ *Idem*, p. 5.

¹²³¹ V. L. Gonzalez et E. Nauze-Fiche (dir.), pour la Direction de la recherche, des études, de l’évaluation et des statistiques, « Le non-recours aux prestations sociales - Mise en perspective et données disponibles », préc., p. 29 : « L’aide sociale à l’hébergement (ASH) s’adresse aux personnes de 60 ans ou plus résidant dans un établissement habilité à recevoir des bénéficiaires de l’aide sociale dont les ressources sont inférieures aux frais d’hébergement. Le modèle de micro-simulation Autonomix, développé par la DREES à partir des remontées individuelles sur l’APA et l’ASH de 2011 et de l’enquête auprès des établissements d’hébergement pour personnes âgées (pour le millésime 2016), a permis d’approcher le non-recours à l’ASH en rapportant les dépenses aux ressources des personnes (Fizzala 2016). Ainsi, avant prise en compte de l’ASH, trois résidents sur quatre sont dans l’impossibilité de financer leurs frais de séjour à partir de leurs seules ressources « courantes ». Une partie de ces résidents éligibles à l’ASH y ont recours, mais relativement peu par rapport au nombre de bénéficiaires potentiels. En effet, une fois décomptés les bénéficiaires de l’ASH (20 % de l’ensemble des résidents en établissement), il reste plus d’un résident sur deux dont le reste à charge est supérieur aux ressources « courantes ». L’origine de ce non-recours important vient probablement du caractère récupérable de l’ASH. Elle constitue en effet une avance qui peut être récupérée par le département dans certains cas : auprès des obligés alimentaires, auprès du bénéficiaire si sa situation financière s’est améliorée ou par recours sur succession. ».

¹²³² V. F. Maisonnasse, *L’articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 240. V. également P. Warin, « Pour une approche économique du non-recours », in *RDSS 2012*, p. 614.

C'est en ce sens que Messieurs Kessler et Géa, dans leur article précité¹²³³ et à la suite des travaux de Monsieur le professeur Alfandari, appellent de leurs vœux la « nécessaire socialisation du droit aux aliments » par le choix d'une aide sociale libérée du principe de subsidiarité, mais avec un soin particulier apporté au fait de s'assurer que les prestations sociales ainsi versées permettraient de mettre au jour une meilleure complémentarité, un équilibre entre les solidarités familiales, qui pour l'essentiel s'exécutent spontanément, et la solidarité sociale ou collective. Il faut, pour reprendre la formule de Madame Maisonnasse, faire de la complémentarité le moteur du renouveau de la solidarité familiale¹²³⁴, plutôt que faire de la solidarité familiale la variable d'ajustement budgétaire de la solidarité collective. Comme l'explique l'autrice :

« Pour beaucoup, le passage de l'assistance vers l'aide sociale consacre le devoir de solidarité de la collectivité envers les plus pauvres. Il y a là un bouleversement du modèle d'assistance aux pauvres. Le modèle « tutélaire » de l'assistance, caractérisé par un fort familialisme et une subsidiarité de l'intervention publique par rapport aux responsabilités familiales, est abandonné au profit d'un modèle « intégrateur ». La prise en charge de la pauvreté n'est plus alors appréhendée par rapport aux responsabilités familiales, mais elle est fondée sur la citoyenneté et le devoir de la collectivité d'assurer l'insertion ou l'inclusion de l'individu dans la société. Dans ces conditions, le renvoi vers l'entraide familiale est « contraire au fondement même de l'aide sociale qui impliqu[e] une substitution de la collectivité à la famille »¹²³⁵ et « il apparaît que le législateur n'est pas allé au bout de son discours en laissant persister l'obligation alimentaire au cœur de l'aide sociale »¹²³⁶ [...] Les recours contre les débiteurs alimentaires et les récupérations contre le patrimoine sont alors un moyen pour la collectivité de se défaire de sa dette sur la famille »¹²³⁷.

Rappelons que, du fait de son inscription dans le Préambule de la Constitution de 1946, la dette que constitue l'aide sociale à l'égard des citoyens les plus démunis constitue un devoir pour l'Etat, ce qui lui impose, d'une part de mettre en œuvre tous les moyens possibles en vue de réaliser cet objectif, et d'autre part de ne pas chercher à faire reposer le coût de l'aide aux plus nécessiteux sur les cercles de solidarité qu'il prétendait initialement, soit remplacer, soit du moins soulager. Il est vrai que le coût de la précarité pour une Nation peut sembler considérable. Mais, d'une part, l'existence même de la précarité relève, au moins pour partie, de la responsabilité même de l'Etat,

¹²³³ F. Kessler et F. Géa, « *Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion* », préc., spéc. p. 319.

¹²³⁴ F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 221.

¹²³⁵ P. Laroque (dir.), *Politique de la vieillesse*, La Documentation Française, 1962, spéc. p. 177.

¹²³⁶ F. Kessler et F. Géa, « *Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion* », préc., spéc. p. 333.

¹²³⁷ F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 232-233.

qui ne devrait pas pouvoir pallier ses carences en sollicitant les familles. D'autre part, il est, d'un point de vue sociologique, probable qu'une personne ayant besoin de l'intervention d'une aide sociale soit issue d'un groupe familial qui, lui-même, ne baigne pas dans l'aisance. Le principe de subsidiarité de l'aide sociale revient alors à « faire payer les pauvres pour les très pauvres »¹²³⁸. Ces considérations imposent, pour que l'obligation alimentaire ne soit pas dévoyée et que le risque collectif de précarité d'une partie de la population soit au mieux prise en charge, de procéder à une forme de socialisation des aliments par le recul du principe de subsidiarité de l'aide alimentaire.

Ces écueils n'ont pas laissé indifférent le législateur, de sorte qu'à compter des années 70, on a vu se multiplier des mesures incitatives à l'exercice spontané de la solidarité familiale, en dehors du principe de subsidiarité de l'aide sociale.

¹²³⁸ F. Kessler et F. Géa, « *Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion* », préc., spéc. p. 318.

II) Les mesures incitatives à l'exercice spontané de la solidarité intrafamiliale

500. Prenons, sur ces mesures incitatives, deux points de vue complémentaires. Le premier, global, sera un constat : celui de la remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale (A). Le second, particulier, sera une étude de cas : celui de l'émergence de la figure, contemporaine, de l'aidant familial (B).

A) La remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale

501. La conscience des limites du principe de subsidiarité de l'aide sociale a conduit à ce que soit envisagée sa disparition progressive, ou du moins son recul, aux fins de mettre en œuvre une politique d'aide sociale plus conforme aux principes qui la sous-tendent. C'est sur ce fondement qu'ont commencé à apparaître des prestations sociales sans recours contre les obligés alimentaires.

502. Ce processus s'est engagé, dès les années 70, à travers la suppression des références aux obligations alimentaires en premier lieu dans un certain nombre de prestations d'aide et de sécurité sociale dédiées aux personnes handicapées. La *loi n°75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées* fut à cet égard une étape importante, puisqu'elle fut à l'origine de la création de l'allocation adulte handicapé, qui a été très explicitement conçue comme n'étant pas susceptible de donner lieu à un recours contre les obligés alimentaires : c'était donc la première mise à l'écart du principe de subsidiarité de l'aide sociale, et cette mise à l'écart deviendra, en matière de prestations sociales et d'aides sociales accordées aux personnes handicapées, le principe, notoirement réaffirmé lors de la mise en place de la prestation de compensation du handicap, ou encore dans le régime de l'aide sociale à l'hébergement des personnes handicapées qui, contrairement à l'ASH accordée aux personnes âgées, ne peut pas faire l'objet d'une récupération¹²³⁹.

¹²³⁹ L'article L. 344-5 du code de l'action sociale et des familles disposant explicitement que le surplus des frais d'hébergement au regard des capacités financières de la personne handicapée est pris en charge par l'aide sociale « sans qu'il soit tenu compte de la participation pouvant être demandée aux personnes tenues à l'obligation alimentaire à l'égard de l'intéressé ». Précisons qu'il ne sera pas question, ici, de lister les différentes aides sociales et prestations de sécurité sociale en indiquant si les obligés alimentaires du bénéficiaire peuvent faire l'objet d'un recours : ce travail, qui n'est pas l'objet de cette étude, a par ailleurs déjà été effectué par F. Maisonnasse dans sa thèse précédemment citée (v. Annexe 2, Evolution des recours contre les débiteurs alimentaires et des récupérations contre la succession, les donataires et les légataires, p. 394 s.).

S'agissant des personnes handicapées, notons qu'un pas supplémentaire a d'ailleurs été franchi grâce à la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat et au décret n° 2022-1694 du 28 décembre 2022 relatif à la déconjugalisation de l'allocation aux adultes handicapés : rappelons qu'avant ces textes, le calcul du montant de l'allocation prenait en compte non seulement les ressources propres de la personne handicapée, mais également celles de la personne avec laquelle elle vivait en couple. Or, cette prise en compte pouvait conduire à priver le bénéficiaire de l'AAH de tout ou partie de cette aide, ce qui était regrettable à bien des égards, dans la mesure où l'adulte handicapé était ainsi systématiquement considéré comme étant à la charge, et donc dépendante, de la personne avec laquelle il vivait, ce qui était à la fois un facteur supplémentaire de perte d'autonomie et un obstacle supplémentaire à la vie de couple des personnes handicapées, privées partiellement ou complètement de ressources propres et donc de possibilité de contribuer à un foyer. Le refus de prendre en compte les revenus de l'autre membre du couple participe ainsi du recul du principe de subsidiarité de l'aide sociale puisqu'on vient, ici, faire obstacle aux règles tenant à l'organisation patrimoniale du couple, qu'il s'agisse du droit des obligations alimentaires ou du droit des régimes matrimoniaux.

503. Plus récemment, une figure inédite est venue proposer une nouvelle manière de limiter l'effet du principe de subsidiarité de l'aide sociale, en matière d'ASH des personnes âgées : la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien-vieillir et de l'autonomie est en effet venue exclure expressément, à l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles, les petits-enfants du cercle des personnes auxquelles une participation financière peut être demandée, sur le fondement de l'obligation alimentaire, dans le cadre d'une demande d'aide sociale à l'hébergement pour le compte de l'un de leurs grands-parents.

Cette figure, sur laquelle nous reviendrons dans le chapitre suivant, vient ainsi marquer une nouvelle forme d'exception au principe de subsidiarité : alors qu'auparavant, les limites étaient fixées en raison de la nature de l'aide apportée, étant considéré qu'il n'était pas souhaitable qu'une aide sociale particulière fasse l'objet d'une récupération, la limite posée l'est ici en considération de la qualité de la personne susceptible d'être actionnée, de manière limitée à une hypothèse isolée. Il n'est ainsi pas opéré, par exemple, d'exception générale pour toutes les aides sociales concernant le petit-enfant, ce qui aurait pu sembler plus cohérent. Il sera donc intéressant d'observer si cette exception entraîne d'autres.

504. En matière familiale, il faut, par-delà la seule question de l'aide sociale, remarquer que la faveur du législateur se manifeste particulièrement par la mise en place de multiples mesures de soutien aux familles, décorréées de toute mise en œuvre d'obligations alimentaires. Il est à ce titre remarquable que le code de l'action sociale et des familles vienne prévoir et énoncer, dès son deuxième article, un ensemble d'aides non récupérables¹²⁴⁰, et que le code de la sécurité sociale vienne consacrer un livre entier aux prestations familiales¹²⁴¹. En réalité, ces mécanismes sont précisément ceux qui réalisent le mieux et le plus efficacement l'idéal révolutionnaire de soutien aux familles. Barère appelait à trouver les moyens « d'organiser les secours à domicile » afin de soutenir toute une famille, et non un individu arraché à son cercle familial : en apportant à la famille au sens de famille nucléaire un soutien direct, et en ne prenant en compte que ses ressources propres, le législateur vient en effet marquer une faveur particulière pour un système de soutien collectif aux fonctions familiales. La logique est ici pleinement respectée puisqu'il s'agit de permettre à la famille, soulagée d'un certain nombre d'aspects financiers pour lesquels elle reçoit des aides, de pouvoir exercer ses fonctions, y compris de solidarités, avec le sentiment d'être collectivement soutenue. C'est alors la société dans son ensemble qui marque son soutien à la famille et à ses fonctions.

Dans ce mouvement, le droit de la famille contemporain a vu émerger une nouvelle figure, remarquée et encore en construction : celle de l'aidant familial.

B) L'essor du soutien familial : l'émergence de la figure de l'aidant

505. La notion d'aidant familial ou de proche aidant renvoie à la personne qui, au sein d'une famille, vient consacrer tout ou partie de son temps pour venir en aide à un autre membre de la famille qui, en raison de son âge, de sa maladie ou des altérations temporaires ou permanentes de ses facultés physiques ou intellectuelles, est dépendante de l'aide d'autrui pour l'accomplissement de diverses tâches de la vie quotidienne. La figure de l'aidant familial, en raison de la charge que peut représenter, dans certaines hypothèses, la fonction qu'il occupe, pose deux séries de questions : la première concerne l'accompagnement des aidants familiaux, et la seconde l'éventuelle récompense à laquelle le fait d'avoir endossé des fonctions d'aidant pourrait lui donner droit.

¹²⁴⁰ V. article L. 112-2 du code de l'action sociale et des familles.

¹²⁴¹ V. article L. 511-1 du code de la sécurité sociale, venant lister les prestations familiales.

506. Le droit français est longtemps resté hermétique à toute idée de mise en valeur d'une figure d'aidant familial, notamment en raison de l'existence, au sein du droit de la famille, d'un devoir d'assistance qui ferait de l'exécution des fonctions du *care*¹²⁴² la simple exécution d'une obligation, partant non susceptible de réparation ou de récompense, *a fortiori* tant que la division genrée du travail social a maintenu les femmes dans le rôle d'épouses et de mères assurant l'essentiel des fonctions du *care*, comprises dans le travail ménager¹²⁴³. Pourquoi valoriser, voire favoriser, l'aidant, s'il ne fait qu'exécuter un devoir de famille ?

507. Tout d'abord, en raison de l'utilité sociale de la figure de l'aidant. Il est en effet indéniable que l'aidant familial occupe un rôle qui, s'il ne l'avait pas endossé, rendrait probablement nécessaire une prise en charge par la collectivité voire, plus prosaïquement, que l'existence des aidants familiaux permet largement de compenser les carences constatées en matière de soignants, d'aides à domicile, de centres d'accueils, d'établissements spécialisés, etc. L'aidant familial, ainsi, soulage ou retarde la charge de la collectivité, ce qu'on observe particulièrement dans le cas des personnes âgées ou malades, où les relais familiaux rendent moins nécessaire, retardent ou évitent une prise en charge publique¹²⁴⁴. Un rapport de 2011 indiquait à cet égard que :

« Près de 4 millions de femmes et d'hommes non professionnels accompagnent gratuitement une personne malade, âgée ou handicapée de leur entourage familial sans y avoir été formés. Appelés aidants informels ou familiaux ou encore, « naturels », ils se situent majoritairement au sein de la « génération pivot » des 45 à 64 ans, laquelle soutient simultanément ses enfants, ses petits-enfants et ses parents (53,9 % des aidants ayant au moins un enfant à charge). Le volume d'heures d'aide apporté par les aidants représente deux à trois fois celui de l'aide professionnelle car leur domaine d'intervention est plus large : il comprend non seulement les activités de la vie quotidienne – repas, hygiène, tâches ménagères – mais aussi un soutien moral. La valeur de cette aide informelle non rémunérée a fait l'objet de peu d'études mais a été récemment estimée à 8 milliards d'euros¹²⁴⁵. À titre de comparaison, le Royaume-Uni l'a, quant à lui, évaluée en 2007 à environ 104,4 milliards

¹²⁴² Notion qui, pour rappel, renvoie à l'attention portée aux autres et au bien-être d'autrui, ainsi qu'à la mise en œuvre de toutes les conditions matérielles, affectives et morales qui entourent la réalisation de celle-ci. Sont ainsi considérés tant les aspects matériels qu'affectifs qui correspondent, pour l'essentiel, aux devoirs d'assistance et de secours.

¹²⁴³ F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 329 s.

¹²⁴⁴ D. Everaert-Dumont note à cet égard que « la société toute entière a intérêt à valoriser ce comportement de l'enfant qui, par son action, évite de mobiliser des organismes sociaux qui, en définitive, eux aussi, font l'économie de dépenses liées à l'hospitalisation du malade » (v. D. Everaert-Dumont, « L'assistance aux parents âgés : quand le dévouement devient source d'indemnisation ou de rémunération », in *Les Petites Affiches*, 19 novembre 2003, n°231, p. 8).

¹²⁴⁵ V. l'analyse de G. Thual, « Les proches de personnes malades aujourd'hui : état des lieux », in *Réciproques*, avril 2010, p. 11.

d'euros, ce qui représente près de 7 % de plus que la somme des dépenses publiques engagées dans ce domaine (soit 98,05 milliards d'euros (32) »¹²⁴⁶.

Ainsi, la charge financière que représenterait, si elle devait en assurer les fonctions, le travail pris en charge par les aidants familiaux serait vraisemblablement insupportable pour les finances publiques, de sorte que la collectivité a tout intérêt à maintenir et à soutenir ces fonctions. Outre l'aspect quantitatif, l'aidant familial est, lorsqu'une aide publique intervient, un des meilleurs relais de son action : proche de la personne prise en charge, il pourra servir d'intermédiaire entre celle-ci et les différents acteurs mobilisés. Intime de la personne prise en charge, il est plus à même de la comprendre, notamment lorsque sa perte d'autonomie s'accompagne de difficultés à communiquer, et à préserver son intimité et sa dignité y compris dans la maladie. Son intervention, en outre, permet de maintenir, au moins provisoirement, la personne vulnérable à domicile, ce qui limite les besoins en matière d'infrastructures, et permet de réduire l'impact, pour la personne vulnérable, de son état sur ses habitudes et son cadre de vie. Dédié uniquement au soutien d'une personne, il n'a encore pas à subir des contraintes liées aux pénuries de personnels médicaux et paramédicaux qui conduisent parfois à des prises en charge minutées : la qualité des soins prodigués par l'aidant, à condition qu'il puisse bénéficier du support nécessaire, notamment médical, sera donc potentiellement meilleure, du simple fait du temps et de l'affection qu'il peut consacrer à sa tâche.

508. Ensuite, parce que dans un certain nombre de cas, le rôle de l'aidant a conduit à une rupture d'égalité au sein du groupe familial. Les cas, en la matière, peuvent être très divers, mais s'il est des situations où la charge d'un membre de la famille en perte d'autonomie donne lieu à une répartition équitable entre les différents acteurs familiaux, il est aussi des situations où l'un des membres de la famille, par exemple pour des raisons de proximité géographique ou d'activité professionnelle, se dédie proportionnellement davantage que les autres, voire exclusivement. L'effort consenti par l'aidant familial soulage alors non seulement la personne aidée, mais également tous les autres membres de la famille qui, en raison du dévouement de l'aidant, ont vu leur charge propre diminuée.

¹²⁴⁶ M. Dubois, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le genre et la dépendance*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2011.

509. Le droit français, d’abord réticent, s’est ainsi peu à peu ouvert, d’abord, à l’idée de l’existence d’une créance d’assistance, avant de consacrer juridiquement la figure de l’aidant familial.

La notion de créance d’assistance est née sur le fondement de l’enrichissement sans cause, cette possibilité ayant été reconnue par l’arrêt Fourret du 12 juillet 1994. La Cour de cassation a alors jugé que « le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents »¹²⁴⁷. Autrement dit, il était envisageable, certes sous des conditions très spécifiques, que l’investissement d’un membre de la famille à l’égard d’un autre puisse être considéré comme dépassant le devoir d’assistance attendu de sa part, et si cet investissement avait tout à la fois enrichi celui qui avait bénéficié de l’aide – par exemple en limitant ses charges liées à des besoins d’aide à domicile ou d’hébergement spécialisé – et appauvri l’aidant – notamment en raison des pertes de revenus provoquées par son investissement. Il était alors notamment envisageable de faire valoir la créance d’assistance à l’encontre de la succession de l’aidé.

Le procédé était toutefois limité et incertain¹²⁴⁸ : il était donc indispensable, à moyen terme, de reconnaître une figure juridique spécifique de l’aidant familial. Une fois n’est pas coutume, c’est dans le cadre de la législation applicable aux personnes handicapées que cette innovation est apparue, *la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées* ayant accordé un certain nombre de droits à l’aidant, mais sans le définir précisément, et en limitant cette qualité aux aidants de personnes handicapées. C’est ainsi surtout *la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l’adaptation de la société au vieillissement* qui va consacrer à la figure de l’aidant une attention toute particulière, en dédiant tout un chapitre à l’objectif de « soutenir et valoriser les proches aidants ». Cette loi portait deux objectifs principaux au regard des proches aidants : d’une part, les définir, et d’autre part, les doter d’un statut propre. Le proche aidant est ainsi désormais défini par l’article L. 113-1-3 du code de l’action sociale et des familles, qui dispose que : « est considéré comme proche aidant d'une personne âgée son conjoint, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, un parent ou un allié, définis comme aidants familiaux,

¹²⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, n°92-18.639, Bull.

¹²⁴⁸ F. Maisonnasse, *L’articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 337 s.

ou une personne résidant avec elle ou entretenant avec elle des liens étroits et stables, qui lui vient en aide, de manière régulière et fréquente, à titre non professionnel, pour accomplir tout ou partie des actes ou des activités de la vie quotidienne ».

510. En matière de statut, les proches aidants se sont vu accorder un certain nombre de droits destinés aussi bien à favoriser l'accomplissement de leur mission d'aidants qu'à leur permettre, au regard de la difficulté de la tâche, de bénéficier d'une forme de répit. Les droits du proche aidant peuvent schématiquement être distingués, selon qu'il s'agit de lui permettre d'aménager son temps de travail, et plus précisément d'assurer la conciliation entre son temps de travail professionnel et le temps dédié aux activités d'aide, ou de lui offrir une forme de rémunération par la collectivité.

Une grande innovation de cette loi a été la mise en place de la possibilité, pour le proche aidant d'un bénéficiaire de l'allocation personnalisée d'autonomie, de bénéficier de « dispositifs répondant à des besoins de répit »¹²⁴⁹ : il s'agit de mettre en place, pour assurer à l'aidant familial la possibilité de « souffler » un peu, des solutions destinées, soit à permettre d'assurer un relai ou un soutien dans l'accompagnement de la personne aidée, soit à permettre à l'aidant et à son proche en situation de bénéficier de vacances adaptées pour assurer tant la prise en charge de la personne vulnérable que des moments de répit pour l'aidant¹²⁵⁰. L'objectif, dans tous les cas, est de lutter contre la précarité sociale et psychologique des aidants familiaux, en évitant leur enfermement¹²⁵¹. Le procédé, toutefois, reste assez embryonnaire, et demande à être développé.

511. C'est avant tout l'aménagement du temps de travail qui semble avoir concentré l'attention du législateur, soit qu'il s'agisse de suspendre, soit qu'il s'agisse d'aménager le temps de travail de l'aidant. La figure principale de cet aménagement est aujourd'hui le congé de proche aidant¹²⁵², prévu par les articles L. 3142-16 et suivants du code du travail, qui permet au salarié de cesser temporairement son activité professionnelle pour s'occuper d'une personne handicapée ou invalide ou en perte d'autonomie ou âgée. Sa durée est en principe de trois mois renouvelables, sans pouvoir toutefois excéder un an « pour l'ensemble de la carrière » du salarié¹²⁵³. Il est également possible, pour l'aidant, de préférer, plutôt que de suspendre son activité professionnelle,

¹²⁴⁹ Article L. 232-3-2 du code de l'action sociale et des familles.

¹²⁵⁰ Cette possibilité a d'abord été ouverte pour les aidants de personnes handicapées, mais a vocation à pouvoir être étendue aux aidants de personnes vulnérables.

¹²⁵¹ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 358 s.

¹²⁵² Anciennement congé de soutien familial.

¹²⁵³ Article L. 3142-19 du code du travail.

de la réduire, et d'adopter une mesure de temps partiel¹²⁵⁴. Le dispositif est toutefois moins encadré, et répond plutôt aux conditions du travail à temps partiel, et donc d'un arrangement avec l'employeur. Signalons, enfin, *la loi n° 2018-84 du 13 février 2018 créant un dispositif de don de jours de repos non pris au bénéfice des proches aidants de personnes en perte d'autonomie ou présentant un handicap*, qui a ouvert la possibilité, pour les salariés du secteur privé comme du secteur public, de donner des jours de repos à leurs collègues aidants.

Malgré leurs limites, ces dispositifs ont l'avantage de permettre au salarié de pouvoir se consacrer à l'aide apportée à son proche, tout en continuant à bénéficier de ses droits sociaux – au titre de la maladie, de la maternité, etc. –, et en bénéficiant, vis-à-vis de son employeur, tant de la garantie que le congé lui sera accordé, le congé ne pouvant lui être refusé, que du retour à son emploi ou à un emploi similaire avec des conditions de rémunération équivalentes¹²⁵⁵.

512. La rémunération du proche aidant peut intervenir *via* différents dispositifs. Historiquement, les deux premières mesures apparues ont été la possibilité, pour le bénéficiaire de la prestation de compensation du handicap, de pouvoir mobiliser cette prestation pour rémunérer son aidant¹²⁵⁶, et la possibilité, à la même fin, pour la personne en bénéficiant, de mobiliser son allocation personnalisée d'autonomie¹²⁵⁷. Toutefois, ces deux hypothèses concernent la possibilité, pour un particulier en situation de perte d'autonomie, de rémunérer un proche, certes éventuellement *via* des aides sociales qui lui sont accordées, mais la rémunération vient de la personne aidée, et non de la collectivité.

La création de l'AJPA, allocation journalière du proche aidant¹²⁵⁸, par *la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020*, et dont le régime est prévu par les articles L. 168-8 et suivants et D. 168-11 et suivants du code de la sécurité sociale, est à ce

¹²⁵⁴ Article L. 3142-20 du code du travail.

¹²⁵⁵ Article L. 3142-22 du code du travail.

¹²⁵⁶ V. articles L. 245-3 et suivants du code de l'action sociale et des familles. Les conditions en sont précisées par l'article D. 245-8 du code de l'action sociale et des familles, qui dispose que « En application du deuxième alinéa de l'article L. 245-12, la personne handicapée ou, si elle est mineure, la personne qui en a la charge peut utiliser les sommes attribuées au titre de l'élément lié à un besoin d'aide humaine de la prestation de compensation pour salarier un membre de la famille de la personne handicapée autre que le conjoint, le concubin ou la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité ou autre qu'un obligé alimentaire du premier degré, à condition que ce dernier n'ait pas fait valoir ses droits à la retraite et qu'il ait cessé ou renoncé totalement ou partiellement à une activité professionnelle pour être employé par la personne handicapée ou, si elle est mineure, la personne qui en a la charge. Toutefois, lorsque son état nécessite à la fois une aide totale pour la plupart des actes essentiels et une présence constante ou quasi-constante due à un besoin de soins ou d'aide pour les gestes de la vie quotidienne, la personne handicapée majeure ou émancipée peut utiliser ces sommes pour salarier son conjoint, son concubin, la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité ou un obligé alimentaire du premier degré ».

¹²⁵⁷ V. article L. 232-7, alinéa 2 du code de l'action sociale et des familles.

¹²⁵⁸ Précisons qu'il existait déjà auparavant une allocation journalière d'accompagnement d'une personne en fin de vie, prévue par les articles L. 168-1 et suivants du code de la sécurité, mais dont les conditions d'accès étaient plus restrictives, puisqu'elle était réservée aux personnes « qui accompagnent à domicile une personne en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable », et dont la durée était moindre, puisqu'elle ne pouvait excéder 21 jours.

titre une évolution considérable, puisqu'il s'agit pour la collectivité de rémunérer directement celui qui, par son action, effectue un rôle de *care* qui est bénéfique certes pour la personne aidée, mais également pour la société. Il s'agit pour le proche aidant, et sous conditions, de bénéficier durant son congé de proche aidant d'une indemnisation, dont le montant journalier, au 1^{er} janvier 2024, est fixé à 64,54 euros, étant précisé qu'aux termes de l'article D. 168-12 du code de la sécurité sociale, le nombre d'allocations journalières versées au proche aidant au titre d'un mois civil ne peut être supérieur à 22, soit un total maximum de 1.419,88 euros par mois.

Précisons que le *décret n° 2024-697 du 5 juillet 2024 relatif à la durée de versement de l'allocation journalière du proche aidant*, qui est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2025, est venu ajouter un II° à l'article D. 168-12 du code de la sécurité sociale, indiquant, d'une part, que « les allocations journalières sont versées au proche aidant dans la limite d'une durée de soixante-six jours », ce qui limite considérablement le bénéfice de cette allocation, mais également, d'autre part, que « lorsque la durée mentionnée à l'alinéa précédent est atteinte, le droit à l'allocation journalière du proche aidant peut être renouvelé si le proche aidant apporte son aide à une personne différente de celle au titre de laquelle il a précédemment bénéficié de cette allocation », étant précisé que « le nombre maximal d'allocations journalières versées à un bénéficiaire ne peut être supérieur à 264 sur l'ensemble de la carrière de ce bénéficiaire ». Autrement dit, l'AJPA ne peut être versée, pour le congé de proche aidant relatif à un proche, plus de 66 jours, quand bien même la durée du congé de proche aidant excéderait, du fait de ses renouvellements, cette durée, ce qui en limite naturellement la portée.

513. Le dispositif actuellement mis en place présente ainsi des lacunes, tenant essentiellement à la durée du congé et à la rémunération des aidants. La durée, d'une part, convient certes à des maladies courtes, ou à une fin de vie rapide accompagnée d'une perte d'autonomie courte. Elle est toutefois inadaptée à un certain nombre d'hypothèses telles que le grand âge ou des maladies dont la durée peut être longue et indéterminée, comme certaines maladies neurodégénératives. Il faudrait envisager, alors, des congés plus longs, éventuellement sous conditions d'évaluation ou d'avis médical. Le montant de l'AJPA, ensuite, peut sembler, dans un certain nombre de cas, insuffisant, ce qui tient essentiellement au fait que sa formule de calcul ne prend pas en compte le salaire précédent du proche aidant¹²⁵⁹. Dans cette mesure, si le dispositif est adapté pour les chômeurs ou les travailleurs et indépendants percevant des revenus considérés

¹²⁵⁹ Formule de calcul prévue, dans des termes propres à cette matière, par l'article D.168-13 du code de la sécurité sociale.

comme minimaux par la société¹²⁶⁰, il n'est pas, par son montant et ses modalités, attractif, en particulier pour les personnes qui, ayant des revenus plus élevés, ne pourraient bénéficier de ce dispositif qu'en faisant un effort financier parfois important, au vu de la perte de revenus que ce dispositif impliquerait. Il s'agit alors de leur demander, en plus du sacrifice personnel que représente le fait d'endosser la qualité d'aidant, de voir se dégrader pour partie leurs conditions matérielles d'existence. Or, l'aggravation de la situation économique des aidants familiaux ne peut pas être une option. Il conviendrait donc de poursuivre la réflexion en faisant progresser l'attractivité du dispositif mis en place, pour qu'être aidant coûte moins¹²⁶¹.

514. On arguera, alors, qu'il est possible à ceux qui ont davantage de moyens de recourir à des aides extérieures rémunérées, mais cette remarque se heurte à trois séries de considérations.

En premier lieu, d'un point de vue matériel : il n'est pas si aisé, quelle que soit la zone considérée mais, notamment, dans les territoires les plus ruraux, de trouver une telle aide, tant il y a, dans ce domaine particulier, un manque de personnel.

En second lieu, d'un point de vue financier, de deux choses l'une : soit le recours à une personne tierce coûte effectivement fort peu cher, mais dans ce cas, ce système ne pourra tenir, socialement, que du fait de la paupérisation de tout le domaine professionnel du *care*, ce qui est déjà le cas et pourrait encore s'aggraver. Soit, inversement, on décide d'encourager et de soutenir cette branche professionnelle en revalorisant les rémunérations versées à la hauteur de l'utilité sociale de ces professions mais, dans ce cas, et sauf à prévoir une vaste politique d'aide sociale pour la financer, le recours à une aide extérieure sera inaccessible pour une grande partie de la population.

En troisième lieu et enfin, cela suppose une volonté de désengager la famille des fonctions de solidarité intrafamiliale et de prétendre qu'une personne tierce et un aidant familial ont des fonctions substituables : cette affirmation est inexacte, et il semble que ces fonctions sont en réalités complémentaires. Il convient, pour soutenir et susciter les solidarités familiales et la prise en charge, par tous, des fonctions du *care*, d'envisager le rôle potentiel de la famille et des tiers aidants dans une dynamique de synergie, et non d'opposition.

¹²⁶¹ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 371 s.

515. Peut-être une réflexion pourrait-elle être menée, de ce point de vue, en matière successorale, en accordant à l'aidant des droits spécifiques dans la succession de celui qu'il a aidé, soit sous la forme d'une créance, soit sous la forme d'une part ou d'une réserve successorale spécifique liée à la qualité d'aidant, ou encore que l'abattement successoral, concernant sa part, puisse être revue à la hausse (on pense notamment, ici, au cas des enfants de la personne aidée, ou encore de son concubin, dont la fiscalité successorale est particulièrement rigoureuse).

516. Ces réserves étant formulées, reste le constat qu'on ne peut qu'encourager le développement de ce type de soutien collectif à l'exercice spontané des solidarités intrafamiliales. D'un point de vue financier et de gestion des dépenses publiques, tout en renonçant au principe de subsidiarité de l'aide sociale, qui n'est ici pas en question, la promotion de la figure de l'aidant permet d'optimiser au mieux le soutien aux fonctions familiales, puisqu'elle vient permettre, encadrer et pour partie rétribuer l'exercice d'une fonction familiale de *care* qu'il est, par ailleurs, relativement malaisé d'encourager. D'un point de vue familial et de fonction normative du droit de la famille, le constat est de même globalement positif. C'est ainsi que de tels mécanismes semblent parfaitement correspondre, dans leur philosophie, aux conditions d'une fonction normative moderne, puisqu'ils encouragent, par des procédés facilitateurs et incitatifs, l'exercice d'une solidarité intrafamiliale qui sera d'autant mieux vécue et d'autant plus effective qu'elle se réalise sans contrainte ni coercition, qu'elle réinscrit socialement en témoignant d'une approbation et d'un encouragement étatique la réalisation de l'éthique du *care*, et enfin qu'elle ne sacrifie rien de la paix et de l'harmonie familiales sur l'autel de l'efficacité, contrairement à ce qui pouvait être reproché au principe de subsidiarité.

517. Reste une question donc, qui est celle du risque d'aggravation des stéréotypes de genre entourant les aidants familiaux¹²⁶², les fonctions du *care* étant, on le sait, davantage assurées par femmes, et plus largement de réaffirmer les inégalités de classe et de genre. Le rapport précité de Monsieur Dubois est à cet égard tout à fait explicite :

« Une comparaison entre le soin apporté aux personnes âgées dépendantes et le soin apporté aux enfants amène à constater que les tâches, travaux domestiques et soins du corps, reviennent majoritairement – et même traditionnellement – aux femmes. De fait, elles constituent 54 % des aidants familiaux. Mais quand la perte d'autonomie d'un ascendant s'aggrave ou devient psychique et que les soins sont plus contraignants (les soins au corps notamment), elles passent à 74 % des

¹²⁶² V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 377 s.

aidants. Les hommes aidants accomplissent de préférence certaines tâches matérielles comme gérer les dossiers administratifs, faire les courses. Ils assument cependant dans sa totalité le rôle d'aidants, lorsque leur conjointe perd son autonomie ou si, fils uniques, ils n'ont pas de femme. Ils ont plus facilement recours, quand leurs ressources le leur permettent, à des professionnels spécialisés pour la prise en charge d'une dépendance plus lourde. Au contraire, les aidantes retardent voire écartent une telle solution car elles la vivent comme une incapacité à assurer elles-mêmes l'accompagnement de leurs parents âgés. [...]

Le prix à payer face à la perte d'autonomie d'un proche dépend de l'état de dépendance de la personne âgée mais surtout des ressources familiales. Ce prix est plus élevé pour les groupes sociaux dont les revenus sont les plus faibles. Dans ces milieux, faute de possibilités et de moyens financiers pour accéder aux services à domicile, les soins envers les plus dépendants sont le plus souvent relégués aux femmes de la famille. [...] Or les milieux disposant de revenus faibles sont justement ceux où les personnes souffrent de handicaps plus nombreux et plus lourds.

Ces inégalités des solidarités familiales au détriment des femmes se conjuguent avec les difficultés certaines qu'elles doivent affronter pour concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale. Lorsque les aidant(e)s sont des salarié(e)s, à leurs obligations professionnelles s'ajoutent en effet leurs obligations filiales, mais aussi conjugales et parentales. »¹²⁶³.

Autrement dit, il convient, lors de la mise en place de tels mécanismes, de les accompagner de dispositifs permettant de lutter contre les stéréotypes de genre et les inégalités sociales, au risque, sinon, de voir ces dispositifs, « apparemment neutres, mais principalement utilisés par les femmes »¹²⁶⁴, être utilisés essentiellement par des femmes précaires, catégorie déjà surreprésentées dans les métiers de l'assistance aux personnes vulnérables et de l'aide à domicile¹²⁶⁵. Il ne faudrait pas prendre le risque de précariser davantage en déprofessionnalisant le secteur du *care* par l'incitation au travail familial des femmes¹²⁶⁶. Inversement, on pourrait rétorquer que l'apparition de la figure de l'aidant familial est une première marque de la prise en compte du travail domestique, essentiellement pris en charge par les femmes sans valorisation ni financière ni sociale. Or, cette prise en compte, qui est une demande récurrente notamment des

¹²⁶³ M. Dubois, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le genre et la dépendance*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2011.

¹²⁶⁴ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 379.

¹²⁶⁵ V. D. Brion, C. Desnoyers et J.-N. Maisonneuve (Insee), « Une majorité de femmes dans les métiers indispensables à la population », in *Insee Flash Bourgogne-Franche-Comté*, n°149, 7 mars 2022.

¹²⁶⁶ Tout en remarquant, naturellement, une différence de nature entre les fonctions des professionnels du soin à domicile et celles de l'aidant familial. Quel que soit son engagement auprès de son proche, l'aidant familial occupe une place propre, et la nature des soins et accompagnements nécessaires à la personne aidée suppose que, notamment pour des raisons de compétences techniques et médicales, et de respect de l'intimité et de la dignité de la personne, un certain nombre de tâches ne puissent pas être accomplies par l'aidant.

mouvements féministes, pourrait constituer une base de réflexion fondamentale pour une meilleure appréhension des dynamiques familiales, et pour lutter contre les inégalités de genre dans la répartition du travail social : il faudrait donc non pas craindre l'apparition de cette figure de l'aidant familial, mais la regarder comme un commencement dans la prise en compte et la mise en valeur du travail domestique non rémunéré, susceptible, à long terme, d'entraîner des changements juridiques et sociaux profonds.

Il y a donc, ici comme ailleurs, un équilibre à trouver entre considérations de soutien familial, d'une part, et de lutte contre les inégalités de classe et de genre, d'autre part. C'est, entre autres, sur ces fondements que peut se construire, dans le futur, le renouveau de la fonction normative du droit de la famille à l'heure du développement de son rôle instrumental.

Conclusion du chapitre 1

518. La confrontation des approches respectives du droit de la famille et d'autres branches du droit permet ainsi de mettre au jour deux dynamiques essentielles.

La première tient à l'existence d'appréhensions différentes, par d'autres branches du droit, tant du groupe familial que des obligations alimentaires. C'est ainsi que, s'agissant du droit fiscal et du droit pénal, on a pu déceler des considérations comptables ou psychologiques qui conduisent ces matières à procéder à une différenciation moindre des modèles familiaux. Ce faisant, ces droits questionnent l'appréhension familialiste du groupe familial, et permettent d'envisager son évolution. Il faut toutefois remarquer que cette différence d'approche peut, parfois, conduire à des effets indésirables, tels que la prise en compte sociofiscale des aliments par le droit fiscal, dont le régime peut sembler critiquable et qu'il est, ici, proposé de changer.

La seconde, qui est essentielle, tient au soutien technique offert par de nombreuses branches du droit à l'exécution de l'obligation alimentaire. On peut, notamment, évoquer le rôle des procédures civiles d'exécution, qui visent à assurer l'exécution forcée de l'obligation alimentaire, ou encore du droit pénal, qui permet, *a posteriori*, d'en punir l'inexécution, à travers notamment les délits d'abandon de famille et d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité. La principale innovation de ces dernières années semble, toutefois, être la mise en place, sur le modèle du droit québécois, de l'intermédiation financière, par l'instauration en droit français de l'ARIPA et de la GIPA.

Toutes ces mesures semblent être de nature à faire émerger une logique de soutien à la solidarité intrafamiliale, et donc d'exécution spontanée de l'obligation alimentaire, dans le cadre d'un processus qu'il convient d'encourager et de poursuivre, notamment par la prise en considération, en droit français, des fonctions du *care*, promotion qui peut, notamment, prendre la forme du soutien aux aidants familiaux, dont le statut doit être consolidé et renforcé.

Chapitre 2. La fonction normative du droit de la famille à l'heure du développement de son rôle instrumental

519. Le rapport de l'Etat à la famille est, depuis plus d'un siècle, marqué par une ambiguïté qui ne cesse de s'accroître. Est en effet affirmé, comme en dispose l'article 9, aliéna 1^{er}, du Code civil, que « chacun a droit au respect de sa vie privée » : par conséquent, l'interventionnisme étatique au sein de la sphère familiale est perçu comme illégitime dans son principe. Dans le même temps, et notamment pour des raisons liées à une politique nataliste, est affirmée la dépendance de la Nation à une famille et une natalité fortes, justifiant une intervention de l'Etat aux fins de favoriser un « réarmement démographique »¹²⁶⁷. C'est déjà ce qui avait justifié l'intervention de l'Etat et la mise en place de politiques familiales, bien avant l'instrumentalisation des thématiques familiales par le gouvernement de Vichy dans le cadre de son programme dit de « redressement national ». La première étape notable, en la matière, de l'époque moderne tardive, loin des présupposés faisant, soit du charnier de la première Guerre mondiale, soit de la volonté de Pétain, la matrice originelle des politiques familiales françaises, est l'institution des allocations familiales par la loi du 14 juillet 1913 relative à l'assistance aux familles nombreuses¹²⁶⁸. Suivront les politiques natalistes de l'entre-deux guerres, destinées à repeupler une France décimée, le Code de la famille et de la natalité françaises instauré par le décret-loi du 29 juillet 1939¹²⁶⁹, puis le régime de Vichy, qui a fait de la famille une « divinité nouvelle », pour reprendre les mots de P. Giolitto¹²⁷⁰, au service de la « Révolution nationale » voulue par Pétain. Dans cette dernière occurrence de l'interventionnisme étatique, il ne s'agit plus seulement de favoriser la natalité, mais de faire du contrôle moral de la famille la base du contrôle moral exercé sur la Nation entière, aux fins d'imposer un ordre moral nouveau.

¹²⁶⁷ « Notre France sera aussi plus forte par la relance de sa natalité. Nous étions, jusqu'à récemment, un pays dont c'était la force, sans doute la singularité en Europe quand on se comparait aux voisins, et c'est moins vrai depuis quelques années. Alors il y a derrière cela des angoisses qui vont avec la société, peut-être des choix pris jadis sur certains sujets financiers. [...] La natalité baisse aussi parce que l'infertilité progresse. Et je parle là d'une forme de tabou du siècle, mais les mœurs changent, on fait des enfants de plus en plus tard. L'infertilité masculine, comme féminine, a beaucoup progressé ces dernières années et fait souffrir beaucoup de couples. Un grand plan de lutte contre ce fléau sera engagé pour permettre justement ce réarmement démographique » (*Conférence de presse de M. Emmanuel Macron, président de la République, sur les priorités du nouveau gouvernement en matière d'école, d'ordre public, d'économie, de natalité, d'égalité des chances, d'écologie, de services publics et de santé*, à Paris le 16 janvier 2024).

¹²⁶⁸ V. C. Capuano, *Vichy et la famille – Réalités et faux-semblants d'une politique publique*, Presses universitaires de Rennes, 2009.

¹²⁶⁹ Notons que ce décret-loi intervenait parfois de manière très globale contre les problèmes sociaux considérés comme ayant un impact sur la famille, comme par exemple la pornographie ou l'alcoolisme, et avec des méthodes qui seraient aujourd'hui et à juste titre perçues comme discriminatoires, telles que l'instauration d'une « contribution complémentaire sous forme de surtaxe spéciale » imposée à « l'héritier qui, âgé au moins de trente ans, n'a pas d'enfant au moment de l'ouverture de la succession qui lui est dévolue ». V. M. Chauvière, « L'expert et les propagandistes – Alfred Sauvy et le Code de la Famille de 1939 », in *Population*, 1992, p. 1441.

¹²⁷⁰ P. Giolitto, « La famille, divinité nouvelle », in P. Giolitto (dir.), *Histoire de la jeunesse sous Vichy*, Perrin, 1991, p. 35.

En témoigne, par exemple¹²⁷¹, le rapport du régime de Vichy à deux sujets que sont le divorce, d'une part, et l'avortement, d'autre part. Sur le divorce, ainsi, le législateur vichyssois est venu, par la loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, en restreindre la possibilité, interdisant que celui-ci intervienne dans les trois premières années de mariage, sans aller, toutefois, jusqu'à l'interdire complètement, comme cela lui avait pourtant été demandé¹²⁷². C'est également par cette loi qu'apparaît la formule, toujours présente dans l'article 242 du code civil, selon laquelle le divorce pour faute peut être demandé en présence de faits constitutifs d'une « violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage » qui « rendent intolérable le maintien de la vie commune » : il s'agissait, par l'introduction de cette double condition¹²⁷³, de restreindre l'accès au divorce, ce dernier étant présenté comme une menace à la stabilité de la famille, à la natalité, et donc comme une menace à la stabilité de la Nation. Sur l'avortement, le symbole de la politique répressive de Vichy restera l'affaire Giraud, « faiseuse d'anges » guillotinée en juillet 1943. La loi n°300 du 15 février 1942 relative à la répression de l'avortement a en effet assimilé les avorteurs et avorteuses aux « individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique » : ils sont à cet égard susceptibles d'être traduits devant le tribunal d'Etat, juridiction d'exception créée par une loi du 7 septembre 1941, et d'encourir non seulement des mesures d'internement administratif, mais également la peine de mort, en raison de l'atteinte à la sûreté de l'Etat que constitue, aux yeux du régime de Vichy, l'avortement.

Dans les deux cas, le régime de Vichy marque un rapport double à la famille : elle fait ainsi l'objet d'une mobilisation symbolique et d'une mise en avant, parfois accompagnée de soutiens, mais aussi d'une forte pression étatique, liberticide, marquée par une volonté d'imposer un modèle unique s'appuyant sur des conceptions et valeurs traditionnelles, patriarcales et genrées, et sur un système répressif fortement mobilisé. Il ne s'agit pas, alors, de soutenir la famille pour ce qu'elle est, mais bien de l'instrumentaliser au service d'un projet national faisant de la famille et de ses membres un moyen et non une fin. La famille est mobilisée au service de la « Révolution

¹²⁷¹ On aurait pu choisir d'autres exemples, tels que l'instrumentalisation de la notion de famille dans la devise de l'Etat français, notamment placée certes après le travail, mais avant la patrie, ou la récupération par le régime de Vichy de la fête des mères, fête pourtant antérieure (sur ce sujet, v. V. De Luca, « La fête des mères dans la première moitié du XXe siècle : la fabrique des mères méritantes », in *Histoire et Sociétés*, n°15, juin 2005, p. 30) mais dont l'investissement par les autorités publiques est inédit tant dans sa méthode que par son ampleur. A ce sujet, v. C. Capuano, *Vichy et la famille – Réalités et faux-semblants d'une politique publique*, préc., notamment dans son chapitre 11, « Propagande familiale, réseaux et territoires », p. 239 s.

¹²⁷² Sur ce sujet, v. P. Giolitto, « La famille, divinité nouvelle », in P. Giolitto (dir.), *Histoire de la jeunesse sous Vichy*, Perrin, 1991, p. 35. V. également J. Le Gac, « L'« Etrange défaite » du divorce? (1940-1946) » in *Vingtième Siècle – Revue d'histoire*, n°88, 2005, p.49. Notons d'ailleurs que si Pétain n'a pas voulu aller plus loin dans la restriction du divorce, c'est probablement également pour des raisons personnelles tenant d'une part à son respect relatif pour le mariage – prenons-en pour exemple cette citation, rapportée par l'article précité : « N'oubliez pas que le point de départ de tous les malheurs qui fondent sur les hommes est le mariage. Une longue observation me permet d'affirmer que, s'il y a des mariages supportables, il n'en existe pas d'heureux » – et d'autre part à son expérience personnelle, lui qui s'était vu refuser la main de celle qui allait, après un premier mariage et son divorce, devenir son épouse.

¹²⁷³ Le texte ne mentionnait antérieurement que des excès, sévices ou injures graves, sans exigence supplémentaire.

nationale » fantasmée par le régime, comme une image d'Epinal, parmi tant d'autres, d'une « France éternelle » qu'il s'agirait de « régénérer ». L'instrumentalisation de la famille et du droit de la famille est alors évidente.

520. Notons qu'à la Libération, le Gouvernement provisoire de la République française n'a pas détricoté l'ensemble de l'ouvrage familialiste du régime de Vichy : on peut notamment, à ce titre, évoquer l'ordonnance du 17 octobre 1944 relative aux allocations familiales, disposant dans son article premier que « sont validés les actes de l'autorité de fait se disant gouvernement de l'Etat français dits lois, décrets ou arrêtés relatifs au régime des allocations familiales »¹²⁷⁴, et noter que ce n'est pas pendant la période de Vichy mais bien après la Libération, en 1946, que le pic des condamnations pénales pour avortement a été atteint en France¹²⁷⁵.

La famille est devenue, quel que soit le régime qui la considère, l'objet d'une forme de contrôle social caractérisé par un interventionnisme étatique dont l'ampleur, la finalité et la méthode varient¹²⁷⁶. A l'époque contemporaine, on assiste, avec l'essor du pluralisme familial, à la fin d'une conception du contrôle étatique de la famille fondant la protection de celle-ci sur le critère d'une « normalité de modèle »¹²⁷⁷. Même si une approche particulièrement « normalisante » existe encore en droit de la famille, la normalité alors considérée semble être, avant tout, une « normalité comportementale ». Dans une approche ici qualifiée de « normalité de modèle », le critère de la normalité est le modèle d'une famille « légitime », présentée comme seul schéma acceptable. Or, ce n'est plus, désormais, la « déviance » par rapport à un modèle familial unique qui fonde l'intervention du droit dans la famille, mais la déviance par rapport à un comportement attendu quel que soit le schéma familial. Que l'on songe, par exemple, aux normes comportementales qui existent en matière de parentalité, dessinant le comportement du « bon parent ». Il ne s'agit donc plus d'assurer « la protection de l'individu contre la famille anormale »¹²⁷⁸, mais, dans un présupposé d'acceptation des modèles familiaux dans leur diversité, d'admettre que puissent être régulés des comportements intrafamiliaux – tel l'exemple, précité, des violences sexuelles et sexistes, ou encore celui de l'inceste – ou des pratiques individuelles – telles

¹²⁷⁴ Le Gouvernement provisoire de la République française va toutefois, d'une part, revaloriser les allocations familiales, et ce très significativement, et d'autre part, que cette revalorisation va venir partiellement limiter la dimension nataliste de leur usage, puisque la revalorisation en sera bien plus forte pour les familles de deux et trois enfants (de 80%) que pour les familles de plus de trois enfants (50%). Est donc réaffirmée la volonté de soutenir les familles, mais sans discrimination excessive selon le nombre d'enfants, au contraire du régime de Vichy qui entendait fortement inciter l'existence de familles nombreuses.

¹²⁷⁵ V. F. Cahen, et C. Capuano. « La poursuite de la répression anti-avortement après Vichy – Une guerre inachevée ? », in *Vingtième Siècle – Revue d'histoire*, n°111, 2011, p. 119.

¹²⁷⁶ Pour un exposé complet des interrogations et évolutions concernant le rapport entre famille et Etat, v. J. Commaille, « Ordre familial, ordre social, ordre légal : Eléments d'une sociologie politique de la famille », in *l'Année sociologique*, vol. 37, 1987, p. 265.

¹²⁷⁷ V. E. Millard, *Famille et droit public – Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995, spéc. p. 125 s.

¹²⁷⁸ E. Millard, *Famille et droit public – Recherches sur la construction d'un objet juridique*, p. 191.

que la gestation pour autrui – perçus comme non acceptables. Ainsi, ce n’est pas le modèle familial qui est objet d’un contrôle, mais bien certains comportements excédant les limites de l’acceptable par le corps social, sur le modèle de l’action de l’ordre public philanthropique¹²⁷⁹.

L’histoire et l’observation contemporaine de l’usage politique de la famille nous incitent donc à une certaine prudence, au moment d’envisager le rôle instrumental du droit de la famille, afin d’éviter, comme c’est parfois le cas, que le droit de la famille fasse l’objet d’une instrumentalisation (**Section 1**). Cela étant, la famille et le droit de la famille demeurent des outils efficaces et efficients des transformations sociales, et peuvent se révéler être un excellent levier de politiques publiques tant familiales qu’extrafamiliales (**Section 2**).

¹²⁷⁹ V. D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l’ordre public philanthropique ! », préc.

Section 1. Le risque d'une instrumentalisation du droit de la famille : l'exemple de la subsidiarité de l'aide sociale et des recours des fournisseurs d'aliments

521. La famille et le droit de la famille sont susceptibles de faire l'objet d'une forme d'instrumentalisation, et l'obligation alimentaire peut ici encore jouer le rôle de révélateur, en ce qu'elle peut subir, soit des formes de détournement¹²⁸⁰, soit des formes de forçage¹²⁸¹. Précisons qu'il ne s'agira, ici, que d'étudier l'obligation alimentaire au sens strict, de sorte que ne seront pas étudiées les instrumentalisation d'autres notions proches, comme celle des allocations familiales, régulièrement évoquées voire, dans le cas de *la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire*, dite loi Ciotti, utilisées comme moyen de répression contre les parents d'enfants dont les comportements sont perçus comme antisociaux¹²⁸².

En matière d'obligation alimentaire *stricto sensu*, c'est principalement la question des recours des fournisseurs d'aliments particuliers que sont les organismes d'aide et de protection sociale, dans le cadre de l'aide sociale en général et de l'aide sociale à l'hébergement (ASH) en particulier¹²⁸³, qui a permis de mettre au jour l'existence d'une forme d'instrumentalisation de l'obligation alimentaire, non pas à des fins politiques, mais à des fins budgétaires, la mobilisation des familles comme réserves de capitaux potentiels ayant été préférée à une réflexion globale sur les moyens d'adapter la société française au vieillissement de la population, comme l'a par exemple fait la Suède dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Cette mobilisation de l'obligation alimentaire ne s'est d'ailleurs pas faite sans résistance de la part de l'ordre judiciaire, qui n'a pas

¹²⁸⁰ Dans le sens où l'entend Madame la professeure Fenouillet, dans son article précité « Le détournement d'institution familiale », notamment lorsque l'autrice évoque le fait, pour le droit de la famille, de ne pas « céder à l'utilitarisme » (préc., spéc. p. 239), c'est-à-dire dans la situation où « une institution juridique est artificiellement choisie, le but poursuivi par l'auteur du détournement ne respectant pas la fonction assignée par l'ordre juridique à l'institution considérée » (*idem*, p. 242).

¹²⁸¹ F. Maisonnasse, dans son ouvrage précité *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, évoque ainsi, reprenant la formule de Josserand, « le forçage de l'obligation alimentaire » et « le détournement de l'obligation alimentaire par les organismes de protection sociale » (préc. p. 40 et 41).

¹²⁸² Il s'agissait, dans la loi citée, de suspendre, en cas d'absentéisme d'un enfant devant être scolarisé, le versement de la part des allocations familiales dues au titre de l'enfant en cause. Abrogée à la suite de l'élection de François Hollande à la présidence de la République, cette loi continue pourtant d'irriguer l'imaginaire d'une partie de la classe politique qui voit dans l'instrumentalisation des aides et prestations sociales un moyen de sanctionner financièrement et facilement les familles, idée qui a réémergé à l'été 2023 dans le cadre des émeutes ayant suivi la mort, à Nanterre, du jeune Nahel Merzouk (v. par exemple un article du Figaro daté du 3 juillet 2023, « Émeutes : la droite réclame la suppression des allocations familiales pour les parents de délinquants », URL : <https://www.lefigaro.fr/politique/emeutes-la-droite-reclame-la-suppression-des-allocations-familiales-pour-les-parents-de-delinquants-20230703>, page consultée pour la dernière fois le 12 août 2024).

¹²⁸³ Comme l'expose un rapport récent du Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, « l'ASH fait aujourd'hui figure d'exception : c'est la seule prestation qui reste pleinement concernée par la mise en œuvre effective et étendue de l'obligation alimentaire et cela, uniquement lorsque le bénéficiaire est une personne âgée. Lorsque le bénéficiaire est en situation de handicap, l'obligation alimentaire n'est pas mise en œuvre dans le cadre de l'aide sociale à l'hébergement ». V. Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *L'obligation alimentaire, la récupération sur succession et leur mise en œuvre dans le cadre de l'aide sociale à l'hébergement*, 9 juillet 2020, spéc. p. 29.

hésité à user du mécanisme même de l'obligation alimentaire, sur un plan technique, pour limiter la mise en œuvre de cette politique essentiellement budgétaire.

Il faudra donc revenir sur cette problématique aujourd'hui relativement classique, ayant donné lieu à de nombreux travaux et rapports d'importance, afin d'envisager tant les mécanismes de détournement à l'œuvre que les moyens de mettre fin à ceux-ci, ce qui impose de procéder à une analyse aussi bien *de lege lata* (**Sous-section 1**) que *de lege ferenda* (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. De lege lata : l'obligation alimentaire dévoyée

522. *De lege lata*, le cas particulier des recours exercés par les fournisseurs d'aliments, notamment en matière d'aide sociale à l'hébergement (ASH) a permis, tant sur le plan des principes que de la technique, de révéler comment et combien des mécanismes familiaux, tels que l'obligation alimentaire, pouvaient faire l'objet d'une instrumentalisation tant légale que pratique, jusqu'à dévoyer le sens même des mécanismes en question, ce qui s'observe jusque dans la technique juridique mise à l'œuvre dans le forçage de l'obligation alimentaire **(I)**. Cependant, c'est également par les recours institutionnels qu'a pu se révéler une forme de résistance technique de l'obligation alimentaire, les juges de l'ordre judiciaire n'ayant pas hésité à opposer aux recours les outils propres au droit de la famille **(II)**.

I) Le mécanisme de l'obligation alimentaire dévoyé

523. Expression technique du principe de subsidiarité de l'aide sociale, les recours des tiers fournisseurs d'aliments organisés par le code de l'action sociale et des familles permettent de révéler l'existence d'une forme de détournement de l'obligation alimentaire. On peut s'en rendre compte à la lecture de l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles, dont les premier et dernier alinéas révèlent combien le mécanisme même de l'obligation alimentaire est dévoyé par le droit de l'aide sociale.

Le premier alinéa de cet article dispose ainsi que : « Les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais ».

Cette formulation peut, dans une première lecture, sembler parfaitement conforme au principe de subsidiarité de l'aide sociale. Pourtant, elle révèle plus profondément le rôle que le droit de l'aide sociale fait jouer à l'obligation alimentaire : il s'agit, autant que faire se peut, de « couvrir la totalité des frais ». On y voit poindre, dans les termes, le problème posé par la mise en œuvre du principe de subsidiarité de l'aide sociale, au moins en certaines matières : celui de l'instrumentalisation de l'obligation alimentaire à des fins budgétaires. Quoiqu'admissible en son principe, et susceptible d'être présenté comme vecteur de « réactivation » de la solidarité intrafamiliale, le principe de subsidiarité semble avoir été, notamment en matière d'ASH, dévoyé. Dévoyé parce que cet objectif de récupération afin de couvrir la totalité des frais a conduit au mépris répété des règles essentielles du mécanisme de l'obligation alimentaire, les familles étant alors, en premier lieu, perçues comme une manne financière qu'il était, peut-être, plus aisée de mobiliser par le biais de recours qu'en assumant une politique impliquant une répartition collective de la charge du vieillissement de la population.

524. C'est à ce titre que Madame Maisonnasse indique qu'« il semble que l'administration prenne certaines libertés lors de la détermination de la participation familiale » et que « le principe de proportionnalité, l'individualité et la personnalité de la dette et enfin la nature de l'obligation à la dette [sont] détournés à des fins purement économiques »¹²⁸⁴. Le point de départ de la réflexion

¹²⁸⁴ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 51.

au moment de l'évaluation de la dette alimentaire des débiteurs alimentaires se trouve inversé, puisqu'on ne part pas, en droit de l'aide sociale, des moyens de chacun des débiteurs d'aliments afin de déterminer une capacité contributive individuelle dont l'addition pourra déterminer une capacité contributive familiale globale, mais bien au contraire des frais exposés afin de déterminer s'il est possible, en faisant une évaluation de la capacité contributive du groupe familial envisagé de manière globale, de couvrir tout ou du moins la plus grande partie possible de l'aide sociale prodiguée.

En pareille hypothèse, « il ne s'agit plus d'apprécier la possible contribution d'éventuels débiteurs alimentaires, mais de rapprocher autant que possible leur contribution du montant total de la dépense effectuée au titre de la protection sociale », de sorte que cette « (re)découverte des solidarités familiales » perçues comme « le moyen, pour la collectivité, de réaliser des économies dans un temps de pénurie » conduit non pas à la mise en œuvre souhaitable des solidarités intrafamiliales, mais à l'intervention d'une « solidarité déformée, plus sévère pour les usagers que la solidarité du code civil »¹²⁸⁵.

525. C'est ainsi par exemple que, contrairement au principe d'individualité de la dette, qui suppose normalement que la dette alimentaire soit le produit du rapport individuel entre deux personnes au regard de leurs facultés et de leurs besoins respectifs, le droit de l'aide sociale envisage une participation globale de la famille. La famille est alors « appréhendée comme une force contributive alors même qu'elle n'a pas de patrimoine propre »¹²⁸⁶. La logique va d'ailleurs plus loin puisque l'article R. 132-9 du code de l'action sociale et des familles prévoit expressément que les « personnes tenues à l'obligation alimentaire [...] sont tenues conjointement au remboursement de la somme non prise en charge par le service d'aide sociale et non couverte par la participation financière du bénéficiaire » : la dette alimentaire est donc, contrairement aux principes du droit civil¹²⁸⁷, considérée comme une dette conjointe. De même, alors qu'est proscrite l'action oblique des débiteurs ordinaires contre les débiteurs d'aliments, puisque la créance alimentaire est un droit exclusivement attaché à la personne¹²⁸⁸, on autorise des établissements publics à agir directement contre les débiteurs d'aliments.

¹²⁸⁵ V. L.-H. Choquet et I. Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, préc. p. 84 et p. 123 s.

¹²⁸⁶ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 54.

¹²⁸⁷ La Cour de cassation a ainsi rappelé, d'une part, « qu'il n'y a pas de solidarité entre les débiteurs d'aliments » (Civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, n°99-16.519) et d'autre part « que la dette du débiteur d'aliments est une dette personnelle dont le montant est fixé eu égard à ses seules ressources » (Civ. 1^{ère}, 15 mars 2023, n°21-24.700).

¹²⁸⁸ V. Article 1341-1 du code civil : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne ».

On peut encore s'inquiéter, au vu des objectifs poursuivis, de l'objectivité de l'évaluation des capacités contributives des débiteurs d'aliments effectuée au moment d'accorder l'ASH, puis au moment d'exercer des recours contre les obligés alimentaires, eu égard au conflit d'intérêts évident. « Lors de l'évaluation de la participation familiale dans le cadre de l'aide sociale, l'administration devient juge et partie, puisque, en étant elle-même débitrice, elle fixe la participation de ses codébiteurs »¹²⁸⁹. De même, dans son rapport avec les fournisseurs d'aliments que sont les établissements accueillant les bénéficiaires de l'ASH, l'administration est, pour les mêmes raisons, susceptible de se montrer partielle¹²⁹⁰.

526. Une instrumentalisation est donc d'autant plus possible que ce sont les collectivités publiques elles-mêmes qui, sans avoir à saisir le juge judiciaire qui est pourtant le seul compétent en la matière, fixent la part contributive de chacun des obligés alimentaires du bénéficiaire de l'aide sociale. Le dernier alinéa de l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles dispose ainsi que : « La proportion de l'aide consentie par les collectivités publiques est fixée en tenant compte du montant de la participation éventuelle des personnes restant tenues à l'obligation alimentaire. La décision peut être révisée sur production par le bénéficiaire de l'aide sociale d'une décision judiciaire rejetant sa demande d'aliments ou limitant l'obligation alimentaire à une somme inférieure à celle qui avait été envisagée par l'organisme d'admission. La décision fait également l'objet d'une révision lorsque les débiteurs d'aliments ont été condamnés à verser des arrérages supérieurs à ceux qu'elle avait prévus ».

Autrement dit, il n'y a pas d'obligation de saisir un juge judiciaire au moment de fixer la participation éventuelle des débiteurs d'aliments et au moment d'actionner les débiteurs d'aliments dans le cadre d'un recours¹²⁹¹, de sorte que ce sera, en cas de contestation, au débiteur d'aliments de saisir le juge aux affaires familiales pour contester la décision prise.

¹²⁸⁹ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 71.

¹²⁹⁰ Comme l'exposait M. Belorgey, alors conseiller d'Etat : « Nombre de départements sont aussi soucieux du poids dont pèse sur leur budget la prise en charge des personnes âgées. L'évaluation à laquelle il est procédé, en vue de déterminer la capacité contributive des obligés alimentaires, qui, additionnée aux autres ressources du demandeur d'aide sociale, permettra de fixer la quotité de l'intervention de l'aide sociale, est, dès lors, souvent gravement entachée d'arbitraire. Ce qu'on peut demander à chacun des enfants et petits-enfants d'une personne âgée hébergée comme contribution à l'hébergement de celle-ci est normalement fonction, non seulement des ressources encaissées, mais des charges de famille et ressources disponibles compte tenu d'éventuels emprunts, d'autres dettes d'aliments envers des enfants issus d'un mariage dissous, d'un ex-conjoint, d'autres parents ou grands-parents, etc. C'est ce que n'admettent pas volontiers certains départements, ni certaines commissions départementales d'aide sociale, ni certains juges aux affaires familiales ». V. J.-M. Belorgey, « De l'ignorance du droit civil par l'autorité administrative et par le juge ou sur quelques décisions de juges des affaires familiales, en matière d'obligation alimentaire », in *RDSS 2000*, p. 489.

¹²⁹¹ L'intervention du juge judiciaire n'est même pas nécessaire au stade de l'exécution. Comme l'expliquent en effet Madame la professeure A. Gouttenoire et M. Bonnet, « si les obligés alimentaires n'ont pas réagi lors de la notification de la décision d'admission à l'aide sociale, l'Administration, se fondant sur la décision initiale d'admission à l'aide sociale et sur le coût de l'avance consentie par l'aide sociale, émet un titre de paiement à l'encontre des obligés alimentaires (en vertu du privilège du préalable, l'Administration

527. On comprend, certes, que l'élaboration des procédures nécessaires à la mise en œuvre du principe de subsidiarité de l'aide sociale implique une recherche d'équilibre entre « théorie et idéaux » d'une part, et « pratique et recherche d'efficacité »¹²⁹² d'autre part, le tout avec une volonté de ne pas surcharger les tribunaux. Le mécanisme d'intervention *a posteriori* du juge judiciaire pose, cependant, deux problèmes principaux qui sont la violence et l'opacité du mécanisme pour le bénéficiaire de l'aide sociale et sa famille, d'une part, et l'influence de la décision administrative sur celle du juge judiciaire, d'autre part.

528. Le premier problème concerne donc le bénéficiaire de l'aide sociale et sa famille, et le mélange de violence et d'opacité du mécanisme. Les choix concernant l'hébergement de la personne bénéficiaire de l'ASH, le financement de son hébergement, etc., sont bien évidemment des choix éminemment personnels, et la famille n'a pas à être sollicitée au moment de la mise en place d'un hébergement en établissement spécialisé. Cela peut toutefois avoir pour conséquence que la sollicitation des obligés alimentaires n'intervienne que très tardivement, au moment de l'exercice d'un recours ou d'une procédure de récupération afin de recouvrer les frais exposés. Le procédé est alors excessivement violent et coercitif, d'autant qu'il peut intervenir dans une période succédant de peu au décès du bénéficiaire de l'aide sociale, et donc déjà à un moment potentiellement complexe émotionnellement pour les proches. Le mécanisme est en outre par trop opaque, et même la lecture des documentations dédiées ne permet pas nécessairement, pour un public non averti, de réaliser les conséquences de la demande d'attribution de l'aide sociale¹²⁹³.

L'intervention tardive, *a posteriori*, et non systématique, du juge judiciaire, est un facteur d'inégalité devant la loi, voire de renforcement des inégalités sociales, en raison de l'inégalité qui existe dans le rapport à la justice. En effet, « l'inégalité devant la justice, c'est d'abord l'inégale maîtrise, selon la position sociale, des ressources offertes par le droit, l'inégal accès au droit »

bénéficie d'une présomption simple de légalité de ses décisions, matérialisée par le procédé de l'état exécutoire). Le préfet établit donc un état portant sur les sommes à recouvrer revêtu de la formule exécutoire, et cet état est notifié par un huissier et adressé au percepteur pour procéder à son recouvrement » A. Gouttenoire et V. Bonnet, « Aliments », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2014, actualisation janvier 2023.

¹²⁹² V. Pélissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, préc., p. 238 s.

¹²⁹³ Prenons-en pour exemple la *Fiche d'information à destination des usagers* que le département de l'Ain a édité en matière d'ASH pour personnes âgées (consultable en ligne, URL : <https://www.ain.fr/app/uploads/2017/10/notice-explicative-ash-personnes-agees.pdf>, page consultée pour la dernière fois le 16 août 2024). Il est, certes, mentionné p. 2 que « l'aide sociale à l'hébergement étant une aide subsidiaire, il est au préalable fait appel à la solidarité familiale (devoir de secours et obligation alimentaire) » et qu'« en cas d'admission à l'aide sociale, une participation peut être demandée à votre conjoint et/ou vos enfants au regard de leur situation financière » puis, p. 3 que « le contentieux relatif au refus de l'obligation alimentaire ou relatif à sa répartition relève du juge aux affaires familiales ». Les formules sont toutefois sibyllines et le sens en est peu accessible à des non-spécialistes. En outre, la possibilité de recours contre les débiteurs d'aliments est complètement tue dans la rubrique intitulée « Les conséquences de votre admission à l'aide sociale à l'hébergement », rubrique prétendant, pourtant, évoquer tous les recours en récupération susceptibles d'être exercés soit du vivant soit après le décès du bénéficiaire.

susceptible d'entraîner un « découragement dissuasif des justiciables individuels face aux acteurs les plus puissants »¹²⁹⁴. Faire valoir ses droits en justice demande des connaissances et des moyens, connaissances et moyens qui souvent manquent à ce public que sont les citoyens les plus défavorisés. Confrontés aux recours exercés par un organisme ou un service public venant leur « présenter une facture » n'étant pourtant pas toujours en rapport avec leurs facultés contributives, une partie des débiteurs d'aliments actionnés n'oseront pas, ou ne penseront pas, à contester l'évaluation faite, de sorte que l'absence d'intervention systématique d'un juge judiciaire, en la matière, peut sembler potentiellement délétère. Comme l'expliquent les professeurs Choquet et Sayn :

« La proposition de supprimer le recours à l'obligation alimentaire se fonde sur les difficultés rencontrées par une portion de la population qui n'a pas les moyens de venir en aide à ses ascendants, et on rencontre des cas extrêmes où la retraite de la personne âgée constitue un apport essentiel dans le budget de l'ensemble de la famille. Le principe de proportionnalité devrait pourtant conduire à l'absence de contribution des familles les plus en difficulté. Mais les familles les plus défavorisées, qui sont souvent les plus passives, sont aussi celles qui ne formeront pas de recours contre les décisions de l'aide sociale alors qu'elle peut laisser à leur charge des sommes lourdes »¹²⁹⁵.

529. Le deuxième problème est l'influence potentielle de la décision initiale de l'administration sur celle du juge judiciaire. Ce dernier, en effet, « intervient généralement en bout de chaîne, après l'estimation globale de la participation familiale réalisée par le département et les commissions d'aide sociale », de sorte que, bien que « tenu par les dispositions du code civil, le juge aux affaires familiales risque de faire entrer dans son raisonnement la décision prise par le département »¹²⁹⁶. Pour le dire autrement, l'existence même d'une évaluation précédente installe dans l'office du juge un biais cognitif qui risque de l'inciter à faire tendre son évaluation vers celle précédemment effectuée, de sorte à « homologuer », en quelque sorte, la décision administrative. On retrouve ici un risque qualifié par Mesdames les professeurs Bessière et Gollac, dans les

¹²⁹⁴ L'auteur, M. F. Jobard, directeur d'études au CNRS, précise que « ces situations sont pourtant des plus courantes : on estime ainsi que 60% des locataires convoqués devant le juge d'instance aux fins d'expulsion ne comparaissent pas et ainsi n'usent pas de leur droit de recours contre la menace qui pèse sur eux. De manière plus générale, « les inégalités sociales se traduisent par une inégale propension à se présenter au tribunal, à être accompagnée d'un.e avocat.e ou à se saisir des procédures les plus avantageuses pour faire valoir ses droits » (A. Spire et K. Weidenfeld, « Des justiciables inégaux ? », in *Droit et Société* n°106, LGDJ, 2020) ». v. F. Jobard, « Pour une justice plus juste, ce que peut faire l'État », in A. Brunner et L. Maurin (dir.), *Réduire les inégalités c'est possible ! 30 experts présentent leurs solutions*, Observatoire des inégalités, novembre 2021. Sur le même sujet, v. également D. Roman, « Le juge et la justice sociale », in *Délibérée*, n°2, 2017, p. 6.

¹²⁹⁵ V. L.-H. Choquet et I. Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, préc. p. 133.

¹²⁹⁶ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 88.

opérations de partages patrimoniaux succédant à une rupture ou à un décès, de « comptabilités inversées »¹²⁹⁷, c'est-à-dire d'évaluations effectuées certes en application des principes énoncés par la loi, mais en ayant en vue un résultat recherché, et auquel il s'agit, mathématiquement, de « coller ».

Cette circonstance conduit hélas parfois certains juges¹²⁹⁸ à adopter le cadre de pensée des organismes publics et du droit de l'aide sociale, au moment de fixer des obligations alimentaires, procédant à leur tour à une évaluation globale de la participation familiale, puis répartissant la charge alimentaire entre codébiteurs au prorata du nombre d'obligés alimentaires, sans considération pour le principe de proportionnalité au regard des capacités de chaque débiteur d'aliments¹²⁹⁹. Dans ces conditions, « le juge judiciaire n'apparaît plus comme le garant de l'application du code civil et comme le gardien du principe de proportionnalité de l'obligation alimentaire tant pour le montant de la dette globale que pour la répartition au sein de la cellule familiale [...], l'instrumentalisation du juge judiciaire par le département résultant moins des conditions d'attribution de l'aide sociale que de la procédure adoptée qui place l'intervention du département avant celle du juge judiciaire »¹³⁰⁰. Plus largement, l'intervention du juge judiciaire en fin de chaîne, après le département mais aussi après les établissements d'hébergement fournisseurs d'aliments, vient nécessairement fausser la décision, et placer le juge dans l'inconfortable décision, soit de faire peser sur des familles une charge excessive, soit de désavouer des organismes publics en suscitant, au passage, un surplus de dépense de deniers publics.

530. Systématiser l'obligation de saisir le juge judiciaire en début de procédure, et avant toute évaluation, en cas d'intention d'actionner les débiteurs d'aliments, serait ainsi une précaution à même de rétablir une gestion moins biaisée de ces problématiques, et sans crainte

¹²⁹⁷ V. C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital - Comment la famille reproduit les inégalités*, préc., p. 137 s.

¹²⁹⁸ Et encore n'est-il aujourd'hui plus que question de l'intervention du juge judiciaire, depuis la suppression des juridictions de l'aide sociale (sur le sujet, v. H. Rihal, « La fin des juridictions de l'aide sociale », in *AJDA* 2018, p. 2289, ainsi que P. Fombeur, « Le principe d'impartialité et les juridictions d'aide sociale », in *RFDA* 2003, p. 694) et depuis que le Tribunal des conflits a expressément rappelé que seul le juge judiciaire avait compétence en matière d'obligation alimentaire.

¹²⁹⁹ Comme l'explique M. Belorgey : « Pour évaluer globalement la capacité contributive des obligés alimentaires, le juge commence, s'il a le goût du travail bien fait, ce qui, au niveau de la CCAS au moins, est en général le cas, par évaluer la situation de chaque obligé. Les juges des affaires familiales, dans bon nombre de cas, n'en usent étrangement pas ainsi, qui, saisis, c'est tout un programme, de la *demande de répartition* entre les obligés alimentaires de la contribution à eux assignée par le département, ou par une CDAS ayant servilement épousé la position du département, prennent la requête au mot, et *répartissent*, en général pour les mois à courir, éventuellement pour les mois échus depuis la demande, plus rarement, mais cela arrive encore assez fréquemment, une dette de longue date échue. Première faute. Il n'est pas rare non plus que la répartition des sommes en cause soit opérée par parts égales entre les obligés alimentaires indépendamment de leur niveau de ressources, ou de leurs charges, ou des deux. Deuxième faute. Et enfin, afin d'être débarrassé, il n'est pas rare que le jugement tranche que cela vaudra *ad aeternam*, en tout cas jusqu'à la mort du créancier, ou d'un des débiteurs. Troisième faute ». V. J.-M. Belorgey, « De l'ignorance du droit civil par l'autorité administrative et par le juge ou sur quelques décisions de juges des affaires familiales, en matière d'obligation alimentaire », préc.

¹³⁰⁰ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 90.

d'instrumentalisation procédurale du juge judiciaire, au mépris des règles devant présider, au regard du code civil, à la détermination des créances d'aliments.

531. On retrouve, pour partie, cette difficulté dans le cadre de l'action directe ouverte aux établissements publics – exclusivement, les établissements privés en étant exclus¹³⁰¹ – de santé par l'article L. 6145-11 du code de la santé publique, aux termes duquel « Les établissements publics de santé peuvent toujours exercer leurs recours, s'il y a lieu, contre les hospitalisés, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil », étant précisé que « ces recours relèvent de la compétence du juge aux affaires familiales ». Cette action a en effet une nature quelque peu ambiguë en ce sens qu'elle est dirigée contre des débiteurs d'aliments, mais sans qu'il soit précisé si cette action est une action en recouvrement d'une créance publique hospitalière ou une action en exécution de la créance alimentaire du créancier d'aliments ayant bénéficié de l'accueil de l'établissement public de santé. Il existe donc une ambiguïté sur le fait de savoir s'il est possible, ou non, de faire abstraction des règles propres à l'obligation alimentaire dans le but de permettre aux hôpitaux de poursuivre, en toutes hypothèses, le recouvrement de la totalité de leur créance¹³⁰².

Ce risque a pourtant été largement évité, et il faut se garder de dresser un tableau trop sombre, le mécanisme de l'obligation alimentaire ayant contribué à limiter l'instrumentalisation du droit de la famille.

¹³⁰¹ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 109 s.

¹³⁰² V. M. Rebourg, « Le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs alimentaires – L'obligation alimentaire face au règlement des frais d'hébergement des personnes en perte d'autonomie », in *Revue française des affaires sociales* 2005, n°4, p. 35. V. également F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 112. Notons que cette ambiguïté a pu par exemple conduire la Cour administrative d'appel de Paris à juger qu'« un établissement public hospitalier qui n'a obtenu le règlement des frais d'hospitalisation d'un malade ni par le malade lui-même ni par l'un de ces débiteurs, est en droit, du fait même de l'existence de la dette, d'en rechercher le paiement par les parents et alliés de l'hospitalisé sans être tenu pour autant de justifier ce recours en apportant la preuve que le malade n'avait pas les ressources suffisantes pour payer les sommes dues en raison de son hospitalisation » : CAA Paris, 14 février 1989, n° 89PA00183.

II) Le mécanisme de l'obligation alimentaire préservé

532. Face aux risques d'instrumentalisation du droit de la famille, et plus spécifiquement de l'obligation alimentaire face aux recours des tiers fournisseurs d'aliments, la mobilisation des principes directeurs du droit des obligations alimentaires a permis, pour une large part, de limiter les dévoiements, qu'il s'agisse de la simple application de la technique juridique (A) ou d'une tentative d'encadrer l'instrumentalisation par des innovations ponctuelles, telles que l'utilisation de barèmes (B).

A) Par la résistance technique de l'obligation alimentaire

533. On pourrait croire, au vu de l'importance du détournement évoqué précédemment, qu'il ne resterait guère plus de raison de croire à la capacité du droit de l'obligation alimentaire à résister aux tentatives d'instrumentalisation à des fins budgétaires. L'ampleur du détournement ne doit pourtant pas occulter combien les règles propres à l'obligation alimentaire ont pu, pour certaines, être mobilisées par le juge judiciaire pour contrecarrer la tentation de l'instrumentalisation : il s'agit notamment, dans un premier temps, des règles tenant à **la détermination de l'existence et du montant de la dette d'aliments (1)**, et dans un deuxième temps, de **l'application de l'adage « aliments ne s'arréragent pas » (2)** et enfin, dans un troisième temps, de **l'application de l'exception d'indignité (3)**.

1) La détermination de l'existence et du montant de la dette d'aliments

534. En premier lieu, malgré toutes les réserves précédemment exposées, il faut relever que le code de l'action sociale et des familles renvoie lui-même, en son article L.132-7, à la fixation de la dette alimentaire par l'autorité judiciaire. Cette compétence désormais exclusive du juge judiciaire¹³⁰³ a permis à ce dernier, notamment sous l'autorité de la Cour de cassation, de rappeler

¹³⁰³ V. à cet égard la décision du Tribunal des conflits du 8 avril 2019, n°C4154 : « Considérant qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, il appartenait à la juridiction administrative de connaître, sous réserve, le cas échéant, des questions préjudicielles à l'autorité judiciaire pouvant tenir notamment à l'obligation alimentaire, des contestations relatives au recouvrement des sommes demandées à des particuliers, en raison des dépenses exposées par une collectivité publique au titre de l'aide sociale, que ces contestations mettent en cause les bénéficiaires de l'aide sociale eux-mêmes ou d'autres personnes, en particulier leurs obligés alimentaires ; qu'au sein de la juridiction administrative, cette compétence relevait pour les prestations d'aide sociale entrant dans le champ de l'article L. 134-1 du code de l'action sociale et des familles, des commissions départementales d'aide sociale en premier ressort et de la Commission centrale d'aide sociale en appel ; que la loi du 18 novembre 2016, ayant notamment supprimé les commissions départementales d'aide sociale et la Commission centrale d'aide sociale, a énoncé, d'une part, à l'article L. 134-3 du code de l'action sociale et des familles, applicable à compter du 1^{er} janvier 2019, y compris aux

les critères fondamentaux d'existence de la dette alimentaire qui sont, d'une part, l'état de besoin du créancier, et d'autre part, la proportion avec l'état de fortune du débiteur.

C'est ainsi que dans le cas de l'action directe des établissements publics de santé, la Cour de cassation a expressément rappelé que si « les établissements publics de santé peuvent exercer leurs recours, s'il y a lieu, contre les hospitalisés, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil », cette circonstance et l'absence de mention, par l'article L. 6145-11 du code de la santé publique, de l'article 208 du code civil, ne sont pas de nature à exclure « l'application des autres dispositions du code civil régissant les dettes d'aliments et notamment de l'article 208 du code civil selon lequel les aliments ne sont accordés que dans la proportion des ressources de celui qui les doit »¹³⁰⁴.

535. De manière plus explicite, la Cour de cassation est venue préciser que tout recours exercé contre un débiteur d'aliments doit obéir aux règles afférentes à cette matière, en affirmant que « quelles qu'en soient les modalités, et alors même qu'il s'agirait du recours prévu par l'article L. 132-7 du code de l'action sociale et des familles, l'action exercée contre un débiteur d'aliments a toujours pour fondement les dispositions du code civil régissant la dette d'aliments, et notamment l'article 208 du code civil selon lequel les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit », de sorte que « cette appréciation n'est pas soumise aux règles d'attribution de l'aide sociale »¹³⁰⁵. La créance de l'EPHAD n'est donc pas un critère d'appréciation, et elle doit, selon les juges du quai de l'Horloge, être ignorée au moment d'apprécier l'existence ou non d'une créance d'aliments, y compris lorsque l'action est fondée sur les dispositions du code de l'action sociale et des familles ouvrant la possibilité d'exercer un recours contre les débiteurs d'aliments du bénéficiaire d'une aide sociale¹³⁰⁶.

affaires en cours à cette date devant les commissions départementales d'aide sociale, en vertu des dispositions combinées de l'article 114 de cette loi et de l'article 17 du décret du 29 octobre 2018 relatif au contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale, que " Le juge judiciaire connaît des contestations formées contre les décisions relatives à : (...) 4° Les recours exercés par l'Etat ou le département en présence d'obligés alimentaires prévus à l'article L. 132-6 ", d'autre part, à l'article L. 211-16 du code de l'organisation judiciaire " Des tribunaux de grande instance spécialement désignés connaissent : (...) 3° Des litiges relevant de l'admission à l'aide sociale mentionnés à l'article L. 134-3 du code de l'action sociale et des familles (...). " ; que l'article L. 134-3 a été, de nouveau, modifié par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et dispose depuis le 25 mars 2019 : " Le juge judiciaire connaît des litiges : 1° Résultant de l'application de l'article L. 132-6 (...) " ; Considérant qu'il résulte de ces dispositions, applicables au litige opposant Mme A...au département, que sont transférés à la juridiction judiciaire les recours des obligés alimentaires contestant les décisions prises par l'Etat ou le département pour obtenir le remboursement des sommes avancées par la collectivité, les recours contre les décisions relatives à l'admission à l'aide sociale continuant en revanche de relever de la juridiction administrative même en présence d'obligés alimentaires ».

¹³⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 31 octobre 2007, n°05-21.460, Bull. V. Le commentaire, par Monsieur le professeur Chénéde, de cette décision : « Le recours direct des établissements publics de santé est soumis à l'ensemble du droit de l'obligation alimentaire », in *AJ famille*, 2008, p. 33. Signalons également, dans le même sens, un arrêt rendu par la même chambre le 3 mars 1987, n° 85-13.986, Bull.

¹³⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2015, 14-25.377, Bull.

¹³⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2018, n°17-27.071, Bull.

2) L'application de l'adage « aliments ne s'arrangent pas »

536. On a déjà eu l'occasion, dans le cadre de cette étude, d'indiquer que l'intérêt pratique essentiel et, d'une certaine manière, la seule explication aujourd'hui valable en faveur du maintien de l'application de l'adage « aliments ne s'arrangent pas » résidait dans sa mobilisation par le juge judiciaire dans le cadre des recours des tiers fournisseurs d'aliments.

Cette règle est, comme le rappelait Ghestin, une « pure création de la jurisprudence » qui « ne repose sur aucun texte » et dont « on peut se demander si elle ne va pas à l'encontre de dispositions formelles, celles de l'article 2277¹³⁰⁷ du code civil »¹³⁰⁸, puisqu'elle vient, en quelque sorte, créer une forme de prescription quasi-instantanée des actions alimentaires. Il s'agit en effet de considérer que « le créancier d'aliments ne peut percevoir l'arriéré de sa créance lorsqu'il n'a pas réclamé les prestations dues au moment de l'échéance »¹³⁰⁹ : autrement dit, le créancier d'aliments ne peut, en principe, pas réclamer d'aliments au titre de la période antérieure à l'assignation en justice. Les justifications classiques de cette règle, qui remonte à une décision de la Chambre des requêtes du 30 janvier 1933¹³¹⁰, sont notamment le fait que le créancier d'aliments ait pu antérieurement se passer du versement de ceux-ci, ce qui permettrait de présumer¹³¹¹ l'absence, alors, de besoin ; en toute hypothèse, cette abstention permettrait de déduire qu'il a renoncé au paiement.

537. Ces deux justifications semblent, en réalité, bien faibles. D'une part, elles semblent bien loin de la réalité, qui prouve combien parfois certains créanciers d'aliments potentiels préfèrent supporter des situations financièrement et matériellement très compliquées, ou

¹³⁰⁷ Article qui disposait, avant la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile que « se prescrivent par cinq ans les actions en paiement [...] des arrérages des rentes perpétuelles et viagères et de ceux des pensions alimentaires ». Les actions relatives aux aliments sont aujourd'hui soumises aux dispositions de l'article 2224 du code civil, qui dispose que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » : la règle n'a donc, au fond, pas changé.

¹³⁰⁸ J. Ghestin, « La règle « aliments ne s'arrangent pas » », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Paris 1967, p. 295, spéc. p. 297.

¹³⁰⁹ L. Peyrefitte, « Considérations sur la règle « aliments ne s'arrangent pas », in *RTD. civ.* 1968, p. 286.

¹³¹⁰ « Si les aliments ne s'arrangent pas, c'est parce que le créancier qui n'a pas réclamé les termes échus peut être considéré comme s'étant trouvé à l'abri du besoin et ayant renoncé à un paiement qui n'était pas indispensable à sa subsistance. Mais ces présomptions cèdent à la preuve contraire » (v. Req. 30 janvier 1933, *Couchon*, in *DH* 1933, p. 114).

¹³¹¹ Précisons, d'une part, qu'il ne s'agit là que d'une présomption simple, et d'autre part que se dessinent ainsi trois règles temporelles que sont la prescription trentenaire s'agissant de l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'aliments, la prescription quinquennale s'agissant du recouvrement des arriérés échus d'une condamnation déjà prononcée, et la prescription quasi-instantanée en application de l'adage aliments ne s'arrangent pas. La Cour de cassation a ainsi jugé que « si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277 du Code civil, applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande » (v. Civ. 1^{ère}, 1, 4 octobre 2005, n°03-13.375, Bull., arrêt commenté notamment par Monsieur le professeur F. Chénédé, « Créances d'aliments et prescription quinquennale de l'article 2277 : la première Chambre civile suit l'Assemblée plénière », in *AJ famille*, 2005, p. 446).

s'endetter, plutôt que de solliciter une aide à laquelle, pourtant, ils auraient droit. D'autre part, la sollicitation, à un moment, du versement de l'obligation alimentaire, permet de démontrer l'absence de renonciation au paiement. La réalité se trouve semble-t-il ailleurs, et il conviendrait probablement d'assumer plus ouvertement que cette règle a pour fonction essentielle de protéger les débiteurs d'aliments contre de trop lourdes dettes : mais alors ne pourrait-on objecter que la prescription quinquennale existe, précisément, pour cela ?

Cette règle n'est donc, *a priori*, que peu convaincante. La présomption qu'elle pose n'est toutefois qu'une présomption simple et elle peut être renversée par la preuve contraire. Surtout, cette règle trouve aujourd'hui sa pertinence dans l'application qui peut en être faite dans le cadre des recours des tiers fournisseurs d'aliments. La Cour de cassation a, à ce titre, jugé que : « Attendu que les aliments ne s'arrangent pas et que cette règle s'applique au représentant de l'Etat ou du département qui ne peut réclamer des aliments qu'à compter de la date à laquelle il saisit le juge compétent »¹³¹², solution depuis réitérée en matière de recours exercé par un établissement hospitalier¹³¹³. Le principe « aliments ne s'arrangent pas » trouve dans cette situation une utilité nouvelle, qui lui permet d'être un rempart technique au détournement budgétaire de l'obligation alimentaire : les familles non sollicitées ne pourront ainsi pas se voir, du moins pas si facilement, « présenter la facture » d'une prestation ayant bénéficié, certes, au créancier d'aliments, mais pour laquelle ils n'ont pas été sollicités en temps et en heures.

538. On peut se rendre compte de l'utilité de cet adage, par exemple, par la lecture d'un rapport établi sous la direction de Madame la professeure Rebourg à la suite d'une enquête de terrain menée, notamment, dans le département du Finistère¹³¹⁴. Les auteurs remarquent, à cet égard, l'importance précédemment exposée de l'inégalité des personnes actionnées dans leur rapport à la loi :

« Au niveau de la récupération des arriérés par l'établissement, la présence d'un avocat de la défense a une influence très importante sur la solution. Si la maxime « aliments ne s'arrangent pas » n'est pas invoquée par la défense, il sera difficile aux débiteurs alimentaires d'échapper au règlement des arriérés. Cette règle ne peut pas être appliquée d'office par le juge (ce n'est pas une règle d'ordre public). Selon l'un des magistrats interrogés, « elle ne peut pas être suggérée dans le contentieux

¹³¹² V. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, n°91-15.522, Bull.

¹³¹³ V. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2014, 13-25.117, Bull.

¹³¹⁴ M. Rebourg (dir.), *Le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs*, rapport élaboré dans le cadre de l'appel d'offre "La parenté comme lieu de solidarités" pour le compte de la DREES/Mire (subvention n°09/01) et le GIP "Mission de recherche Droit et Justice" (subvention n°01.15), Université de Bretagne Occidentale, octobre 2003, spéc. p. 82 s.

des établissements publics de santé contre les débiteurs alimentaires car la procédure se déroule par écrit. En revanche, dans le contentieux initié par le Conseil général, le juge peut suggérer aux parties d'invoquer cette maxime à l'audience »¹³¹⁵.

Autrement dit, la tentation demeure, pour les établissements ayant la qualité de tiers fournisseurs d'aliments, d'actionner les débiteurs d'aliments au mépris, parfois flagrant, des règles applicables aux obligations alimentaires, dans l'espoir probable que lesdits débiteurs s'exécutent, quitte à abandonner tout recours dès lors que les débiteurs d'aliments se feront accompagner d'un professionnel du droit. L'inégalité devant la loi est, alors, particulièrement flagrante. En outre, il faut remarquer que nous n'avons accès qu'aux cas qui ont été portés devant la justice, ce qui cache tous les cas où les familles se sont exécutées, une fois la facture présentée, sans penser à la remettre en cause. Cette situation constitue un problème fondamental, *a fortiori* de la part d'établissements soit publics, soit exerçant une mission de service public, parfois même avec le soutien d'administrations départementales.

539. Notons que les tiers fournisseurs d'aliments n'ont pas manqué de chercher des moyens permettant de contourner les limites posées par l'adage « aliments ne s'arrangent pas », notamment en essayant d'exercer des recours fondés sur l'enrichissement sans cause des débiteurs d'aliments, en arguant qu'il y avait, dans la non mise en œuvre de l'obligation alimentaire, une forme d'enrichissement indu. La Cour de cassation n'a cependant pas été convaincue par cette interprétation, et a jugé que « le recours fondé sur l'enrichissement sans cause des débiteurs d'aliments ne pouvait s'exercer que dans la limite du montant de l'obligation alimentaire qui [incombait aux débiteurs d'aliments] tel que fixé par le jugement [...] et que le principe selon lequel les aliments ne s'arrangent pas interdisait de réclamer des sommes pour la période antérieure »¹³¹⁶. Dans une autre affaire, où une association gérant un établissement accueillant des personnes âgées exerçait un recours visant à récupérer les frais de séjour de la mère d'un débiteur d'aliments, il a été soutenu « que l'action de l'association, exercée au titre de l'enrichissement sans cause, n'est pas de nature alimentaire et échappe à la règle aliments ne s'arrangent pas », interprétation ayant emporté la conviction des juges du fond. La Cour de cassation a toutefois censuré le raisonnement, et rappelé qu'une telle action est soumise aux règles relatives aux obligations alimentaires, et notamment à l'adage « aliments ne s'arrangent pas »¹³¹⁷.

¹³¹⁵ *Idem*, p. 88.

¹³¹⁶ Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2007, n°06-21.697.

¹³¹⁷ « En statuant ainsi, quand une telle action n'était ouverte que dans la limite de l'obligation alimentaire à laquelle M. X... était tenu à l'égard de sa mère, en sorte qu'il n'avait pas à répondre des sommes litigieuses, lesquelles avaient été exposées avant l'introduction de la demande en justice, le tribunal a violé les textes et la règle susvisés » (Civ. 1^{ère}, 30 janvier 2013, n°11-25.488). Cette position a

La Cour de cassation a ainsi pu, en appliquant les principes posés par le code civil, limiter autant que faire se peut l'instrumentalisation du droit de la famille et de l'obligation alimentaire à des fins budgétaires. Seules semblent, dès lors, être autorisées les « astuces » reposant, elles aussi, sur l'application stricte du code civil : la Cour de cassation, en effet, a admis la possibilité d'un engagement contractuel des enfants des pensionnaires¹³¹⁸, ou encore le fait que les dettes d'hébergement, en tout cas dans un établissement médicalisé, pouvaient être considérées comme une dette ménagère au sens de l'article 220 du code civil, permettant de solliciter, pour le cas le plus fréquent, le règlement des frais d'hébergement par le conjoint survivant¹³¹⁹.

3) *L'application de l'exception d'indignité*

540. En troisième lieu, l'exception d'indignité fait l'objet, dans le cadre des recours contre les débiteurs d'aliments de la personne prise en charge, d'une double inscription, jurisprudentielle et légale. S'il n'est guère nécessaire de développer davantage s'agissant de la jurisprudence, la référence précitée que la Cour de cassation fait aux « dispositions du code civil régissant les dettes d'aliments » étant à cet égard suffisante, il est intéressant d'évoquer à nouveau l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles, qui prévoit diverses hypothèses légales d'exceptions d'indignité. Sont ainsi expressément dispensés de fournir leur aide, d'une part « les enfants qui ont été retirés de leur milieu familial par décision judiciaire durant une période d'au moins trente-six mois cumulés au cours des dix-huit premières années de leur vie, sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales », et d'autre part « les enfants dont l'un des parents est condamné comme auteur, co-auteur ou complice d'un crime ou d'une agression sexuelle commis sur la personne de l'autre parent, sous réserve d'une décision contraire du juge aux affaires familiales. Cette dispense porte uniquement sur l'aide au parent condamné ».

été réitérée par la Cour de cassation, qui a jugé que « le recours fondé sur l'enrichissement sans cause supposait que [la personne débitrice d'aliments] se soit indûment enrichie, ce qui renvoyait nécessairement aux dispositions des articles 205 et suivants du code civil, ce dont il résultait que ce recours ne pouvait s'exercer que dans la limite du montant de l'obligation alimentaire qui incombait à la débitrice d'aliments, c'est sans modifier l'objet du litige et en faisant application du principe selon lequel les aliments ne s'arrangent pas que la cour d'appel, après avoir constaté que la créancière d'aliments n'avait pas agi de son vivant, a rejeté la demande » (Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 9 juin 2022, 19-18.674, Inédit).

¹³¹⁸ V., dans une lecture *a contrario*, Civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, n°04-16.568. On peut cependant s'interroger sur l'avenir de cette possibilité, notamment dans une configuration qui verrait un engagement être imposé à des petits-enfants, en contrariété, donc, avec la lettre de l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles, ce qui pourrait, partant, s'apparenter à une forme de fraude.

¹³¹⁹ V. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2014, n°13-25.117, Bull., ainsi que Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015, n°14-15.536.

541. Il faut remarquer, et cette solution est exceptionnelle, que « cette dispense s'étend aux descendants des enfants et des petits-enfants mentionnés »¹³²⁰ : s'opère donc une forme, tout à fait exceptionnelle, de dispense héréditaire, fondée sur l'indignité du créancier d'aliments. On retrouve ici la tendance contemporaine à établir des cas légaux de sanction de l'auteur d'actes de violence intrafamiliales ou de délaissement de l'enfant sur le terrain alimentaire comme successoral, et la règle semble frappée au coin du bon sens : comment comprendre, en effet, qu'un tiers fournisseur d'aliments puisse solliciter un débiteur pour un créancier pourtant frappé d'indignité ? Les règles de la subrogation jouant ici classiquement, le débiteur d'aliments peut opposer au tiers les exceptions opposables au créancier, dont l'indignité., qu'il s'agisse de l'indignité spéciale de l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles ou de l'indignité de droit commun de l'article 207, alinéa 2, du code civil.

Par ces règles que les juridictions ne craignent pas d'opposer aux établissements fournisseurs d'aliments, l'obligation alimentaire manifeste une résistance particulière aux tentatives d'instrumentalisation. On aurait pu croire que les établissements fournisseurs d'aliments, au moins depuis les années 90, prendraient connaissance des règles applicables aux obligations alimentaires. Le contentieux en la matière persiste pourtant, ce qui indique probablement moins une méconnaissance que la tentation persistante de faire fi de ces règles, les établissements concernés étant tentés malgré leur connaissance du droit d'exercer de tels recours, dans l'espoir que les débiteurs alimentaires s'exécuteront sans contestation.

B) Par l'utilisation de barèmes

542. Par-delà la seule application du régime de l'obligation alimentaire, dont nous avons déjà évoqué les limites en ouverture de cette sous-section, sont apparues des innovations ponctuelles, destinées à permettre de limiter les risques de détournement ou de contestation. L'exemple le plus marquant de cette recherche est l'apparition des barèmes¹³²¹.

Tout le paradoxe des barèmes est résumé par Monsieur le professeur Lienhard : « Les avocats n'aiment pas les tables de référence qui, vite, finissent par se transformer en barèmes

¹³²⁰ Notons que le juge ne semble pas pouvoir contrôler l'étendue de l'exception d'indignité, qui s'applique nécessairement aux enfants et à tous leurs descendants, sans possibilité de modulation, ce qui pourrait sembler contraire au principe de la personnalisation ou de l'individualisation des peines : la dimension familiale de la sanction apparaît alors particulièrement, puisque c'est du soutien de toute une branche de sa famille que l'auteur des faits est alors privé.

¹³²¹ Sur le sujet, v. I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014.

quoiqu'en disent leurs géniteurs. Les magistrats, eux, ont besoin de point de repères. De leurs côtés, les justiciables croient, depuis longtemps, que des barèmes existent... »¹³²². Le problème des barèmes, si précis soient-ils, est qu'ils viennent perturber la liberté offerte, en principe, au juge dans son office. Force est de constater cependant qu'ils ne sont pas sans utilité, notamment dans des hypothèses où le juge n'intervient pas, puisqu'ils offrent une référence, et partant une sécurité et une prévisibilité dans l'application des règles inhérentes à l'obligation alimentaire. Les barèmes apparaissent ainsi tout à la fois comme un élément perturbateur du jeu normal des règles inhérentes à l'obligation alimentaire (1) et comme un potentiel mal nécessaire dans une société qui tend à la déjudiciarisation des rapports familiaux (2).

1) Les barèmes, un élément perturbateur

543. La réflexion sur la possibilité de faire usage, pour la fixation de certaines pensions alimentaires, de barèmes, c'est-à-dire de tables de références destinées à aider son lecteur à avoir, à tout le moins, une première appréciation, un ordre de grandeur de la pension due dans une situation donnée, sur la base de paramètres préétablis et censés refléter tant la lettre de textes, la jurisprudence que certaines données économiques, remonte désormais au moins au début du siècle¹³²³.

Nombreux sont, en effet, les arguments en faveur de l'instauration et de l'utilisation de barèmes : on peut y voir, ainsi, un facteur potentiel d'homogénéité des décisions, et donc d'égalité de traitement des justiciables, un facteur de prévisibilité, et donc d'acceptation voire de coopération plus grande des parties impliquées dans le processus, une aide pour les juges qui, dans leur office trop chargé, peuvent paraître demandeurs d'un outil leur permettant de gagner en efficacité et en systématisme dans leur prise de décision voire, même si cette dimension est moins assumée, un moyen de diminuer la charge de travail de la justice et la charge budgétaire représentée par le contentieux alimentaire¹³²⁴.

¹³²² C. Lienhard, « Table de référence - pension alimentaire et devoir de conseil », in *AJ famille* 2010, p. 480

¹³²³ L'idée a notamment été proposée par Madame la professeure F. Dekeuwer-Defossez dans son rapport de 1999, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, (préc. spéc. p. 196), mais on peut à ce titre évoquer, également, divers autres rapports, tels que celui présenté par une équipe dirigée par Madame la professeure I. Sayn (I. Sayn (dir.), Mission de recherche « Droit et Justice », *Un barème pour les pensions alimentaires ?*, La Documentation Française, 2002) ou encore celui établi sous la co-direction des professeurs Bourreau-Dubois et Deffains (C. Bourreau-Dubois et B. Deffains (dir.), *Les obligations alimentaires vis-à-vis des enfants de parents divorcés : une analyse économique au service du droit*, Rapport de recherche pour le compte du GIP « Mission Recherche Droit et Justice » du Ministère de la Justice et de la Mission Recherche (MiRE) du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, 2003).

¹³²⁴ C. Bourreau-Dubois et B. Deffains (dir.), *Les obligations alimentaires vis-à-vis des enfants de parents divorcés : une analyse économique au service du droit*, préc., spéc. p. 66 s.

Comme le résume Madame la professeure Leroyer :

« L'utilisation d'une table de référence apparaît opportune à double titre. La table peut avoir un effet d'uniformisation des critères retenus par les magistrats dans la détermination des pensions et peut donc permettre d'éviter d'éventuelles disparités nationales entre les juridictions. La table peut aussi avoir une vertu pédagogique pour les parents en conflit, la référence à des critères économiques pouvant sembler plus objective pour les parties, alors davantage enclines à accepter et respecter la décision du juge ou à s'en servir dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, ou d'une séparation consensuelle »¹³²⁵.

544. Pourtant, dans le même temps, les barèmes sont accueillis avec une certaine méfiance : quelle influence, en effet, sont-ils susceptibles d'avoir sur l'office du juge ? Doit-on craindre une perte de qualité, une perte de finesse, une incapacité à traiter de situations atypiques, voire, comme c'est le cas notamment en Angleterre, un transfert de compétence de la justice à une administration ? En outre, dans la période de bouleversement technologique que nous connaissons actuellement, peut-on, doit-on imaginer l'apparition d'outils de justice prédictive, peut-être portés par l'intelligence artificielle, susceptibles de combiner un très grand nombre de facteurs, qui calculeraient un montant idoine de pension alimentaire ? L'horizon de la fixation de la pension alimentaire est-il une forme de la honte prométhéenne¹³²⁶ prophétisée par Günther Anders ? Il y a, dans ces questionnements, des questions de fond majeures comme celles de l'office du juge et du rôle que doivent jouer les outils d'aide à la décision, mais également un certain nombre de fantasmes qui se cristallisent, pour l'essentiel, dans deux interrogations : la valeur des barèmes, d'une part, et les acteurs de leur mise en œuvre, d'autre part.

545. La force normative des barèmes peut ainsi être diverse, et tient à leur degré d'impérativité. Comme l'explique Madame Maisonnasse :

¹³²⁵ A.-M. Leroyer, « Pension alimentaire : l'usage des barèmes en débat », in *Dalloz* 2013, p. 2968.

¹³²⁶ Concept que le philosophe définit comme « La honte qui s'empare de l'homme devant l'humiliante qualité des choses qu'il a lui-même fabriquées » (citation rapportée par D. Bernard et A. Lévy, « Le capitalisme et la honte », in *Cliniques méditerranéennes*, n°90, 2014, p. 245). Il s'agit ainsi du sentiment ressenti par le créateur devant sa création, lorsque, dépassé par ses qualités ou du moins ses capacités supérieures aux siennes, il ne peut que faire le constat de ses limites, et avec elles, de son humanité, mais dans une dimension empreinte de honte, de dépassement, de déclassement. C'est la figure, pour évoquer le folklore nord-américain du XIX^e siècle, John Henry, cet ouvrier qui aurait défié et vaincu une machine à vapeur. C'est, aujourd'hui, l'évidente humilité qu'imposent, par exemple, les capacités de calcul de l'appareil informatique moderne. Plus avant, c'est encore le point de départ de la crainte de la « singularité technologique », c'est-à-dire de la perte de contrôle, notamment du fait du développement de l'intelligence artificielle, de l'évolution technologique et de ses conséquences.

« Le barème peut être à la fois obligatoire et impératif : son utilisation et son résultat s'imposent à l'autorité compétente. [...] Le barème peut être obligatoire, mais non impératif : seule son utilisation est obligatoire, mais l'autorité compétente dispose d'un pouvoir de modération quant au résultat. Plus encore, le barème peut être seulement indicatif, il n'est alors qu'un instrument, un support laissé à disposition des magistrats qui restent libres de l'utiliser ou non. Dans ce cas, le barème permet une prévisibilité assortie d'une souplesse pour les espèces les plus délicates, notamment pour les cas extrêmes – familles les plus démunies et familles à hauts revenus¹³²⁷ – où un barème s'avèrerait mal adapté »¹³²⁸.

Le degré d'impérativité des barèmes peut donc varier considérablement. En France, les premiers barèmes élaborés¹³²⁹, pour la fixation de la pension alimentaire due à un enfant après la séparation de ses parents, ont pris la forme d'une table de référence, communiquée aux magistrats par la circulaire n°CIV/06/10 du 12 avril 2010, depuis réactualisée à diverses reprises, accessible sur le site internet du ministère de la Justice et ayant même donné lieu à l'élaboration d'un outil de simulation de pension alimentaire accessible à tout un chacun. Ces barèmes n'ont pas été conçus pour être impératifs, et ont seulement vocation à fournir aux magistrats, aux avocats et aux justiciables une base de travail et de réflexion commune, afin de faciliter et de fluidifier les échanges. La Cour de cassation l'a d'ailleurs expressément rappelé, en sanctionnant les juges du fond qui pensaient pouvoir fonder une décision, en la matière, sur la seule table de référence ainsi proposée¹³³⁰.

546. Les barèmes obligatoires et impératifs semblent en effet être inadaptés à la pratique judiciaire. En effet, « les magistrats font preuve de beaucoup de réticence à l'encontre de ce type de barème, et craignent qu'il n'entraîne la déjudiciarisation du contentieux des pensions alimentaires et des prestations compensatoires. La raison en est simple : [...] le barème rendrait inutile l'intervention d'un juge. L'évaluation serait ainsi confiée à une administration, comme c'est le cas en Angleterre »¹³³¹. Dans un système judiciaire français où seul le juge judiciaire a compétence en matière d'obligation alimentaire, un barème impératif serait perçu comme une atteinte directe à l'exclusivité de l'office du juge, et aux garanties qui l'accompagnent, voire un risque de perte de cette compétence : on ne peut, à cet égard, nier le fait que les barèmes sont par

¹³²⁷ V. V. Avena-Robardet, « Pensions alimentaires rapidement fixées et révisées ! », in *AJ famille* 2018, p. 255.

¹³²⁸ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 68-69.

¹³²⁹ V. à ce sujet I. Sayn, « Vers une méthode d'évaluation des pensions alimentaires ? », in *AJ Famille*, 2005, p. 88.

¹³³⁰ La Cour de cassation a ainsi jugé « qu'en fondant sa décision sur une table de référence, fût-elle annexée à une circulaire, la cour d'appel, à laquelle il incombait de fixer le montant de la contribution litigieuse en considération des seules facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci, a violé, par fausse application, [l'article 371-2 du code civil] » (Civ. 1^{ère}, 23 octobre 2013, n°12-25.301).

¹³³¹ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, p. 69.

essence une manière de proposer un raisonnement, puisque le résultat qu'il propose « résulte d'un ensemble de choix qui ont été réalisés en amont »¹³³².

Plus encore, en dépit de la prévisibilité qu'ils offrent, les barèmes constitueraient, en étant impératifs, une atteinte à la qualité de cet office : le juge a en effet, en la matière, la mission d'arriver, en prenant en compte des paramètres matériels et économiques mais également humains, à une décision non seulement juste, mais également efficiente en ce qui concerne son acceptabilité dans une matière hautement conflictuelle, ce qui pourrait permettre une meilleure exécution des condamnations à verser des aliments. Notons que ce dernier argument a pu être utilisé, inversement, en faveur des barèmes : l'existence d'une référence commune permettrait, en effet, de favoriser l'acceptation d'une décision basée sur des critères objectifs.

547. En réalité, on peut penser que celui ou celle qui désire contester une décision pourra toujours arguer que tel ou tel critère a une importance trop grande, trop faible, que tel critère a été oublié, etc. En matière familiale, et dans ce contentieux précis, le rôle pédagogique du juge et des conseils des parties est essentiel et, quel que soit l'outil utilisé ou non, il semble que c'est avant tout la dimension humaine, le cadre institutionnel entourant la prise de décision qui permettront de favoriser, ou non, le dialogue et l'acceptation. Or, il est permis de penser que l'application d'un outil tel que les barèmes fait courir le risque, s'il devient trop automatique, d'une perte de contact, et de naissance du sentiment, pour les justiciables, de ne pas être écoutés dans leurs spécificités. Les barèmes, alors, seraient une menace à la qualité de la prise de décision, et au moment de la prise de décision.

Toutefois, il semble que la pertinence de ce jugement de défiance dépend presque entièrement du contexte dans lequel les barèmes sont amenés à être utilisés : comme de nombreux outils, les barèmes ont, avant tout, la valeur de la personne qui s'en sert, dans le contexte dans lequel ils sont utilisés.

2) Les barèmes, un mal nécessaire

548. Les études consacrées à l'usage, par les magistrats, des tables de référence mises à leur disposition révèlent une forme de paradoxe. En effet, alors que leur usage semble être

¹³³² V. I. Sayn, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, préc., p. 1, spéc. p. 4.

particulièrement courant¹³³³, et que les magistrats semblent même voir de nombreux avantages dans un outil dont ils reconnaissent certaines vertus¹³³⁴, cet usage semble être fait de manière particulièrement confidentielle, et, surtout, être accompagné d'une très grande défiance de la part des magistrats qui, de manière quasi-unanime, expriment une forte opposition à l'idée que de tels barèmes deviennent impératifs¹³³⁵. Les juges craignent ainsi de voir leur liberté d'appréciation contrainte, ce qui les conduit à manifester une forme d'hostilité à l'égard de tout degré supplémentaire d'impérativité¹³³⁶. Cette crainte n'est d'ailleurs pas sans fondement, comme nous l'apprend le droit comparé.

549. On peut s'en rendre compte à la lecture d'une étude menée par Monsieur le professeur Bardout en 2007, au moment de l'élaboration des premières tables de référence en France :

¹³³³ Une étude menée sous la direction des professeurs Jeandidier et Sayn auprès de magistrats révèle ainsi que « Parmi les 161 répondants à l'enquête, un seul déclare ne pas connaître la table de référence CEEE et 88 % des magistrats disent l'avoir utilisée au cours des douze derniers mois. Parmi ces utilisateurs récents, le recours à la table de référence est même très soutenu puisque 41 % des magistrats l'utiliseraient dans plus d'une affaire sur deux, auxquels s'ajoutent 38 % qui l'utiliseraient systématiquement. Lorsqu'ils mobilisent la table de référence ils ne le font, le plus souvent (77 %), qu'une seule fois au cours de la procédure et dans ce cas plutôt au moment de la rédaction de la décision (93 %) » (V. B. Jeandidier et I. Sayn, « Justice en situation - Que pensent les magistrats de la table de fixation de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant ? » in *Les cahiers de la justice*, 2021, p. 519).

¹³³⁴ V. *idem* : « Parmi les magistrats qui se sont exprimés librement dans les questions ouvertes, certains (les plus nombreux) soulignent que, du fait de sa simplicité d'usage, la table de référence est très utile comme source d'information permettant d'indiquer une norme minimale, à moduler éventuellement en fonction du cas d'espèce. D'autres appréciations positives sont notées : l'outil permettrait d'harmoniser les pratiques, d'accroître la prévisibilité pour les parties, de simplifier les débats sur la CEEE pour mieux se consacrer aux autres aspects du divorce et de faciliter les accords à l'amiable (parfois construits par les avocats en se référant à la table de référence). Lorsque les propositions sont très divergentes (ou lorsque la demande de CEEE est excessive ou que l'offre est « ridiculement » faible), il constituerait un bon point de départ pour la discussion, en particulier lorsque les parties ne sont pas accompagnées par un avocat ». Notons que les auteurs relèvent néanmoins que « De façon beaucoup moins fréquente dans les questions ouvertes, on trouve quelques avis contraires ; ils expriment l'opinion selon laquelle le barème ne faciliterait pas les accords et générerait l'arbitrage et la médiation du magistrat ; son expression uniquement quantitative perturberait le caractère humain de la négociation. Il est également souligné que le barème peut être source d'iniquité dans la mesure où, du fait de sa simplicité, il n'intègre pas tous les paramètres des affaires : les situations étant bien plus complexes, si le juge reprend tous les éléments dans le détail, il est amené à calculer un résultat chiffré qui, souvent, est éloigné de la suggestion du barème ».

¹³³⁵ V. *idem* : « Une quasi-unanimité (90 %) des magistrats considère comme une bonne chose le fait que la table de référence soit indicative et cette thématique est fortement reprise dans les commentaires des questions ouvertes. L'analyse de ces dernières montre que les magistrats ne veulent pas être liés par les préconisations de la table de référence. Ils veulent garder leur pouvoir d'appréciation, ne retiennent les montants proposés que très rarement et pensent que, pour reprendre la formulation de l'un d'entre eux, « l'utiliser telle quelle reviendrait à se dépouiller de l'obligation de trancher ». Ils estiment qu'il s'agit uniquement d'un point de repère pour leur raisonnement personnel et ne l'évoquent donc pas dans le débat, certains considérant même que l'outil ne devrait pas être diffusé dans le public : les parties le considèrent parfois comme impératif et cela gêne alors l'office du juge. [...] Ils insistent aussi sur le fait que les cas d'espèce sont bien plus complexes que le barème et donc qu'il faut garder la possibilité de l'adapter. À l'inverse, quelques commentaires (plus rares) plaident pour un barème ayant valeur de présomption, avec la faculté pour le juge d'y déroger de manière argumentée. Une telle perspective serait, selon ces commentaires, plus efficace en termes d'harmonisation, pousserait à plus d'accords et rationaliserait les débats puisque les parties devraient se concentrer sur les seuls arguments justifiant une dérogation, solution qui est jugée comme adéquate pour un contentieux de masse ».

¹³³⁶ Et encore le caractère facultatif du recours aux barèmes peut-il être modulé. Comme l'expliquent, en effet, mesdames les professeurs Says et Bourreau-Dubois : « La table de référence proposée est facultative à un double sens : aucun texte n'impose aux magistrats de s'y référer ; si les magistrats s'y réfèrent, ils ne sont pas tenus par le montant qu'elle propose. L'insertion de cette table parmi les outils disponibles pour les praticiens modifie pourtant les règles du jeu. En premier lieu, les magistrats se verraient dans l'obligation d'intégrer cette table dans leur raisonnement dès lors qu'elle sera expressément utilisée par les parties et leurs conseils. En second lieu, elle pourrait permettre aux juges de regarder différemment les montants proposés et offerts par les parties dans une procédure contentieuse, le principe d'indisponibilité se trouvant ainsi renforcé face au principe dispositif, de sorte que le juge pourrait voir son pouvoir d'appréciation renforcé, au-delà des limites posées procéduralement par la demande de l'un et l'offre de l'autre. Enfin, les avocats craignent que cette table de référence, bien que facultative, devienne une solution de facilité pour les magistrats qui l'appliqueraient sans plus de débats. Dans ce nouveau contexte, il semble donc nécessaire de bien maîtriser les paramètres qui ont conduit à son élaboration, cette maîtrise permettant justement la production d'arguments pour justifier une demande qui s'écarterait de la table de référence proposée » (v. I. Sayn et C. Bourreau-Dubois, « Présentation de la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », in *AJ Famille*, 2010, p. 458).

« En Grande-Bretagne, la fixation de la pension alimentaire a été déjudiciarisée et confiée à une agence administrative spécialisée (*Child support Agency*) qui procède également à son recouvrement. Le rôle du juge en matière de contribution subsiste, mais seulement dans certains cas particuliers.

Aux Etats-Unis, où la loi fédérale contraint les Etats à adopter leurs propres tables de références, la contribution peut être fixée par contrat devant avocat ou est fixée au terme d'une procédure administrative. Dans tous les cas, les tables de référence ont valeur de présomption simple (*rebuttable presumption*) ; elles ont force obligatoire, mais leur application au cas d'espèce peut être contestée devant le juge. Toute déviation du barème doit donc être justifiée par le demandeur. Le juge peut s'en écarter par décision motivée.

En Nouvelle-Zélande, le montant de la contribution est fixé par un département de l'administration fiscale (*Inland Revenue Child Support*) à partir d'une méthode en quatre étapes dont les éléments sont publics (*Child support formula*). Les pensions fixées par l'Administration peuvent être révisées par un médiateur indépendant (*review officer*) et contestées devant le tribunal de la famille (*Family Court*).

En Australie, la fixation de la contribution est de la compétence d'une administration *ad hoc*, nommée *Child Support Agency*. Les décisions de cette agence sont susceptibles d'appel devant un tribunal spécialisé (*Social Security Appeals Tribunal*)¹³³⁷.

Dans ces quatre systèmes juridiques de *common law*, la procédure est déjudiciarisée, et voit intervenir des barèmes impératifs dont il n'est possible de s'écarter que dans le cadre d'un recours judiciaire, de sorte que l'intervention d'un juge, d'une part, n'est que subsidiaire, et d'autre part, constitue le seul moyen d'échapper à l'application du barème. Le juge n'est certes jamais complètement écarté, mais son rôle et donc son contrôle sont sérieusement réduits, avec cette incidence, toujours présente en matière de déjudiciarisation, que seuls les plus informés et les plus « armés » envisageront de saisir un juge, alors pourtant que les situations dans lesquelles sont placées les familles les plus précaires sont aussi celles pour lesquelles l'automatisme d'un barème est mal adapté.

¹³³⁷ J.-C. Bardout, « Les conditions procédurales de l'utilisation des barèmes en matière de pension alimentaire - l'apport du droit comparé », in *AJ famille* 2007, p. 428

550. Serait-il opportun d'en faire autant en France, et de généraliser un principe de fixation, en premier lieu, par une administration ? Cela n'est pas certain, *a fortiori* dans un contexte où la déjudiciarisation à fins budgétaires est déjà une tendance marquée en matière familiale. Le droit comparé permet surtout de constater qu'il ne semble ni opportun ni même possible d'écarter l'intervention du juge en la matière. Le rôle des barèmes pourrait, cependant, s'avérer essentiel dans des contextes où le juge est déjà, d'une manière ou d'une autre, écarté. Tel est le cas dans la fixation du montant de l'aide sociale, où des barèmes départementaux sont appliqués.

551. Dans le cadre de la fixation de la contribution des obligés alimentaires des bénéficiaires de l'aide sociale¹³³⁸, la défiance pour les barèmes a conduit à cette étrange situation qui est que les départements sont libres, sans aucune contrainte autre que celle résultant des dispositions du code civil – et encore ne sont-elles pas toujours, comme on l'a précédemment indiqué, respectées –, de fixer leurs propres barèmes, ce qu'ils ont fait. Or, la « disparité des critères utilisés conduit à une inégalité dans la détermination de la part contributive des débiteurs alimentaires. A titre d'exemple, une personne seule sans enfant, dont les revenus nets mensuels seraient de 1.600 euros, pourra être sollicitée à hauteur de 50,17 euros dans l'Ain, 56,54 euros dans l'Isère, 84 euros dans le Rhône et 139,98 euros dans la Loire. Un foyer composé d'un couple marié avec deux enfants, dont les revenus nets mensuels cumulés seraient de 3.000 euros, pourra être sollicité à hauteur de 15,43 euros dans l'Ain, 13,46 euros dans l'Isère, 74 euros dans le Rhône et 56,80 euros dans la Loire »¹³³⁹.

Ce sont donc des disparités qui vont presque du simple au quadruple qui peuvent être constatées¹³⁴⁰, sans qu'une logique d'ensemble dans les disparités puisse être retenue¹³⁴¹, et ce sans qu'une quelconque autorité puisse venir assurer une uniformisation, la Cour de cassation n'exerçant pas un tel rôle, son intervention se bornant, en cas de contentieux, à contrôler les critères et les motivations, et non les montants. Tel n'est pas le cas lorsqu'un barème national est fixé, comme ce fut le cas en Belgique par un arrêté royal du 3 septembre 2004¹³⁴². Même d'un point de

¹³³⁸ Sur le sujet, v. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 70 et s. mais également A. Gouttefangeas, « Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, préc., p. 37.

¹³³⁹ V. A. Gouttefangeas, « Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution », préc., spéc. p. 44.

¹³⁴⁰ Sur le même point, v. Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *L'obligation alimentaire, la récupération sur succession et leur mise en œuvre dans le cadre de l'aide sociale à l'hébergement*, préc., spéc. p. 15 s.

¹³⁴¹ Il n'est pas possible d'affirmer que tel département sollicite davantage ses habitants qu'un autre : le « classement » des départements par degré de sollicitation dépend de la composition du groupe familial.

¹³⁴² V. Arrêté royal du 3 septembre 2004 modifiant l'arrêté royal du 9 mai 1984 pris en exécution de l'article 13, deuxième alinéa, 1°, de la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence et de l'article 100bis, § 1er, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

vue local, l'intervention, en cas de contentieux, du juge judiciaire n'est pas sans poser question : il peut en effet être inconfortable, pour le juge, d'avoir à désavouer une administration, d'autant que cela implique une dépense publique supplémentaire, et fait courir, comme cela a pu être relevé, le risque « d'une sanction politique visant à retirer la compétence d'évaluation au pouvoir judiciaire et à la transférer à l'administration »¹³⁴³.

552. Un des intérêts essentiels des barèmes serait donc de favoriser l'uniformité et, partant, le caractère égalitaire de la fixation des pensions alimentaires¹³⁴⁴, en limitant, autant que faire se peut, les disparités constatées entre départements, et entre juridictions. Il faudrait donc envisager une uniformisation des barèmes départementaux, afin de mettre fin à une disparité de fait peu justifiable. Le degré d'impérativité serait, dès lors, potentiellement variable : on pourrait imaginer, ainsi, que soit élaborée une table de référence nationale, qui s'imposerait aux administrations, et dont elles ne pourraient s'écarter qu'en sollicitant l'intervention du juge, juge qui, en toute hypothèse, pourrait être saisi en cas de contestation. Il conviendrait en revanche de toujours veiller à ce que, bien qu'impératifs pour les administrations, les barèmes ne s'imposent pas aux juges, qui pourraient s'en écarter. En outre, il semble préférable de ne pas abandonner la compétence du juge aux mains d'une administration, comme c'est le cas dans certains pays anglo-saxons : dans un contexte tant de défiance à l'égard de l'administration que de conflictualité dans la fixation et l'exécution des pensions alimentaires, l'intermédiation du juge semble demeurer préférable.

553. Cette démarche d'uniformisation pourrait s'étendre, par ailleurs, au-delà de la question de l'aide sociale, et on en trouve, depuis quelques années, une première trace dans les textes concernant l'allocation de soutien familial (ASF), allocation versée au parent qui élève seul un enfant, sans aide financière de l'autre parent, ou en présence d'une aide financière faible. Cette allocation, destinée à compléter les sommes perçues au titre de la contribution aux frais d'éducation et d'entretien lorsque celles-ci sont inférieures au montant de l'ASF (on parle alors d'ASF complémentaire), nécessite, pour le calcul de son montant, que soit fixé le montant de la contribution financière de l'autre parent. Or, si cette contribution peut faire l'objet d'une décision judiciaire, elle peut également, désormais, être établie soit dans le cadre d'un divorce sans juge,

¹³⁴³ V. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., p. 72.

¹³⁴⁴ V. C. Bourreau-Dubois et B. Jeandidier, « Équité et barème de pension alimentaire pour enfants : une approche économique », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, préc., p. 25. Précisons toutefois que la garantie de l'égalité de traitement n'est pas une garantie de l'équité du traitement : on peut tout à fait imaginer qu'intervienne un traitement égalitairement contraire à l'équité, de sorte qu'il semble délicat d'affirmer, comme les auteurs de cet article, que « l'équité est une conséquence mécanique, par construction, d'un barème » du seul fait que « à caractéristiques identiques, le montant fixé par le barème est identique » (idem, p. 27). Or, cette distinction n'est pas sans importance en la matière : ainsi, s'il est indéniable que les décisions de fixation de pensions alimentaires sont mieux exécutées lorsqu'elles sont perçues comme équitables, l'absence de corrélation nécessaire entre égalité et équité ne permet pas de conclure que l'usage des barèmes conduira nécessairement à une meilleure effectivité des condamnations.

soit dans le cadre d'une convention parentale, le directeur de la CAF pouvant donner force exécutoire à cet accord. Or, en pareille hypothèse, le montant de la contribution fixée par la convention ne saurait être inférieur à celui d'un barème dédié, et « qui se trouve être peu ou prou le montant recommandé par la table de référence »¹³⁴⁵ élaborée par le ministère de la Justice¹³⁴⁶.

554. Ce mécanisme appelle diverses remarques.

Premièrement, la répartition des rôles – barèmes qui s'imposent aux parties, sauf à choisir une contribution supérieure à celle imposée, contestation uniquement ouverte devant le juge – semble conforme à ce que nous pourrions appeler de nos vœux en matière d'aide sociale. Le juge doit rester un recours, et si barème il y a, celui-ci doit s'imposer à toute autre autorité que le juge, sans quoi cette innovation n'aura que peu d'intérêts. Précisons qu'il faudrait que cette méthodologie puisse s'étendre au-delà du contentieux de l'aide sociale et de l'ASF : elle permettrait en effet de limiter, dans les cas de divorce sans juge, de pallier l'absence d'homologation, en imposant un barème pour les prestations compensatoires et les prestations alimentaires. Le non-respect des barèmes ainsi établis pourrait, alors, être sanctionné par la nullité relative de la convention : ce faisant, on pourrait espérer que soit limité le contentieux post-divorce qui commence, aujourd'hui, à poindre, puisqu'il serait possible, sur ces questions, de s'appuyer sur le barème en vigueur pour prévenir les désaccords futurs.

Deuxièmement, le fait qu'existe, même en la matière, plusieurs barèmes, certes convergents dans leurs résultats, mais non identiques, est un facteur de confusion : il faut envisager l'élaboration d'un barème unique, obligation alimentaire par obligation alimentaire, quitte à multiplier les facteurs de calcul, peut-être *via* un outil informatique permettant la prise en compte de tous ces facteurs. Les outils contemporains offrant ce genre de méthode permettent en outre de croiser des approches – économiques, sociologiques, etc. – afin d'affiner les critères.

Troisièmement, la liberté du juge doit demeurer, en la matière, un principe, mais peut-être peut-on envisager un devoir de motivation du juge en toute hypothèse. Le recours à l'outil serait alors impératif dans un premier temps, s'imposant tant au juge qu'aux parties, afin d'offrir une première base de discussion et de réflexion commune. Serait imposée, dans un second temps, une

¹³⁴⁵ V. J.-C. Bardout, « Table de référence des pensions alimentaires, quelles évolutions ? La nécessaire convergence des barèmes de l'ASF complémentaire et de la table de référence des pensions alimentaires », in *AJ Famille*, 2017, p. 274.

¹³⁴⁶ V. article L. 582-2 du code de la sécurité sociale.

motivation expresse, aussi bien pour justifier la décision du juge de s'en tenir à l'évaluation proposée par le barème, que pour justifier son choix de s'en écarter. Cette méthode mettrait à l'honneur deux aspects essentiels : d'une part, une communication ouverte et « honnête » entre les parties, au moins sur les méthodes d'évaluation employées – ce qui n'est, aujourd'hui, pas toujours le cas –, et d'autre part, la motivation du jugement qui, ici comme ailleurs, constitue une part essentielle de l'acceptabilité d'une décision pour les justiciables.

555. L'usage des barèmes apparaît alors comme un palliatif potentiel à certains risques, d'une part, de détournement de l'obligation alimentaire à des fins budgétaires, et d'autre part de disparités trop fortes entre départements. Dans le même temps, il peut offrir des outils permettant de pallier les inconvénients d'une déjudiciarisation de la matière familiale qui obéit, de même, essentiellement à des objectifs budgétaires : il s'agirait alors de protéger les familles et de restaurer pour partie une fonction normative perdue de l'obligation alimentaire, dans le secret des accords familiaux. La contractualisation du droit de la famille peut, voire doit s'accompagner de tels outils, si l'on ne veut qu'interviennent des accords non respectueux des critères posés par la loi. Enfin, il faut constater, malgré leurs atouts, d'une part la défiance qui demeure à l'égard de ces tables de référence, ce qui imposera, en cas d'adoption de barèmes semi-impératifs, une forme de consultation impliquant les magistrats, les avocats et les notaires, afin d'en garantir l'acceptabilité, et d'autre part, l'insuffisance de ces barèmes à répondre aux problèmes fondamentaux que pose le vieillissement de la population au regard du principe de subsidiarité de l'aide sociale.

Sur ce dernier point, c'est donc à une réflexion de plus grande ampleur qu'il faudra procéder afin de refonder un système de solidarité à même de répondre aux défis de demain.

Sous-section 2. De lege feranda : un système de solidarité à repenser

556. L'époque est propice à la réflexion sur le rapport de la société française à la frange âgée et dépendante de sa population. Le scandale Orpéa, né de la publication de l'ouvrage du journaliste Victor Castanet, *Les Fossoyeurs*¹³⁴⁷, fin janvier 2022, et qui a révélé l'existence, dans de nombreux établissements d'accueil de personnes âgées et dépendantes, notamment des EPHAD du groupe Orpéa, de nombreux manquements éthiques et sanitaires, avec de nombreuses pratiques s'apparentant à de la maltraitance systémique, dans un objectif de rentabilité budgétaire et de maximisation des profits¹³⁴⁸, a en effet entraîné une importante réflexion politique et juridique. De cette réflexion a émergé, notamment, la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie, qui porte les traces d'une réaction directe aux révélations du scandale Orpéa, mais également aux leçons de la gestion de la crise sanitaire du Covid-19.

On peut ainsi citer, d'un point de vue organisationnel, la création d'un service public départemental de l'autonomie chargé de « facilit[er] les démarches des personnes âgées, des personnes handicapées et des proches aidants, en garantissant que les services et les aides dont ils bénéficient sont coordonnés, que la continuité de leur parcours est assurée et que leur maintien à domicile est soutenu, dans le respect de leur volonté et en réponse à leurs besoins »¹³⁴⁹. Cette loi a également mis en place un certain nombre de mesures destinées à « promouvoir la bientraitance en luttant contre les maltraitements des personnes en situation de vulnérabilité et garantir leurs droits fondamentaux », parmi lesquelles on peut citer le droit des personnes hébergées de recevoir, chaque jour, tout visiteur de leur choix, sans qu'aucune visite ne puisse être subordonnée à une information préalable de l'établissement, l'impossibilité de refuser des visites quotidiennes aux personnes en fin de vie ou dont l'état requiert des soins palliatifs, y compris en cas de crise sanitaire,

¹³⁴⁷ V. V. Castanet, *Les fossoyeurs - Révélations sur le système qui maltraite nos aînés*, Fayard, 2022.

¹³⁴⁸ L'un des problèmes fondamentaux, dans cette affaire, est que certains établissements, comme ceux des groupes Orpéa, Korian, LNA, appartiennent à des groupes privés, cotés en Bourse, et ont partant une vocation lucrative. Or, il n'est pas incohérent que le choix de cette forme de groupe, de société, pour diriger de tels établissements, puisse conduire à de tels abus. Ces groupes, après tout, ont par essence vocation à créer voire à maximiser du profit, tant pour les établissements que pour les actionnaires : il y a donc, *ab initio*, un problème logique, une contradiction, qui s'exerce dans un contexte marqué, d'une part, par la dépendance des personnes âgées, et d'autre part de manque de places, limitant le choix des familles. Sans remettre, naturellement, en cause le travail des employés de ces établissements, les logiques du *care* et du capitalisme ne sont pas des logiques convergentes par nature, et on sait combien les logiques de gestion comptable des établissements de soin a pu placer les soignants dans des injonctions contradictoires. A cette enseigne, investir dans des actions liées à des groupes de maisons de retraites a longtemps été présenté comme un investissement sûr, voire d'avenir, porté par cette certitude d'un besoin constant, d'un marché où la demande dépasse l'offre, et d'un vieillissement de la population. La logique est donc bien une logique d'investissement et de rentabilité. Les dérives observées (l'enquête menée, ensuite, auprès de 600 établissements, par l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) et l'Inspection des finances (IGF) conclura à l'existence de « dysfonctionnements graves » et de « manquements sur le plan humain et organisationnel ») sont donc, tout à la fois effroyables mais également le résultat pour part logique de la privatisation d'un service public aussi essentiel.

¹³⁴⁹ V. Article L. 149-5 du code de l'action sociale et des familles.

la création d'une cellule départementale destinée à recueillir d'éventuelles alertes en cas de maltraitance des personnes accueillies, ou encore la possibilité, pour les résidents en Ehpad, d'être accompagnés de leur animal de compagnie.

Ces mesures, ainsi que d'autres sur lesquelles nous reviendrons dans le cadre de cette sous-partie, sont encourageantes et permettent d'envisager des évolutions futures du système actuel avec deux hypothèses de travail : celle, d'une part, d'aménagements *a minima*, sans remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale **(I)**, et celle, d'autre part, d'aménagements plus conséquents, avec un abandon de la subsidiarité **(II)**.

I) Sans remise en cause de la subsidiarité de l'aide sociale

557. Une première limitation du détournement de l'obligation alimentaire, sans abandonner le principe de subsidiarité de l'aide sociale, consiste à procéder à une remise en cause partielle, soit en limitant certains recours, soit en préférant d'autres modes de récupération. En réalité, ce qui pose le plus de problèmes en la matière, ce n'est pas l'existence de récupérations, mais le fait qu'elles empruntent la voie de l'obligation alimentaire. Cette modalité technique pose en effet de nombreuses questions tant pratiques qu'axiologiques.

Il y a, à cette interrogation, des aspects purement techniques. On peut penser, ainsi, au problème du mode de calcul, largement traité, par exemple, dans la réflexion concernant l'élaboration des barèmes : comment calculer l'état de fortune du débiteur et du créancier d'aliments ? Faut-il inclure ou non le patrimoine immobilier, le capital détenu, certaines prestations sociales perçues, etc. ? Ces questions ne sont pas, alors, très différentes de celles qui sont habituellement posées au juge judiciaire, et n'appellent guère de nouveaux développements. D'autres questions sont plus spécifiques.

On peut s'interroger, par exemple, sur la méthode qui permettrait, le cas échéant, de rendre compte de la différence entre l'inexécution de l'obligation en raison de la carence du débiteur et l'inexécution causée par le refus du créancier d'actionner ses débiteurs : quel impact, en effet, devrait être celui du refus, par le créancier d'aliments demandeur d'aide sociale, d'actionner ses débiteurs d'aliments ? Pourrait-on, par exemple, envisager que ce refus puisse entraîner une absence de recours contre les débiteurs d'aliments ? Probablement : l'aide sociale, dans un cadre de subsidiarité, étant accordée en fonction des facultés contributives potentielles des débiteurs d'aliments, rien n'empêche, théoriquement, le créancier d'aliments de renoncer à certaines prestations. Ne pourrait-on pas, alors, imaginer qu'il puisse bénéficier de prestations sociales d'un montant moindre que celles auxquelles il pourrait avoir accès en actionnant ses débiteurs, dont les modalités de calcul prendraient en compte le non-actionnement de ses débiteurs ? Autrement dit, il y aurait deux montants accessibles de certaines aides : un montant « avec récupération » et un montant « hors récupération », le choix entre les deux appartenant au créancier de l'aide sociale. Que cette solution paraisse souhaitable ou non, elle est en tout cas cohérente, et pourrait limiter les hypothèses de non-recours à certaines aides.

On comprendra, surtout, qu'il est probablement préférable de trouver d'autres voies que la voie alimentaire pour financer l'aide sociale. Pour ce faire, nous étudierons successivement le principe des recours en récupération prévus par l'article L.132-8 du code de l'action sociale et des familles (A) et les pistes d'aménagement ouvertes, notamment en matière d'hébergement des personnes handicapées (B).

A) Les recours en récupération de l'article L.132-8 du code de l'action sociale et des familles

558. Les voies de financement alternatives à la sollicitation des obligés alimentaires posent, s'il n'y a pas de remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale, des questions d'articulation. En matière d'aide sociale, il existe en effet deux autres voies principales de financement familial : d'une part, les récupérations sur succession, et d'autre part, les recours en cas de retour à meilleure fortune. Ces deux hypothèses sont prévues par l'article L. 132-8, alinéa 1^{er}, du code de l'action sociale et des familles, qui dispose que « Des recours sont exercés, selon le cas, par l'État ou le département : 1° Contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune ou contre la succession du bénéficiaire »¹³⁵⁰. L'existence même de ces recours est signifiante. En effet, bien que proches, dans leur fondement, des obligations alimentaires, les prestations d'aide sociale deviennent de nature incertaine du fait de leur caractère récupérable : « au-delà des différences relatives aux conditions d'obtention et à la détermination du quantum, les prestations d'aide sociale manifestent traditionnellement leur singularité par leur caractère remboursable. Alors que la jurisprudence civile refuse toute forme de récupération des aliments, tant du vivant du bénéficiaire qu'à sa mort, le code de l'action sociale et des familles affirme le caractère récupérable des prestations d'aide sociale »¹³⁵¹.

Que penser, alors, de ces deux modalités ? Nous envisagerons successivement **le recours exercé contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune (1) et le recours exercé contre la succession du bénéficiaire (2)**.

¹³⁵⁰ Trois autres hypothèses sont prévues par le même article : il s'agit des recours effectués « 2° Contre le donataire, lorsque la donation est intervenue postérieurement à la demande d'aide sociale ou dans les dix ans qui ont précédé cette demande ; 3° Contre le légataire ; 4° A titre subsidiaire, contre le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie souscrit par le bénéficiaire de l'aide sociale, à concurrence de la fraction des primes versées après l'âge de soixante-dix ans ». Pour l'essentiel, ces recours n'appellent guère de remarque supplémentaire, puisqu'il s'agit notamment de s'assurer que ne seront pas mis en place des contournements des autres recours, le législateur s'assurant ainsi qu'il ne soit pas possible d'échapper par don ou leg aux règles participant du principe de subsidiarité. Notons toutefois que la possibilité d'effectuer un recours contre le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie est une relative nouveauté, puisqu'elle a été introduite par la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, limitant, au moins en cette matière, l'intérêt du recours à l'assurance-vie, trop souvent l'occasion de contourner de multiples règles du droit de la famille.

¹³⁵¹ V. P. Berthet, « Le principe de récupération des prestations d'aide sociale : réalité et perspectives », in *RDSS* 2002, p. 293.

1) Le recours exercé contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune

559. Le recours exercé contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune, en premier lieu, peut interroger, en ce sens que l'on peut peiner à déterminer ce que l'existence de ce recours implique sur la nature de l'aide apportée. La notion même de retour à meilleure fortune pose des difficultés de définition, et la marge de manœuvre offerte en la matière par le code de l'action sociale et des familles a pu être à l'origine de « graves incertitudes »¹³⁵². La Cour de cassation a précisé, à cet égard, que « le retour à meilleure fortune s'entend, à l'exclusion de la seule augmentation des revenus, prise en compte lors de la révision périodique des conditions d'ouverture des droits du bénéficiaire, de tout événement, survenu postérieurement à la date à laquelle les ressources du bénéficiaire ont été appréciées pour l'ouverture de ses droits à prestations, ayant pour effet, indépendamment de toute modification de la consistance du patrimoine, d'augmenter substantiellement la valeur globale de celui-ci, dans des proportions telles qu'elles le mettent en mesure de rembourser les prestations récupérables, perçues jusqu'alors »¹³⁵³.

Autrement dit, il ne s'agit pas, pour le bénéficiaire de l'aide sociale, d'une simple augmentation de revenus ou d'une modification de la consistance du patrimoine, mais de voir son patrimoine augmenter sensiblement du fait, pour reprendre les termes d'une décision de la Commission centrale d'aide sociale, « d'un transfert d'origine extérieure ou d'un changement notable de la situation de l'assisté caractérisé par un accroissement de ses ressources »¹³⁵⁴. On peut, à titre d'exemples, mentionner les cas d'un mariage, d'une donation ou d'un héritage qui conduirait à un important changement patrimonial. L'exclusion de l'hypothèse d'une augmentation de revenus – peu probable, il est vrai, dans le cas de l'ASH – permet d'éviter qu'on puisse percevoir dans ce recours une incitation à ne pas améliorer sa situation personnelle. Cette solution peut, en outre, sembler préférable à l'idée d'actionner les débiteurs d'aliments du bénéficiaire de l'aide sociale, et permettre aussi de ne pas porter une atteinte excessive à la vie familiale et personnelle de la personne sujette au recours. Les situations prises en compte peuvent toutefois interroger. L'amélioration de la situation patrimoniale par le mariage pouvant conduire à une récupération, on voit potentiellement le système des récupérations devenir une incitation potentielle, pour ceux

¹³⁵² V. J. Hauser, « Une famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 327, spéc. p. 332.

¹³⁵³ Civ. 2^{ème}, 12 novembre 2020, n°19-20.478, Bull. V. sur cet arrêt le commentaire de S. Riancho, « Recours en récupération : la Cour de cassation redéfinit le retour à meilleure fortune », in *RDSS* 2021, p. 130.

¹³⁵⁴ Comm. centr. aide soc., 14 mai 2002, CJAS n° 2002/04, p. 47.

qui, à un moment de leur vie, ont eu besoin d'une aide sociale, à ne pas se marier, ou du moins pas avec une personne plus fortunée qu'elle. Où est, alors, l'effet bénéfique du principe de subsidiarité sur le resserrement des liens familiaux ? En pareille hypothèse, ce recours vient, concrètement, faire du mariage un élément déclencheur d'un prélèvement public, ce qui semble particulièrement paradoxal. Or, dans sa dimension patrimoniale, le mariage peut déjà avoir, pour les membres du couple, des effets fiscaux : ceux-ci devraient suffire, en tout cas dans une dimension de solidarité réellement collective.

560. Dans l'hypothèse, même, de cas qui peuvent paraître moins problématiques et où, à condition d'approuver le principe de subsidiarité, on peut considérer que ce recours est bien fondé, tels que les cas d'héritage ou de donation au bénéficiaire, des questions demeurent. Il peut en effet être compréhensible que celui qui, en raison d'une circonstance exceptionnelle, se trouve dans une situation particulièrement favorable d'un point de vue patrimonial puisse être actionné pour rembourser tout ou partie de l'aide reçue. Néanmoins, la modalité interroge : pourquoi la solidarité collective devrait-elle pouvoir compter sur des situations exceptionnelles pour obtenir des remboursements d'avances ? Pourquoi celui qui a, du fait d'une nouvelle situation, davantage de moyens, devrait-il rembourser l'aide reçue dans le passé, plutôt que de contribuer, par sa juste imposition ou par les taxes payées, à ce qu'une aide collective puisse être, pour l'avenir, assurée à d'autres personnes ayant besoin d'aide sociale ? Il y a là une forme de paradoxe entre la dimension collective de l'aide et la dimension individuelle du recours.

561. Peut-être conviendrait-il de prévoir, plus raisonnablement, un juste prélèvement sur les opérations susceptibles d'entraîner les changements de situation patrimoniale, ce qui, dans le cas des donations et des successions est déjà le cas, d'une part, et peut d'autre part faire l'objet de réformes si les financements actuels sont insuffisants : il vaut mieux, d'un point de vue symbolique, effectuer les prélèvements « en dehors » de la famille et du cadre familial, afin d'éviter les risques d'instrumentalisation budgétaire de la famille. On comprend qu'il est en réalité plus aisé, politiquement, de faire intervenir des récupérations individuelles que d'assumer des augmentations d'impositions, sujet dont les élections législatives de 2024 ont rappelé combien il était sensible. Il n'est pas certain, cependant, qu'il soit préférable d'opérer contre les familles des recours individuels pour assurer un financement rétroactif d'une solidarité collective.

562. En toutes hypothèses, l'existence du recours vient changer la nature de l'aide apportée en premier lieu. Que devient l'aide apportée lorsqu'il peut être demandé qu'elle soit remboursée

par le bénéficiaire revenu à meilleure fortune ? Un prêt ? Une simple avance ? Car la situation initiale de besoin n'a pas changé, les raisons objectives qui ont conduit à accorder, à un moment, une aide, n'ont pas changé pour le passé, mais pour l'avenir seulement, de sorte que cette récupération apparaît quelque peu inattendue, dans la mesure où elle est constitutive d'une sorte d'action en répétition de l'indu *a posteriori*. Ce recours est donc, dans ses formes actuelles, insatisfaisant, en ce qu'il vient porter atteinte, tout à la fois, à la famille, dont les fonctions se trouvent instrumentalisées, et à l'aide sociale, dont la dimension solidaire et collective est, pour partie, niée par l'exercice d'un recours contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune. Les mêmes problématiques se retrouvent partiellement s'agissant du recours exercé contre la succession du bénéficiaire.

2) Le recours exercé contre la succession du bénéficiaire

563. Ce second type de recours semble, par bien des aspects, moins problématique que le recours exercé contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune, en ce qu'il ne vient pas pénaliser, de son vivant, un bénéficiaire. Les modalités de ce recours sont en effet particulières en ce qu'il s'exerce contre la succession elle-même, et non contre les héritiers personnellement, de sorte que la dette sociale « s'applique sur l'intégralité de l'actif net successoral, mais sans que les héritiers potentiels ne soient inquiétés sur leur patrimoine propre » et que, « la dette d'aide sociale ne constitu[ant] pas un passif déductible de la succession, elle doit être réglée après les autres dettes »¹³⁵⁵.

Cette méthode présente donc l'avantage, comparée aux précédentes formes de recours présentées, de ne pas créer une charge supplémentaire pour les familles, et de prendre en compte le patrimoine du bénéficiaire sans le contraindre à le vendre de son vivant. La dette demeure, donc, en quelque sorte, personnelle, bien qu'elle ne soit payée qu'après décès, sans que la personne bénéficiaire de l'aide sociale ait l'impression d'être une charge pour ses proches, ce qui limite, potentiellement, le risque de non-recours à l'aide sociale. Reste toutefois un autre facteur potentiel de non-recours à l'aide sociale, qui réside dans la volonté que peut avoir le bénéficiaire de transmettre, autant que faire se peut, un pécule ou un patrimoine, si modestes soient-ils, dont il pourrait souhaiter éviter qu'ils soient atteints par un recours venant priver sa succession d'une part d'héritage.

¹³⁵⁵ V. P. Berthet, « Le principe de récupération des prestations d'aide sociale : réalité et perspectives », préc.

564. Le recours contre la succession permet en outre, au vu de ses modalités, de répondre à certains des problèmes que posaient les précédentes modalités, qu'il s'agisse du recours contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune ou des recours exercés contre les obligés alimentaires. Ceux-ci présentent en effet deux angles morts relativement importants. D'une part, ils échouent à prendre suffisamment en compte le domaine de l'exécution non contentieuse des obligations alimentaires, sans doute considérable bien qu'il soit malaisé de le quantifier, et largement pratiquée en nature (on peut penser, par exemple, à des invitations à manger, des fournitures de vivres, de vêtements, ou diverses formes d'aide au quotidien)¹³⁵⁶ qui, pourtant, sont au cœur des solidarités familiales. Or, ces aides pratiquées en nature, qui échappent au domaine contentieux, favorisent le maintien à domicile des personnes âgées, une modalité de prise en charge du grand âge qui non seulement correspond souvent aux désirs des personnes âgées ou handicapées, mais également coûte moins cher à la collectivité comme aux familles – en tout cas d'un point de vue financier – dans sa mise en œuvre. D'autre part, et ce second aspect est, pour partie, le corollaire du premier, ces recours, par leur caractère indifférencié, ne sont pas de nature à encourager des comportements familiaux, et donc à avoir une fonction normative en matière familiale.

Les recours exercés contre les successions présentent, à cet égard, des spécificités importantes. Comme l'expliquent Mesdames Clerc et Donier :

« S'agissant des prestations gérées par les départements à destination des personnes âgées, les recours en récupération peuvent concerner les aides accordées pour l'hébergement des personnes âgées résidant en établissement (hors APA) et les aides allouées pour l'entretien des personnes âgées à leur domicile (hors APA également), étant précisé que dans cette seconde hypothèse, la récupération obéit à des règles particulières. Dans le cas d'un recours en récupération sur succession, les aides à domicile sont récupérables sous réserve de respecter une double condition de seuil énoncée à l'article R. 132-12 du CASF : le recours ne peut être mis en œuvre que lorsque le montant des dépenses engagées par le département dépasse le seuil des 760 €, et la récupération ne peut s'exercer que sur la part de l'actif net successoral excédant 46 000 €. En d'autres termes, les aides à domicile bénéficient d'un régime dérogatoire plus favorable, probablement pour produire un effet incitatif en faveur de ce mode de prise en charge moins onéreux pour la collectivité publique. Mais, en dehors de cette dérogation, aucun seuil n'est exigé par les textes et les

¹³⁵⁶ V. M.-C. Rondeau-Rivier, « La contribution spontanée dans les familles recomposées », in *L'enfant, la famille et l'argent*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université Lille II, p. 151 s. V. aussi F. Kessler et F. Géa, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale », préc.

départements ont la possibilité de récupérer dès le premier euro, sous réserve de la détermination de conditions plus favorables »¹³⁵⁷.

Autrement dit, en exerçant des recours différenciés suivant le type d'aide accordé – l'ASH étant susceptible de recours dès le premier euro et sans plafond, tandis que les aides à domicile ne sont l'objet d'un recours qu'à partir d'un certain montant et avec un plafond à 46.000 euros –, le droit de l'aide sociale est porteur d'une mesure incitative à double titre. Incitative, d'une part, au maintien à domicile de la personne âgée plutôt qu'à l'hébergement en EPHAD, ce qui est, pour les raisons précédemment exposées, préférable. Incitative, d'autre part, et plus implicitement, à ce que s'exercent spontanément des solidarités intrafamiliales. En effet, pour une personne âgée commençant à devenir dépendante, les solutions de maintien à domicile ne sont, souvent, viables que du fait d'interventions familiales récurrentes, au moins en soutien d'éventuels aides ou soins prodigués à domicile par des professionnels. En encourageant, financièrement, le maintien à domicile, en limitant les recours tout en prodiguant une aide financière, et en récompensant, partant, directement les héritiers, le droit de l'aide sociale vient ainsi jouer un rôle incitatif, intéressant et somme toute aussi bien méconnu que peu fréquent.

565. Reste, cependant, que ce mécanisme présente des faiblesses. D'une part, s'il peut, indirectement, avoir des effets incitatifs en matière de solidarité intrafamiliale, et concourir à une forme de promotion du rôle des aidants familiaux, cela n'est le cas qu'indirectement, et de manière trop implicite pour que la fonction normative de ce mécanisme incitatif puisse jouer pleinement. Il s'agit, partant, davantage d'un système de récompense que d'un système incitatif. On pourrait, dès lors, envisager des formulations plus explicites – et nous verrons qu'en matière d'aide apportée aux personnes handicapées, le code de l'action sociale et des familles ne craint pas de l'être – ainsi que des seuils financièrement plus incitatifs. D'autre part, et cette remarque rejoint celle précédemment exposée s'agissant des récupérations effectuées en cas de retour à meilleure fortune, les successions font déjà l'objet de récupérations, par le biais d'impositions diverses. Ces impositions pourraient, devraient suffire, et si ce n'est pas le cas, pourraient, voire devraient faire l'objet de réformes destinées à permettre une meilleure mutualisation des risques, et une meilleure justice sociale et fiscale.

B) Des voies alternatives : l'exemple de l'hébergement des adultes en situation d'handicap

¹³⁵⁷ V. F. Clerc et V. Donier, « La récupération par les départements des aides versées aux personnes âgées », in *AJDA* 2013, p. 278.

565. Le cas des centres d'hébergement pour handicapés adultes, qu'il s'agisse d'établissements destinés à l'hébergement des personnes handicapées ou de centres spécialement destinés à favoriser la réinsertion professionnelle – on pense ici aux centres de rééducation professionnelle et aux établissements et services d'accompagnement par le travail (ESAT) – a donné lieu à une réflexion spécifique s'agissant du mode de financement des frais d'hébergement. L'article L. 344-5 du code de l'action sociale et des familles prévoit ainsi un système où le financement est, à titre principal, assuré par la personne hébergée elle-même, puis, à titre subsidiaire, par l'aide sociale, mais selon des modalités particulièrement dérogoires. Ainsi, l'aide interviendra « sans qu'il soit tenu compte de la participation pouvant être demandée aux personnes tenues à l'obligation alimentaire à l'égard de l'intéressé, et sans qu'il y ait lieu à l'application des dispositions relatives au recours en récupération des prestations d'aide sociale lorsque les héritiers du bénéficiaire décédé sont son conjoint, ses enfants, ses parents ou la personne qui a assumé, de façon effective et constante, la charge du handicapé ni sur le légataire, ni sur le donataire ou le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ». De plus, « les sommes versées, au titre de l'aide sociale dans ce cadre, ne font pas l'objet d'un recouvrement à l'encontre du bénéficiaire lorsque celui-ci est revenu à meilleure fortune ». Les procédés habituels de recouvrement des sommes accordées au titre de l'aide sociale sont donc, dans le cas de l'aide à l'hébergement des personnes en situation de handicap, soit purement écartés, soit écartés sous conditions.

Les mécanismes de récupération écartés purement et simplement sont ainsi, d'une part, le recours aux débiteurs d'aliments, et, d'autre part, le recours contre la personne revenue à meilleure fortune. Cette seconde situation n'appelle guère de commentaire : la mise à l'écart de ce procédé n'ayant d'autre logique que budgétaire est bienvenue, et on ne peut qu'espérer que cette voie soit généralisée. L'absence de prise en compte de la participation des débiteurs d'aliments potentiels, en revanche, a en la matière des effets doubles. En effet, elle va, en premier lieu, avoir pour effet de diminuer les ressources du bénéficiaire de l'aide sociale prises en compte, l'aide familiale qu'il pourrait potentiellement recevoir étant ignorée. En second lieu et surtout, elle va entraîner une absence de recours contre les débiteurs d'aliments : ce n'est pas, ici, par le biais de la coercition et de la récupération qu'est opérée l'incitation à la mise en œuvre des solidarités familiales, mais par l'existence d'une modalité, conditionnelle, de mise à l'écart des récupérations contre la succession du bénéficiaire.

566. Le recours contre la succession est en effet écarté lorsque l'héritier considéré du bénéficiaire a assumé, de façon effective et constante, la charge de la personne en situation d'handicap. La Cour de cassation a eu, récemment, l'occasion de préciser que « la charge effective et constante [...] s'entend d'un engagement régulier et personnel de l'héritier auprès de la personne handicapée, placée en établissement, tant d'ordre matériel qu'affectif et moral »¹³⁵⁸. En l'espèce, il s'agissait d'une personne s'étant occupée, pendant 25 ans, de sa sœur, après que cette dernière ait subi un accident. La commission départementale d'aide sociale avait considéré que l'attitude de la sœur héritière, qui « avait assumé de façon effective et constante la charge de la personne handicapée » et était présente « de façon régulière pour soutenir affectivement et au plan pratique la bénéficiaire », ne pouvait suffire à empêcher le département d'exercer, contre la succession, un recours, à hauteur de 90.000 euros. Cette décision était motivée par le fait que l'assistance apportée « [relevait] de l'attachement familial et de la loyauté entre membres d'une même famille » et ne pouvait avoir pour conséquence de faire échec à l'action en récupération exercée par le département dont le financement est assuré par les impôts versés par la collectivité nationale. Autrement dit, un devoir de solidarité intrafamiliale existant au sein de la famille¹³⁵⁹, il faudrait, pour éviter un recours en récupération, apporter la preuve d'une prise en charge excédant les devoirs familiaux.

Cette interprétation, très favorable aux départements, était évidemment contraire à la lettre du texte, et a donc été censurée par la Cour de cassation. L'exonération repose donc sur deux éléments cumulatifs qui sont l'assistance matérielle personnelle – il ne s'agit pas, ici, d'avoir simplement organisé la mise en œuvre, par un tiers, de mesures d'assistance matérielle, point qui peut d'ailleurs interroger tant cette mise en œuvre peut, en pratique, s'avérer fastidieuse – et l'assistance affective – il s'agit bien, ici, de s'engager émotionnellement pour et aux côtés de la personne aidée : la personne engagée pour assister matériellement la personne handicapée ne pourrait dès lors prétendre, de ce seul fait, à une exonération, si elle était désignée comme légataire, par exemple –. Par ces deux conditions cumulatives, qui assurent que l'exonération ne bénéficiera qu'aux aidants, et que la récompense de l'engagement – qui peut, comme en l'espèce, se chiffrer en dizaines voire en centaines de milliers d'euros – du fait de l'abandon des recours sera particulièrement incitative, le mécanisme mis en place peut jouer un rôle normatif certain¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ Civ. 2^{ème}, 26 janvier 2023, n°21-18.653, Bull.

¹³⁵⁹ Ce qui est en outre, rappelons-le, faux, s'agissant des frères et sœurs, entre lesquels n'existe, à l'heure actuelle, qu'une obligation alimentaire naturelle. Il aurait certes, alors, pu être soutenu que ladite assistance était la manifestation de l'exécution volontaire d'une obligation naturelle.

¹³⁶⁰ Le Conseil constitutionnel, interrogé sur la constitutionnalité de cette disposition, est venu préciser qu'« en exemptant certaines personnes du recours en récupération instauré par l'article L. 132-8 du code de l'action sociale et des familles, le législateur a entendu tenir compte d'une part, de l'aide apportée à la personne handicapée bénéficiaire de l'aide sociale et, d'autre part, de la proximité particulière des personnes exemptées avec elle » (Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-592 QPC du 21 octobre 2016).

567. Ce système semble, dès lors, préférable aux procédures mises en place en matière d'aide sociale pour des personnes non porteuses de handicaps, en général, et particulièrement en matière d'ASH, où les mécanismes incitatifs sont quasi inexistants. On peut, alors, légitimement hésiter. Deux options semblent, en effet, ouvertes.

La première consiste à ne pas remettre en cause le principe de subsidiarité de l'aide sociale, mais à aménager les recours exercés afin, d'une part, de cesser de ne faire de la famille qu'une manne budgétaire, et ce en l'impliquant davantage dans la prise en charge de la personne aidée, et d'autre part, de mettre en place des mécanismes incitatifs destinés à récompenser l'exercice spontané des solidarités intrafamiliales. Cette solution est probablement celle qui demande le moins d'aménagements, et présente l'avantage de pouvoir, inversement, sanctionner l'absence d'exercice des solidarités intrafamiliales par l'exercice des recours. On peut craindre, toutefois, un contentieux important, et des difficultés probatoires importantes, car les organismes fournisseurs d'aliments voudront, autant que faire se peut, continuer à bénéficier des remboursements ainsi mis en place.

La seconde, inversement, consiste, et c'est ce que nous allons à présent étudier, à remettre en cause le principe de subsidiarité de l'aide sociale, à supprimer, partant, tous les recours, en trouvant des modes de financement collectifs par l'impôt. Cette solution, qui présente l'avantage d'offrir davantage de visibilité et de justice sociale, ne doit cependant pas faire oublier l'intérêt des mécanismes incitatifs : il serait alors intéressant, comme cela a déjà été évoqué, de reprendre l'idée de mobiliser le droit des successions pour récompenser les aidants familiaux en leur accordant des parts ou des fractions de parts supplémentaires dans la succession de la personne aidée. Ce mécanisme produirait, *a priori*, le même effet incitatif, mais en limitant les écueils liés à la récupération de l'aide sociale, et permettrait de refonder une véritable coopération entre solidarité familiale et solidarité collective.

II) Par la remise en cause de la subsidiarité de l'aide sociale

568. Une seconde approche de la limitation du détournement de l'obligation alimentaire, plus drastique et plus politique, consiste à envisager une remise en cause complète du principe de subsidiarité de l'aide sociale, qui ne correspond nullement aux fondements de l'existence même de l'aide et de la sécurité sociales, et ne répond en réalité qu'à des enjeux budgétaires qui trouvent dans la solidarité familiale un réservoir financier pour assurer une part significative de la charge financière importante que représentent ces aides. Or, sur un plan politique et philosophique, si une transition de l'assistance publique à la solidarité sociale a réellement été opérée, comment justifier qu'existent encore, notamment en matière d'ASH, de tels recours ? Comme le font remarquer, non sans ironie, Messieurs les professeurs Malaurie et Fulchiron, « dans une société vraiment socialiste, ces actions récursoires ne devraient pas exister : la charge des malheureux pèserait exclusivement sur l'État »¹³⁶¹.

On pourrait reformuler, en parlant d'Etat vraiment social plutôt que de société vraiment socialiste, mais l'idée demeure. Est-il acceptable que, comme le révèle une enquête de la DREES, « le reste à charge après aides diverses [...] excède les ressources courantes de la personne âgée dans 75 % des cas »¹³⁶² ? Que dans 55% des cas, les résidents, « dont les ressources ne couvrent pas le coût de l'hébergement, sollicitent leurs proches ou puisent dans leur épargne pour financer leur hébergement en établissement »¹³⁶³ ? Peut-on se satisfaire d'une situation dans laquelle les trois quarts des retraités ne disposent pas de revenus suffisants pour bénéficier d'une solution d'hébergement adaptée à leur perte d'autonomie, simplement parce que le coût moyen des établissements dépasse la retraite moyenne ? Il est permis de répondre par la négative, pour de pures raisons d'équité.

La prise en charge des personnes âgées, comme celle des personnes vulnérables, ou en perte d'autonomie, est une charge qui devrait incomber – et qui, à lire les normes constitutionnelles françaises, incombe – à l'Etat. Il n'est pas normal qu'une personne ayant travaillé et cotisé sa vie durant n'ait pas, au moment de la retraite, les moyens suffisants de sa subsistance, et de sa subsistance dans la perte d'autonomie qui accompagne le grand âge. Ce principe pourrait suffire, en réalité, à justifier à lui seul l'abandon du principe de subsidiarité de l'aide sociale. Mais, outre ces aspects, qui ne reposent que sur des considérations éthiques et politiques, la mobilisation

¹³⁶¹ V. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, préc., spéc. n°1731, p. 755.

¹³⁶² D. Libault (dir.), *Concertation grand âge et autonomie*, Rapport remis au ministère de la santé et des solidarités, mars 2019, p. 47.

¹³⁶³ *Idem*, p. 48.

présente et surtout future, au regard du vieillissement de la population, de la solidarité familiale à des fins budgétaires pose des problèmes plus profonds, liés au regard porté sur la famille en tant que « réservoir de solidarité ». Le fait est que le système aujourd'hui en place peut sembler brutal aux familles et pour les familles : tel qu'il est aujourd'hui conçu, la famille se trouve davantage actionnée qu'associée, l'accent étant mis sur une forme de « sanction » davantage que sur la solidarité.

569. Peut-être une refonte de l'articulation entre solidarité familiale et solidarité collective pourrait-elle passer, comme on le voit parfois proposé, par une meilleure information et implication de la famille, qui n'a parfois pas été actionnée préalablement parce que le débiteur d'aliments ne désirait pas le faire. Mais peut-être peut-elle également passer par une remise en cause du fonctionnement de la prise en charge des dépendances et de la vieillesse. Comme l'expliquent les professeurs Géa et Kessler dans leur article précité : « Il ne faut pas sous-estimer les limites des solidarités familiales telles qu'elles existent aujourd'hui. En effet, la famille n'intervient pour des aides importantes qu'en cas de coup dur, la tendance étant souvent à s'abstenir de son aide quand on le peut. D'autre part, la solidarité, qui s'exerce entre personnes ayant peu ou prou les mêmes moyens, est par essence anti-redistributive et, de ce fait, conservatrice des inégalités et des handicaps »¹³⁶⁴.

570. En fait, la pensée qui sous-tend le principe de subsidiarité de l'aide sociale est, pour partie, portée par l'idée que sans subsidiarité, sans solidarité contrainte, la solidarité intrafamiliale s'exercerait moins. Autrement dit, « la relative réussite [de l'Etat providence] » aurait conduit à ce que, « en conjurant un certain nombre de risques sociaux, l'Etat [ait] laissé la famille en tête à tête avec sa fragilité relationnelle »¹³⁶⁵. Or, cette pensée méconnaît deux éléments : d'une part, les limites des solidarités familiales, et d'autre part, le fait qu'elles s'expriment, souvent, à bas bruit, et de manière subsidiaire en ce sens que l'individu, évoluant dans sa vie et dans sa société, cherche d'abord à trouver les ressources, qu'elles soient personnelles ou collectives, lui permettant de « s'en sortir » sans avoir à mobiliser des solidarités familiales autres que les solidarités spontanées¹³⁶⁶, ces dernières s'exécutant souvent en nature, qu'il s'agisse de solution de garde, d'assistances diverses pour des tâches de la vie quotidienne ou des besoins plus ponctuels, etc.

¹³⁶⁴ F. Kessler et F. Géa, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion », préc., p. 324.

¹³⁶⁵ V. R. Castel, « L'Etat providence et la famille : le partage précaire de la gestion des risques sociaux », in F. de Singly et F. Schultheis (dir.), *Affaires de familles, affaires d'Etat*, IFRAS, éditions de l'Est, 1991, p. 25.

¹³⁶⁶ Les solidarités spontanées peuvent en effet trouver, à l'occasion d'un prétexte quelconque, que ce soit des vacances, un anniversaire, une rentrée scolaire, une fête telle que Noël ou le Nouvel an, à s'exprimer sans que celui qui bénéficie d'une telle aide ait l'impression d'être une charge.

Reprenons les propos des professeurs Géa et Kessler :

« L’option « familiariste » repose [...] sur trois présupposés qui, à l’analyse, se révèlent bien fragiles. Elle suppose, en premier lieu, que les solidarités pourraient se substituer à certaines solidarités collectives. Or, un tel postulat ne tient pas compte du fait que ces deux formes de solidarité ne sont pas de même nature. En effet, l’entraide familiale est mue par des sentiments à la fois d’obligation et d’affection, mais son action est caractérisée par une adaptabilité, sa plasticité, son exclusivité, alors que l’action publique apparaît formelle, rigide, normée et universelle. Le « familiarisme » tend, ensuite, à considérer que l’octroi d’aides publiques aurait un effet démobilisateur sur le réseau familial. Là encore, les études relatives à la question de la vieillesse dans différents pays ont montré, au contraire, que la suppression des aides publiques comportait un risque grave de rupture dans les familles les plus fragiles, le fardeau de la pourvoyance se trouvant alors alourdi. Un troisième présupposé repose sur l’idée d’un gisement presque sans limite dont la sollicitation n’a d’autre coût que le versement d’une allocation incitative auquel l’Etat consentirait. Or, précisément, l’entraide familiale n’est pas inépuisable. Vouloir repousser ses limites reviendrait à réassigner aux femmes un rôle domestiques ou à renforcer la dépendance objective au sein des familles, avec le risque d’une fragilisation du réseau familial »¹³⁶⁷.

Et les auteurs de conclure qu’« en réalité, la mise en œuvre de l’obligation alimentaire par la collectivité d’aide sociale ou les établissements publics de santé conduit, le plus souvent, à fragiliser la famille »¹³⁶⁸. Il y a une forme de paradoxe à reconnaître, d’un côté, l’étendue du travail des aidants familiaux, à essayer de les soutenir, à se rendre compte du risque d’épuisement en aménageant un droit au répit, tout en ayant des solidarités familiales une vision essentiellement financière, et en voyant dans les familles avant tout un réservoir de finances mobilisables par la collectivité.

571. C’est particulièrement vrai, semble-t-il, dans le cas de la gestion de la vieillesse, où lorsqu’est envisagée, soit une demande d’assistance à domicile, soit le placement de la personne dépendante dans un établissement spécialisé, c’est souvent ; soit à la demande de la personne âgée elle-même, soit lorsqu’il n’est plus possible, matériellement, de faire autrement. On comprend mal, alors, en quoi solliciter le concours financier de la famille est de nature à « réactiver les solidarités familiales » : à ce stade, soit celles-ci ont déjà été mises en œuvre et se sont avérées

¹³⁶⁷ F. Kessler et F. Géa, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l’aide sociale : quelques éléments de réflexion », préc., p. 325.

¹³⁶⁸ F. Kessler et F. Géa, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l’aide sociale : quelques éléments de réflexion », préc., p. 326.

insuffisantes, soit il s'agit concrètement de mettre en œuvre une solidarité purement financière dans un espace familial déjà dysfonctionnel, puisqu'elle ne s'est pas exprimée plus tôt. On notera d'ailleurs, que le Conseil d'Etat a rappelé que « aucun texte ni aucun principe général n'impose à l'administration, lorsqu'elle accorde une prestation d'aide sociale, d'informer les successeurs éventuels du bénéficiaire de l'exercice possible d'un recours en récupération sur la succession de ce dernier »¹³⁶⁹ : comment soutenir, ensuite, si nulle information, si nulle association de la famille n'est imposée, ni par les textes, ni par la jurisprudence, que la subsidiarité est un moyen de réactiver les solidarités familiales ?

Il n'est plus, ici, ni question de famille ni question de solidarité : il est question de budget, de dettes et de débiteurs actionnables. Il ne s'agit pas de dire que les dimensions patrimoniales, et donc les questions d'argent, ne sauraient être au cœur des solidarités familiales, mais simplement qu'une politique familiale et l'appréhension des solidarités ne sauraient être qu'une question d'argent. Or, aujourd'hui, le principe de subsidiarité de l'aide sociale apparaît comme n'étant un outil efficace que d'un point de vue budgétaire, sous prétexte familialiste. Il n'est pourtant plus possible, alors que les scandales se suivent et se ressemblent – on pense notamment, après le scandale Orpéa, au scandale qui touche aujourd'hui les crèches privées¹³⁷⁰, où on retrouve les mêmes problématiques – de continuer à déléguer la protection et la prise en charge des personnes les plus vulnérables – personnes âgées, enfants, personnes porteuses de handicaps – à des groupes privés à vocation lucrative obéissant à une logique de profit. S'il est des domaines où les logiques commerciales sont parfaitement justifiables, il en est d'autres, notamment en matière familiale ou de vulnérabilité, où celles-ci devraient être considérées comme inadaptées.

On peut, à cet égard, regretter que les enseignements de l'épidémie de Covid-19 n'aient pas été pleinement tirés, et se souvenir que pourtant, dès sa première *Adresse aux Français* prononcée dans le contexte de la crise sanitaire, Monsieur le président de la République avait dessiné les contours d'un changement de paradigme en la matière :

« Mes chers compatriotes, il nous faudra demain tirer les leçons du moment que nous traversons, interroger le modèle de développement dans lequel s'est engagé notre monde depuis des décennies et qui dévoile ses failles au grand jour, interroger les faiblesses de nos démocraties. Ce que révèle

¹³⁶⁹ Conseil d'Etat, 25 avril 2001, n° 214252.

¹³⁷⁰ A la suite de la publication du nouvel ouvrage de V. Castanet, *Les ogres*, Flammarion, septembre 2024, qui, après s'être intéressé à la situation dans les EPHAD, a dédié, après le décès d'une fillette dans une crèche à Lyon en 2022, une nouvelle enquête aux dérives venant affecter le marché des crèches privées.

d'ores et déjà cette pandémie, c'est que la santé gratuite sans condition de revenu, de parcours ou de profession, notre Etat-providence ne sont pas des coûts ou des charges mais des biens précieux, des atouts indispensables quand le destin frappe. Ce que révèle cette pandémie, c'est qu'il est des biens et des services qui doivent être placés en dehors des lois du marché. Déléguer notre alimentation, notre protection, notre capacité à soigner notre cadre de vie au fond à d'autres est une folie. Nous devons en reprendre le contrôle, construire plus encore que nous ne le faisons déjà une France, une Europe souveraine, une France et une Europe qui tiennent fermement leur destin en main. Les prochaines semaines et les prochains mois nécessiteront des décisions de rupture en ce sens. Je les assumerai »¹³⁷¹.

572. Inversement, les conséquences de l'abandon du principe de subsidiarité de l'aide sociale dans une perspective de rénovation du système français de prise en charge des populations confrontées à la vulnérabilité et la dépendance qu'implique le grand âge ne seraient *a priori* pas que budgétaires, du seul fait que l'Etat est généralement un acteur soucieux de sa dépense publique, d'une part, et n'est pas un organisme à vocation lucrative, d'autre part, deux caractéristiques ayant un impact direct sur la nature et sur la qualité du service rendu. Les études menées en la matière nous permettent ainsi, par exemple, d'apprendre que l'offre de service qui, en termes de personnel, offre le meilleur encadrement est, en moyenne, celle des EHPAD publics.

Ainsi, les études menées par la DREES donnent à voir que « les EHPAD privés lucratifs affectent, en moyenne, sensiblement moins de personnels aux fonctions d'animation, d'accompagnement social et de service : ces personnels y représentent 16,2 ETP¹³⁷² pour 100 résidents contre 18,5 dans le privé non lucratif et 20,4 dans les EHPAD publics »¹³⁷³. Autrement dit, plus l'établissement a une vocation lucrative, moins l'encadrement est, en termes de personnel, important, avec 25% de personnel en plus dans les EPHAD publics par rapport aux EHPAD privés lucratifs, fait assez contre-intuitif si on considère que les EPHAD privés lucratifs sont les plus chers et donc perçus, parfois à raison¹³⁷⁴, comme offrant un meilleur service. Certes, une approche quantitative ne permet pas d'évaluer l'investissement ou le degré de qualification du personnel, mais cette différence d'encadrement demeure significative et pourrait s'expliquer par une volonté de limitation des coûts révélatrice d'un impératif de rentabilité propre à une structure à vocation lucrative.

¹³⁷¹ E. Macron, *Adresse aux Français*, 12 mars 2020.

¹³⁷² ETP = équivalent temps plein.

¹³⁷³ D. Libault (dir.), *Concertation grand âge et autonomie*, préc. p. 31.

¹³⁷⁴ Le rapport Libault relève ainsi, sur le terrain du type d'hébergement offert par les différents établissements, que « si les Ehpads privés lucratifs offrent quasiment exclusivement des chambres individuelles avec sanitaires privatifs, 11 % des places en Ehpads publics sont en chambre partagée et 25 % n'ont pas de douche privative » (*idem*, p. 31).

Cette même différence se retrouve s’agissant des fonctions de direction, largement mutualisées notamment dans les grands groupes d’EPHAD privés lucratifs. En effet, « [les EPHAD publics] mutualisent de fait très peu de fonctions : les personnels de direction, d’administration et de services généraux y représentent 15,2 ETP pour 100 résidents contre une moyenne de 10,3 ETP pour 100 résidents en moyenne dans l’ensemble des EHPAD »¹³⁷⁵. Or, la question de la mutualisation des fonctions de direction n’est pas neutre : le rapport établi par l’IGF et l’IGAS concernant la gestion des EPHAD du groupe Orpéa, en mars 2022, a ainsi fait un lien direct entre une « organisation très centralisée et des modalités de management pouvant conduire à des dérives »¹³⁷⁶. On comprend bien, en effet, qu’une direction plus éloignée de l’établissement ne pourra que fonder sa politique sur des données quantitatives, chiffrées : or, la qualité des soins, le bien-être des usagers, tout cela n’est pas quantifiable.

573. Il faudrait donc, pour des raisons liées tant au financement qu’à la qualité du service rendu, envisager d’une part que l’Etat prenne une part plus importante dans la prise en charge du grand âge, et que soit consacré un droit opposable des personnes âgées ou dépendantes, soit à la mise en place de mesures de soutien au maintien à domicile – le cas échéant au sein d’une résidence adaptée –, soit à l’accueil dans un établissement spécialisé. D’autre part, il faudrait envisager de repenser le système actuel de financement de ces mesures, afin de trouver collectivement les ressources de mise en œuvre de la solidarité collective. Cela impliquerait, évidemment, de repenser une part conséquente du système français, mais les exemples offerts par le droit comparé permettent de nous rassurer quant à la faisabilité d’un tel projet. D’autres pays ont franchi le pas. Citons, à cet égard, différents exemples, évidemment brossés à grands traits.

- **La Suède** : Le système suédois fait figure de précurseur, et ce avec une méthode particulièrement radicale, puisque les fondements de son système actuel, né de travaux et

¹³⁷⁵ *Idem*, p. 29.

¹³⁷⁶ V. IGF et IGAS, *Synthèse de la mission sur la gestion des établissements d’hébergement de personnes âgées dépendantes (Ehpad) du groupe Orpéa*, mars 2022, spéc. p. 9. Les rapporteurs relèvent, à ce titre, que : « Le pilotage des établissements donne la priorité à la performance financière, les critères de qualité étant évalués séparément. En premier lieu, le système de primes semestrielles, qui peuvent atteindre jusqu’à 6.000 euros par an, et de bonus annuel des directeurs d’exploitation accorde un poids dominant aux indicateurs financiers (chiffre d’affaires, masse salariale, marge opérationnelle), néanmoins modulés par l’atteinte d’objectifs de qualité. À la différence de ce qui prévaut pour les directeurs d’exploitation, l’attribution aux directeurs régionaux des primes et des bonus est fondée dans les deux cas sur la seule performance financière des établissements qu’ils supervisent. En deuxième lieu, l’animation du réseau des directeurs régionaux (DR) incite à une optimisation des indicateurs de performance. [...] En troisième lieu, le suivi par le DR de la « performance » des établissements dont il a la charge se matérialise par une pression continue sur les directeurs d’établissements. Cela se lit notamment dans les plans d’actions mensuels – échanges avec le DR dans lesquels figurent par exemple des consignes explicites visant à ne pas remplacer tous les postes dans des Ehpad pourtant en situation d’occupation maximale » (*idem*, p. 10).

de réflexions menés dans les années 1940¹³⁷⁷, ont conduit à l'adoption, en 1956, d'une loi venant opérer un mouvement de transfert complet des fonctions de solidarité à l'Etat, système qui s'accompagne d'une remise en cause du principe de l'obligation alimentaire, qui n'existe plus, désormais, qu'entre parents et enfants mineurs¹³⁷⁸, ce qui, évidemment, exclue toute possibilité de recours contre les débiteurs d'aliments.

Est donc née une forme de droit opposable, d'une part « à bénéficier de soins et à être pris en charge à domicile aussi longtemps que possible »¹³⁷⁹, et d'autre part à bénéficier d'une prise en charge dans un établissement adapté (plusieurs types d'établissements existant, en fonction du degré d'autonomie de la personne). L'accent est alors mis, autant que faire se peut, sur le maintien à domicile de la personne âgée¹³⁸⁰, ou sur les résidences-autonomie, ces solutions étant préférées aux établissements de type EPHAD¹³⁸¹. La participation financière des usagers est, d'une part, plafonnée – et le plafond est particulièrement bas, puisque la participation maximale ne dépasse pas quelques centaines d'euros – et, d'autre part, conditionnée au fait que ces derniers conservent la jouissance d'un revenu minimum.

Ce système suppose une forte centralisation de la gestion de l'offre¹³⁸², une participation financière de l'Etat et des collectivités territoriales importantes (la Suède fait ainsi partie des pays consacrant à ce sujet une part de PIB particulièrement importante), ainsi que des efforts importants de la part des citoyens et des entreprises, en termes de cotisations. Ce

¹³⁷⁷ N. Morel indique ainsi que « Un rapport de 1946 préconise ainsi que l'Etat prenne la responsabilité de satisfaire les besoins d'aide et de soins des personnes âgées. Il est suggéré que les maisons pour personnes âgées nécessiteuses soient transformées en maisons de retraite pour les personnes requérant attention et soins. Il est également proposé qu'une loi soit votée pour imposer aux municipalités la responsabilité principale pour ces maisons de retraite ainsi que l'obligation de fournir aide et soins à ceux qui en ont besoin en échange d'une participation financière dont le montant ne puisse excéder le montant de la pension de retraite ». V. N. Morel, *La prise en charge des personnes âgées dépendantes en Suède de 1930 à 2008 : entre réformes et continuité*, Réseau RT6 – Politiques sociales, protection sociale, solidarités, Association française de sociologie, 2012, spéc. p. 5.

¹³⁷⁸ V. *idem*, p. 6, mais également A. Jolivet, « Suède : un filet de sécurité sous pression », in *Chronique internationale de l'IRES*, 2018, n° 164, p. 130.

¹³⁷⁹ V. D. Libault (dir.), *Concertation grand âge et autonomie*, préc., p. 199 s.

¹³⁸⁰ Cette solution, qui est la moins coûteuse pour la collectivité, malgré la logistique que sa mise en œuvre implique, et la plus respectueuse, souvent, des désirs des personnes âgées, a donc fait l'objet d'une politique intense. Comme le note N. Morel : « Avec l'entrée en vigueur en 1982 de la loi sur les services sociaux affirmant le droit de recevoir toute l'aide nécessaire à domicile si tel est le souhait de la personne, quelle que soit l'ampleur des besoins, les services d'aide à domicile ont dû s'intensifier. C'est à partir de 1980 environ que des patrouilles de soirée et de nuit sont mises en place, permettant une prise en charge à domicile plus intensive. Ce n'est donc qu'à partir là que les personnes lourdement dépendantes peuvent rester à domicile plutôt qu'en institution. Dès 1988 on compte 16% de bénéficiaires de l'aide à domicile recevant de l'aide jour et nuit (Svenska Kommunförbundet, 2003) » (V. N. Morel, *La prise en charge des personnes âgées dépendantes en Suède de 1930 à 2008 : entre réformes et continuité*, préc., spéc. p. 9.).

¹³⁸¹ V. Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Politiques de soutien à l'autonomie des personnes âgées : quelques comparaisons internationales*, préc., p. 98 s.

¹³⁸² Une tentative de dérégulation et d'ouverture à la privatisation a certes été menée à compter de 1993, au nom du « libre choix dans le système de protection sociale », expérience qui a pris fin à partir de 1998, date qui a marqué un fort réengagement étatique dans la prise en charge des personnes âgées au vu de la dégradation du service et des importantes inégalités notamment territoriales qu'avait entraîné la privatisation. V. N. Morel, *La prise en charge des personnes âgées dépendantes en Suède de 1930 à 2008 : entre réformes et continuité*, préc., spéc. p. 12 s. et p. 17 s.

système suppose, en réalité, un nouveau pacte social : la certitude que l'Etat assurera les vieux jours des personnes âgées rend acceptables les cotisations adaptées à ce projet naturellement coûteux¹³⁸³.

- **Le Québec** : au Québec, toute personne âgée pour qui le maintien à domicile est impossible peut être accueillie dans un établissement spécialisé adapté à son degré d'autonomie. Cette prise en charge est financée, pour l'essentiel, par des deniers publics, et le reste à charge pour la personne hébergée est, d'une part calculé en fonction de ses revenus, de son patrimoine et de sa situation familiale (une part de ses revenus, qualifiée « d'allocation de dépenses personnelles », d'un montant, à l'époque de l'étude, de 212 dollars canadiens, lui demeure acquise, et des déductions sont opérées en fonction de la composition du foyer d'origine, par exemple s'il reste des enfants à charge, ou un conjoint non hébergé), et d'autre part plafonné (à l'époque de l'étude, à 1.867,50 dollars canadiens pour une chambre individuelle et 1.560 dollars canadiens pour une chambre à deux lits, étant précisé que le revenu médian s'élevait, alors, à 4.408,34 dollars canadien par mois). Précisons qu'il n'y a, au Québec, pas de recours contre la succession du bénéficiaire¹³⁸⁴.
- **L'Allemagne** : Si, pour l'essentiel, le système allemand peut sembler plus proche du nôtre que les exemples précédemment cités, le pays ayant d'ailleurs été précurseur en matière d'usage des barèmes, il convient de citer deux différences majeures. Il s'agit, d'une part, de l'absence de récupération sur les successions¹³⁸⁵. Il convient, d'autre part, de mentionner que, confrontée à la question de la suppression des recours contre les obligés alimentaires, l'Allemagne a choisi une voie de synthèse. En application de la *Angehörigen-Entlastungsgesetz*¹³⁸⁶ de décembre 2019, le §94 du *Sozialgesetzbuch*¹³⁸⁷ (SGB) vient en effet exclure les recours contre les débiteurs d'aliments de la personne bénéficiaire de l'aide sociale si ledit débiteur perçoit des revenus annuels bruts inférieurs à 100.000 euros, ce qui, dans un contexte où le revenu annuel brut moyen est, en

¹³⁸³ Le professeur Lemouland résume cette philosophie de la manière suivante : « Dans les pays nordiques, l'aide sociale est forte et entend répondre à un droit du citoyen. Les liens familiaux sont faibles et, en tout cas, sont peu sollicités par la loi pour répondre aux besoins des jeunes ou des aînés ». J.-J. Lemouland, « L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ? », préc., p. 166.

¹³⁸⁴ Chiffres donnés pour un hébergement en centre d'hébergement et de soins de longue durée, l'équivalent de nos Ehpad. V. Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Politiques de soutien à l'autonomie des personnes âgées : quelques comparaisons internationales*, préc., p. 96

¹³⁸⁵ V. Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Politiques de soutien à l'autonomie des personnes âgées : quelques comparaisons internationales*, préc., p. 107.

¹³⁸⁶ Loi dont le nom complet est *Gesetz zur Entlastung unterhaltsverpflichteter Angehöriger in der Sozialhilfe und in der Eingliederungshilfe*, ce que l'on pourrait traduire par Loi sur la participation des obligés alimentaires des bénéficiaires de l'aide sociale et de l'aide à l'intégration.

¹³⁸⁷ C'est-à-dire le Code du droit social, dont le livre 12 est consacré à l'aide sociale.

Allemagne, d'un peu plus de 53.000 euros, revient à exclure, dans la grande majorité des cas, toute récupération¹³⁸⁸.

Ce faisant, sans revenir *de jure* sur le principe de subsidiarité de l'aide sociale, l'Allemagne l'a quasiment abrogé *de facto*¹³⁸⁹, marquant une volonté que la charge des personnes vulnérables revienne avant tout à l'Etat, dans un contexte social et économique relativement proche du nôtre par ailleurs. La portée de ce texte est, dès lors, de grande importance en ce qu'il vient, en pratique, quasiment faire disparaître l'obligation alimentaire ascendante qui, d'une part, est limitée à la relation parents-enfants, et, d'autre part, ne peut plus guère être actionnée par des organismes publics, ce qui limite les écueils précédemment évoqués en matière de récupération d'aide sociale.

574. De nombreuses pistes pourraient donc être explorées afin d'envisager, en France, une rénovation du système de prise en charge des populations vulnérables et dépendantes. L'enjeu est multiple, mais il s'agit, pour ce qui est du cadre de notre étude, d'envisager différemment le rôle de la famille, qui ne peut pas être vue comme une simple variable d'ajustement budgétaire pour l'Etat, *a fortiori* dans un contexte de vieillissement de la population et de baisse de la natalité où cette charge risque de devenir insupportable, et où le recours aux finances familiales risque de montrer ses limites. Il semble indispensable, pour éviter l'instrumentalisation des familles, d'envisager non seulement une refonte du système de financement des mesures de prise en charge de la dépendance, qui devraient être financées par le bénéficiaire dans la mesure de ses capacités et, pour le reste, par l'Etat, *via* des cotisations et une imposition suffisantes¹³⁹⁰, mais également une refonte du mode de mise en œuvre de cette prise en charge. L'accent semble pouvoir, en la matière, être mis, soit sur le maintien à domicile, soit sur l'accueil dans des résidences autonomie, solutions moins violentes pour les concernés et moins coûteuses pour les finances publiques, les familles étant alors mobilisées non financièrement, mais personnellement, dans la mesure de l'aide

¹³⁸⁸ V. J. Hauß, « Das rühmliche Ende des Elternunterhalts », in *Der Familien-Rechtsberater (FamRB)* 2020, p. 76, ou encore G. Doering-Striening, J. Hauß et H. Schürmann, « Elternunterhalt 2020 – quo vadis ? », in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2020, p. 137.

¹³⁸⁹ D'autant que le paragraphe 94, précité, du SGB, pose une présomption d'insuffisance des revenus du débiteur d'aliments pour être actionné, de sorte qu'il ne sera pas possible pour les administrations publiques d'effectuer un recours avant d'avoir procédé à cette recherche, et d'exiger que les débiteurs potentiels se défendent en démontrant l'insuffisance de leurs moyens. Ce mécanisme a, en outre l'avantage d'interdire les recours menés contre des débiteurs dont on sait qu'ils ne correspondent pas aux critères posés par la loi, dans l'espoir qu'ils payent sans discuter.

¹³⁹⁰ Même s'il est acquis que la pression fiscale est, à l'époque contemporaine, un sujet particulièrement sensible, et qu'il est vrai que cela demanderait un courage politique certain que d'en faire la proposition, on peut estimer que cette charge supplémentaire serait mieux accueillie si elle s'accompagnait de la certitude de recevoir, dans ses vieux jours, des prestations permettant de ne pas se soucier excessivement de ses moyens de subsistance dans le grand âge, tout en allégeant les épaules des foyers d'actifs de la charge de leurs parents âgés.

concrète, matérielle et affective qu'elles sont dans la capacité de mettre en œuvre. Il est, en toute hypothèse, nécessaire d'ouvrir sur ce sujet un débat pluridisciplinaire et d'ampleur, qui n'a jamais été mené et est pourtant nécessaire pour faire face aux enjeux tant économiques que démographiques de l'avenir proche.

C'est ce que constatait, il y a déjà plus de vingt ans, le professeur Hauser :

« Le droit social, même codifié, souffre d'une grave insuffisance conceptuelle. La doctrine la plus autorisée a souvent cherché à combler ce vide législatif qui s'apparente au tonneau des Danaïdes car jamais le remède n'a été trouvé. Dans les textes les plus récents le désordre conceptuel a été stigmatisé par les meilleurs auteurs, désordre non seulement dans les définitions et l'affirmation de la philosophie globale mais aussi dans les choix qui sont faits à l'intérieur même de la matière considérée. [...] « Les questions importantes ont été ainsi largement éludées des débats parlementaires... Le législateur [...] tombe ainsi dans les errements et les lacunes de la législation sociale si souvent stigmatisés dans la première moitié du XX^{ème} siècle »¹³⁹¹ [...]. On a voulu, semble-t-il, répondre à un problème social par un montage circonstanciel, en faisant l'économie d'un débat plus fondamental sur les formes de solidarité en matière de santé. On touche alors à l'inévitable question de l'art législatif en cette fin de XX^{ème} siècle. Outre le fait que l'absence de réflexion fondamentale traduit un étrange mépris des auteurs de ces lois envers leur propre création, elle génère aussi probablement une inefficacité et, à un moindre degré, des fraudes et des injustices, dont pâtissent finalement ceux qui devraient en être les premiers bénéficiaires. Et si au fond l'existence des nouveaux pauvres et la persistance de l'inadaptation sociale venaient tout simplement de la sophistication technocratique et de l'incohérence de notre législation – de plus en plus d'affichage – qui finit par produire plus d'effets pervers que d'effets souhaités »¹³⁹² ?

Le droit de la famille, lorsqu'il n'est utilisé, comme c'est actuellement le cas en application du principe de subsidiarité de l'aide sociale, qu'à des fins de mobilisation des ressources financières des familles, ne peut pas jouer son rôle normatif, resserrer les liens entre les individus et les investir des fonctions du *care*. Il est naturellement évident que la suppression, totale ou partielle, du principe de subsidiarité, ne suffira pas pour cela, mais cette étape semble importante dans le cadre d'une réflexion plus vaste sur le rôle du droit de la famille dans notre société. Le droit de la famille peut, aujourd'hui, jouer un rôle renouvelé, et l'obligation alimentaire peut, à cet égard, permettre une mobilisation du droit de la famille comme levier de politiques publiques.

¹³⁹¹ V. F. Kessler, « La prestation spécifique dépendance, premier commentaire... », in *La dépendance des personnes âgées*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1999, p. 37.

¹³⁹² J. Hauser, « Une famille récupérée », préc., p. 335.

Section 2. Le droit de la famille, levier de politiques publiques

575. A ce stade de notre étude, on ne peut que faire le constat que le droit de la famille demeure, aujourd'hui, et malgré les tentatives d'instrumentalisation, notamment technique, précédemment dénoncées, une composante essentielle de l'écosystème juridique français contemporain, au sein duquel sa mobilisation demeure importante. Reste, cependant, une dernière question, celle de sa fonction : la politisation actuelle du droit de la famille ne fait-elle pas courir le risque que le droit de la famille vienne jouer un rôle essentiellement symbolique, ou du moins décorrélé de sa fonction technique (**Sous-section 1**) ? Bien que ce risque semble important, nous préférons mettre en évidence les atouts du droit de la famille en tant que levier de politiques publiques contemporaines, et donc la fonction normative du droit de la famille contemporain transformée et réinvestie dans un ordonnancement juridique en mutation (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Politisation du droit de la famille et risque de décorrélation de la technique et du symbolique

576. En 2001, le professeur Hauser écrivait que « la démocratie, la morale et l'état de droit sont les enfants de la clarté et de la simplicité législative » avant de conclure que « l'exemple de la légistique française de ces vingt dernières années ne rend pas optimiste »¹³⁹³. L'observation des évolutions ultérieures du droit de la famille ne permet pas de lui donner tort. On ne peut soutenir, pourtant, que le droit de la famille ou des familles n'a pas été investi législativement et politiquement ces dernières années, ni qu'elle n'est pas un enjeu démocratique et moral contemporain. Bien au contraire, de la réforme du Pacs à la loi sur le vieillissement, en passant par le mariage dit pour tous et les dernières lois bioéthiques, les problématiques familiales semblent être au cœur d'une intense activité politique. Pourtant, l'investissement du droit de la famille semble révéler un curieux paradoxe, en ce que deux usages concurrents se développent, à savoir un usage essentiellement symbolique, d'une part, et un usage essentiellement technique, d'autre part.

L'usage symbolique renvoie à la volonté, de la part du législateur, de mobiliser essentiellement la fonction symbolique du droit, au détriment des autres. Or, si le droit, dans sa fonction symbolique renvoie à un outil conceptuel qui vise, par l'exemple, par la proclamation de valeurs, de choix politiques, philosophiques, par l'adoption d'options axiologiques, a une fonction normative en ce qu'il tend à transformer, parfois en profondeur, la société et les conceptions du corps social, le fait même qu'une loi puisse avoir pour intention première une intention symbolique n'autorise pas le législateur à faire l'économie de sa traduction technique, qu'il s'agisse, comme cela arrive, d'en ignorer complètement un pan entier¹³⁹⁴, ou de réaliser une réforme *a minima* sur le plan technique, qui, parfois, ne convainc guère. Poussée plus loin, cette logique risque de faire courir le risque que le droit de la famille devienne, plus qu'un autre, un droit mobilisé pour des effets d'annonce, ou d'affichage.

Inversement, et cette situation semble tout aussi regrettable, le droit de la famille devient, dans certain de ses aspects fiscaux ou sociaux, de plus en plus technique, et, alors que les approches

¹³⁹³ J. Hauser, « Une famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 327, spéc. p. 340.

¹³⁹⁴ Soit sur le plan des ajustements techniques nécessaires soit sur le plan des conséquences pratiques. Sur le même plan, on peut encore évoquer une troisième situation, qui est le cas de réformes s'enchaînant, porteuses de davantage d'annonces que d'effets par manque de mise en œuvre pratique des annonces précédentes, ou de moyens pour ce faire, ce qui peut conduire à de nouvelles annonces de réformes, sans qu'on ait véritablement pu mesurer les effets de la précédente, par manque de recul.

économique et féministe du droit de la famille permettent d'en faire une analyse de plus en plus précise, cette technicisation peut conduire à ce que certaines lois ne fassent pas ou que peu l'objet d'un investissement symbolique : c'est ainsi que des réformes d'une importance pratique considérable interviennent sans diffusion particulière, ce qui en limite la portée symbolique.

Il ne semble pas qu'il existe de lois purement symboliques ou purement techniques : c'est donc, avant tout, une tendance qui peut ici être mise en évidence, en adoptant un regard général sur la matière. Apparaissent, alors, deux risques concurrents : celui du symbolique sans technique **(I)**, d'une part, et celui de la technique sans symbole **(II)** d'autre part.

I) Le risque du symbolique sans technique

577. La question de la mobilisation symbolique du droit de la famille est, plus largement, celle de la place et de l'usage social de la loi. Si le droit, et partant la loi, peuvent avoir et tendre à avoir une fonction normative, et si, naturellement, la fonction symbolique du droit peut, dans ce contexte, être particulièrement mobilisée, il faut donc nécessairement envisager l'acte de légiférer comme phénomène de communication. Plus précisément, il s'agit d'envisager la loi, ou plutôt l'annonce de la loi, comme moyen de communication politique¹³⁹⁵.

Il ne faut pas négliger le fait que, *a fortiori* dans une période où l'activité médiatique et le rôle des réseaux sociaux s'intensifient, « l'exercice du pouvoir passe par l'activité discursive, par le maniement stratégique des signes et du langage. C'est par le discours, par l'invention lexicale ou la reformulation qu'on fait exister une politique publique et [que] l'on fait en sorte de lui donner un sens politique, qu'on définit de nouvelles normes et de nouvelles pratiques collectives »¹³⁹⁶. La communication, alors, devient l'outil indispensable pour, faisant le lien entre une règle de droit et un discours politique, s'assurer qu'une idée quitte le domaine de la philosophie politique pour rejoindre celui des normes juridiques, au sens normatif du terme. Une norme dont l'existence n'est pas connue risque, si elle a pour ambition de modifier les comportements individuels et collectifs, d'échouer dans son objet : la communication politique n'est donc pas critiquable en soi, et se révèle même être l'auxiliaire du droit et du juriste.

578. Le monde juridique s'en rend d'ailleurs de plus en plus compte. L'exemple des efforts faits par la Cour de cassation afin de mieux faire connaître son activité est, à cet égard, remarquable. Pour ses arrêts les plus importants, elle ne craint pas désormais de publier non seulement l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller rapporteur, documents qu'il n'était, auparavant, pas si aisé de consulter, mais également une notice explicative, un communiqué de

¹³⁹⁵ Notion dont il faut embrasser la diversité. Comme l'explique le professeur Ogien, « dans ses usages courants, le terme de « communication publique » sert à nommer des pratiques aussi diverses que faire connaître une information utile à la vie quotidienne des citoyens, promouvoir un acte de gouvernement avec des arrière-pensées électorales, fabriquer l'opinion en vue de préparer la population à une décision dramatique, instiller de nouvelles croyances ou de nouvelles conceptions de sens commun en « normalisant » certaines conduites ou encore propager une idéologie afin de s'assurer une adhésion totale. Chacune de ces pratiques se distingue des autres à la fois au plan des objectifs qu'elle affiche, de l'ampleur de l'ambition qu'elle poursuit, des stratégies mises en œuvre pour les réaliser, et de la possibilité d'en mesurer les effets. C'est ce qui rend si problématique le fait de les appréhender toutes comme d'égales occurrences de « communication publique » : A. Ogien, « La perfection gestionnaire : rhétorique de l'efficacité et démocratie », in C. Ollivier-Yaniv et M. Rinn (dir.), *Communication de l'état et gouvernement du social : Pour une société parfaite ?*, Presses universitaires de Grenoble, 2009, p. 49.

¹³⁹⁶ V. C. Ollivier-Yaniv et M. Rinn (dir.), *Communication de l'état et gouvernement du social : Pour une société parfaite ?*, préc., spéc. p. 7.

presse, voire les deux¹³⁹⁷. De même, les audiences les plus importantes, de même que les cycles de conférences et les colloques accueillis au sein de la Cour, sont désormais filmés, et accessibles virtuellement. On comprend l'intention : sans communication faite au grand public, le travail de la Cour n'est connu – et encore – que des seuls juristes : or, l'impact de son activité, lui, dépasse largement le seul cercle juridique. La communication de la Cour de cassation n'est certes pas une condition *sine qua non* de l'exercice de son activité, mais elle demeure, semble-t-il, un gage d'efficacité et de compréhension renforcée.

579. On peut en prendre pour exemple le cas de l'affaire Sarah Halimi, qui a donné lieu à un important arrêt du 14 avril 2021¹³⁹⁸. Bien qu'elle ne concerne pas directement le droit de la famille, cette décision a connu un écho particulier, et a pu mettre en évidence les difficultés de compréhension entre la communauté juridique¹³⁹⁹ et le grand public, d'une part, ainsi que l'importance de l'effort pédagogique en matière judiciaire, d'autre part. Attendu autant que commenté, cet arrêt est en effet, à la lecture, particulièrement malaisé à comprendre, de sorte que sa portée juridique en est difficilement accessible. Sa publication s'est toutefois accompagnée de celle de nombreux éléments d'explication¹⁴⁰⁰ : rapport du conseiller, avis de l'avocat général, communiqué de presse, mais également publication dédiée dans la *Lettre de la Chambre criminelle*¹⁴⁰¹. On peut certes regretter que l'arrêt rendu ne soit pas, *ab initio*, plus clair, de même que l'on peut regretter que la presse généraliste ne se soit pas davantage emparée de ces efforts : gageons qu'il faudra un peu de temps pour qu'évoluent les pratiques journalistiques – il est vrai peu aidées par les commentaires politiques, qui n'ont, en la matière, pas été à la hauteur de la gravité des faits et des enjeux.

580. La communication est nécessaire, dans le maniement de la symbolique, pour permettre les changements de mentalité, et laisser les idées infuser dans le corps social : nous y reviendrons dans la prochaine sous-section. L'observation de certaines lois récentes rendues en matière de droit des personnes et de la famille peut toutefois troubler. On peut ainsi penser à des cas où les évolutions du droit des personnes et de la famille sont mobilisées pour effectuer des

¹³⁹⁷ Notons que la portée et la valeur même de ces documents a pu être discutée, tant ils disaient parfois beaucoup, voire, notamment avant l'adoption, par la Cour de cassation, de la nouvelle rédaction de ses arrêts, plus que l'arrêt lui-même.

¹³⁹⁸ V. Crim. 14 avril 2021, n° 20-80.135.

¹³⁹⁹ Voir au sein de la communauté juridique elle-même, tant cette décision a pu être à l'origine de lectures diverses.

¹⁴⁰⁰ Ressources accessibles en ligne sur le site internet de la Cour [URL : https://www.courdecassation.fr/decision/607a4836118b6b21e207518d?search_api_fulltext=20-80.135&sort=&items_per_page=&judilibre_chambre=&judilibre_type=&judilibre_matiere=&judilibre_publication=&judilibre_solutions=&op=&date_du=&date_au= (page consultée pour la dernière fois le 7 octobre 2024)].

¹⁴⁰¹ Ressources accessibles en ligne sur le site internet de la Cour [URL : <https://www.courdecassation.fr/publications/lettre-de-la-chambre-criminelle/lettre-de-la-chambre-criminelle-ndeg9-avril-2021-0/irresponsabilite-penale> (page consultée pour la dernière fois le 7 octobre 2024)].

avancées politique essentielles, constituant un apport majeur d'un point de vue axiologique, et dont la contribution politique sur le plan des valeurs est indéniable, mais où les conséquences techniques des choix politiques effectués ne semblent pas toujours avoir été bien envisagées et mesurées : c'est particulièrement le cas, semble-t-il, en matière de filiation.

581. On peut, à cet égard, évoquer la question du caractère trop superficiel du traitement, par le droit, des problématiques liées au genre et à la transidentité. Il est indéniable que le changement de regard et d'approche sur ces questions a connu des avancées importantes, notamment avec la *loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, qui a facilité les procédures pour le changement, à l'état civil, de la mention du prénom, afin de permettre aux personnes transgenre de choisir un prénom correspondant à leur identité de genre, et de la mention relative au sexe de la personne, pour leur permettre d'obtenir une modification de cette mention sans avoir à procéder, préalablement, à une chirurgie dite de réassignation sexuelle et à un traitement hormonal irréversible.

On peut s'en féliciter, et relever que, symboliquement¹⁴⁰², ces étapes sont extrêmement importantes pour le changement de regard social sur la transidentité. On ne peut en revanche que déplorer l'absence quasi complète de prise en compte des conséquences de cette évolution : rien n'a ainsi été entrepris en matière de filiation, ce qui conduit la Cour de cassation à faire le constat du manque d'outil adapté pour l'établissement de la filiation de ces parents. La difficulté est semblable s'agissant des personnes intersexe¹⁴⁰³, ou celle des hommes transgenres s'agissant de l'accès à l'AMP, ce qui a conduit le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat à renvoyer le législateur à ses responsabilités¹⁴⁰⁴. Cette loi était ainsi nécessaire, mais elle a été particulièrement mal faite, et, pour l'essentiel, donne l'impression qu'*in fine*, les aspects techniques ont été escamotés au profit d'une réforme minimale, ce qui pose des problèmes concrets sitôt la loi adoptée¹⁴⁰⁵. L'investissement symbolique dépasse largement, en la matière, la prise en compte technique, ce qui pourrait, si cela devait trop souvent se répéter, constituer une dangereuse évolution du droit de la famille, qui ne saurait devenir le cadre d'un usage essentiellement symbolique, en sacrifiant, au passage, des sujets qui méritent pourtant une attention particulière de la part du législateur.

¹⁴⁰² Sans négliger, naturellement, l'importance pratique pour les personnes concernées.

¹⁴⁰³ Sur le refus du sexe neutre, v. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n°16-17.189, Bull., solution confirmée par la CEDH, dans son arrêt Y. c. France du 31 janv. 2023, n° 76888/17. Sur le cas des personnes transgenres, v. Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, n°18-50.080 et 19-11.251, Bull.

¹⁴⁰⁴ V. A.-M. Leroyer, « Le Conseil constitutionnel et l'accès à l'AMP des hommes transgenres », *in RTD civ.* 2022, p. 874, et A.-M. Leroyer, « Questions de genre devant le Conseil d'Etat sur les conditions d'accès à l'AMP », *in RTD civ.* 2024, p. 378.

¹⁴⁰⁵ V. A.-M. Leroyer, « La parenté transgenre : un impensé du droit français », *in RTD civ.* 2020, p. 866.

Par-delà ce double risque de négligence des aspects techniques, et de mobilisation essentiellement politique du droit de la famille, il faut relever un second aspect de cette décorrélation de la technique et du symbolique, à savoir le risque d'un moindre investissement politique des questions techniques.

II) Le risque de la technique sans symbole

582. Inversement, et ce risque rejoint celui de la « concurrence » que subi le droit patrimonial de la famille du fait de l'attention portée aux questions personnelles, il ne faudrait pas que le droit de la famille s'éloigne de sa vocation symbolique. Au vu des éléments développés dans le point précédent, la conclusion s'impose que cette éventualité n'est pas, aujourd'hui, des plus probables. Cependant, notamment sur les aspects patrimoniaux, le droit de la famille est devenu, pour partie, un droit ultraspécialisé et particulièrement technique. La compréhension de cette matière ne peut plus guère, aujourd'hui, être effective, sans articulation avec des branches spécialisées telles que le droit fiscal, le droit de la sécurité sociale, le droit de l'aide sociale, ou encore le droit des procédures civiles d'exécution. C'est d'ailleurs souvent en agissant sur ces branches du droit, et non sur le droit de la famille directement, que sont aujourd'hui mises en œuvre les politiques familiales.

Or, le droit de la famille fait aujourd'hui l'objet, d'une part, d'une grande méconnaissance du grand public, et d'autre part d'un certain manque d'investissement symbolique de la part du personnel politique s'agissant de ses enjeux patrimoniaux, sur lesquels la couverture médiatique est particulièrement faible. Prenons-en deux exemples récents, portant sur des sujets sociaux essentiels et emportant des modifications substantielles sur le régime de l'obligation alimentaire en France : la généralisation de l'intermédiation des caisses d'allocations familiales dans le versement des pensions alimentaires, et la *loi n°2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie*.

583. S'agissant de l'intermédiation des caisses d'allocations familiales, prévue par l'article 100 de la *loi n°2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022*, force est de constater que, malgré l'importance pratique considérable du changement opéré, malgré le changement technique fondamental que représente la mise en place de l'intermédiation, cette réforme a été trop peu¹⁴⁰⁶ investie politiquement et médiatiquement. Politiquement, comme cela a été précédemment évoqué, elle a été insérée dans une loi de financement de la sécurité sociale, au milieu de centaines d'articles, dans un contexte législatif peu propice aux discussions précises sur un tel mécanisme, ainsi qu'à la mise en avant d'un mécanisme isolé au sein de nombreux autres.

¹⁴⁰⁶ Relativement : il ne s'agit pas d'affirmer ici que la mise en place de l'intermédiation des caisses d'allocations familiales n'a été que peu investie, mais plutôt de dire qu'au vu de son importance considérable, tant technique que symbolique, cette réforme aurait pu bénéficier d'une plus grande mise en avant, tant politique que médiatique.

Le dispositif a certes été évoqué, notamment au moment des campagnes électorales pour les élections législatives de 2022 et de 2024 et européennes de 2024, lorsque les candidats du parti présidentiel évoquaient leur bilan. Il est cependant possible de penser que son investissement politique n'a pas été à la mesure de l'importance technique et symbolique fondamentale de cette réforme, qui marque tout à la fois le souci de prendre au mieux en compte les besoins de l'enfant et d'y subvenir, ainsi que la volonté de pacifier les relations entre parents par la mise en place systématique de l'intermédiation. Il est vrai que le contexte politique dans lequel cette réforme est intervenue était particulièrement complexe, et qu'il a contribué à en escamoter l'importance dans l'espace médiatique. Le traitement médiatique de cette réforme a, peut-être en raison de son caractère trop technique, été relativement modeste. Une observatrice, dès 2015, commençait une tribune consacrée à l'expérimentation de l'ARIPA dans le média en ligne *Huffington Post* par ces mots : « Complexe, obscur, et franchement pas drôle, le sujet des pensions alimentaires [...] et leur recouvrement par la CAF ne passionne guère »¹⁴⁰⁷. Ce constat n'a guère été démenti par la couverture médiatique, faible et souvent issue de presse soit spécialisée¹⁴⁰⁸ soit régionale¹⁴⁰⁹, offerte par les principaux organismes médiatiques. Si le silence n'est donc pas total, le sujet n'a pas suscité un intérêt et un investissement total, peut-être du fait de son caractère relativement technique, et de manière assez symptomatique, de la profonde ignorance des règles et mécanismes du droit de la famille par le grand public.

584. S'agissant de *la loi portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie*, la situation semble assez différente. Cette loi a en effet été analysée, aussi bien médiatiquement que politiquement, comme une réforme de moindre ampleur, destinée essentiellement à répondre aux critiques et à l'indignation nées de l'ouvrage précité de Victor Castanet, *Les Fossoyeurs*. La pensée générale peut être résumée par le titre d'un article du journal *Alternatives Economiques*, « Loi bien vieillir : grand âge, petits moyens »¹⁴¹⁰. Il ne s'agit pas, ici, de minimiser les apports de cette loi : sanctuarisation du droit de visite des résidents en EPHAD, consécration du droit d'accueillir leur animal de compagnie, ou encore création d'un service départemental dédié. Toutefois, les aspects techniques, et notamment de financement, n'ont pas

¹⁴⁰⁷ V. S. Lamy, « Recouvrement des pensions alimentaires par la CAF, un "succès". Pourquoi ? Pour qui ? », in *Le Huffington Post*, 12 octobre 2015.

¹⁴⁰⁸ On peut à cet égard, outre la presse juridique, citer deux articles du journal *Capital* (accessibles en ligne : <https://www.capital.fr/votre-argent/pension-alimentaire-tout-savoir-sur-le-versement-par-la-caf-depuis-le-1er-janvier-1456273> et <https://www.capital.fr/votre-argent/impayees-de-pensions-alimentaires-la-fin-de-la-galere-en-2022-1415296>).

¹⁴⁰⁹ Citons, à titre d'exemples, les journaux *Sud-Ouest* (<https://www.sudouest.fr/economie/social/pensions-alimentaires-au-1er-janvier-2023-la-caf-etend-son-controle-13259264.php>), *Ouest-France* (<https://www.ouest-france.fr/bretagne/finistere/finistere-la-caf-prelevra-et-versera-automatiquement-les-pensions-alimentaires-294ae0a0-9e3d-11ec-816b-ed6ee69963f0>) ou encore *La Charente Libre* (<https://www.charentelibre.fr/france/social/la-caf-met-lance-le-prelevement-a-la-source-des-pensions-9376258.php>).

¹⁴¹⁰ Article accessible en ligne : <https://www.alternatives-economiques.fr/loi-bien-vieillir-grand-age-petits-moyens/00110256>.

fait l'objet d'une discussion profonde pourtant nécessaire, ce qui a eu un triple effet à la fois paradoxal et regrettable.

Premièrement, en séparant certains aspects personnels, car plus aisés à expliquer, de ces aspects patrimoniaux, car plus techniques, cette loi a renforcé la distinction des enjeux personnels et patrimoniaux, accentuant encore une tendance globale et déjà remarquée en matière familiale, remettant à plus tard des discussions politiques qui, s'agissant de choix budgétaires et fiscaux, risquent d'être âpres, sans que les plus consensuelles des mesures, d'ores et déjà adoptées, puissent susciter un début d'adhésion. Deuxièmement, en suscitant une déception quasi-unanime de la part des groupes parlementaires d'opposition¹⁴¹¹, cette loi a vu ses apports pour partie décriés, cependant qu'ils auraient probablement pu susciter une forme d'adhésion dans un autre contexte¹⁴¹². Troisièmement, et c'est peut-être l'aspect le plus paradoxal, il est indéniable que, notamment sur le plan de l'obligation alimentaire, cette loi a eu des effets importants, en révisant et étendant le mécanisme de l'exception d'indignité, et en mettant fin aux recours institutionnels contre les petits-enfants de la personne hébergée. Or, trop isolés au sein d'une loi qui n'était pas consacrée aux sujets du financement et de l'articulation entre solidarité familiale et solidarité collective, ces dispositions n'ont pas pu être portées publiquement, politiquement et médiatiquement comme elles l'auraient mérité.

Il convient, à ces égards, de demeurer vigilants, si l'on veut éviter l'instrumentalisation politique du droit de la famille, et la mise à l'écart, ce faisant, des aspects techniques et patrimoniaux de cette matière. C'est d'autant plus vrai que le droit patrimonial de la famille semble pouvoir constituer un levier important du renouvellement de la fonction normative du droit de la famille contemporain.

¹⁴¹¹ Le 19 mars 2024, huit présidents de groupes parlementaires (MM. Vallaud et Kanner pour les groupes socialistes à l'Assemblée nationale et au Sénat, Mme Panot pour le groupe LFI à l'Assemblée nationale, Mme Chatelain et M. Gontard pour les groupes écologistes à l'Assemblée nationale et au Sénat, Mme Cukierman pour le groupe communiste au Sénat, M. Pancher pour le groupe LIOT à l'Assemblée nationale et MM. Marleix et Retailleau pour les groupes LR à l'Assemblée nationale et au Sénat) ont ainsi adressé au Premier ministre, M. Attal, une lettre publique afin de demander que soit pris, par l'exécutif, un engagement solennel concernant le dépôt et l'examen d'un projet de loi relatif au grand âge.

¹⁴¹² Citons, à cet égard, M. le député Guedj, qui a déclaré lors des débats parlementaires, le mardi 19 mars 2024 : « ce n'est pas de chiens et de chats dont on a besoin dans les Ehpad, c'est d'infirmiers et d'infirmières ». C'est méconnaître combien la possibilité, pour les personnes âgées, d'être accompagnées par leurs animaux de compagnie est une avancée importante, et à bien des points de vue : on sait, ainsi, que la présence d'animaux de compagnie était autrefois un obstacle à l'entrée en EPHAD, pour des personnes qui pourtant en avaient la nécessité et l'envie, et combien, de plus, la présence de ces animaux au sein des EPHAD est un facteur potentiel de sociabilisation et de réconfort. La médiation animale est d'ailleurs, de plus en plus, envisagée et mise en œuvre aussi bien dans un contexte hospitalier que dans ce contexte d'EPHAD. Cette mesure ne peut donc pas être négligée, et aurait probablement pu être mieux accueillie dans un contexte plus favorable.

Sous-section 2. Pour une transformation de la fonction normative du droit de la famille

585. Arrivés presque au terme de cette étude, il semble qu'on puisse formuler « un nouvel espoir » pour le droit de la famille, qui, envisagé comme outil de régulation sociale, et notamment en matière de lutte contre les inégalités sociales et de genre, peut se voir réinvesti d'une mission première puisque, lieu d'éducation et d'épanouissement de l'individu, d'expression de son identité, la famille est aussi le lieu où se construisent et se transmettent les patrimoines, où se manifestent les solidarités, mais également, partant, où se reproduisent un certain nombre de schémas sociaux. Il semble alors opportun de réinvestir le droit de la famille dans ses aspects patrimoniaux.

Deux étapes principales de raisonnement semblent pouvoir être distinguées pour dessiner ce qu'est et pourra être, plus encore, demain, la fonction normative du droit de la famille contemporain. La première consiste à faire souligner l'importance des enjeux éthiques au sein des matières de droit patrimonial de la famille, qui seule peut permettre, aujourd'hui, de rendre compte de la richesse des débats et des enjeux : il convient donc d'opérer un **réinvestissement axiologique du droit patrimonial de la famille (I)**. Parallèlement, afin d'éviter que le droit de la famille ne soit mobilisé que sous l'angle des questions personnelles, il convient d'opérer une **repatrimonialisation des enjeux familiaux (II)**.

1) Le réinvestissement axiologique du droit patrimonial de la famille

586. La nécessité de réinvestir le droit de la famille dans ses aspects patrimoniaux apparaît particulièrement lorsque l'on constate que ce sont, souvent, des branches du droit connexes et dont la vocation technique est plus affirmée, tels que le droit fiscal ou le droit de l'aide sociale, qui assurent l'évolution des versants financiers des problématiques familiales. On assiste à une forme de délocalisation du droit patrimonial de la famille en dehors du droit de la famille, en ce sens que les leviers mobilisés pour faire évoluer les aspects patrimoniaux de la vie familiale se situent désormais régulièrement hors du code civil, l'usage et l'évolution contemporains du code de l'action sociale et des familles étant, à ce titre, des exemples particulièrement parlants.

Or, cela n'est pas sans conséquences. En éloignant les enjeux familiaux du code civil et du droit de la famille, en technicisant les questions, et en abandonnant une part de plus en plus large au pouvoir réglementaire, la législation contemporaine a une influence directe sur la perception commune, en ce qu'elle laisse s'éloigner, au moins en apparence, questionnements axiologiques et questions techniques. Les questions budgétaires, fiscales, de calcul des pensions de retraites, d'évaluation des facultés contributives, de subsidiarité de l'aide sociale et de répartition familiale et collective de la charge que représente la solidarité envers ceux qui ont besoin d'assistance, peuvent en effet sembler essentiellement techniques, comptables, et cette apparente technicité crée une apparence de neutralité des problématiques, réduites à des données chiffrées et des équations. Or, les questions patrimoniales ne sont pas, loin de là, neutres d'un point de vue éthique et philosophique.

587. On s'en aperçoit particulièrement lorsque l'on envisage le droit de la famille sous le prisme de la reproduction des inégalités sociales, et des inégalités entre les genres. En la matière, de nombreuses règles sont ainsi édictées de manière neutre, choix fait, à compter du milieu des années 60, pour marquer le recul de la conception patriarcale de la famille qu'endossait le droit français. D'un point de vue normatif, il s'agissait, dans l'idée, de passer d'un système ouvertement patriarcal à un système neutre se voulant, par là même, égalitaire.

Or, en matière familiale et particulièrement d'un point de vue patrimonial, la neutralité fait courir le risque d'invisibiliser des phénomènes genrés, tels que les inégalités dans la répartition

du patrimoine entre les hommes et les femmes au moment des ruptures ou des successions¹⁴¹³, ou encore la répartition genrée du travail social. Partant, la neutralité de certains mécanismes, pensés pour éviter les stéréotypes de genre, conduit paradoxalement, parfois, à invisibiliser, voire à dépatrimonialiser la contribution des femmes, ainsi que la spécificité de leur position¹⁴¹⁴. Outil parfaitement efficient, dans son contexte et son époque, pour faire disparaître une inégalité de droit, la neutralité s'est avérée, et les études tant économiques que féministes du droit de la famille ont permis de le révéler, être un mécanisme dissimulateur des inégalités de fait, invisibilisées dans les textes mais perdurant dans le corps social.

Comme l'explique Madame la professeure Dekeuwer-Defossez :

« L'ensemble des textes organisant la famille ont été revus et réécrits dans le souci de consacrer l'égalité des sexes, et une longue cohorte de lois [...] ont réécrit un droit de la famille quasi asexué afin de le faire devenir égalitaire. [...] Mais cette promotion des droits des femmes dans la famille s'est construite sur le modèle général de l'égalité des sexes, qui est l'indifférenciation des rôles. Le combat de l'émancipation féminine s'étant déroulé par la démonstration de ce que les femmes étaient capables d'assumer les mêmes fonctions et responsabilités que les hommes dans la cité, l'égalité s'est aussi réalisée en droit de la famille par le biais d'une indifférenciation des rôles du mari et de la femme, du père et de la mère. Or, s'il est un lieu où la différence des sexes ne peut être niée, c'est bien dans la famille, la paternité et la maternité biologiques présentant de grandes différences naturelles. De plus, les comportements familiaux sont toujours très sexués : l'on sait que ce sont encore massivement les femmes qui assurent les activités ménagères ou qui prennent sur leur temps de travail salarié pour s'occuper des enfants. Cela entraîne des inégalités sociales et économiques qui, à leur tour, ont des répercussions évidentes au sein de la famille. Dès lors, réaliser l'égalité de droits dans la famille en postulant l'indifférenciation des rôles alors que celle-ci n'existe pas en fait, ni biologiquement, ni socialement, risque de laisser ces inégalités de fait déployer leurs pleins effets et perdurer à la faveur d'une législation « neutre ». [...] Le législateur contemporain semble donc englué dans un « piège infernal » : s'il édicte des dispositions indifférenciées, elles sont égalitaires en droit, mais risquent d'entériner les inégalités de fait. S'il édicte des mesures spécifiques destinées à s'adapter à la différence des sexes, on lui reprochera des discriminations bien difficiles à justifier »¹⁴¹⁵.

¹⁴¹³ C'est là le cœur de la démonstration effectuée dans leur ouvrage par mesdames les professeurs Bessière et Gollac (v. C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital - Comment la famille reproduit les inégalités*, préc.).

¹⁴¹⁴ Pour le cas des aidants familiaux et de l'aggravation des stéréotypes de genre par des dispositifs apparemment neutres, v. F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préc., spéc. p. 377 s.

¹⁴¹⁵ V. F. Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille », in *L'Année sociologique*, 2003, 53, n°1, p. 175, spéc. 177-178. L'autrice ajoute une remarque sur la déjudiciarisation du divorce, qui à l'époque n'avait pas encore été opérée, mais dont elle notait déjà les dangers : « Au-delà de son effet évident de désymbolisation du mariage, ce type de divorce recèle deux dangers potentiels : le premier est que des couples dont l'accord n'était pas total choisissent ce type de divorce pour des raisons exclusivement financières, le second que les rapports de force entre conjoints aboutissent à des conventions déséquilibrées. Cette seconde crainte se relie explicitement à une perspective »

588. Appliquée au droit patrimonial de la famille, cette logique de neutralité ou d'indifférenciation conduit à masquer certaines inégalités patrimoniales, et produit un certain nombre d'effets pervers puisque, d'une part au regard des données socioéconomiques qui font état de ce que les femmes ont, en moyenne, un patrimoine et des revenus moindres que ceux des hommes¹⁴¹⁶ et d'autre part en raison de la persistance de la répartition genrée du travail social, les dispositifs « neutres » ont en réalité pour conséquence d'encourager, voire de renforcer, ces inégalités. On le comprend aisément, et c'est une pure question d'arithmétique : si est, en effet, adopté un mécanisme aveugle aux inégalités de classe et de genre, et qui n'incite pas à réduire celles-ci, il est probable, par exemple, que ce soit, dans un groupe familial, celui qui a le moindre revenu, c'est-à-dire généralement la femme, qui assume les tâches, non rémunérées, du *care*, telles que le fait de s'occuper des enfants, des personnes âgées, malades ou dépendantes, et qui sera incité à consentir, pour le groupe familial, des sacrifices.

589. Tant que le groupe familial tiendra, ces sacrifices bénéficieront à tous, et permettront de réaliser des économies d'échelle profitables au groupe. Toutefois et en l'état actuel du droit français, au moment de la disparition, par décès ou séparation, de l'équilibre du groupe familial, la neutralité conduira, en pratique, à la reproduction des inégalités. C'est ce que Madame la professeure Leroyer qualifie d'impasse de la logique redistributive, liée au fait que « ces mesures peuvent paraître à la fois favorables aux femmes, car elles leur donnent la possibilité de divorcer puisqu'elles se voient alors dotées d'une certaine autonomie financière, et défavorables, puisqu'elles s'inscrivent dans une perspective simplement compensatrice, confortant sinon occultant le surinvestissement des femmes dans la famille par rapport aux hommes »¹⁴¹⁷.

de genre » puisqu'il y a tout lieu de supposer que ce seraient les femmes, et surtout les mères, qui consentiraient des abandons de droits excessifs. On imagine hélas ! trop bien comment elles auraient pu accepter des conditions financières injustifiées sous la menace d'une demande judiciaire en divorce destinée à obtenir que la résidence des enfants soit fixée chez leur père, surtout lorsqu'un abandon du domicile conjugal ou une liaison extra-conjugale pouvait leur donner la conviction d'être « dans leur tort ». C'est donc très clairement un souci de protection du conjoint le plus faible, i.e. le plus souvent l'épouse qui a amené à renoncer, au moins provisoirement, à la déjudiciarisation du divorce ».

¹⁴¹⁶ On peut ajouter à ce constat le résultat d'une récente étude de l'Institut National d'Études Démographiques, qui tend à démontrer que lorsque, dans un couple composé d'un homme et d'une femme, la femme a des revenus supérieurs à ceux de son compagnon, les risques de rupture du couple sont statistiquement plus élevés, un risque allant de 11% de risques supplémentaires pour les plus petits écarts de revenus à 40% (v. G. Ferrari, A. Solaz et A. Vitali, « Are Female-Breadwinner Couples Always Less Stable? Evidence from French Administrative Data », in *European Journal of Population*, 40, 2024). La même étude révèle que la situation dans laquelle le couple est, statistiquement, le plus stable, est celle où les deux membres du couple sont employés, mais où les revenus de l'homme sont considérablement supérieurs à ceux de la femme : « le cas où la probabilité de la dissolution de l'union est la plus faible ne correspond pas aux couples où l'homme est le seul soutien de la famille, mais dans les couples où les deux partenaires ont un emploi et où la femme gagne un salaire, à condition toutefois que la femme gagne une très faible part des revenus totaux du couple (5 à 15 %) » (traduction personnelle, version originale en anglais : « the lowest probability of union dissolution is not found for 'sole' male-breadwinner couples, but for couples where both partners are employed, with the woman earning a very small share of the couple's total incomes 5–15% », v. idem, p. 20).

¹⁴¹⁷ V. A.-M. Leroyer, « Réduire les asymétries de genre dues au divorce », préc., spéc. p. 533-534.

Ainsi, et contrairement à ce qui pourrait être pensé, la neutralité des dispositions, si elle a permis en droit, notamment dans les années 60-70, de proclamer la disparition d'une inégalité affichée entre les hommes et les femmes – ces dernières étant jusqu'alors placées sous l'autorité de leurs époux –, n'a toutefois pas permis, notamment en matière patrimoniale, de faire disparaître les inégalités de fait. La redéfinition de la fonction normative du droit de la famille contemporain suppose donc de sortir du paradigme de la neutralité des questions patrimoniales, et d'embrasser pleinement la dimension politique des choix opérés en la matière. Ce faisant, il faudra également réinvestir patrimoniallement le droit de la famille, qui depuis trop longtemps voit la réflexion se concentrer principalement sur des questions personnelles, voire de bioéthique, et ce trop souvent au détriment d'enjeux juridiques et sociaux fondamentaux.

II) La repatrimonialisation des enjeux familiaux

590. Il s'agit en réalité avant tout ici d'affirmer combien le droit patrimonial de la famille est à la fois un champ d'investigation et de réflexion qui doit être réinvesti, et un levier quelque peu délaissé des politiques familiales¹⁴¹⁸. Si l'on envisage, ainsi, le droit patrimonial de la famille comme un outil potentiel de promotion d'une meilleure équité sociale et de lutte contre les discriminations genrées, si l'on souhaite mobiliser le potentiel du droit de la famille aux fins de proposer non un modèle familial, mais un modèle de comportement et de solidarité de l'individu au cœur du groupe social auquel il appartient, l'économie d'un regard porté sur les enjeux et les leviers patrimoniaux ne peut être faite.

En matière de lutte contre les inégalités de classe et de genre, face aux impasses de la logique de neutralité, et afin de dépasser l'angle essentiellement extrapatrimonial adopté, ces dernières années, pour envisager ces enjeux¹⁴¹⁹, il convient de proposer d'« adopter des mesures compensatrices, afin de supprimer le coût de la différence entre les hommes et les femmes »¹⁴²⁰. La perspective est alors tout à fait différente : plutôt que d'adopter des dispositifs neutres, dans l'espoir que cette neutralité produira, à terme, une réduction des inégalités de classe et de genre, il s'agit de prendre en compte, autant que faire se peut, tous les facteurs de celles-ci. Dans un premier temps, il s'agit donc de « valoriser le travail du « pourvoyeur de *care* », en compensant de manière équitable son investissement dans la famille », puis, dans un second temps, d'adopter des règles propres à « inciter les hommes à prendre une part égale du travail domestique et parental [...] telles que le congé parental, ou les allocations versées à parité entre les deux parents et à la condition que le temps passé auprès des enfants soit également réparti »¹⁴²¹. Repatrimonialiser le droit de la famille nécessite ainsi d'ouvrir la réflexion, complexe, soit de l'évaluation, soit à tout le moins

¹⁴¹⁸ Ce qui s'explique, entre autres, par des raisons sociologiques. Dans les années 70, notamment, la force motrice des mouvements féministes et certaines de ses figures de proue (on peut penser, par exemple, à Simone de Beauvoir) est « dominée par une frange urbaine, intellectuelle, de femmes actives ayant suivi des études supérieures », « caractéristiques sociales [qui] font en sorte que ces femmes n'ont généralement pas besoin d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire pour assurer leur autonomie économique » (V. A. Revillard, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? – Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », préc., spéc. n°36). La conséquence directe en est un déplacement du regard, l'attention militante n'étant pas portée sur les mêmes sujets, et, en l'occurrence, l'attention portée sur les liens entre inégalités sociales et inégalités de genre étant moindre qu'en d'autres contextes militants, tel que celui du Québec, au profit d'autres luttes telles que la libre disposition des corps, l'accès à la contraception l'IVG, etc.

¹⁴¹⁹ Comme l'explique, en effet, Madame la professeure Revillard, « En France, la cause des femmes, depuis les années 1970, a été essentiellement définie en termes de droit à la contraception et à l'avortement, de lutte contre les violences faites aux femmes, de promotion de la représentation politique des femmes et, de façon centrale pour les IEF, d'égalité professionnelle. Le règlement juridique des conséquences financières du divorce n'a occupé, au mieux, qu'une place marginale dans les luttes en faveur de la cause des femmes. Ainsi, bien qu'elles aient joué un rôle essentiel dans les réformes précédemment évoquées, les IEF n'ont accordé à ces dernières qu'une place secondaire parmi leurs priorités d'intervention. Par exemple, le projet de loi de 1984 sur le recouvrement des pensions alimentaires arrive tardivement sur l'agenda de réformes du ministère des Droits de la femme, après les batailles législatives, primordiales pour Yvette Roudy, concernant le remboursement de l'IVG (loi du 31 décembre 1982) et l'égalité professionnelle (loi du 13 juillet 1983) ». V. A. Revillard, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? – Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », préc., spéc. n°20.

¹⁴²⁰ V. A.-M. Leroyer, « Réduire les asymétries de genre dues au divorce », préc., spéc. p. 533-534.

¹⁴²¹ *Idem*.

d'une meilleure prise en compte, dans le raisonnement, de certaines fonctions dans leur utilité familiale et sociale : on pense ici, d'une part, au travail domestique, et d'autre part aux tâches liées au *care*¹⁴²².

591. En la matière, le rôle des obligations alimentaires et des régimes matrimoniaux peut être central. C'est le choix qui fut fait au Québec, ce que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, et dont il serait possible, en droit français, de s'inspirer. C'est ce qu'expose Madame la professeure Revillard dans son étude consacrée à une approche comparative des systèmes juridiques français et québécois au regard de l'utilisation du droit de la famille comme outil d'une justice de genre :

« Au Québec, les défenseurs de la cause des femmes utilisent ces dispositions comme l'outil d'une justice de genre, participant de la quête d'une égalité réelle entre les sexes. Les luttes menées autour des régimes matrimoniaux et de la prestation compensatoire offrent une bonne illustration de cette démarche.

En effet, alors qu'en France, les mobilisations féministes concernant les régimes matrimoniaux se bornent à la revendication d'une égalité de traitement (égalité des conjoints dans les régimes matrimoniaux), au Québec, la définition même des régimes, c'est-à-dire du statut des biens possédés par le couple marié (biens propres ou communs), ainsi que les usages qu'en font les femmes (adoption du régime légal, signature de contrats de mariage en séparation de biens), constituent des enjeux importants de mobilisation. [...] Il s'agit d'influencer à la fois la lettre des textes de loi et le recours au droit en vue de favoriser un partage des ressources entre conjoints au bénéfice des femmes.

Objectivement utilisé comme l'outil d'une redistribution des ressources entre conjoints, le droit familial est aussi alors pensé et promu comme un levier de justice pour les femmes. Les mesures évoquées ici sont en effet défendues, non pas en termes de protection des femmes et/ou de consolidation de l'institution matrimoniale, mais bien en termes de justice à l'égard des femmes et de promotion de l'égalité des sexes, tant de la part des groupes les plus impliqués sur ces questions au sein du mouvement des femmes, que chez les ministres à l'origine des projets de loi concernés. Ainsi, dès la fin des années 1970, le Réseau d'action et d'information pour les femmes (RAIF) présente la revendication des « mesures compensatoires » (à l'époque, pensions alimentaires pour la conjointe et les enfants) comme « un geste d'autonomie »¹⁴²³. Il s'agit donc bien, pour ce groupe,

¹⁴²² Sur le sujet, v. l'article de Madame la professeure Nakano Glenn : E. Nakano Glenn, « Pour une société du care », traduit de l'anglais (États-Unis) par S. Sofio, in *Cahiers du Genre*, hors-série n° 4, 2016, p. 199-224.

¹⁴²³ L'autrice cite ici l'extrait suivant : « [...] une femme qui réclame justice et dédommagement pour l'emploi de son temps pose un geste d'autonomie, de valorisation de soi, elle assume ses droits. Les mesures compensatoires réparent un tort subi par les femmes mariées. Il ne faut pas leur faire honte de vouloir les obtenir ou les en priver pour les forcer à se recycler. Un droit demeure un droit » (V. Réseau d'action et d'information

de défaire ces mesures de l'idée d'un « soutien » dont les femmes auraient « besoin », pour les fonder sur une logique de justice. [...] La place différente des dispositions juridiques étudiées dans les luttes en faveur de la cause est beaucoup plus centrale, à partir d'une lecture en faisant l'outil d'une justice de genre »¹⁴²⁴.

592. Il ne s'agit pas, à ce stade de l'étude, de reformuler de nouvelles propositions.

Un certain nombre de celles déjà formulées vont dans ce sens : ainsi de la proposition d'adopter, en droit français, un mécanisme proche de la notion de patrimoine familial, c'est-à-dire visant à partager non seulement le patrimoine mais aussi plus largement la richesse créée par le couple, pensions et droits à la retraite inclus. Ainsi, de même, de la proposition de réenvisager la possibilité qu'existe, après séparation, une pension alimentaire entre membres du couple, qu'ils aient été mariés ou non. Ainsi, encore, de l'incitation à revenir sur la position actuelle des juridictions françaises consistant à refuser que la prestation compensatoire puisse être évaluée de telle manière qu'une personne ne puisse être contrainte, soit à céder un élément de son patrimoine, soit à contracter un emprunt pour la payer. Ces mesures visent à garantir, en assurant autant que faire se peut, que les inégalités patrimoniales soient réglées en amont de la séparation, que l'obligation alimentaire joue pleinement son rôle, et ne soit plus mobilisée comme outil correctif d'inégalités constatées, ou instrumentalisée à des fins budgétaires. Cependant, au-delà de ces mesures ponctuelles, la repatrimonialisation des enjeux familiaux invite avant tout à un changement de regard, et à une attention plus grande aux sujets patrimoniaux.

Il ne s'agit pas non plus de dire ici que les questions patrimoniales devraient, à l'inverse, prendre le pas sur les autres.

L'un des constats de cette étude a en effet été le manque de cohérence et de clarté qui peut régner entre les différentes branches du droit s'agissant de la famille. C'est bien au contraire, lorsque les différentes branches se mobilisent en prenant en compte le plus d'aspects possibles que le droit parvient à être clair, efficient, et à dessiner un modèle clair. Les mécanismes de protection mis en place par les articles 515-9 et suivant en sont un bon exemple. Le droit de la famille, le droit pénal, la procédure civile et pénale sont articulés dans le cadre de l'ordonnance de protection, et les aspects patrimoniaux ne sont pas oubliés, bien que l'accent soit naturellement mis sur la

pour les femmes (1979), *Le livre rouge de la condition féminine : critique de la politique d'ensemble du Conseil du statut de la femme contenue dans « Pour les Québécoises - Égalité et indépendance »*, p. 196.

¹⁴²⁴ V. A. Revillard, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? – Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », préc., spéc. n°29 s.

protection physique de la personne¹⁴²⁵ : c'est en ce sens qu'il faut continuer à penser et à faire évoluer l'appréhension juridique de la famille.

593. Dans ce cadre, il semble que deux écueils qui dépassent le strict domaine juridique doivent être évités. Le premier est celui de l'instrumentalisation politique de la famille contre l'interventionnisme juridique en matière familiale. Celle-ci consiste notamment à mobiliser la famille comme argument pour échapper à un certain nombre de mesures étatiques de lutte contre les inégalités de genre et les inégalités sociales. C'est notamment le cas, alors que le sujet est au cœur de bien des débats actuels¹⁴²⁶, de la fiscalité appliquée aux héritages, et au sujet de laquelle un des arguments les plus fréquemment mobilisés consiste à dire qu'une augmentation de la charge fiscale pesant sur les plus gros héritages pèserait, *in fine*, sur la famille, ce qui serait un problème. De même dans le cadre d'une séparation, où il sera argué qu'imposer une charge à ceux qui se séparent pourra conduire, à terme, à diminuer les ressources d'une nouvelle famille, par exemple en cas de recompositions familiales. Dans les deux cas, l'argument ne convainc guère, mais il est indéniable que les débats révèlent que la repatrimonialisation des enjeux familiaux n'ira pas sans résistances, et que les mécanismes compensatoires ou correcteurs d'inégalités, qu'elles soient sociales ou de genre, risquent de se voir opposer non seulement des arguments tirés de la liberté, mais également de la nécessaire protection de la famille et de son patrimoine.

594. Enfin, et cette dernière considération, si elle quitte quelque peu les rivages de la législation, incombe également au juriste, qui doit se préoccuper du partage du savoir juridique : un des problèmes majeurs en matière de droit contemporain de la famille est le considérable manque d'information, voire le niveau de méconnaissance commun des non-spécialistes, qui finit par s'avérer critique. Alors que tous et chacun, parce qu'enfants, parents, conjoints, frères et sœurs, sont concernés par le droit de la famille, bien peu en connaissent les règles, et encore moins en matière patrimoniale, sur laquelle règne un mélange de fantasmes et d'ignorance. Hormis les cas, qui ne correspondent pas au cas le plus commun, où un notaire a été sollicité, ce qui a permis aux personnes concernées d'avoir accès à un conseil et des explications, trop nombreux sont ceux qui découvrent, actuellement, les règles de droit au moment où celles-ci leurs sont opposées.

¹⁴²⁵ En témoigne, par exemple, l'attention portée à la question du logement, on le sait centrale dans les cas de violences intrafamiliales où le huis clos de la famille peut être, matériellement, difficile à quitter, ce qui justifie soit l'attribution de la jouissance du logement conjugal au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences soit, lorsqu'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence, la prise en charge des frais afférents par le conjoint violent. De même, en matière d'aide financière, de la possibilité pour le juge de statuer sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

¹⁴²⁶ On peut à cet égard citer, outre les travaux précédemment évoqués de N. Frémaux, le dernier rapport consacré par Oxfam France à cette question, paru en septembre 2024, *Super-héritages : le jackpot fiscal des ultra-riches*, et qui met en évidence les procédés mis en œuvre dans le cadre des héritages les plus importants afin d'échapper à une imposition jugée trop importante. C'est le cas, par exemple, de la mise en œuvre du pacte Dutreil, qui ne peut être mis en œuvre que dans le cadre de la transmission des parts ou d'actions, éléments de patrimoine qui composent, essentiellement, les patrimoines les plus importants.

On peut, à cet égard, évoquer le cas du mariage et du livret de famille. Les articles lus lors de la cérémonie de mariage demeurent, pour l'essentiel, trop obscurs pour être pleinement compris par les époux, et l'information contenue dans le livret de famille demeure trop succincte et exprimée en des termes trop spécialisés pour offrir une source d'information claire et précise aux membres de la famille. En outre, cette source n'est offerte qu'aux époux ou aux parents, de sorte qu'elle constitue, pour partie au moins, une source d'information *a posteriori*, et dont il n'est pas certain, en outre, qu'elle soit largement consultée, s'agissant d'un document à usages multiples dont la vocation informationnelle n'est, somme toute, que secondaire. Enfin, ne sont présentées que les règles relatives à une famille traditionnelle et sans incidents de parcours, en ce sens que sont ignorées les règles relatives au divorce, aux séparations, ainsi que les règles relatives au couple non marié, par exemple. Il s'agit donc d'une information particulièrement partielle et partielle en ce qu'elle est datée et incomplète : elle ne permet en tout cas pas aux familles de comprendre et de connaître les règles de base du droit contemporaine. En matière d'obligation alimentaire, sont ainsi seulement évoquées l'action à fin de subsides, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, et l'obligation alimentaires entre beaux-parents et beaux-enfants, sans que soient évoquées certains aspects à l'origine de conflits familiaux récurrents, tels que la prestation compensatoire ou la pension alimentaire qui peut être accordée à un enfant après la séparation de ses parents.

Se pose, donc, la question d'une meilleure information. Peut-être cela pourrait-il être le rôle de l'Ecole, qui a charge d'instruire et d'éduquer, mais également de former de futurs citoyens. Il faudra cependant, le cas échéant, que les juristes concourent à l'effort éducatif, en dehors de l'université, par la production d'outils pédagogiques, de formations, d'ouvrages et d'enseignements dédiés. On pourrait, en la matière, imaginer que soit délivré un manuel scolaire dédié, et destiné à être conservé par les élèves, peut-être dans le cadre de l'EMC (enseignement moral et civique), mais qui pourrait faire l'objet d'un usage pluridisciplinaire, par exemple en histoire ou en français¹⁴²⁷. Une initiative semblable existe, depuis des années, en Suisse romande, avec un ouvrage de cuisine, le *Croqu'Menus*¹⁴²⁸, qui accompagne les élèves tout au long de leur scolarité, et leur permet de travailler un ensemble de compétences tout en apprenant les bases de la cuisine puis des recettes plus élaborées, et qui accompagne souvent, jusque dans l'âge adulte,

¹⁴²⁷ Voir en mathématiques !

¹⁴²⁸ V. *Croqu'Menus*, ouvrage édité par Schulverlag, et consulté dans sa 12^{ème} édition (2009). Notons que cette pratique pourrait elle-même être adoptée en France, tant la cuisine est un enjeu qui aujourd'hui devient central en matière de santé, d'habitudes de consommation, d'écologie, d'économie, etc.

ceux et celles qui l'ont connu comme source d'apprentissage. On pourrait encore envisager, avec une ambition moindre, qu'un livret dédié à ces questions soit remis à tous les citoyens à l'occasion d'un moment de passage symbolique, par exemple au moment de la majorité, ou encore dans le cadre de la journée défense et citoyenneté. Cette solution, si elle a l'avantage de la simplicité de mise en œuvre, présente toutefois l'inconvénient de fournir une documentation sans contexte, ni approfondissement : il serait préférable que, à l'instar de certaines règles de droit fondamentales, les bases du droit de la famille soient abordées dans un cadre scolaire, plus propice à l'apprentissage.

Peu importe la formule choisie : il est en revanche essentiel de mettre en avant le fait que l'accès à une information claire et simple est, en matière de droit de la famille, un enjeu essentiel tant de protection que de citoyenneté¹⁴²⁹. On ne peut naviguer dans une vie sans connaissances, et les règles du droit de la famille seront nécessairement opposées à tout un chacun à un moment de son existence : en promouvoir la connaissance et l'apprentissage est, à cet égard, essentiel.

¹⁴²⁹ Et puisque, contrairement aux recettes de cuisine, il est de l'essence du droit d'être évolutif, il serait nécessaire de fournir au citoyen un espace informatif, lui permettant d'accéder, à tout moment, aux connaissances nécessaires et actualisées, sous la forme d'un recueil numérique de « droit de la famille décodé », par exemple.

Conclusion du chapitre 2

595. L'investissement politique du droit de la famille est susceptible d'en faire, à l'époque contemporaine, un outil efficace de promotion de systèmes de valeurs, et un levier important de mise en œuvre de politiques publiques.

Cet usage du droit de la famille fait toutefois courir un risque important d'instrumentalisation du droit de la famille, notamment à des fins budgétaires. C'est ce qui a pu être observé dans la mise en œuvre du système de récupération des prestations sociales, fondé sur le principe de subsidiarité de l'aide sociale par rapport à l'aide familiale. Si, comme on a pu le constater, une certaine résistance a pu être opposée en jurisprudence pour limiter le risque que le mécanisme de l'obligation alimentaire ne soit dévoyé par certains fournisseurs d'aliments afin de récupérer des sommes indues auprès des obligés alimentaires des bénéficiaires de l'aide sociale, il convient toutefois d'envisager la mise en œuvre de moyens supplémentaires pour éviter le détournement de l'institution alimentaire qui a pu être décelé.

Un de ces moyens semble être l'usage de barèmes, outils qui, malgré leurs défauts, permettraient d'uniformiser, à condition d'adopter des barèmes nationaux, les récupérations d'aides sociales effectuées. Une telle uniformisation permettrait de plus au juge judiciaire d'effectuer un contrôle des récupérations effectuées, et de limiter, plus facilement, les abus. Toutefois, l'adoption de barèmes pouvant sembler insuffisante, il convient d'envisager une refonte du système de solidarité, et ce avec ou sans remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale.

Enfin, à l'aune de la volonté de promouvoir la possibilité de se saisir du droit patrimonial de la famille dans le cadre d'une fonction normative renouvelée, il a semblé nécessaire d'appeler de nos vœux deux mouvements parallèles.

D'une part, un réinvestissement axiologique du droit patrimonial de la famille : il s'agit, alors, de prendre en considération le fait que les normes patrimoniales ne sont pas neutres, et emportent des effets notamment en matière de reproduction des inégalités sociales et entre les hommes et les femmes, ainsi qu'en matière de division genrée du travail social. Il est donc, à cet égard, nécessaire d'encourager une prise en compte systématique des enjeux axiologiques que dissimule, parfois, le droit patrimonial de la famille.

D'autre part, la repatrimonialisation des enjeux familiaux : il s'agit, alors, d'appeler à ce que les considérations patrimoniales ne soient pas, comme cela est trop souvent le cas, occultées par les enjeux personnels. La transformation contemporaine du droit de la famille permet, en effet, d'envisager un réinvestissement normatif complet du droit de la famille, et en occulter toute la composante patrimoniale apparaîtrait, à cet égard, particulièrement préjudiciable.

Conclusion du second titre

596. Ce dernier titre a permis, d'une part, de mettre en évidence les logiques, parfois complémentaires, parfois contradictoires, qui président respectivement au droit de la famille et à d'autres branches du droit, et d'autre part, de mettre en évidence la possibilité de se saisir du droit patrimonial de la famille dans le cadre d'une fonction normative renouvelée.

Le rapport du droit de la famille aux autres branches du droit permet notamment de mettre en évidence deux tendances principales.

La première révèle une forme de synergie au service de l'obligation alimentaire. C'est notamment ce que l'on peut observer lorsqu'intervient un soutien technique à l'exécution de l'obligation alimentaire. On a pu, à cet égard, évoquer notamment la mise en place, sur le modèle du droit québécois, de l'intermédiation financière, par l'instauration en droit français de l'ARIPA et de la GIPA. Lorsqu'interviennent de telles collaborations fructueuses, la cohérence d'ensemble du système juridique est de nature à favoriser l'exécution spontanée de l'obligation alimentaire, et à renforcer les logiques de solidarité intrafamiliale au sein de la famille. De telles configurations doivent dès lors être encouragées, et on a pu mettre en évidence l'importance de trouver des supports juridiques à même de permettre de prendre en considération l'exécution spontanée des fonctions du *care*, par exemple par une meilleure reconnaissance des aidants familiaux.

La seconde tient au risque important d'instrumentalisation du droit de la famille, notamment à des fins budgétaires. Il peut en effet sembler tentant, dans un contexte de tension budgétaire, de saisir les familles comme un réservoir budgétaire mobilisable par les pouvoirs publics. On a pu, à cet égard, mobiliser l'exemple de la mise en œuvre du système de récupération des prestations sociales, fondé sur le principe de subsidiarité de l'aide sociale par rapport à l'aide familiale. Pour limiter les risques, des moyens nouveaux pourraient être mis en œuvre, tels que l'adoption de barèmes nationaux, qui permettrait un contrôle des récupérations effectuées, et de limiter les abus.

Enfin, il a semblé essentiel d'envisager le rôle renouvelé du droit de la famille, notamment à l'aune d'approches analytiques du droit de la famille en termes d'inégalités sociales et de genre. Cet angle d'analyse un réinvestissement normatif de cette matière, qui nous semble devoir passer

par deux axes de réflexion principaux : le réinvestissement axiologique du droit patrimonial de la famille, d'une part, et la repatrimonialisation des enjeux familiaux, d'autre part.

Conclusion

« Chaque génération, sans doute, se croit vouée à refaire le monde. La mienne sait pourtant qu'elle ne le refera pas. Mais sa tâche est peut-être plus grande. Elle consiste à empêcher que le monde se défasse. Héritière d'une histoire corrompue où se mêlent les révolutions déchues, les techniques devenues folles, les dieux morts et les idéologies exténuées, où de médiocres pouvoirs peuvent aujourd'hui tout détruire mais ne savent plus convaincre, où l'intelligence s'est abaissée jusqu'à se faire la servante de la haine et de l'oppression, cette génération a dû, en elle-même et autour d'elle, restaurer, à partir de ses seules négations, un peu de ce qui fait la dignité de vivre et de mourir. Devant un monde menacé de désintégration, où nos grands inquisiteurs risquent d'établir pour toujours les royaumes de la mort, elle sait qu'elle devrait, dans une sorte de course folle contre la montre, restaurer entre les nations une paix qui ne soit pas celle de la servitude, réconcilier à nouveau travail et culture, et refaire avec tous les hommes une arche d'alliance »¹⁴³⁰.

597. Nous nous proposons, dans le cadre de cette étude, d'étudier la fonction normative du droit de la famille contemporain à l'aune du développement du pluralisme familial et de l'essor du rôle de l'autonomie de la volonté. Nous avons, à cette fin, adopté un prisme d'étude spécifique, les obligations alimentaires, qui nous ont permis d'étudier tant les réalités que les limites des solidarités intrafamiliales. Confronter les solidarités intrafamiliales aux évolutions tant du droit de la famille que de la perception sociale de ce qui constitue une famille nous a ainsi permis de mettre en évidence de profondes transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain, ainsi que les insuffisances des évolutions du droit des obligations alimentaires, au sujet desquelles nous avons, dès lors, pu proposer un certain nombre de réformes.

¹⁴³⁰ A. Camus, *Discours de réception du prix Nobel*, Stockholm, 10 décembre 1957.

598. Dans la première partie de cette étude, nous avons ainsi pu, dans une perspective tant historique, que comparative, et analytique, évoquer les évolutions du cercle des obligés alimentaires, et les comparer aux évolutions du groupe familial lui-même, tel qu’appréhendé par le droit de la famille.

Cette étude nous a permis de mettre en évidence le fait que le droit de la famille, qui était en 1804 un droit tourné vers une normativité de modèle, c’est-à-dire un droit cherchant à promouvoir voire imposer un modèle familial unique – celui de la famille légitime constituée d’un couple composé d’un homme et d’une femme, mariés, et ayant des enfants dans le cadre du mariage –, s’est à la faveur du développement du pluralisme familial transformé. La fonction normative du droit de la famille semble donc, à compter de la fin du XX^{ème} siècle, se redéployer de façon à devenir une normativité comportementale, destinée à promouvoir non plus un modèle familial unique, mais des principes fondamentaux, tels que la protection de l’intérêt de l’enfant, la promotion de l’égalité entre les hommes et les femmes, ou la pacification des relations intrafamiliales. Dans le même temps, de nouveaux concepts, tels que la parentalité, sont venu questionner les limites du groupe familial, et inciter à la création de nouveaux droits pour un certain nombre d’acteurs familiaux.

Les conséquences de ces transformations sont, à cet égard, nombreuses en matière familiale, et nous avons pu revenir en détail sur certaines d’entre elles, telles que l’introduction, dans le Code civil, du Pacs et du concubinage, ou la consécration de l’égalité des filiations. Dans le même temps, elles permettent d’interroger le cercle des obligés alimentaires par-delà la famille nucléaire, c’est-à-dire par-delà le couple et la filiation, afin d’envisager la situation des exclus du cercle des obligés alimentaires, et notamment celles des couples non mariés, des frères et sœurs, et des recompositions familiales. Ces exclusions semblent en effet en décalage avec les transformations, tant de la société, que de la fonction normative du droit de la famille, *a fortiori* dans un contexte où il ne s’agit plus de défendre le modèle unique de l’institution matrimoniale. Il a ainsi semblé nécessaire d’appeler de nos vœux un certain nombre de réformes.

599. En matière de droit des couples, au vu de la difficulté à déterminer la nature et l’étendue des différents devoirs évoqués tant par le Code civil que par la jurisprudence, il a semblé opportun de proposer une clarification et une gradation des régimes obligationnels. Il s’agirait alors de réserver à l’union matrimoniale l’existence d’une obligation civile de contribuer aux charges du ménage, d’unifier le régime du devoir de secours entre le mariage et le Pacs, tout en

maintenant le concubinage en dehors du champ de l'obligation civile, pour respecter sa vocation à préserver la liberté des membres du couple.

Dans le même temps, et dans une approche conforme au rôle de mécanisme modérateur qu'ont souvent, en droit de la famille, joué tant l'obligation alimentaire que l'obligation naturelle, il a été proposé d'inclure dans le Code civil une présomption simple commune au Pacs et au concubinage, aux termes de laquelle les prestations fournies entre partenaires seraient présumées l'avoir été en exécution d'une obligation naturelle, sauf à ce qu'elles excèdent manifestement, par leur objet, leur ampleur sans rapport avec les moyens de celui qui les a fournies, ou par le déséquilibre qu'elles manifestent au regard des moyens respectifs de chacun des partenaires, la participation normale aux charges de la vie commune.

Nous avons encore pu proposer une réforme de la prestation compensatoire en distinguant en son sein les aspects compensatoires, c'est-à-dire ceux qui relèvent de l'équité familiale, et les aspects non-compensatoires, c'est-à-dire ceux qui relèvent de la solidarité familiale, et en attribuant à ces deux pans de la prestation compensatoire des conditions et des effets distincts, dans un objectif de meilleure protection des membres du couple. S'agissant des couples non mariés, nous avons encore pu proposer que certains des aspects de cette prestation compensatoire renouvelée puissent venir les protéger, mais dans une perspective différenciée, afin de maintenir un pluralisme réel en matière de droit des couples.

Il est enfin proposé que soient inclus dans le patrimoine familial les droits à la retraite des deux membres du couple, aussi bien dans le couple marié qu'entre partenaires pacsés, et ce afin de prendre en compte le fait que ces droits sont le résultat d'une économie familiale, d'un partage des fonctions professionnelles, familiales et domestiques.

600. S'agissant du cercle des obligés alimentaires, il est suggéré, en premier lieu, d'y inclure les frères et sœurs, dont l'exclusion actuelle semble difficilement compréhensible. En second lieu, il est envisagé d'introduire une obligation beau-parentale d'entretien, qui serait réservée au seul cas des recompositions familiales par remariage, de sorte, notamment, à maintenir une pluralité alimentaire au sein des formes d'union, seule l'union matrimoniale semblant unir deux familles, et non seulement deux individus. De surcroît, il est proposé d'en faire une obligation unilatérale et subsidiaire.

En second lieu, il est envisagé d'introduire en droit français, une double hiérarchie obligationnelle constituée d'une hiérarchie des débiteurs d'aliments, d'une part, et d'une hiérarchie des créanciers d'aliments, d'autre part. Ce mécanisme permettrait tout à la fois, de clarifier le fait qu'existent, déjà, différents cercles obligationnels au sein de la solidarité intrafamiliale, et de construire une cohérence au sein du droit de la famille entre le droit des successions, qui prévoit une telle hiérarchie, et le droit de l'obligation alimentaire, qui ne le fait pas expressément.

601. Dans la seconde partie de cette étude, nous avons tâché de mettre en regard les approches respectives du droit de la famille s'agissant, d'une part, de l'appréhension du groupe familial, et d'autre part, des obligations alimentaires. Cette démarche nous a conduit à faire deux constats. Le premier est celui d'une incohérence régulière, qui vient parfois questionner l'appréhension familialiste du groupe familial, et peut, en de plus rares occasions, conduire à des effets indésirables. Le second, plus positif, consiste à remarquer que, bien mobilisée, la diversité des approches et des matières peut permettre de créer une synergie, que l'on observe particulièrement s'agissant du soutien technique offert par diverses branches du droit à l'exécution de l'obligation alimentaire. Nous avons notamment, à cet égard, particulièrement étudié la mise en place, en droit français, de l'intermédiation financière, par l'instauration de l'ARIPA et de la GIPA, qui opère un véritable changement de paradigme en matière d'exécution de l'obligation alimentaire.

Ces constats conduisent à envisager l'opportunité d'un investissement politique du droit de la famille en tant que levier de mise en œuvre de politiques publiques. Deux écueils doivent cependant, pour cela, être évités, et c'est ce que nous avons tâché de démontrer dans cette seconde partie.

602. Le risque d'instrumentalisation du droit de la famille. Le droit de la famille peut, en effet, faire l'objet d'une forme d'instrumentalisation, voire de détournement, notamment à des fins budgétaires. C'est ce qui a pu être observé, notamment, dans la mise en œuvre du système de récupération des prestations sociales, fondé sur le principe de subsidiarité de l'aide sociale par rapport à l'aide familiale. L'obligation alimentaire y semble alors mobilisée dans un contexte dont le lien avec la solidarité familiale paraît être devenu un lien d'opportunité, les familles étant alors mobilisées du fait de la ressource financière qu'elles peuvent constituer, dans un contexte de crise de l'Etat providence.

Nous avons donc envisagé divers moyens à même de permettre de limiter les risques d'instrumentalisation de l'obligation alimentaire, qu'il s'agisse, *a minima*, d'adopter des barèmes nationaux, ou, plus largement, d'envisager une refonte du système de solidarité, et ce avec ou sans remise en cause du principe de subsidiarité de l'aide sociale.

603. Le risque du non-investissement axiologique du droit patrimonial de la famille.

La conclusion de cette étude a enfin été consacrée au risque de perdre de vue l'intérêt qu'il y a, dans une perspective de renouveau de la fonction normative du droit de la famille contemporain, à se saisir du droit patrimonial de la famille. Trop souvent, en effet, les questions patrimoniales semblent être escamotées au profit d'enjeux liés à des droits personnels. Or, le réinvestissement axiologique du droit de la famille, notamment dans une perspective de promotion de lutte contre les inégalités, ne peut pas se passer des enjeux patrimoniaux. Les normes patrimoniales ne sont pas neutres, et emportent des effets profonds en matière de reproduction des inégalités sociales et entre les hommes et les femmes, ainsi qu'en matière de division genrée du travail social. Une approche pluridisciplinaire et volontariste devrait donc être mise en œuvre afin d'opérer, d'une part, un réinvestissement axiologique du droit patrimonial de la famille, et d'autre part, une repatrimonialisation des enjeux familiaux.

604. Loin des conceptions qui nous ont conduites à entreprendre cette étude, force est de constater que bien loin d'avoir disparu, la fonction normative du droit de la famille contemporain s'est en réalité profondément transformée. Il convient donc, désormais, de saisir l'étendue et le potentiel de cette transformation, de l'accompagner, et de faire, en juristes, œuvre sociale. Le droit patrimonial de la famille a la capacité de redevenir pleinement un « droit référence », c'est-à-dire un droit « dont la force symbolique tient [...] à ce qu'il est à la fois fait d'éthique et de droit »¹⁴³¹. On peut dire, pour reprendre les mots de Monsieur le professeur Commaille, que « la porte est [...] ouverte pour penser que le droit, au lieu de s'imposer de façon incontestable ou de créer la croyance qu'il s'impose de façon incontestable, s'inscrit en fait dans un espace d'incertitude laissant place au jeu des acteurs sociaux, des opérateurs économiques ou des acteurs politiques »¹⁴³². C'est de ce rôle qu'il faut que le droit de la famille s'empare, et c'est cette évolution que nous appelons de nos vœux.

¹⁴³¹ J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, préc. p. 316.

¹⁴³² *Idem*, p. 335.

Bibliographie

Ouvrages généralistes

- Abbé André, *Cours alphabétique et méthodique de droit canon mis en rapport avec le droit civil ecclésiastique ancien et moderne*, T1, édité par J.-P. Migne, 1844
- C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Marchal et Bilard, 1902, 5^{ème} édition
- A. Bénabent, *Droit de la Famille*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2014
- H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1, Dalloz, 13^{ème} édition, 2015
- J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction ; Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{ère} édition « Quadrige », 2004
- F. Chénédé, *Droit de la famille*, Dalloz action, 2023-2024
- G. Cornu, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, coll. Précis Domat droit privé, 9^{ème} édition, 2006
- G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 11^{ème} édition, PUF, 2016
- P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2017
- J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, J.-B. Coignard, 1689
- J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^{ème} édition, Paris, 2000
- M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^{ème} édition, 2017
- A. Gouttenoire et P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey, 6^{ème} édition, 2013
- A. Leca, *Introduction historique au droit de la famille*, Lexis Nexis, 2017
- A.-M. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, 2011
- Y. Lequette, F. Terré et H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2015
- A. Loisel, *Institutes coutumieres ou manuel de plusieurs & diverses Reigles, Sentences, & Proverbes tant anciens que modernes, du Droit Coustumier & plus ordinaire de la France*, Paris, 1^{ère} édition, 1607
- Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2010
- Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^{ème} édition., 2018

H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et, pour la 2^{ème} édition, M. De Juglart, *Leçons de droit civil, Tome quatrième, Deuxième volume, Successions - Libéralités*, Montchrestien, 2^{ème} édition, 1971

M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. 2*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1954

R.-J. Pothier, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieure, Nouvelle édition, revue, corrigée, & considérablement augmentée par l'Auteur*, Paris, Debure l'aîné, 1770

F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2001

F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *La famille*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2018

M. Villey, *Philosophie du droit - Définitions et fins du droit - Les moyens du droit*, Dalloz, 2001

Ouvrages spécialisés - Droit de la famille et obligation alimentaire

C. Avignon (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2016

S. de Benalcazar, *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, Defrénois, Collection de thèses, 2007

P. Berthet, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, thèse réalisée sous la direction de Mme la professeure Jacqueline Rubellin Devichi, et soutenue à l'université Lyon III en 1999

C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital - Comment la famille reproduit les inégalités*, éditions la découverte, 2019

M. Boisson et A. Verjus, *La parentalité, une action de citoyenneté - Une synthèse des travaux récents sur le lien familial et la fonction parentale (1993 – 2004)*, CAF/CERAT, Dossier d'étude n°62, novembre 2004

D. Borrillo, *La famille par contrat – La construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF, collection GenerationLibre, 2018

A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck, G. Poussin (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érès, « Maison des droits des enfants et des jeunes », 2001

C. Capuano, *Vichy et la famille – Réalités et faux-semblants d'une politique publique*, Presses universitaires de Rennes, 2009

J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^{ème} édition, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, réédité par LGDJ, collection Anthologie du droit, 2014

F. Chénédé, *Droit de la famille*, Dalloz action, 2023-2024

L-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 31, 2000

Collectif Onze, *Au tribunal des couples – Enquête sur des affaires familiales*, Odile Jacob, 2013

D. Debordeux et P. Strobel (dir.), *Les solidarités familiales en questions - Entraide et transmission*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 34, 2002

F. Derrida, *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, Dalloz, 1952

- V. Deschamps, *Le fondement de la filiation - Étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, thèse Paris 2, réalisée sous la direction de Mme la professeure D. Fenouillet, 2018, publié chez LGDJ, collection Bibliothèque de droit privé, n° 592, 2019
- M. Dewevre-Foucarde, *Le concubinage*, PUF, collection Que sais-je ? 1992
- L. Dhuet, *Les enfants nés hors mariage d'après les lois des 30 décembre 1915, 17 avril 1919, 25 avril 1924 et la jurisprudence la plus récente*, édité chez M. Belzacq, Librairie des lois et décrets commentés, 2^{ème} édition, 1925.
- F. Douet, *Précis de droit fiscal de la famille*, LexisNexis, 19^{ème} édition, 2020
- A. Duchesne, *Effets du programme de perception des pensions alimentaires pour enfants sur les conflits parentaux : le point de vue des usagers*, mémoire présenté à la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval de Québec, 2008
- T. Fassassi, *Le contenu du contrat en droit de la famille : Analyse fonctionnelle*, thèse réalisée sous la direction de Monsieur le professeur Egéa et de Madame la professeure Leborgne, Aix-Marseille, 2023
- T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Editions du CNRS, 1998
- M. Godelier, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004
- J. Houssier, *Les dettes familiales*, IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2017
- D. Houzel (dir.), *Les enjeux de la parentalité*, Eres, 1999
- J. Kellerhals, P.-Y. Troutot, E. Lazega, *Microsociologie de la famille*, PUF, 1984
- F. Maisonnasse, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, LGDJ, collection Bibliothèque de droit social, tome 67, 2016
- E. Millard, *Famille et droit public – Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995
- M.-T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993
- C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?* 2003, Erès
- S. Ougier, *L'alimentaire et l'indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce – étude comparée de droit français et de droit canadien*, thèse réalisée sous la direction de Monsieur le professeur Champenois et soutenue le 5 octobre 2015 à l'Université Panthéon-Assas
- J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, thèse Lyon, 1961
- C. Pérès et P. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, Editions Panthéon Assas, 2020
- C. Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux – Essai sur l'entraide conjugale*, LGDJ, 1981, p. 59
- C. Piolet, *De l'obligation alimentaire sous le droit romain, le droit coutumier et le Code civil - thèse pour le doctorat*, Faculté de droit de Douai, 1876
- M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Defrénois, 2003

C. Rogerson et de R. Thompson, des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Guide d'utilisation révisé*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la Justice du Canada, Avril 2016

O. Roy (dir), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011

G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, 2014

M. Saulier, *Le droit commun des couples - Essai critique et prospectif*, thèse Paris 1, 2014, réalisée sous la direction de Mme la professeure A.-M. Leroyer, publication IRJS Editions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 2017

F. de Singly, *Fortune et infortune de la femme mariée*, PUF, 1987

F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 4^{ème} édition, 2010

A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, thèse réalisée sous la direction de Monsieur le professeur Beignier, Toulouse, 2018

I. Théry, *Le démariage - Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993

I. Théry et Chr. Biet (dir), *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1989

I. Théry (dir.), *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation Française, Odile Jacob, 1998

I. Théry et A.-M. Leroyer (dir.), *Filiation, origines, parentalité - Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, ministère des Affaires sociales et de la santé, Odile Jacob, 2014

I. Théry, *Mariage et filiation pour tous – Une métamorphose inachevée*, Le Seuil, 2016

Ouvrages spécialisés - Normativité et théorie du droit

P. Albertini, *La crise de la loi - Déclin ou mutation ?* Essais, LexisNexis, 2015

F. Brunet, *La normativité en droit*, thèse réalisée sous la direction de M. le professeur Etienne Picard, et soutenue à l'Université Paris I en 2011, Mare & Martin, 2012

J. Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, collection Anthologie du droit, 10^{ème} édition, 2014

J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?* Folio Essais, 2015

D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001

M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, Bibliothèque juridique et économique, 1957

H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} ed., trad. Charles Eisenmann, Dalloz, 1962

C. Martin, *La parentalité en questions - Perspectives sociologiques*, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, avril 2003

H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, Philosophie et Théorie générale du droit, 1948, réimp. Dalloz, 1991

C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004

G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1925

Ouvrages spécialisés - Autres

U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, traduit en français sous le titre *La Société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008

K. Bellis, *Système de l'obligation naturelle*, thèse Paris II – Panthéon Assas, 2018, réalisée sous la direction de L. Leveneur

P. Bourdieu, *Microcosmes, Théorie des champs*, t. 1, Raison d'agir, 2021

V. Brès (dir.), *Je suis l'une d'entre elles – La première génération de personnes conçues par PMA avec don témoigne*, L'Harmattan, 2019

J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996

C. Colas, *Ordre public et disparition des bonnes mœurs*, mémoire réalisé sous la direction de M. le professeur N. Molfessis, 2016, Université Panthéon-Assas

J. Colliot, *Le rôle du juriste en droit des personnes et de la famille*, thèse réalisée sous la direction de M. Le professeur F. Chénéde et soutenue en décembre 2017 à l'Université Rennes 1

Conseil d'Etat, *Le droit souple*, étude annuelle, 2013

C. Fournier, *Repenser l'héritage - Et si l'on arrêtaient de transmettre... des inégalités ?*, éditions de L'Observatoire, 2022

E. Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle - Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, thèse Paris II sous la direction de M. Le professeur Y. Lequette

N. Frémeaux, *Les Nouveaux Héritiers*, La République des Idées, Seuil, 2018

S. Harnay, T. Sachs, K. Deckert, et F. Llense. *L'efficacité des codes de gouvernance. Perspectives comparées et pluridisciplinaires*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017

R. Lamy, *En bons pères de famille*, JC Lattès, 2023

L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990

N. Morel, *La prise en charge des personnes âgées dépendantes en Suède de 1930 à 2008 : entre réformes et continuité*, Réseau RT6 – Politiques sociales, protection sociale, solidarités, Association française de sociologie, 2012

C. Ollivier-Yaniv et M. Rinn (dir.), *Communication de l'état et gouvernement du social : Pour une société parfaite ?*, Presses universitaires de Grenoble, 2009

T. Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Seuil, 2013

G. Saupin, *Naissance de la tolérance en Europe aux Temps modernes – XVI^e - XVIII^e siècle*, Presses universitaires de Rennes, 1998

I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014

Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'Etat, *Guide de légistique ; pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Documentation Française, 3^e édition, décembre 2017

Articles

S. Akhouad-Barriga, « Réflexions sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage », in *RTD civ.* 2015, p. 78

E. Algava, V. Vallès et K. Bloch pour l'Insee, « En 2018, 4 millions d'enfants mineurs vivent avec un seul de leurs parents au domicile », in *Insee première*, n° 1788, janvier 2020

E. Algava, K. Bloch et I. Robert-Bobée, « Les familles en 2020 : 25 % de familles monoparentales, 21 % de familles nombreuses », in *Insee Focus* n°249, 13 septembre 2021

J. Amar, « Pacs et immunités familiales », in *Droit pénal* n° 10, 1^{er} octobre 2000, chronique n°32

P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in *Revue de droit public*, 1982, p. 276

P. Amselek, « Les fonctions normatives ou catégories modales », in *Philosophiques*, vol.33, n°2, automne 2006, p. 391

C. Atias et D. Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », in *Dalloz* 1977, p. 251

C. Aubry de Maromont, « Les obligations subsidiaires », in *RTD Civ.* 2018, p. 305

V. Avena-Robardet, « Pensions alimentaires rapidement fixées et révisées ! », in *AJ famille* 2018, p. 255

V. Avena-Robardet, « Accords parentaux de la CAF : les décrets et arrêté de l'été 2018 », in *AJ Famille*, 2018, p. 454

C. Bac, S. Chaslot-Robinet, C. Marc et M. Pucci « La notion d'enfant à charge est-elle fluctuante ? », in *Retraite et société* 2011/2, p. 213

N. Barbier, M. Martin, A. Mussier, J. Passalacqua et E. Vagost, « Pacs : à quand le *coming-out* de la prestation compensatoire ? », in *AJ famille* 2011, p. 201

J.-C. Bardout, « Les conditions procédurales de l'utilisation des barèmes en matière de pension alimentaire - l'apport du droit comparé », in *AJ famille* 2007, p. 428

J.-C. Bardout, « Table de référence des pensions alimentaires, quelles évolutions ? La nécessaire convergence des barèmes de l'ASF complémentaire et de la table de référence des pensions alimentaires », in *AJ Famille*, 2017, p. 274

J. Bart, « Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille », in *Annales historiques de la Révolution française*, n°300, 1995, p. 187

H. Batiffol, « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Archives philosophiques du droit*, 1975, p. 13

- B. Beignier, « A propos du concubinage homosexuel », in *Dalloz* 1998, 215
- Z. Belmokhtar et J. Mansuy, « En 2013, neuf prestations compensatoires sur dix sous forme de capital », in *Infostat Justice*, n°144, septembre 2016
- J.-M. Belorgey, « De l'ignorance du droit civil par l'autorité administrative et par le juge ou sur quelques décisions de juges des affaires familiales, en matière d'obligation alimentaire », in *RDSS* 2000, p. 489
- A. Bénabent et M. Grimaldi, « L'embarras du choix ? », in *Gazette du Palais*, 1^{er} avril 2014, n°091
- S. Ben Hadj Yahia, « L'inconstitutionnalité de la dispense de prestation de serment des époux dans le procès pénal », in *Droit de la famille*, mai 2020, n°5, p. 2
- F. Berdeaux-Gacogne, « La discrète reconnaissance du parent social », in *AJ Famille* 2013, p.346
- D. Bernard et A. Lévy, « Le capitalisme et la honte », in *Cliniques méditerranéennes*, n°90, 2014, p. 245
- P. Berthet, « Le principe de récupération des prestations d'aide sociale : réalité et perspectives », in *RDSS* 2002, p. 293
- E. Biland, « Rupture de riches – Privilèges de classe et inégalité de genre au sein de la justice québécoise », in *Sociétés contemporaines*, 2007/4, p. 97
- E. C. B Bittar., « Sémiotique du Code civil français : entre sémiotique de l'objet et sémiotique du droit », in *Actes Sémiotiques*, n°125, 2021
- F. Bloch et M. Buisson, « L'obligation alimentaire : entre don, équité, égalité », in L.-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 31, 2000
- L. Bloch, « C'est le bon père de famille que l'on assassine ! », in *Responsabilité civile et assurances* n° 3, Décembre 2014, alerte 8
- J. Bloquet, « « La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (Napoléon) », in *Napoleonica. La Revue*, 2012/2, n°14, p. 50
- S. Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », in *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, n°2, 2012, p. 74
- A. Boiché, « Le recouvrement des aliments en droit international », in *AJ Famille* 2017, p.284
- M. Borgetto, « La problématique des droits sociaux sous la Révolution : entre archaïsme(s) et modernité », in *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, 2002. p. 47
- H. Bosse-Platière, « L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. À l'horizon de l'Europe », in *Informations sociales*, 2005/8, p. 38
- H. Bosse-Platière, « L'esprit de famille après les réformes du droit des successions et des libéralités » in *Informations sociales*, 2007/3, p. 78
- J. Bosquet-Denis, « Réflexions sur la distinction de "l'alimentaire" et de "l'indemnitaire" », in *Semaine juridique, édition générale*, 1981, I, 3010
- J. Boudon, « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », in *Droits*, 2004/1 (n° 39), p. 91

- D. Bourgault-Coudeville, « Obligation parentale d'entretien et chômage des majeurs », in *Dalloz* 1997 p. 455
- C. Bourreau-Dubois et B. Jeandidier, « Equité et barème de pension alimentaire pour enfants : une approche économique », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014, p. 25
- G. Brière, « L'obligation alimentaire survit désormais au décès du débiteur », in *Revue générale de droit* (Université d'Ottawa), volume 20, numéro 4, décembre 1989, p. 647
- C. Bourreau-Dubois et I. Sayn, « Faut-il maintenir la prestation compensatoire », in *CNRS Le journal en ligne*, consulté le 25 octobre 2016
- F. Cahen, et C. Capuano. « La poursuite de la répression anti-avortement après Vichy – Une guerre inachevée ? », in *Vingtième Siècle – Revue d'histoire*, n°111, 2011, p. 119
- J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, T. 1, p. 325
- J. Carbonnier, « La question du divorce – mémoire à consulter », in *Dalloz* 1975, Chronique, p. 115
- J. Carbonnier, « Sur un air de famille », in I. Théry et Chr. Biet (dir), *La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1989
- V. Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité)*, janvier 2007
- M. Chauvière, « L'expert et les propagandistes – Alfred Sauvy et le Code de la Famille de 1939 », in *Population*, 1992, p. 1441
- M. Chauvière, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », in *Informations sociales*, 2008/5 (n° 149), p. 16
- F. Chénédé, « Créances d'aliments et prescription quinquennale de l'article 2277 : la première Chambre civile suit l'Assemblée plénière », in *AJ famille*, 2005, p. 446
- F. Chénédé, « Quelques précisions en matière d'obligation alimentaire : pluralité de débiteurs et prise en compte des revenus du conjoint », in *AJ famille*, 2007. 269
- F. Chénédé, « Subsidiarité de l'obligation alimentaire du père naturel en cas d'adoption simple de son enfant : illustration et conséquence », in *AJ. Famille* 2007, p. 312
- F. Chénédé, « Le recours direct des établissements publics de santé est soumis à l'ensemble du droit de l'obligation alimentaire », in *AJ famille*, 2008, p. 33
- F. Chénédé, « La subsidiarité de l'obligation alimentaire du parent biologique ne fait pas obstacle à sa contribution partielle aux besoins de l'adopté simple », in *AJ. Famille* 2010, p. 273
- F. Chénédé, « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur le mariage pour tous », in Y. Lequette et D. Mazeaud (dir.), *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Editions Panthéon Assas, Colloques, 2014
- F. Chénédé, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », in *Dalloz* 2017, p. 953

- C. Schwartz, J. Combret et A. Tani, « Pouvoir et devoir d'alerte du notaire et sa responsabilité en droit de la famille », in *Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 51-52, 20 décembre 2024, p. 1248
- V. Citot, « Les tribulations du couple dans la société contemporaine et l'idée d'un amour libre », in *Le Philosophoire*, 2000/1 (n° 11), p. 85
- F. Clerc et V. Donier, « La récupération par les départements des aides versées aux personnes âgées », in *AJDA* 2013, p. 278
- J. Commaille, « Ordre familial, ordre social, ordre légal : Eléments d'une sociologie politique de la famille », in *L'Année sociologique*, vol. 37, 1987, p. 265
- G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77
- I. Corpart, « Les dysfonctionnements de la coparentalité » in *AJ famille* 2009, p. 155
- I. Corpart, « Pensions alimentaires : généralisation de l'intermédiation financière à compter du 1er mars 2022 », in *Dalloz Actualités*, 8 mars 2022
- M. Coudrais, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », in *RTD civ.* 2011, p. 453
- A. Couret, « Comply or explain : les destinées françaises du principe », in *Bulletin Joly Sociétés*, mars 2017, n° 116/8, p. 202
- B. Croff, « Aide à domicile, échanges d'argent et échanges affectifs ou la place assignée aux vieux : assistés ou exclus ? », in L.-H. Choquet et Isabelle Sayn (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales – Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales.*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 31, 2000
- I. Danic, « La notion de représentation pour les sociologues. Premier aperçu », in *Espaces et sociétés*, n° 25, décembre 2006, p. 29
- I. Dauriac, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », in *Recueil Dalloz* 2006, p. 2574
- S. David, « Le nouveau visage de la prestation compensatoire », in *AJ famille* 2004, p. 218
- F. Dekeuwer-Défossez, « Familles éclatées, familles reconstituées », in *Recueil Dalloz* 1992, p.133
- F. Dekeuwer-Défossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », in *Les petites affiches*, 28 avril 1999, p. 29
- F. Dekeuwer-Défossez, « PACS et famille - Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », in *RTD Civ*, juillet-septembre 2001, n°3, p. 529
- F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 68
- F. Dekeuwer-Défossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille », in *L'Année sociologique*, 2003, 53, n°1, p. 175, spéc. 177-178
- F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis, 2012, p. 41
- V. De Luca, « La fête des mères dans la première moitié du XXe siècle : la fabrique des mères méritantes », in *Histoire et Sociétés*, n°15, juin 2005, p. 30

- G. Doering-Striening, J. Hauß et H. Schürmann, « Elternunterhalt 2020 – quo vadis ? », in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2020, p. 137
- D. Everaert-Dumont, « L'assistance aux parents âgés : quand le dévouement devient source d'indemnisation ou de rémunération », in *Les Petites Affiches*, 19 novembre 2003, n°231, p. 8
- D. Everaert-Dumont, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », in *RDSS* 2008, p.538
- J. Faget, « La fabrique sociale de la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck, G. Poussin (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érès, « Maison des droits des enfants et des jeunes », 2001, p. 69
- B. Fasterling et J.-C. Duhamel, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », in *Revue internationale de droit économique*, 2009/2 (t. XXIII, 2), p. 129
- B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *Le Code civil 1804-2004 : un présent, un passé, un avenir*, Université Panthéon- Assas, 2004, p. 473
- D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487
- D. Fenouillet, « Couple hors mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 81
- D. Fenouillet, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 237
- D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », in *Petites affiches*, n°59, mars 2010, p. 7
- D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », in *La famille en mutation, Archives de philosophie du droit*, 2014, Dalloz, p. 95
- D. Fenouillet, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté – Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », in *Archives philosophiques du droit* n°57, 2014, p. 37
- A. Ferrand, « La tension normative : un état à la fois personnel et interpersonnel », in F.-X. Schweyer éd., *Normes et valeurs dans le champ de la santé*. Rennes, Presses de l'EHESP, « Recherche, santé, social », 2004, p. 69
- G. Ferrari, A. Solaz et A. Vitali, « Are Female-Breadwinner Couples Always Less Stable? Evidence from French Administrative Data », in *European Journal of Population*, 40, 2024
- A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°21, Dossier : La normativité, Janvier 2007, p. 74
- P. Fombeur, « Le principe d'impartialité et les juridictions d'aide sociale », in *RFDA* 2003, p. 694
- J. Foyer, « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil 1804-2004 : un présent, un passé, un avenir*, Université Panthéon-Assas, 2004, p. 695
- N. Frémeaux et M. Leturcq, « Les formes légales de vie en couple et leurs conséquences sur le partage du patrimoine et des ressources entre conjoints en France », in *Recherches familiales*, n°20, 2023, p.115

- H. Fulchiron et P. Malaurie, « Evolution du droit français de la famille », in *Deffrénois*, 15 juillet 2009, n°13, p. 1347
- H. Fulchiron, « La Cour de cassation juge des droits de l'homme ? », in *Dalloz* 2014, p. 153
- H. Fulchiron, « Projet parental, engagement et responsabilité : réflexions sur les fondements de la filiation », in *Recueil Dalloz*, 2024, p. 1827
- S. Fulli-Lemaire, « La privatisation du droit de la famille en France – Perspectives comparatives », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68 n°2, 2016, p. 405
- J. Galtung, « Qu'appelle-t-on un besoin humain fondamental ? », in M. Calame et autres, *Il faut manger pour vivre... : Controverses sur les besoins fondamentaux et le développement*, Graduate Institute Publications, 1980
- S. Gaudemet, « L'intérêt de la famille », élément d'un ordre public familial, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Deffrénois - LexisNexis, 2012, p. 287
- Y. Gaudemet, « Le Code civil, Constitution civile de la France », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 297
- V. de Gaulejac, « Grand résumé de *Qui est « je » ? Sociologie clinique du sujet*, Paris, Éditions du Seuil, 2009 », in *SociologieS*, [ressource accessible en ligne, URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/3362>].
- J. Ghestin, « La règle « aliments ne s'arréragent pas » », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Paris 1967, p. 295
- C. Gindin, « Besoins et humanité », in *La Pensée*, 2013/14, n°376, p. 21
- P. Giolitto, « La famille, divinité nouvelle », in P. Giolitto (dir.), *Histoire de la jeunesse sous Vichy*, Perrin, 1991, p. 35
- C. Goldie-Genicon, « L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales », in *Deffrénois* 2015, p. 686
- C. Goldie-Génicon, « L'obligation alimentaire : entre inadéquation et dénaturation », in *Droit de la famille*, Juris-Classeur - LexisNexis, 2020, n°1, p. 44
- M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », in C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?* 2003, Erès, p. 7
- A. Gouttefangeas, « Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014, p. 37
- A. Gouttenoire, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », in *AJ famille* 2002, p. 244
- A. Gouttenoire, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », in *AJ Famille* 2008 p.138
- A. Gouttenoire et V. Bonnet, « Aliments », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2014, actualisation janvier 2023
- F. Granet-Lambrechts, « Pacte civil de solidarité - Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacs », in *Dr. famille* n°4, avril 2005, étude n°9

- D. Grillet-Ponton, « L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille », in *Recueil Dalloz* 1996, p. 339
- G. Grillon, « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », in *JCP G*, 2001, I, 133
- M. Grimaldi, « La libéralité par laquelle l'auteur entend maintenir une relation adultère repose-t-elle sur une cause illicite pour contrariété aux bonnes mœurs ? », in *Dalloz*, 1999, p. 307
- S. Grunvald, « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », in *AJ pénal* 2017, p. 269
- H. Guedj, « Le taux d'emploi des hommes et des femmes - Des écarts plus marqués en équivalent temps plein », in *Insee Première* n°1462, 2013
- P. Guez, « Le mariage pour tous ou le changement dans la continuité », in *Comparative Law Journal of the Pacific / Journal de Droit Comparé du Pacifique* [Anciennement Revue juridique polynésienne (RJP)], 2014, n°20, p. 87
- B. Hachet, « Résidence alternée : Pratiques polémiques et normes ambivalentes », in *Journal des anthropologues*, Association française des anthropologues, 2016, 144-145, p. 191
- J.-L. Halpérin, « La suppression de l'expression « bon père de famille » », in *Recueil Dalloz*, 2014 p.536
- J. Hauser, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », in *Recueil Dalloz* 1974, p. 2617
- J. Hauser, « L'obligation civile d'entretien du jeune majeur », in *L'enfant, la famille et l'argent*, LGDJ, 1991, p. 163
- J. Hauser, « Concubinage homosexuel et droit au bail », in *RTD civ.* 1995. 607
- J. Hauser, « Aliments : grandes manœuvres autour des articles 207 et 207-1 du code civil », in *RTD Civ.* 1995, p. 348
- J. Hauser, « Le concubinage doit être un mariage apparent : une provocation au pacte d'intérêt commun ? », in *RTD civ.* 1998, 347
- J. Hauser, « Une famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle – Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 327
- J. Hauser : « Concubins ou pacsés : la cohabitation pour le meilleur mais aussi pour le pire », in *RTD Civ.* 2004 p.69
- J. Hauser, « Adoption simple et obligation d'entretien des enfants majeurs : un père de secours ? », in *RTD Civ.* 2007, p. 764
- J. Hauser, « Le temps et la filiation : des filiations rétroactives, avantages et inconvénients pour les uns et les autres », in *RTD civ.* 2009, p. 307
- J. Hauser, « Aliments dans la famille adoptive simple : un débiteur subsidiaire n'est pas codébiteur mais peut devenir débiteur partiel », in *RTD Civ.* 2010, p. 545
- J. Hauser, « Entretien des enfants majeurs et obligation alimentaire réciproque : la Cour de cassation ajoute à la confusion », in *RTD Civ.* 2011 p. 342
- J. Hauser, « Diversité et actualité des aliments en droit moderne », in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 621

- J. Hauß, « *Das rühmliche Ende des Elternunterhalts* », in *Der Familien-Rechtsberater (FamRB)* 2020, p. 76
- J. Houssier, « Le divorce extrajudiciaire : premier bilan des avocats et des notaires », in *AJ. Famille* 2018, p. 72
- J. Houssier, « Proposition de réforme de l'article 207 du code civil : les bonnes intentions font-elles les bonnes lois ? », in *AJ fam.* 2020, p. 122
- J. Houssier, « L'affaire était-elle trop sérieuse pour la laisser à des juristes ? Brève rétrospective de cinq décennies de recouvrement des créances alimentaires », in *AJ Famille* 2020, p. 552
- J. Houssier, « Obligation aux frais funéraires : le débiteur peut se prévaloir de l'indignité du défunt », in *AJ. Famille* 2021, p. 299
- J. Houssier, « Première annulation d'une convention de divorce par consentement mutuel extra-judiciaire », in *AJ. Famille* 2024, p. 407
- H. Martin et H. Périvier, « Les échelles d'équivalence à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », in *Revue économique*, vol. 69, n°2, 2018, p. 303
- R. Hermon-Belot, « La révolution du mariage civil », in *L'histoire*, mensuel 420, février 2016
- P. Hilt et P. Simler, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », in *JCP* 2006, I, 161
- P. Hilt, « Un pas de plus vers la libre mutabilité des conventions matrimoniales », in *AJ Famille* 2019, p. 256
- J. Huet, « Adieu bon père de famille », in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 505; F. Rome, « Bonne mère ! », in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 201
- L. Jaume, « Démocratie et libéralisme politique », in J.-V. Holeindre (dir.), *La Démocratie : Histoire, théories, pratiques*, éditions Sciences Humaines, 2010, p. 43
- V. Jaworski, « Abandon pécuniaire de famille et coparentalité : de l'importance des valeurs protégées par la loi pénale », in *JCP G*, n°3, 14 janvier 2004, p. 65
- A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990/2 (Volume 25), p. 125
- B. Jeandidier et L. Bodson, « Revenus féminins et désunion en Europe », in *Revue économique*, 2012/2, p. 235
- B. Jeandidier et I. Sayn, « Justice en situation - Que pensent les magistrats de la table de fixation de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant ? » in *Les cahiers de la justice*, 2021, p. 519
- B. Jeandidier, « Faut-il prévoir des prestations compensatoires pour les couples non mariés ? », in *Population*, volume 71, n° 3, 2016, p. 528
- P. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », in *Dalloz* 1986, Chr. 197
- F. Jobard, « Pour une justice plus juste, ce que peut faire l'État », in A. Brunner et L. Maurin (dir.), *Réduire les inégalités c'est possible ! 30 experts présentent leurs solutions*, Observatoire des inégalités, novembre 2021

- A. Jolivet, « Suède : un filet de sécurité sous pression », in *Chronique internationale de l'IRES*, 2018, n° 164, p. 130
- G. Kessel, « Le droit de ne pas être père », in *AJ. Famille*, 2017, p. 292
- F. Kessler, « La prestation spécifique dépendance, premier commentaire... », in *La dépendance des personnes âgées*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1999, p. 37
- F. Kessler et F. Géa, « Le principe de subsidiarité dans le droit de l'aide sociale : quelques éléments de réflexion », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, Paris, Dalloz 2000 p. 303
- X. Labbé, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », in *JCP* 2008, I, 197
- X. Labbé, « La judiciarisation du PACS et du concubinage », in *Dalloz* 2009, p. 2053
- X. Labbé, « L'obligation implicite de fidélité dans le concubinage », in *Gaz. Pal.*, 30 janvier 2014, p. 5
- B. Lamboy, « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? Différentes approches pour un même concept », in *Devenir*, n°21, 2009, p. 31
- M. Lasbats, « Les grands-parents dans notre société », in *AJ Famille* 2008 p. 147
- H. Lécuyer, « La pluralité de débiteurs de l'obligation alimentaire », in *Dr. fam.* 1997, chronique, n°2
- H. Lécuyer, « Mariage et contrat », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 57
- H. Lécuyer, « Dispense du devoir de secours dans certaines circonstances de la séparation de fait », in *Dr. fam.* n° 12, Décembre 2003, com. p. 138
- J. Le Gac, « L'« Etrange défaite » du divorce? (1940-1946) » in *Vingtième Siècle – Revue d'histoire*, n°88, 2005, p.49
- C. Lemarchant, « Familles et inégalités sociales », in *Cahiers français, Famille(s) et politiques familiales*, n° 322, La Documentation française, octobre 2004
- J.-J. Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », in *Dalloz* 1997, Chronique, p. 133
- J.-J. Lemouland, « Précision concernant l'assimilation des concubins homosexuels aux concubins de sexe différent » in *Dalloz* 2002, Somm. 537
- J.-J. Lemouland, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. Fulchiron (dir.) *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009
- J.-J. Lemouland, « La diversité du droit contemporain de la famille : Un trompe-l'oeil », in *Mélanges offerts à J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 729
- J.-J. Lemouland, « L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ? », in *Arch. philo. dr.*, t. 57, Dalloz, 2014, p. 159
- J.-J. Lemouland, « Famille », in *Répertoire civil*, Dalloz, septembre 2015
- Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois - LexisNexis, 2012, p. 523

- A.-M. Leroyer, « Pension alimentaire : l'usage des barèmes en débat », in *Dalloz* 2013, p. 2968
- A.-M. Leroyer, « Réduire les asymétries de genre dues au divorce », in *Population*, volume 71, 2016, p. 533
- A.-M. Leroyer, « Faut-il supprimer la prestation compensatoire ? », in *RTD civ.* 2018, p. 369
- A.-M. Leroyer, « La parenté transgenre : un impensé du droit français », in *RTD civ.* 2020, p. 866
- A.-M. Leroyer, « Le Conseil constitutionnel et l'accès à l'AMP des hommes transgenres », in *RTD civ.* 2022, p. 874
- A.-M. Leroyer, « Questions de genre devant le Conseil d'État sur les conditions d'accès à l'AMP », in *RTD civ.* 2024, p. 378
- G. Levasseur, « Le délit d'abandon de famille sanctionne le non-respect d'une décision de justice », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1992, p. 754
- L. Leveneur, « Introduction », in D. Fenouillet et P. Vareilles-Sommières (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 9
- R. Libchaber, « La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit : Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 325
- C. Lienhard, « Table de référence - pension alimentaire et devoir de conseil », in *AJ famille* 2010, p. 480
- Ph. Malaurie, « Il n'y a pas de concubinage entre homosexuels », in *Dalloz* 1990, 582
- Ph. Malaurie, « Couple, procréation et parenté », in *Dalloz* 1998, 127
- Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 669
- C. Martin, « Les solidarités familiales : bon ou mauvais objet sociologique ? », in D. Debordeux et P. Strobel (dir.), *Les solidarités familiales en questions - Entraide et transmission*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 34, 2002, p. 41
- H. Martin, « Après plusieurs décennies de forte progression, le taux d'emploi des femmes commence à stagner en France », in *Population et Sociétés*, n° 606, Décembre 2022
- A. Masson, « Economie des solidarités : forces et faiblesses des solidarités comme anti-marché », in D. Debordeux et P. Strobel (dir.), *Les solidarités familiales en questions - Entraide et transmission*, LGDJ, collection Droit et société, vol. 34, 2002, p. 143
- C. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », in *RTD civ.* 2018, p. 809
- M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives », in *l'Année Sociologique*, seconde série, 1923-1924, p. 30
- X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », in *RTC Civ.* 2003, p. 247
- Y. Mayaud, « De la correctionnalisation d'un viol en simple agression sexuelle, ou de la logique de l'illogisme », in *RSC* 2023
- S. Melchior-Bonnet, « La mainmise de l'Eglise », in *Historia mensuel* n° 798, *Vive les mariés ! Les différentes façons de s'unir depuis la Rome antique*, juin 2013

- D. Mellier et E. Gratton, « Éditorial. La parentalité, un état des lieux », in *Dialogue*, 2015/1 (n° 207), p. 7
- V. Mikalef-Toudic, « Les charges du ménage : vers un droit commun des couples ? », in *Petites affiches*, 8 septembre 2017, n°179-180, p. 36
- E. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », in *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : la normativité)*, janvier 2007
- E. Millard, « La dimension politique du pluralisme familial », in O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011, p. 229 s., spéc. pt. n°8
- N. Molfessis, « Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », in *JCP N*, 2000, I, 270 ; ou bien *JCP G*, 2000, I, p. 210
- S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », in *RTD civ.* 2016, p.773
- P. Mousseron, « Les immunités familiales », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 291
- H. Moutouh, « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », in *Dalloz* 1998, 369
- E. Nakano Glenn, « Pour une société du care », traduit de l'anglais (États-Unis) par S. Sofio, in *Cahiers du Genre*, hors-série n° 4, 2016, p. 199-224
- C. Neirinck, « De la parenté à la parentalité », in A. Bruel, J. Faget, L. Jacques, M. Joecker, C. Neirinck, G. Poussin (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érès, « Maison des droits des enfants et des jeunes », 2001 p. 15
- A. Nizard, « Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804 », in *Population*, 32^{ème} année, n°1, 1977. p. 91
- C. Nozay, « Il n'y a pas de vol entre époux : la prestation compensatoire en droit français », in *Droit et société*, 2009/3, p. 725
- A. Ogien, « La perfection gestionnaire : rhétorique de l'efficacité et démocratie », in C. Ollivier-Yaniv et M. Rinn (dir.), *Communication de l'état et gouvernement du social : Pour une société parfaite ?*, Presses universitaires de Grenoble, 2009, p. 49
- F.-J. Pansier, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », in *Gazette du Palais*, 5-6 mars 1999, p. 5
- T. Pastorello, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », in *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, n°112-113, 2010, p. 197
- C.-M. Péglio-Zika, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », in *RTD Civ.* 2018 p.1
- M. Peguera Poch, « Filiation illégitime et mariage réprouvé en France à l'époque moderne (XVI^{ème}-XVIII^{ème} siècle) », in C. Avignon (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 147
- J.-B. Perrier, « Dispense pour tous », in *Revue française de droit constitutionnel*, septembre 2020, n°123, p. 713
- L. Peyreffitte, « Considérations sur la règle « aliments ne s'arrangent pas », in *RTD. civ.* 1968, p. 286.

- M. Pichard, « Toutes les femmes ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », in *Dalloz* 2019, p. 2143
- F. Picod, « La normativité du droit communautaire », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21 (Dossier : la normativité), janvier 2007
- M. Pierre, « Qu'est-ce que la famille ? », in C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux?* 2003, Erès, p. 21
- A. Ponsot, « L'application de la loi du 22 floréal an II », in M. Biard (dir.), *Les politiques de la Terreur : 1793-1794*, Presses universitaires de Rennes, 2008
- P. Portier et I. Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisation catholiques », in *Sociologie*, n°1, volume 6, 2015
- J. Pothet, « Le Comité national de soutien à la parentalité : ethnographie de l'élaboration d'une politique publique » in C. Martin (dir) « Être un bon parent » : une injonction contemporaine, Presses de l'EHESP Rennes, 2014, p. 109
- J. Pothet, « Le « soutien à la parentalité » au prisme de ses ambivalences », in *Les Cahiers du Développement Social Urbain*, n°66, 2017, p. 20
- J.-C. Quentel et J.-Y. Dartiguenave, « La parentalité et ses enjeux », in *Diversités*, 2010, Parents d'élèves, p. 32
- N. Rafin, « Les contributions alimentaires en appel : un renforcement des inégalités de classe et de genre », in *Droit et société*, 2017/1, p. 87
- G. Raoul-Corneil, « Aliments et notions voisines », in *Les Petites Affiches*, 24 juin 2010, n°125, p. 4
- W. Rault, « Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civil de solidarité », in *Revue française de sociologie*, vol. 48, n°3, 2007, p. 555
- J. Raynard, « Du concubinage homosexuel au licenciement du transsexuel : du bon usage du grief de discrimination fondée sur le sexe, selon la Cour de justice des Communautés européennes », in *RTD civ.* 1998, p. 529
- M. Rebourg, « Le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs alimentaires – L'obligation alimentaire face au règlement des frais d'hébergement des personnes en perte d'autonomie », in *Revue française des affaires sociales* 2005, n°4, p. 35
- M. Rebourg, « Intermédiation financière et procédures de recouvrement forcé », in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024
- M. Rebourg, « Vocation alimentaire » in *Dalloz Action – Droit de la famille*, 2023-2024
- M. Redon, « Tribunal correctionnel », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2017 - actualisation octobre 2023
- J. Revel, « Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ? », in *Recueil Dalloz* 2006, p. 2561
- A. Revillard, « Le droit de la famille : outil d'une justice de genre ? – Les défenseurs de la cause des femmes face au règlement juridique des conséquences financières du divorce en France et au Québec (1975-2000) », in *L'Année sociologique*, volume 59, 2009, p. 345

- S. Riancho, « Recours en récupération : la Cour de cassation redéfinit le retour à meilleure fortune », in *RDSS* 2021, p. 130
- G. Ripert, « Le caractère de la pension alimentaire allouée en cas de divorce », in *Dalloz* 1927, Chronique, p. 53
- R. Rivaïs, « Comment le "bon père de famille" vient de disparaître du code civil », in *Le Monde*, 21 août 2014
- F. Rogue, « Aliments et familles recomposées », in *Les Petites Affiches*, 8 septembre 2017, n°179-180, p. 42
- D. Roman, « Le juge et la justice sociale », in *Délibérée*, n°2, 2017, p. 6
- M.-C. Rondeau-Rivier, « La contribution spontanée dans les familles recomposées », in *L'enfant, la famille, l'argent*, coll. Lille, LGDJ 1991, 153
- Rouméas, « De la discrétion dans la sélection des crimes. Approche sociologique des déterminants de la correctionnalisation », in *Déviance et Société*, vol. 46, n° 2, 2022, p. 153.
- E. Rousseau, « La conformité du changement de régime matrimonial à l'intérêt de la famille après le 25 mars 2019 », in *Recueil Dalloz* 2019, p. 2259
- J. Rubellin-Devichi, « Les concubinages : mise à jour », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille. Liber Amicorum*, 1994, PUS/LGDJ, p. 392
- A. Ruelle, et E. Fabri, « Le plus absolu des droits, entre désir idéal et idéal d'autonomie. L'invention de la propriété des anciens comparée à celle des modernes », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 81, n°2, 2018, p. 109
- P. Salvage-Gerest, « Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie », in *AJ famille* 2022, p. 136
- P. Salvage-Gerest « Adoption simple » et « Adoption plénière, in *Dalloz action - Droit de la famille*, 2023-2024, chapitres 223 et 224
- M. Saulier, « L'obligation alimentaire entre alliés n'est pas contraire au principe d'égalité », in *AJ fam.* 2018. 342
- F. Sauvage, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », in *AJ Famille* 2006, p. 355
- F. Sauvage, « Morte ma fille, mort mon gendre » n'est pas une règle contraire au principe d'égalité devant la loi ! », in *Dalloz actualités*, 4 mai 2018
- I. Sayn, « Vers une méthode d'évaluation des pensions alimentaires ? », in *AJ Famille*, 2005, 88
- I. Sayn et C. Bourreau-Dubois, « Présentation de la table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants », in *AJ Famille*, 2010, p. 458
- I. Sayn, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014, p. 1
- I. Sayn. « La prestation compensatoire en France », in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, *La pensión compensatoria en las crisis familiares en el Derecho Comparado*, 5-2, p.101

- A. Sériaux, « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mélanges offerts à André Colomer*, LexisNexis, 1^{ère} édition, 1993, p. 431
- A. Sériaux, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », in *RTD civ.* 1997, p. 53
- P. Signorile, « Le lien familial en philosophie », in C. Siffrein-Blanc et al. (dir.), *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre 1 – Lien familial et lien obligationnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 25
- S. Steinberg, « La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime », in C. Avignon (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 439
- S. Steinberg, « Et les bâtards devinrent citoyens. La privatisation d'une condition d'infamie sous la Révolution française », in *Genèses*, 2017/3 (n° 108), p. 9
- C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559
- C. Thibierge « La densification normative – Découverte d'un processus », in *Dalloz* 2014, p. 834
- F. G. Trébulle, « Et si le Code civil consacrait (enfin) la prise en compte du dommage environnemental ? », in *Environnement n° 7*, Juillet 2012, repère 7
- G. Thual, « Les proches de personnes malades aujourd'hui : état des lieux », in *Réciproques*, numéro spécial, avril 2010, p. 11
- M. Vallet-Armellino, « Le sujet en lieu sûr », in *Nouvelle revue de psychosociologie*, vol. 24, n°2, 2017, p. 67
- P. Verdier, « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », in *Enfances & Psy*, 2009/2 (n° 43), p. 85
- A. Verjus, « Les lois de l'an II sur les enfants naturels : quels nouveaux droits pour les pères (1793- 1804) », article publié en 2018 sur HAL, accessible en ligne
- P.Y. Verkindt, « Pauvreté et misère dans le discours des parlementaires au début de la période révolutionnaire », in *Déviance et société*, 1986, vol. 10, n°4. p. 323
- L. Vidal, « Le quatrième concile de Latran : un profond remaniement du dogme chrétien », in *Médiapart le Club*, rubrique histoire, 5 février 2021
- E. Viganotti, Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide » : « La séparation du couple », in *AJ Famille*, 2014, p. 678
- R. Villers, « A propos de la disparition de l'« usus » », in *Revue historique de droit français et étranger*, Quatrième série, vol. 27, 1950, p. 538
- R. Villers, « « Manus » et mariage », in *Irish Jurist*, vol. 4, 1969, p. 168
- P. Warin, « Pour une approche économique du non-recours », in *RDSS 2012*, p. 614
- J.-F. Weber, « Il n'y a pas de concubinage homosexuel », in *Dalloz* 1998, p. 111
- P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? », in *Revue générale de droit international public*, 1982, p. 5

F. Wycisk, « *« alimenta » et « victus » dans le droit romain classique* », in *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 50, n°2, avril-juin 1972, p. 205

A. Zielinski, « L'éthique du *care*. Une nouvelle façon de prendre soin », in *Études*, 2010/12, t. 413, p. 631

Divers

É. Algava, K. Bloch, I. Robert-Bobée (pour l'Insee), « Les familles en 2020 : 25 % de familles monoparentales, 21 % de familles nombreuses », in *Insee Focus*, n°249, septembre 2021 [Consultable en ligne : URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5422681>]

S. Beaud et F. Weber, *Le Guide de l'enquête de terrain*, La découverte, 2003

M. Bertrand et P. Rossignol, « Entrée en monoparentalité en Bourgogne-Franche-Comté : un choc financier fort », étude réalisée pour l'Insee Bourgogne-Franche-Comté, in *Insee analyses Bourgogne-Franche-Comté*, n°62, 27 septembre 2019 (étude accessible en ligne, URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4216195>)

D. Brion, C. Desnoyers et J.-N. Maisonneuve (Insee), « Une majorité de femmes dans les métiers indispensables à la population », in *Insee Flash Bourgogne-Franche-Comté*, n°149, 7 mars 2022

R. Bordet-Gaudin et A. Ulrich, « Les familles monoparentales, principales bénéficiaires d'une pension alimentaire », étude réalisée pour l'Insee Bourgogne-Franche-Comté, in *Insee analyses Bourgogne-Franche-Comté*, n°91, 16 novembre 2021 (étude accessible en ligne, URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5764656#consulter>)

C. Bourreau-Dubois et B. Deffains (dir.), *Les obligations alimentaires vis-à-vis des enfants de parents divorcés : une analyse économique au service du droit*, Rapport de recherche pour le compte du GIP « Mission Recherche Droit et Justice » du Ministère de la Justice et de la Mission Recherche (MiRE) du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, 2003

B. Céroux et M. Manier, « Les parents formalisent-ils la prise en charge de leurs enfants ? Une analyse quantitative des expériences de mères récemment séparées », in *Informations sociales*, 2022, vol. 3, n°297

Commission de la construction du Québec, *Partage du régime de retraite en cas de rupture* (ressource accessible en ligne. URL : https://www.ccq.org/-/media/Project/Ccq/Ccq-Website/PDF/Retraite/PD_5030F_1812.pdf)

Congrès des Notaires de France, *Famille & créativité notariale : Accompagner les tribus d'aujourd'hui*, rapport du 121^{ème} congrès des notaires de France, 2025

Conseil d'analyse économique (C. Dherbécourt, G. Fack, C. Landais et S. Stantcheva), « Repenser l'héritage », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 69, décembre 2021

F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, 1999

M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, cours au Collège de France

D. Derycke (rapporteuse), *Les politiques publiques et la prostitution – Rapport d'information sur l'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes pour l'année 2000*, Rapport d'information n° 209, déposé le 31 janvier 2001

M. Dubois, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le genre et la dépendance*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 novembre 2011

Direction de la recherche, des études, des évaluations et des statistiques, « Prestations sociales : pour quatre personnes sur dix, le non-recours est principalement lié au manque d'information », in *Etudes et résultats*, avril 2023, n°1263

L. Gonzalez et E. Nauze-Fiche (dir.), pour la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques, « Le non-recours aux prestations sociales - Mise en perspective et données disponibles », in *Dossiers de la DREES* n°57, juin 2020

S. Guinchard (dir.), « *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* » - *Rapport de la commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard*, La Documentation française, 2008

Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Politiques de soutien à l'autonomie des personnes âgées : quelques comparaisons internationales*, mars 2019

Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *Les ruptures de couples avec enfants mineurs – Synthèse et propositions*, 21 janvier 2020

Haut conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, *L'obligation alimentaire, la récupération sur succession et leur mise en œuvre dans le cadre de l'aide sociale à l'hébergement*, 9 juillet 2020

P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, not. tomes 1, 9, 10, et 12 Videcoq, 1836

B. Fragonard (dir.), *Les aides aux familles*, rapport établi au nom du Haut conseil de la famille, 9 avril 2013

Insee, *Couples et familles*, Insee références, décembre 2015

Insee références, *Emploi, chômage, revenus du travail*, édition 2017

Insee, *Tableaux de l'économie française*, rubrique « Femmes et hommes », édition 2020

E. Kant, *Fondation de la métaphysique des mœurs*, 1785, dans sa version traduite par A. Renault, Flammarion, 1994

T. Lecoq, *Le Couple et l'argent*, L'iconoclaste, 2022

A.-M. Leroyer, *Langage du droit et terminologie juridique*, discours prononcé à l'Académie des Sciences morales et politiques, Séance du lundi 13 octobre 2008

D. Libault (dir.), *Concertation grand âge et autonomie*, Rapport remis au ministère de la santé et des solidarités, mars 2019

Ministère de la santé et des solidarités, *Dessine-moi un parent – Stratégie nationale de soutien à la parentalité 2018-2022*, 2018

Ministère du Revenu de Québec, *La perception des pensions alimentaires*, ressource accessible en ligne via le site internet de la Bibliothèque et des Archives nationales du Québec (URL : <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/42590>)

Mirabeau, *Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe*, par Mirabeau, lu à l'Assemblée nationale, le jour de la mort de Mirabeau, par M. de Talleyrand. Séance du 2 avril 1791

J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, discours prononcé le 21 janvier 1801*

M. Rebourg (dir.), *Le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs*, rapport élaboré dans le cadre de l'appel d'offre "La parenté comme lieu de solidarités" pour le compte de la DREES/Mire (subvention n°09/01) et le GIP "Mission de recherche Droit et Justice" (subvention n°01.15), Université de Bretagne Occidentale, octobre 2003

Revenu Québec, « Le versement des pensions alimentaires », in *Bulletin d'information Revenu Québec*, janvier 2016, n°16

B. Saugey, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*

I. Sayn (dir.), Mission de recherche « Droit et Justice », *Un barème pour les pensions alimentaires ?*, La Documentation Française, 2002

L. Titli, C. Arnal, V. Bouvatier, L. Etienne, B Cérroux et M. Manier (Cnaf), *Évaluation du dispositif d'intermédiation financière des pensions alimentaires en phase de généralisation*, Collection des documents de travail de la Cnaf, n°233, 2024

UNFPA, *Comprendre l'imperceptible – Agir pour résoudre la crise oubliée des grossesses non intentionnelles*, 2022

Index

- aidant familial 497, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 542
- aide sociale
- aide sociale à l'hébergement 6, 494, 497, 515, 517, 521, 538, 614
 - aide sociale à l'hébergement 6, 494, 497, 498, 515, 517, 518, 520, 521, 546, 550, 553, 554
 - allocation de soutien familial 6, 454, 478, 479, 483, 539, 540, 599
 - bénéficiaire revenu à meilleure fortune 545, 546, 548, 549
 - EPHAD 6, 526, 542, 550, 557, 558, 559, 560, 572, 573
 - Etat providence.. 42, 130, 487, 555, 592
 - maintien à domicile 542, 549, 550, 559, 560, 561, 562
 - non-recours 483, 493, 494, 544, 548, 612, 614
 - recours exercé contre la succession du bénéficiaire 545, 548
 - sécurité sociale 48, 75, 77, 204, 223, 350, 390, 394, 467, 470, 479, 480, 481, 482, 486, 489, 497, 499, 504, 505, 526, 540, 571
 - subsidiarité de l'aide sociale 41, 468, 485, 486, 490, 491, 492, 496, 497, 498, 507, 515, 518, 521, 541, 543, 544, 545, 553, 554, 555, 557, 558, 562, 563, 575, 585, 587, 592, 593
- aliments 43, 48, 53, 54, 98, 99, 101, 106, 110, 114, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 139, 140, 146, 147, 148, 149, 150, 160, 162, 163, 167, 168, 169, 170, 174, 176, 178, 179, 190, 192, 214, 215, 218, 219, 220, 222, 223, 233, 234, 236, 237, 238, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 254, 261, 267, 268, 275, 276, 277, 278, 279, 292, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 323, 327, 347, 351, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 398, 399, 400, 401, 405, 407, 454, 466, 467, 468, 469, 471, 473, 477, 478, 480, 488, 491, 492, 493, 495, 496, 510, 515, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 535, 544, 545, 546, 551, 553, 555, 560, 561, 562, 585, 592, 600, 601, 604, 605, 609
- définition 43, 267, 306, 308, 310
- barèmes 37, 128, 525, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 544, 561, 585, 593, 599, 601, 604, 608, 611
- beau-parent 105, 174, 221, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 596
- concubinage 26, 39, 40, 45, 55, 58, 61, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 85, 87, 90, 93, 94, 95, 97, 102, 104, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 154, 165, 166, 189, 190, 192, 216, 226, 227, 228, 229, 231, 258, 271, 272, 273, 274, 275, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 301, 302, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 363, 365, 449, 450, 459, 460, 470, 590, 591, 596, 600, 605, 607, 608, 610, 612
- concubinage homosexuel. 74, 76, 78, 79
- définition 76, 78, 79, 80, 85, 103
- contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants 315
- contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants 93, 94, 98, 143, 155, 226, 229, 230, 231, 234, 251, 262, 276, 304, 312, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 536, 582, 605, 611
- couple
- définition 83
 - union patrimoniale 71, 86, 95, 114, 163, 164, 257, 259, 269, 270, 280, 285, 286, 290, 294, 296, 298, 356, 359, 360, 387, 458, 463
- couples
- devoir commun d'entraide conjugale. 46
 - droit commun des couples 39, 41, 45, 58, 82, 83, 90, 96, 102, 114, 269, 276, 278, 291, 292, 293, 361, 597, 607, 609
 - obligation alimentaire unifiée 97, 113, 291
- devoir d'entretien

devoir parental d'entretien	116, 150, 159, 224, 234, 237, 238, 244, 246, 317, 319, 321, 323, 325, 327
devoir de fidélité	94, 126, 293, 413
devoir parental d'entretien	67
droit comparé	
Allemagne	18, 137, 176, 179, 399, 561, 562
Canada et Québec	341, 347, 348, 349, 350, 351, 358, 359, 362, 407, 408, 451, 477, 478, 480, 510, 561, 579, 580, 581, 587, 596, 597, 610, 613, 614, 615
droit romain	43, 120, 181, 182, 306, 308, 358, 360, 378, 596, 613
Espagne	176, 177, 179, 241, 242, 244, 399
Italie.	176, 177, 179, 241, 244, 283, 399
Suède	515, 559, 560, 598, 607
Suisse	179
droit de la famille	
contractualisation	39, 47, 51, 87, 187, 369, 371, 373, 379, 380, 381, 384, 385, 386, 387, 389, 425, 541, 597, 602, 603, 607, 608, 609
fonction	50
instrumentalisation	49, 368, 433, 511, 512, 513, 514, 515, 517, 518, 520, 523, 524, 525, 530, 531, 547, 562, 564, 573, 582, 585, 587, 592, 593
droit pénal	
délict d'abandon de famille	398, 469, 470, 471, 472, 473, 510, 608
délict d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité	469, 472, 510
prestation de serment devant la cour d'assises	457, 458, 460, 600
vol commis au sein de la famille ...	457, 461
égalité des sexes	14, 123, 162, 198, 205, 206, 336, 340, 344, 425, 441, 576, 580, 590
enfant	
accès aux origines	438, 440
assistance médicale à la procréation ..	6, 40, 209, 432, 436, 438, 440, 569, 608
autonomie	321
droit de visite et d'hébergement	202, 434, 435, 436, 472
enfants adultérins	121, 128, 129, 132, 139, 140, 141, 152, 189, 190
enfants illégitimes	121, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 154, 166, 243, 318, 377
enfants incestueux	61, 119, 121, 122, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 138, 143, 190, 292, 324, 397
enfants légitimes	26, 30, 61, 65, 119, 122, 124, 126, 129, 131, 132, 139, 140, 141, 150, 154, 192
enfants naturels	61, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 138, 139, 140, 141, 150, 151, 152, 153, 166, 189, 190, 192, 403, 500, 612
gestation pour autrui	6, 209, 283, 436, 438
intérêt supérieur de l'enfant	14, 135, 136, 138, 139, 148, 198, 199, 205, 206, 207, 209, 212, 246, 283, 376, 389, 434, 435, 456, 484, 590
intérêt supérieur de l'enfant	45, 138, 139, 141, 143, 155, 206, 209, 251, 437
lien de filiation	109, 131, 132, 143, 144, 145, 150, 213, 221, 224, 230, 263, 318, 324, 327, 328, 414, 436, 438, 439
notion d'enfant à charge	447, 448, 449, 450, 500, 599
famille	
care	199, 291, 292, 336, 500, 505, 506, 507, 508, 510, 542, 563, 577, 579, 580, 587, 609, 613
définition	40
démocratie familiale	51, 417
famille légitime	51, 62, 67, 69, 90, 126, 154, 163, 166, 251, 590
familles recomposées	105
fonction	41, 60
homoparentale	38, 201
institution familiale	38, 122, 133, 313, 443, 515, 603
modèle familial	14, 26, 27, 53, 54, 59, 60, 68, 69, 71, 122, 123, 126, 129, 142, 154, 157, 165, 361, 416, 417, 421, 423, 513, 514, 579, 590
monoparentale	38, 55, 201, 211, 212, 224, 343, 344, 416, 417, 421, 452, 453, 599, 613
nucléaire	37, 55, 56, 57, 153, 231, 250, 294, 321, 412, 499, 590
parentalité	30, 31, 56, 83, 114, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203,

204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 225, 226, 403, 412, 424, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 439, 440, 456, 473, 474, 475, 513, 590, 595, 596, 597, 601, 602, 603, 606, 607, 609, 610, 614	pluralisme des filiations69, 118, 138, 139, 140, 142, 253, 422
pluralisme conjugal45, 58, 59, 60, 71, 72, 81, 82, 83, 84, 154, 155, 228, 251, 387	responsabilité parentale151, 198, 199, 200, 208, 394
pluralisme familial13, 38, 59, 60, 68, 71, 81, 84, 85, 154, 298, 413, 415, 416, 458, 513, 589, 590, 597, 609	fonctions du droit 27
protection de la famille141, 174, 325, 374, 402, 582	fonction coercitive 35, 36
recomposée38, 55, 191, 201, 211, 212, 220, 221, 224, 225, 403, 408, 417, 549, 611	fonction éducative..... 36, 37
recompositions familiales111, 168, 174, 175, 211, 212, 213, 220, 221, 223, 227, 229, 232, 402, 414, 436	fonction incitative28, 35, 36, 550, 552, 556
traditionnelle 39	fonction symbolique27, 28, 29, 30, 31, 37, 201, 269, 565, 567
violences intrafamiliales30, 46, 199, 201, 208, 209, 261, 262, 263, 292, 319, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 418, 438, 456, 480, 483, 513, 579, 582	fonction technique27, 31, 32, 51, 269, 564
filiation	normative1, 13, 14, 20, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 42, 50, 51, 52, 53, 57, 61, 117, 127, 133, 135, 143, 150, 151, 152, 154, 155, 157, 162, 165, 195, 201, 210, 250, 269, 367, 368, 369, 371, 387, 396, 410, 412, 413, 421, 422, 425, 427, 440, 441, 443, 445, 466, 475, 479, 493, 507, 509, 511, 541, 549, 550, 564, 565, 567, 573, 574, 578, 585, 587, 589, 590, 593
adoption plénière 144, 145, 146	grands-parents56, 104, 125, 148, 149, 171, 239, 394, 433, 434, 435, 440, 456, 498, 520, 596, 604, 607
adoption simple144, 146, 148, 149, 159, 221, 232, 233, 234, 601	homologation judiciaire 375, 384, 385
assistance médicale à la procréation 40, 104, 204, 431	homosexualité 72, 73, 81
autorité parentale51, 93, 106, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 208, 209, 213, 224, 225, 226, 227, 262, 319, 320, 321, 391, 392, 397, 398, 418, 419, 424, 429, 434, 449, 472, 474, 484	dépénalisation..... 72, 73
couple parental84, 103, 198, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 224, 225, 424	indignité parentale 46
égalité des filiations26, 118, 122, 123, 128, 134, 135, 136, 139, 141, 145, 150, 151, 153, 155, 159, 200, 226, 251, 304, 403, 465, 590, 612	inégalités sociales333, 338, 340, 362, 419, 420, 424, 425, 441, 454, 508, 521, 522, 574, 575, 576, 579, 582, 585, 593, 607
engendrement102, 104, 105, 108, 122, 131, 263, 429, 430, 603	mariage26, 39, 40, 45, 47, 50, 51, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 102, 103, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 137, 138, 139, 140, 141, 144, 145, 146, 147, 152, 154, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 177, 193, 202, 212, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 242, 245, 247, 251, 253, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 269, 271, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 292, 293, 298, 299, 300, 302, 307, 319, 324, 325, 330, 331, 332, 333, 338, 340, 341, 344, 347, 348, 350, 352, 354, 355, 356, 358, 359, 361, 371, 374, 379,
filiation adoptive..... 136, 144	
filiation du Titre VII 136, 144, 414	
gestation pour autrui ... 6, 204, 431, 514	
inégalité des filiations118, 119, 126, 131, 132, 136, 151, 152, 403	
pluralisme..... 120, 155	

380, 381, 384, 386, 387, 393, 405, 406, 407, 409, 410, 412, 417, 418, 424, 430, 436, 459, 460, 463, 469, 483, 512, 520, 546, 565, 576, 580, 582, 583, 590, 595, 596, 600, 601, 603, 605, 606, 608, 609, 610, 612	110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 135, 136, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 186, 188, 189, 190, 191, 194, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 294, 295, 296, 298, 300, 304, 305, 306, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 323, 324, 325, 328, 333, 354, 355, 356, 367, 369, 371, 372, 374, 379, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 399, 400, 401, 408, 409, 410, 422, 423, 424, 425, 427, 443, 445, 449, 451, 454, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 476, 477, 481, 490, 491, 492, 495, 496, 497, 498, 499, 510, 515, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 528, 529, 530, 531, 532, 534, 538, 540, 541, 544, 545, 549, 551, 552, 554, 556, 560, 561, 562, 563, 571, 573, 580, 581, 583, 585, 587, 589, 591, 592, 593, 595, 596, 600, 601, 603, 604, 605, 607, 610, 611, 613, 614
contribution aux charges 88, 89, 90, 92, 93, 94, 106, 222, 258, 259, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 287, 296, 301, 302, 450, 483, 582	cercle des obligés 25, 49, 53, 54, 101, 115, 118, 125, 150, 151, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 165, 170, 175, 179, 180, 187, 195, 210, 215, 216, 217, 219, 223, 238, 242, 249, 250, 251, 253, 262, 294, 312, 356, 456, 458, 462, 489, 490, 498, 499, 590, 591
définition 47, 62, 66, 332	cohabitation 103, 104, 226, 227, 273, 283, 285, 296, 358, 605
histoire 63, 65	créance contre la succession 129
institution matrimoniale 124, 125, 126, 129, 131, 153, 175, 250, 263, 299, 339, 381, 580, 590	définition 43, 53
nature 338, 379	devoir de secours 67, 88, 89, 94, 96, 98, 105, 159, 163, 220, 234, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 286, 300, 301, 302, 330, 331, 338, 340, 360, 363, 393, 521, 590, 596, 607
normatif	
modèle 17	
normativité 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 31, 33, 34, 35, 50, 53, 68, 119, 136, 154, 196, 198, 201, 204, 209, 251, 253, 270, 284, 293, 294, 298, 302, 317, 387, 396, 404, 412, 413, 447, 590, 597, 601, 603, 609, 610, 612	
définition 14, 15, 16	
fonction technique 33	
légistique 33, 35	
modèle 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 34, 38, 39, 43, 50, 51, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 83, 84, 85, 117, 118, 122, 123, 126, 129, 130, 131, 142, 143, 151, 152, 154, 157, 160, 162, 165, 198, 201, 203, 205, 209, 231, 238, 246, 251, 287, 293, 302, 321, 351, 359, 360, 361, 362, 376, 381, 387, 395, 399, 400, 413, 416, 417, 421, 423, 430, 489, 493, 494, 495, 510, 512, 513, 514, 557, 576, 579, 581, 587, 590, 606	
neutralité 61, 430, 447, 575, 576, 577, 578, 579	
pluralisme axiologique 411, 414, 415, 421, 422	
sanction 23, 25, 26, 27	
valeurs 20	
obligation alimentaire 1, 14, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 67, 85, 90, 91, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108,	

entre alliés	164, 168, 169, 170, 171, 172, 216, 218, 220, 228, 232, 233, 242, 245, 400, 611
entre frères et sœurs	139, 165, 175, 176, 177, 178, 179, 189, 190, 209, 216, 217, 218, 219, 220, 239, 241, 242, 243, 245, 246, 250, 251, 398, 456, 458, 459, 552, 590, 591
fonction	 318
fondement	 44, 98, 99, 100, 102, 103
hiérarchie	 179, 235
mécanisme modérateur	118, 126, 127, 129, 136, 154, 180, 379, 410, 422, 423, 591
objet	 256
obligation naturelle	43, 46, 94, 98, 101, 114, 146, 147, 162, 175, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 217, 218, 223, 227, 229, 231, 281, 285, 287, 288, 296, 298, 301, 302, 400, 552, 591, 597, 598, 602
prestation compensatoire	50, 70, 83, 93, 94, 101, 116, 295, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 359, 360, 362, 363, 364, 399, 417, 419, 424, 451, 473, 534, 540, 579, 580, 581, 583, 591, 599, 600, 601, 602, 606, 608, 609, 611, 612
recours des tiers fournisseurs d'aliments	248, 268, 492, 518, 520, 523, 525, 527, 528, 529, 531
subsidiarité	41, 48, 147, 149, 219, 231, 468, 485, 486, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 507, 515, 518, 521, 541, 543, 544, 545, 547, 549, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 562, 563, 575, 585, 587, 592, 593, 601, 607
obligation alimentaire	
régime	
réciprocité	47, 92, 99, 100, 162, 163, 224, 260, 390
renonciation	100, 101, 151, 230, 254, 317, 376, 377, 278, 387, 408, 423, 528, 602, 611
faute du créancier	 116, 356
obligation alimentaire exécution	
ARIPA	6, 204, 248, 479, 480, 481, 482, 483, 510, 572, 587, 592
GIPA	6, 204, 248, 479, 481, 510, 587, 592
intermédiation financière	6, 248, 465, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 510, 539, 571, 572, 587, 592, 602, 615
paiement direct	 466, 467, 468, 477
recours des tiers fournisseurs d'aliments	 493
recouvrement	 278, 579
recouvrement direct	.. 49, 277, 466, 467
recouvrement public	49, 466, 467, 468, 479
obligation alimentaire régime	
actions récursoires	 237, 248, 554
aliments ne s'arrangent pas	114, 248, 268, 275, 277, 278, 279, 316, 467, 525, 527, 528, 529
aliments ne s'arrangent pas	327, 527, 528, 529, 530, 604, 609
déchéance	101, 106, 116, 136, 261, 262, 263, 317, 356, 390, 393, 395, 399
durée	 327
exception d'inexécution	88, 317, 318, 391, 399
hiérarchie	47, 231, 233, 235, 236, 237, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 356, 484, 592
indignité	43, 46, 106, 121, 147, 240, 254, 311, 317, 327, 333, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 400, 401, 423, 525, 530, 531, 573, 606
mutualité	43, 62, 70, 88, 89, 92, 116, 260, 261, 264, 322, 339, 375, 470, 533, 606
obligation beau-parentale d'entretien	225, 228, 231, 232, 245, 250, 591
obligations alimentaires	
hiérarchie	 47
Pacs	39, 40, 45, 50, 51, 58, 72, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 92, 93, 95, 102, 112, 113, 114, 116, 117, 154, 159, 216, 226, 228, 245, 258, 269, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 281, 282, 292, 293, 295, 298, 299, 300, 301, 302, 354, 355, 356, 359, 360, 361, 363, 365, 381, 401, 418, 460, 463, 470, 565, 590, 591, 595, 599

aide matérielle	45, 50, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 105, 113, 159, 166, 216, 262, 269, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 300, 301, 302, 582, 607	pension de réversion	349, 350, 354, 394
définition	39, 80	solidarité collective	32, 41, 42, 48, 99, 165, 218, 248, 352, 486, 489, 490, 494, 495, 500, 502, 503, 506, 507, 508, 515, 518, 519, 520, 522, 523, 524, 534, 538, 539, 547, 553, 555, 559, 573, 576, 596
histoire	73, 77, 81	subsides	133, 136, 151, 159, 190, 231, 324, 325, 377, 408, 439, 459, 470, 583
historique	72	successions	
recompositions familiales	45, 104, 106, 111, 165, 167, 173, 174, 191, 205, 211, 212, 213, 216, 220, 223, 225, 228, 250, 251, 402, 403, 404, 414, 449, 450, 582, 590, 591, 596	conjoint survivant	142, 172, 173, 239, 240, 241, 242, 243, 264, 301, 350, 376, 377, 394, 395, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 414, 530, 605
régimes matrimoniaux		représentation	20, 45, 86, 172, 238, 239, 240, 247, 310, 454, 579, 602
immutabilité du régime matrimonial	374	réserve héréditaire	132, 139, 140, 143, 149, 161, 242, 243, 374, 376, 377, 378, 379, 408, 596
solidarité des dettes	113, 115, 222, 259, 264, 270, 302	violences intrafamiliales	46, 263, 292, 396, 398, 418, 483, 582
retraite			
droits à la retraite	343, 349, 350, 351, 352, 359, 362, 363, 364, 365, 504, 581, 591		

Résumé (1700 caractères) :

Cette étude se propose d'interroger l'idée selon laquelle le droit de la famille, à l'heure du développement du pluralisme familial et de l'essor du rôle de l'autonomie de la volonté, aurait perdu, au moins pour partie, sa vocation à exercer une fonction normative. Chacun semblant, désormais, pouvoir faire ses propres choix en matière de vie privée et familiale, notamment en choisissant la forme et l'étendue de son union, il faudrait en conclure que le droit de la famille ne vient plus, aujourd'hui, défendre de modèles. Il deviendrait alors le simple support technique de l'exercice des libertés individuelles en matière familiale. Pour étudier ces phénomènes, nous étudierons plus spécifiquement le cas des obligations alimentaires, support juridique des solidarités intrafamiliales.

Confronter les obligations alimentaires à l'évolution d'une part du droit de la famille, et d'autre part de l'appréhension sociale du groupe familial, permettra ainsi de révéler aussi bien les transformations de la fonction normative du droit de la famille contemporain que les besoins de réforme en matière de solidarité intrafamiliale.

Cette analyse nous conduira à établir qu'en matière de fonction normative de droit de la famille, il faut davantage évoquer une transformation qu'un retrait. Réinvestie, la fonction normative du droit de la famille contemporain, si elle semble s'éloigner de sa vocation initiale à défendre un modèle familial unique, paraît toutefois défendre des modèles comportementaux en matière de vie familiale, articulés autour d'un certain nombre de principes fondamentaux tels que la protection de l'intérêt de l'enfant, la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, ou encore la volonté de pacification des relations intrafamiliales.

Title and Abstract (1700 characters):

This study aims to examine the idea that family law, at a time of growing family pluralism, and of the rise of the role of autonomy of will, has lost, at least in part, its normative function. Now that everyone seems to be able to make their own choices in matters of private and family life, particularly in choosing the form and scope of their union, it must be concluded that family law no longer serves to defend models. It has thus become a mere technical support for the exercise of individual freedoms in family matters. To examine these phenomena, we will study more specifically the case of maintenance obligations, the legal basis for intra-family solidarity.

Comparing maintenance obligations with developments in family law on the one hand and the social perception of the family group on the other will reveal both the changes in the normative function of contemporary family law and the need for reform in the area of intra-family solidarity.

This analysis will lead us to realize that, when it comes to the normative function of family law, it is more accurate to speak of a transformation than a withdrawal. Reinvigorated, the normative function of contemporary family law, while seemingly moving away from its initial purpose of defending a single family model, nevertheless appears to defend behavioral models in family life, based on a number of fundamental principles such as protecting the interests of children, promoting equality between men and women, and seeking to pacify intra-family relations.